

Zeitschrift für Chinesisches Recht

Herausgegeben von der
Deutsch-Chinesischen
Juristenvereinigung e.V.

In Verbindung mit dem
Deutsch-Chinesischen Institut
für Rechtswissenschaft

T. Ruskola, Legal Orientalism

*A. Tevini, The Liberalization of the Trade
in Goods under the ASEAN-China Free
Trade Agreement*

*T.-P. Ta, Die chinesische Bankenreform im
Spiegel der „drei großen Bankgesetze“*

*S. Neugebohrn, Die Änderungen der
Antidumpingverordnung*

*LIU Fei, Das chinesische
Staatshaftungsrecht: Probleme und
Reformüberlegungen*

*B. Ahl, Zur Neuregelung des
Direktvertriebs in China*

Heft 4/2005

12. Jahrgang, S. 269-375

ZChinR

Zeitschrift für Chinesisches Recht

Call for Papers

Since 1994 the German-Chinese Jurists' Association and the Sino-German Institute for Legal Studies of the Universities of Göttingen and Nanjing are quarterly publishing the "Zeitschrift für Chinesisches Recht (Journal of Chinese Law)", formerly known as the "Newsletter of the German-Chinese Jurists' Association".

The journal is focusing on issues of contemporary Chinese law and modern Chinese legal history with a particular emphasis on legal aspects of Chinese economic development and international relations. It seeks to advance practical as well as theoretical analysis of Chinese law.

The journal invites submissions within its scope as set out above to be published in one of its next issues. To guarantee for intellectually stimulating and innovative contributions all submissions will be subject to a review procedure by the editors. Manuscripts (English or German) to be published in the journal's categories articles, short contributions, documentations and book reviews should be submitted in electronic form and should follow the rules of citation and guidelines for the submission of articles, which can be found at www.ZChinR.de. Previous issues of ZChinR can also be found at www.ZChinR.de.

Please address your manuscripts as well as any inquiries concerning subscription and advertising to the editor-in-chief:

Björn Ahl
ZChinR, Sino-German Institute for Legal Studies
Nanjing University
22, Hankou Lu, 210093 Nanjing, People's Republic of China
e-mail: dcifw@public1.ptt.js.cn Tel./Fax: +86 25 8663 7892

INHALT

AUFSÄTZE

<i>T. Ruskola, Legal Orientalism</i>	269
<i>A. Tevini, The Liberalization of the Trade in Goods under the ASEAN-China Free Trade Agreement</i>	297
<i>T.-P. Ta, Die chinesische Bankenreform im Spiegel der drei großen Bankgesetze</i>	304

KURZE BEITRÄGE

<i>S. Neugebohrn, Die Änderungen der Antidumpingverordnung</i>	329
<i>LIU Fei, Das chinesische Staatshaftungsgesetz: Probleme und Reformüberlegungen</i>	334
<i>B. Ahl, Zur Neuregelung des Direktvertriebs in China</i>	339

DOKUMENTATIONEN

Verwaltungsverordnung zum Direktvertrieb (<i>B. Ahl</i>)	344
Verordnung über das Verbot des Strukturvertriebs (<i>B. Ahl</i>)	358

BUCHBESPRECHUNGEN

<i>Hao Gui/G. Kopper/K. Kupfer, Massenmedien in der Volksrepublik China (M. Grabmeier)</i>	361
--	-----

TAGUNGSBERICHTE

Symposium zum chinesischen Finanzierungsleasingrecht (<i>A. Obst/L. Kilee</i>)	363
Wandel und Stabilität durch Recht. Antworten der Rechtsordnung auf ökonomische und soziale Herausforderungen (<i>T. Huinink</i>)	365

SACHVERZEICHNIS

Sachverzeichnis ZChinR 2005	370
-----------------------------	-----

ADRESSEN

Kanzleien mit einer Mitgliedschaft in der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V.	371
---	-----

Jan de Graaf

Marktwirtschaftliche Reformen im Umweltrecht der Volksrepublik China

Mitteilungen des Instituts für Asienkunde Hamburg

Band 386

Hamburg 2005

411 Seiten

€ 46.00

ISBN 3-88910-315-4

In der Volksrepublik China werden Umweltressourcen extrem übernutzt – trotz umfangreicher Umweltgesetzgebung und behördlicher Anstrengungen zu deren Durchführung. Diese Ressourcenübernutzung (Stichworte: Wasserknappheit, Stromausfälle, Verkehrskollaps) belastet mittlerweile nicht nur die Gesundheit der Menschen, sondern sie lässt auch Chinas zukünftiges Wirtschaftswachstum ungewiss erscheinen.

Wie steht es demnach um die Effizienz des umweltrechtlichen Systems der VR China? Diese Arbeit zeigt, dass dieses von ordnungsrechtlichen Instrumenten (Gebote, Verbote, Standards) geprägt ist. Zwar wird die Notwendigkeit eines ordnungsrechtlichen Rahmens zur Gefahrenabwehr nicht bestritten, doch sind viele ordnungsrechtliche Instrumente in China mit inhärenten Mängeln behaftet und führen zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Umweltsituation.

Es bedarf also einer Reform des umweltrechtlichen Systems. Theoretisch kann diese durch die gezielte Einführung marktwirtschaftlicher Instrumente gelingen, indem sich der Preis von Umweltressourcen am Markt bildet und die Ressourcen entsprechend ihrer Knappheit genutzt werden. Das chinesische Umweltrecht verfügt auch bereits über ein umfangreiches marktwirtschaftliches Instrumentarium, insbesondere über Emissionsgebühren, haftungsrechtliche Bestimmungen und Emissionszertifikate. Allerdings müssen diese Instrumente wirksamer gestaltet werden, um eine effiziente, marktwirtschaftliche Reform des chinesischen Umweltrechtes zu erreichen. Der Band schließt mit einer entsprechenden Handlungsempfehlung an die Politik.

Zu beziehen durch:

Institut für Asienkunde

Rothenbaumchaussee 32

D-20148 Hamburg

Telefon: (040) 42 88 74 - 0

Telefax: (040) 410 79 45

E-Mail: ifa@ifa.duei.de

Homepage: www.duei.de/ifa

(mit Publikationsliste und Bestellmöglichkeit)

Legal Orientalism

Teemu Ruskola¹

[The] world-wide ... diffusion of [Western culture] has protected us as man had never been protected before from having to take seriously the civilizations of other peoples; it has given to our culture a massive universality that we have long ceased to account for historically, and which we read off rather as necessary and inevitable.²

- Ruth Benedict

[In China,] animals are divided into: (a) belonging to the Emperor, (b) embalmed, (c) tame, (d) sucking pigs, (e) sirens, (f) fabulous, (g) stray dogs, (h) included in the present classification, (i) frenzied, (j) innumerable, (k) drawn with a very fine camel hair brush, (l) et cetera, (m) having just broken the water pitcher, (n) that from a long way off look like flies.³

- Michel Foucault

¹ Assistant Professor of Law, American University; Sabbatical Visitor at the Center for the Study of Law and Culture and Senior Fellow at the Center for Chinese Legal Studies, Columbia Law School. A.B., A.M. (East Asian Studies), Stanford; J.D. Yale. - Ed. I have presented earlier drafts of this Article at several venues and thank the participants for their feedback: Colloquium on Cultural Theory, Historical Methods and the Study of Modern China at Columbia University; Colloquium on Law and Culture at Columbia Law School; Law, Culture and the Humanities conference at the University of Texas at Austin; Feminism and Legal Theory Workshop at Cornell Law School; Law and Society Association annual meeting in Budapest, Hungary; and Post-Colonial Law conference at American University, Washington College of Law. I am especially indebted for their suggestions, questions, and criticisms to Lama Abu-Odeh, Nathaniel Berman, David Eng, Karen Engle, Martha Finegan, Peter Fitzpatrick, Katherine Franke, Maria Gomez, Dicle Kogacioglu, Prabha Kotiswaran, Eugenia Lean, Benjamin Liebman, Christia Mercer, Thomas Metzger, Naomi Mezey, Kunal Parker, Penny Pether, Elizabeth Povinelli, Catherine Powell, Anupama Rao, Annelise Riles, Haun Saussy, Katherine Stone, Madhavi Sunder, Kendall Thomas, Leti Volpp, and Joan Williams. Don Clarke and Randy Peerenboom provided especially detailed and helpful criticism. At the inception of this project, I received critical feedback also from Barbara Fried, Janet Halley, Stanley Lubman, Vicki Schultz, Bob Weisberg, and Jim Whitman. I am indebted to Erika Evasdottir for enriching my reading of Gadamer, and to Janet Jakobsen for insightful comments on the conclusion. A special thanks to John Merryman for his generosity of spirit in supporting this project. Even where I have been unable to answer the questions the above individuals have posed, they have sharpened my argument at every turn. I gratefully acknowledge the expert research assistance of Kelly Baldwin and Amy Ericksen. This project received generous financial support from Dean Claudio Grossman at the Washington College of Law, as well as from Cornell Law School where I finished the Article as a visiting faculty member. This article was originally published in the *Michigan Law Review* 101 (2002), 179.

² Ruth Benedict, *Patterns of Culture* 6 (1952).

Fifty years ago comparative law was a field in search of a paradigm. In the inaugural issue of the *American Journal of Comparative Law* in 1952, Myres McDougal remarked unhappily, "The greatest confusion continues to prevail about what is being compared, about the purposes of comparison, and about appropriate techniques."⁴ In short, there seemed to be very little in the field that was not in a state of confusion. Two decades later, referring to McDougal's bleak assessment, John Merryman saw no evidence of progress: "few comparative lawyers would suggest that matters have since improved."⁵ And only a few years ago, John Langbein suggested that comparative law remains in dire straits: "If the study of comparative law were to be banned from American law schools tomorrow morning, hardly anyone would notice."⁶

A certain amount of hand-wringing is thus de rigueur in any piece of comparative law scholarship that wants to be viewed as part of the solution rather than part of the problem. At the risk of perpetuating the notion that comparative lawyers suffer from a "Cinderella complex,"⁷ I too begin with the obligatory observation that comparative law remains a relatively underappreciated field in the legal academy. My main purpose, however, is to

³ Michel Foucault, *The Order of Things*, at xv (1993) [hereinafter Foucault, *The Order of Things*] (quoting a short story by Jorge Luis Borges, *The Analytical Language of John Wilkins*, in *Other Inquisitions, 1937-1952*, at 103 (Ruth Simms trans., 1964)).

⁴ Myres McDougal, *The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of World Order*, 1 *Am. J. Comp. L.* 24, 28-29 (1952).

⁵ John Merryman, *Comparative Law and Scientific Explanation*, in *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution* 81, 82 n.3 (John N. Hazard & Wenceslas J. Wagner eds., 1974); see also John Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays* (1999).

⁶ John Langbein, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, 43 *Am. J. Comp. L.* 545, 549 (1995). Mary Ann Glendon echoes the same observation: "American comparativists, in fact, often find that our colleagues abroad welcome our enterprise more than our colleagues at home." Mary Ann Glendon, *Why Cross Boundaries?*, 53 *Wash. & Lee L. Rev.* 971, 972 (1996).

⁷ Günther Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*, 26 *Harv. Int'l L.J.* 411, 419 (1985) (noting that comparative lawyers suffer from low disciplinary self-esteem).

join other recent voices seeking to invigorate the field by proposing new avenues of inquiry.⁸

Comparative law has existed in relative disciplinary isolation.⁹ This Article is part of a larger effort to bring the mainstream of comparative law into conversation with other literatures: the study of non-Western law, the growing body of postcolonial theory, as well as recent work in legal theory. I apply these theoretical frameworks to Chinese law and, more specifically, to the historic claim made by many Western observers that China lacks an indigenous tradition of "law." In the process, this Article traces a genealogy of certain Orientalist understandings of Chinese law and explores the broader questions of who gets to decide who has "law" and what the normative implications of its absence are. In answering these questions, I suggest that law is a crucial element in the constitution of the modern Western subject and that, historically, ideas of the lack of Chinese legal subjectivity have served to mark the outside of (Euro-American) law. My aim here is not to condemn that history, which has already been critiqued by others. Instead, my primary goal is to understand how history has shaped the field of knowledge in which the comparative study of Chinese law unfolds today, and how the West has come to understand itself through law. In these conditions, what are the ethics of comparison?

⁸ An eclectic bibliography of this growing literature includes the contributions to the 1997 Utah Law Review symposium, *New Approaches to Comparative Law*, 1997 Utah L. Rev. 255, as well as H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2000); Janet E. Ainsworth, *Categories and Culture: On the "Rectification of Names"* in *Comparative Law*, 82 Cornell L. Rev. 19 (1996); William Alford, *The Limits of "Grand Theory"* in *Comparative Law*, 61 Wash. L. Rev. 945 (1986) [hereinafter Alford, *The Limits of "Grand Theory"*]; Vivian Grosswald Curran, *Cultural Immersion, Difference, and Categories in U.S. Comparative Law*, 46 Am. J. Comp. L. 43, 45 (1998); Nora Demleitner, *Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Change in Comparative Law*, 46 Am. J. Comp. L. 647 (1998); Nora Demleitner, *Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries*, 31 Ariz. St. L.J. 737 (1999); Frankenberg, *supra* note 7; David Gerber, *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?*, 46 Am. J. Comp. L. 719 (1998); Sharon Hom, *Engendering Chinese Legal Studies*, 1994 Signs 1020 (Summer); Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, *"Lit. Theory" Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse*, 111 Harv. L. Rev. 689 (1998); Pierre Legrand, *Comparative Legal Studies and Commitment to Theory*, 58 Mod. L. Rev. 262 (1995) (book review); Ugo Mattei & Alberto Monti, *Comparative Law & Economics: Borrowing and Resistance*, *Global Jurist Frontiers*, Vol. 1, Iss. 2, Art. 5 (2001), at <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol1/iss2/art5/>; Ugo Mattei & Anna di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, 75 Tulane L. Rev. 1053 (2001); Anne Peters & Heiner Schwenke, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, 49 Int'l & Comp. L.Q. 800 (2000); Mathias Reimann, *Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age*, 75 Tulane L. Rev. 1103 (2001); Annelise Riles, *Wigmore's Treasure Box*, 40 Harv. Int'l L.J. 221 (1999); Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 Am. J. Comp. L. 1 (1991).

⁹ Cf. William Twining, *Globalization and Legal Theory* 176-78 (2000) (observing comparative law's failure to follow the developments of legal theory).

I. Lack of "Law" in China

As there is a literary canon that establishes what is and what is not literature, there is also a legal canon that establishes what is and what is not law.¹⁰

- Boaventura de Sousa Santos

That the Chinese legal tradition is lacking is an observation as clichéd as the solicitude that is routinely expressed toward comparative law.¹¹ "To all intents and purposes foreigners are completely in the dark as to what and how law exists in China. Some persons whose reputation for scholarship stands high would deny the right of the Chinese to any law whatsoever - incredibly, but to my knowledge, a fact."¹² This was one Western commentator's melancholic observation at the end of the nineteenth century. The renowned anthropologist Marcel Granet indeed announced in 1934, "The Chinese notion of Order excludes, in all aspects, the idea of Law."¹³ And in William Alford's recent observation, Western students of China continue to ignore and misunderstand "the effect of law upon Chinese life."¹⁴

But just what does it mean to claim that China suffers from a (relative or absolute) lack of "law"? After all, only the most negligent observer could miss the fact that imperial China boasted dynastic legal codes going back to the Tang dynasty,¹⁵ and earlier. The point is usually a subtler one: whatever law China has known is a form that falls short of "real" law. This view is implicit in the oft-stated claim that Chinese law has been historically exclusively penal and associated with criminal sanctions.¹⁶ Especially in continental systems, civil law stands at the heart of jurisprudence, and its absence thus signifies a gaping hole at the center of the Chinese legal system.¹⁷ Sometimes, the implicit yardstick

¹⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in Paradigmatic Transition* 473 (1995).

¹¹ I discuss this perception of Chinese law more fully in Teemu Ruskola, *Law Without Law, or Is "Chinese Law" an Oxymoron?*, Wm. & Mary Bill Rts. J. 655 (2002) [hereinafter Ruskola, *Law Without Law*].

¹² Ernest Alabaster, *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law and Cognate Topics with Special Relation to Ruling Cases with a Brief Excursus on the Law of Property*, at v (1899).

¹³ Marcel Granet, *Pensee Chinoise [Chinese Thought]* 590 (1934) ("La notion chinoise de l'Ordre exclut, sur tous ses aspects, l'idée de Loi.").

¹⁴ William Alford, *Law? What Law?*, in *The Limits of the Rule of Law in China* 45, 45 (Karen G. Turner et al. eds., 2000) [hereinafter Alford, *Law? What Law?*].

¹⁵ 618-907 C.E. Moreover, Legalism (fa-jia) was one of the leading schools of thought in classical China and as such indisputably a part of the Chinese tradition (even if it was subsequently eclipsed by Confucianism). See, e.g., Benjamin Schwartz, *The World of Thought in Ancient China* 321-49 (1985). Yet the Legalist conception of "law" was purely instrumental, and as such susceptible to an Orientalist critique as not "real" law. Cf. *infra* text accompanying notes 15-18.

¹⁶ See Teemu Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship: Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective*, 52 Stan. L. Rev. 1599, 1618 (2000) [hereinafter Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*], and sources cited therein.

for "real" law is formal legal rationality in the Weberian sense,¹⁸ while at other times it is a liberal legal order that constrains the state in a particular way - a configuration often referred to as "the rule of law."¹⁹ Legal historian Thomas Stephens has recently argued that Chinese law is not even worthy of the term "jurisprudence." As a more descriptive term for the study of Chinese non-law, Stephens offers the neologism "obsequiiprudence," presumably signifying the scholarly study of obsequious submission to authority and hierarchy.²⁰ Whatever the merits of Stephens' thesis may be, in the view of nineteenth-century international lawyers Chinese law was so "uncivilized" as to exclude China from the "Family of Nations," which in turn served as a justification for reducing the country to a semi-colonial status under a regime of Western extraterritorial privileges.²¹

The goal of this Article is not to defend Chinese law, whether past, present or future. Ultimately, the answer to the question whether or not there is law in China is always embedded in the premises of the questioner: it necessarily depends on the observer's definition of law. Hence, my aim here is not to "prove" that there is in fact such a thing as a tradition of Chinese "law." Indeed, there already exists a considerable scholarly literature on Chinese law (however defined), and among students of Chinese law the idea of China's inherent lawlessness - at

least in the crude form of the thesis - is a discredited notion.²²

However, outside of the academic study of Chinese law, ideas of China's lawlessness continue to abound. Indeed, one of the primary obstacles to a serious discussion of Chinese law are the blank stares with which one is frequently met upon confessing an interest in the subject: "What Chinese 'law'? There is no law in China!" (Sometimes followed by a more tentative, "Is there law in China?") Unlike the more traditional comparativist who studies French or German law, for example, the student of Chinese law frequently needs to convince her audience that the subject matter exists in the first place.

In this Article, however, I do not address the substantive arguments in the debate on law's existence in China. I do so not because there is no merit in engaging in this debate,²³ but because for present purposes, my primary interest is in analyzing how the West has constructed its cultural identity against China in terms of law. Why, despite vigorous efforts to debunk it, does the view of China's lawlessness continue to prevail - not only in the popular opinion and among policy-makers, but even among legal scholars who do not specialize in China as well as China scholars who do not specialize in law?²⁴ Chinese civil law, for example, has been discovered and re-discovered periodically in the West. What preconceptions make it possible for it to be discovered and forgotten again so quickly, leaving it to wait for yet another round of "discovery"?

There are no doubt multiple answers to this complex of questions. This Article directs the inquiry into a certain historiographic tradition it

¹⁷ Even in the view of common law observers, the mere presence of positive law - civil or criminal - does not, by itself, make for a "legal system." See Perry Keller, *Sources of Order in Chinese Law*, 42 *Am. J. Comp. L.* 711 (1994) (disputing that China has a "legal system").

¹⁸ See, e.g., Max Weber, *The Religion of China* 102, 148-50 (Hans H. Gerth trans., 1951) [hereinafter Weber, *The Religion of China*].

¹⁹ See generally W.J.F. Jenner, *The Tyranny of History: The Roots of China's Crisis* (1992) (describing China as the quintessential instance of the "rule of men," as opposed to the "rule of law"). Cf. Rene David, *On the Concept of "Western" Law*, 52 *U. Cin. L. Rev.* 126, 131 (1983) (identifying "Western law" with "the rule of law," the supremacy of law, [and] the *Rechtsstaat*). Even the eminent China historian John King Fairbank agrees with the general thesis that China lacks both a tradition of private law as well as a system of rule of law in general. See John King Fairbank, *China: A New History* 185-86 (1992). Fairbank's life-long theme of Chinese lawlessness already permeates much of his masterly *Trade and Diplomacy on the China Coast: The Opening of the Treaty Ports 1842-1854* (1953). As Tani Barlow incisively analyzes *Trade and Diplomacy on the China Coast*:

What the West "had" that China did not, what in the end seduced China into passive acquiescence (made it Other) was Law. Or, to put it slightly differently, the universalist Law of treaty, human rights, science, and so on clarified the difference between China and the West as a relation of absence and presence, by pointing out the anarchic, ever multiplying, seething differences within China; China, alas, stood to Western Law as the particular stands to Universal. And, I would hazard, that is why the theme of "lawfulness" takes on such epic proportions in Fairbank's text. Tani E. Barlow, *Colonialism's Career in China Studies*, in *Formations of Colonial Modernity in East Asia* 373, 389-90 (Tani E. Barlow ed., 1997).

²⁰ Thomas B. Stephens, *Order and Discipline in China: The Shanghai Mixed Court 1911-27*, at 115 (1992). While one can in good faith argue about the possibility of comparative law across cultures and times, Stephens' coinage is gratuitously offensive. For a critical assessment of Stephens' view of Chinese law, see Ruskola, *Law Without Law*, *supra* note 11.

²¹ See generally Gerrit W. Gong, *The Standard of "Civilization" in International Society* 130-63 (1984).

²² For one thing, many studies have already debunked the thesis that the Chinese legal tradition is exclusively penal. See, e.g., *Civil Law in Qing and Republican China* (Kathryn Bernhardt & Philip C.C. Huang eds., 1994); Philip C.C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (1996). Thomas Metzger goes so far as to suggest that by late Qing the Chinese suffered not from an absence of law but, if anything, an excessive concern for it, or "overlegality." Thomas A. Metzger, *The Internal Organization of Ch'ing Bureaucracy: Legal, Normative, and Communication Aspects* 18 (1973). In addition to the discovery of Chinese "civil law," there are also many defenses of Confucian traditions of "liberalism" and "constitutionalism" as well as various Chinese conceptions of "rights." An eclectic selection of this large literature includes Stephen C. Angle, *Human Rights and Chinese Thought* (2002); Confucianism and Human Rights (Wm. Theodore de Bary & Tu Weiming eds., 1998); Wm. Theodore de Bary, *The Liberal Tradition in China* (1983); Janet E. Ainsworth, *Interpreting Sacred Texts: Preliminary Reflections on Constitutional Discourse in China*, 43 *Hastings L.J.* 273 (1992); Wm. Theodore de Bary, *The "Constitutional Tradition" in China*, 9 *J. Chinese L.* 7 (1995); Ju-ao Mei, *China and the Rule of Law*, 5 *Pac. Aff.* 863 (1932); Richard Vuytsteke, *Tung Chung-shu: A Philosophical Case for Rights in Chinese Philosophy*, in *Law and Society: Culture Learning Through Law* 303 (1977).

²³ I have participated in the debate myself by arguing that China in fact has a tradition of "corporation law" despite historic claims to the contrary. See Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 16.

²⁴ Cf. Alford, *Law? What Law?*, *supra* note 14.

calls "legal Orientalism." It starts from the premise that, in many ways, "history does not belong to us; we belong to it."²⁵ Inevitably, "our historical consciousness is always filled with a variety of voices in which the echo of the past is heard."²⁶ The Orientalist history of comparative law constitutes one important tradition from which the work of today's comparative lawyers emerges, and whether we consciously reject or embrace that tradition, it still provides the context against which that work is written, read, understood, and misunderstood. As David Halperin describes the marvelous efficiency with which prejudice relies on unstated "truths" in communication, "if the message is already waiting at the receiver's end, it doesn't even need to be sent; it just needs to be activated."²⁷ Whatever our own "prejudices" about Chinese law may be - and they may be either positive or negative - in our writings we are likely to be activating messages of which we are not even aware. By elaborating a genealogy of legal Orientalism, I hope to analyze some prevailing cultural prejudices that inform the interpretation of comparative scholarship on Chinese Law.

Stated differently, this Article is an attempt to take account of the context in which the study of Chinese law necessarily unfolds, and to understand the historicity of contemporary scholarship. What can we learn from the history of comparative law and, indeed, from the history of Chinese legal history?²⁸ I suggest that by considering legal Orientalism as an ongoing cultural tradition we can understand better why even today claims about the status of Chinese law are so relentlessly normative. Why is it that the statement that China lacks "law" (again, however defined) is almost never simply a factual claim but constitutes an implicit indictment of China and its cultural traditions?

Below, I analyze the processes by which claims of the putative absence of law in China have become part of the observers' cultural identity and, in turn, contribute to the contents of the observations themselves. In the final analysis, the object of my inquiry is certain Western representations of Chinese law and the notions of legality and legal subjectivity that they imply. The project is ultimately hermeneutical in Gadamer's sense: its goal is "not to develop a procedure" for understanding Chinese law "but to clarify the conditions in which [such] understanding takes place."²⁹ Whether we

like it or not, legal Orientalism is one condition of Western knowledge of Chinese law.

However, while we in the West are perhaps bemused to learn of the traditional Sinocentric worldview - the Chinese word for "China" means "Middle Kingdom" - we nevertheless accept with utmost unselfconsciousness the notion that we are the First World, twice-removed from the soi-disant Third World. To be sure, the distance is shrinking, as the Second World has essentially disappeared. Yet our occidental solipsism aside, cultures do not come labeled with ordinal numbers. Given the traditional Eurocentrism of legal scholarship,³⁰ perhaps the category of "law" obscures more than it illuminates; might we not be better off with the study of, say, "comparative social control," rather than comparative law?³¹

In the words of Dipesh Chakrabarty, European analytical categories are "both indispensable and inadequate in helping us to think through the experiences of political modernity in non-Western nations."³² Chakrabarty's response to this predicament is the project of "provincializing Europe": de-centering Western analytic categories and subjecting them and their histories to critical scrutiny. However, given the fact that European thought is now "everybody's heritage ... and affects us all," the task is not, and cannot be, the ultimate elimination of all analytic apparatuses of European thought, such as Western ideas of law. More productively, Chakrabarty wants to explore how European traditions "may be renewed from and for the margins."³³ One aspect of provincializing Europe must be provincializing - rather than discarding - Euro-American conceptions of law and its categories.³⁴ I do so here by analyzing the historical construction of the Euro-American legal subject against its Chinese counterpart, and the implications of that history for the study of Chinese law today.

What, then, are the connotations of "law" and how do they color our relationship to the political and cultural entity we refer to as "China"? The shortcomings of Chinese law are often blamed on a putative confusion of categories - the tendency of the Chinese to conflate law and morality, or law

²⁵ Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* 276 (Joel Weinsheimer & Donald G. Marshall eds., Crossroad 2d rev. ed. 1989) (1960).

²⁶ *Id.* at 284.

²⁷ David M. Halperin, *St. Foucault: Towards a Gay Hagiography* 13 (1995).

²⁸ *Cf. id.* at 299 ("Real historical thinking must take account of its own historicity.").

²⁹ *Id.* at 295.

³⁰ *Cf.* Kenneth B. Nunn, *Law as a Eurocentric Enterprise*, 15 *Law & Ineq.* 323 (1997).

³¹ Anthropologists John Comaroff and Simon Roberts answer this question affirmatively in the context of legal anthropology. "The argument for perpetuating a discrete anthropology of law, if this implies the continued reification 'the legal,' is not compelling," they argue, proposing instead the study of the logic of dispute processes in their cultural context. John Comaroff & Simon Roberts, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context* 249 (1981).

³² Dipesh Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference* 16 (2000).

³³ *Id.*

and custom, for example. Such claims have great intuitive appeal. Like the brilliantly patronizing Chinese encyclopaedia entry in one of the two epigraphs to this Article, described by Michel Foucault in the preface to *The Order of Things*,³⁵ they accord with expectations of Chinese taxonomical madness and irreducible cultural difference. Yet what many readers of Foucault ignore is that the amusing encyclopaedia entry that he quotes is not a real encyclopaedia entry at all. It is a quotation from a fable by Jorge Luis Borges which Foucault uses artfully to set up an epistemological foil for European systems of knowledge.³⁶ One assumes - though one cannot be quite sure - that Foucault is acting self-consciously in doing so.³⁷ In any event, what is certain is that many enduring Western notions of Chinese law are based on Orientalist fables and betray little self-awareness of this fact.

This fabulous Western jurisprudence of Chinese law is the subject matter of the remainder of this Article, which proceeds as follows. Part II first describes the limits of functionalism, the dominant theoretic paradigm in comparative law, and proposes the analysis of "legal Orientalism" as an alternative point of departure. Before turning to the Oriental other, Part III analyzes the general processes

by which law participates in the construction of the culturally and nationally marked Western subject. Part IV, the core of the Article, sketches how the Euro-American legal subject has imagined its relationship, in various historical contexts, to its Oriental counterpart, the Chinese non-legal non-subject. Part V turns to the contemporary implications of the history of legal Orientalism. Since all understanding is situated, bias is inevitable and prejudice the very condition of knowledge. Rather than issuing an impossible call for an end to all Orientalism, I turn to an ethics of Orientalism. In an important sense, the process of comparison creates the objects of comparison. Therefore, how we compare ourselves to others produces both enabling conditions as well as obstacles to further communication. An ethical legal Orientalism attends to the conditions of legal subject formation: rather than positing the Chinese as simply lacking legal subjectivity, it allows for the possibility of differently constituted legal subjects. Indeed, a more open-ended approach to comparison may change our views not only of others as legal subjects, but also of ourselves.

II. Beyond Functionalism

One of the aims of this Article is to help move comparative law beyond functionalism. In order to do so, Section A provides a short account of functionalism, followed by an analysis of its limits in Section B. Section C develops a preliminary definition of "legal Orientalism." Section D in turn considers the methodological limits of the study of legal Orientalism.

A. Functionalism

Although much of the work in comparative law remains methodologically unselfconscious, the dominant methodology is without a doubt functionalism, whether or not expressly avowed by its practitioners. The basic idea of functionalism - originally imported into comparative law from the social sciences - is powerfully simple.³⁸ The functionalist's task is to identify some type of more or less universal problem shared by several societies, and then analyze how different legal systems solve the same problem; the legal solutions, by definition, will be functionally equivalent and hence comparable.³⁹ For instance, scholars of Chinese law have frequently observed that many of our legal dispute resolution functions were performed in traditional

³⁴ Cf. Mirjan Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* 199 (1986) (observing that a definition of "law" so narrow as to exclude China "smacks of the dogmatism of the untraveled"). This project of provincializing law has already begun on several fronts. Important examples of general, and growing, theoretical interest in analyzing the relationship between law and colonialism include *Laws of the Postcolonial* (Eve Darian-Smith & Peter Fitzpatrick eds., 1999); Peter Fitzpatrick, *Modernism and the Grounds of Law* (2001); Symposium, *Colonialism, Culture, and the Law*, 26 *Law & Soc. Inquiry* 305 (2001); Symposium, *Post-Colonial Law - Uses of Theory in Law Reform Projects*, 10 *Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.* 535 (2001); and Symposium, *Re-Orienting Law and Sexuality*, 48 *Clev. St. L. Rev.* 1 (2000); Special Issue, *Postcolonialism, Globalization and Law*, 1999 *Third World Legal Stud.* 1. There are a growing number of postcolonial analyses in many legal sub-fields as well, including intellectual property (e.g., Rosemary J. Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy*, 6 *Can. J. L. & Juris.* 249 (1993)), immigration (e.g., Tayyab Mahmud, *Migration, Identity, and the Colonial Encounter*, 76 *Or. L. Rev.* 633 (1997)), environmental law (e.g., Benjamin J. Richardson, *Environmental Law in Postcolonial Societies: Straddling the Local-Global Institutional Spectrum*, 11 *Colo. J. Int'l Env't'l L. & Pol'y* 1 (2000)), and critical race theory (e.g., Chantal Thomas, *Critical Race Theory and Post-colonial Development Theory: Observations on Methodology*, 45 *Vill. L. Rev.* 1195 (2000)); Eric K. Yamamoto, *Rethinking Alliances: Agency, Responsibility and Interracial Justice*, 3 *Asian Pac. Am. L.J.* 33 (1995)). Increasingly, even "domestic" American legal phenomena are being viewed through the lens of colonialism. See, e.g., Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion, and the Constitution (Christina Duffy Burnett & Burke Marshall eds., 2001); Sally Engle Merry, *Colonizing Hawaii: The Cultural Power of Law* (2000); Wendy Nelson Espeland, *Bureaucrats and Indians in a Contemporary Colonial Encounter*, 26 *Law & Soc. Inquiry* 403 (2001); Laura Gomez, *Race, Colonialism, and Criminal Law: Mexicans and the American Criminal Justice System in Territorial New Mexico*, 34 *Law & Soc. Rev.* 1129 (2000); Efrén Rivera Ramos, *The Legal Construction of American Colonialism: The Insular Cases*, 65 *Rev. Jur. U.P.R.* 225 (1996); Ediberto Roman, *Empire Forgotten: The United States's Colonization of Puerto Rico*, 42 *Vill. L. Rev.* 1119 (1997).

³⁵ See *supra* note 3.

³⁶ Foucault does not provide a citation to Borges' story, although he does (correctly) identify Borges as the author. See Borges, *supra* note 3.

³⁷ Indeed, despite some effort to maintain distance to Borges' outrageous "Chinese encyclopaedia," Foucault ends up sounding utterly patronizing when he patiently suggests that we cannot dismiss "with complete certainty" the validity of the "Chinese" (!) classification of animals into "tame" and "embalmed," for instance. Foucault, *supra* note 3, at xix.

China by extra-judicial mechanisms, such as the family.⁴⁰ Likewise, prominent observers have argued that Confucian ritual (li) constituted the Chinese equivalent of natural law in early modern West.⁴¹

B. Limits of Functionalism

In the social sciences, functionalism largely exhausted itself by the 1980s. However, it retains a tenacious hold on the imagination of comparative lawyers.⁴² While it remains a useful tool in the hands of a sophisticated practitioner, functionalism (like all methods) has notable limits.⁴³ Despite its apparent value neutrality, it is premised on the identification of a problem that the law then solves. Yet it is not clear just what constitutes a "problem"; what is a problem in one culture may not be a problem in another.⁴⁴ Furthermore, functionalists often make implicit assumptions about which problems should be resolved by legal, rather than some other, means.⁴⁵ At its worst, functionalism leads to a kind of epistemological imperialism: either we find in foreign legal cultures confirmation of the (projected) universality of our own legal categories, or, equally troublingly, we find "proof" of the fact that other legal cultures lack some aspect or other of our law.

The colonial administration of British India offers a prime example of the first kind of conceptual colonialism. Describing the attempt of Sir William Jones to discover the principles of indigenous Hindu law, Bernard Cohn argues that what started "as a search for the "Ancient Indian Constitution,"

ended with what [Jones] had so much wanted to avoid - with English law as the law of India."⁴⁶ The reason was simple. As Jones set out to find "a Hindu civil law," his focus was on subjects that he, "a Whig in political and legal philosophy, was centrally concerned with - those rights, public and private, that affected the ownership and transmission of property."⁴⁷ Unsurprisingly, Jones found precisely what he set out to find, which is indeed the hallmark of an enterprising functionalist.

As a perhaps trivial, yet telling, example of the opposite danger - the failure to find equivalents of one's own categories - consider the following anecdote from the classroom. Upon reading Hugh Scogin's article on Chinese "contract law" in the Han dynasty⁴⁸ (and Scogin's highly contextualized study certainly indicates the need for the scare quotes),⁴⁹ a student of Janet Ainsworth's queried her urgently, "Tell me ... had the Chinese developed promissory estoppel [by the Han], too?" As Ainsworth observes tartly, the student apparently regarded the development of the concept of promissory estoppel as a natural evolutionary outgrowth of the law of contracts, such that any civilization possessed of a jurisprudence of contract doctrine would eventually produce the functional equivalent of Section 90 of the Restatement of Contracts.⁵⁰

⁴¹ See, e.g., Joseph Needham, *Human Laws and the Laws of Nature in China and the West*, in *2 Science and Civilisation in China* 518 (1956); Hu Shih, *The Natural Law in the Chinese Tradition*, in *5 University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings* 119 (Edward F. Barrett ed., 1953). Unless otherwise indicated, in the remainder of this Article I use the terms "Confucian" and "Confucianism" to refer to the state ideology perpetuated by the imperial civil service examination system, with full awareness that this definition does not exhaust alternative meanings. As I have noted previously, "On the one hand, this orthodox Confucianism, which grew increasingly rigid over time, stood in contrast to the philosophical Confucianisms in which it originated. On the other hand, it was also distinct from the Confucian officialdom's actual policies and administrative practices, which did not necessarily conform to the state's professed ideals." Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 16, at 1607 n.18.

⁴² Cf. June Starr & Jane Collier, Introduction, in *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology* 5 (June Starr & Jane Collier eds., 1989) [hereinafter *History and Power in the Study of Law*] ("Many anthropologists who studied dispute management in the 1960s and 1970s experienced a sense of paradigm crisis by 1980, as did most social anthropologists, because functionalist theory (the framework within which we previously worked), was increasingly criticized.").

⁴³ That is to say, I am not rejecting functionalism in all forms and for all purposes. Indeed, if "function" is conceived broadly enough, the label "functionalism" can subsume almost any methodology. Even laws that seem to serve no function other than that of making an ideological statement (or, less tendentiously, expressing a collective value judgment) can be analyzed as serving an ideological (or expressive) function. However, I am not invested - either positively or negatively - in the label itself, and my goal here is simply to examine the limits of a particular mode of analysis that is conventionally associated with that label, viz., sociological functionalism. This mainstream functionalism has its uses and I have used it myself, suggesting that in late imperial China family law performed many of the economic functions that corporation law performs in the United States today. In recognition of its limits, however, I have sought to combine the functionalist inquiry with a hermeneutic analysis. See Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 16, at 1613 (arguing that while American and Chinese corporation law share many functional similarities, as systems of meaning they remain far apart).

³⁸ For a classic statement of sociological functionalism, see Talcott Parsons, *The Social System* (1951). The appeal of functionalism is by no means limited to comparative law. It animates much of law-and-society scholarship and legal history as well, where it implies an evolutionary paradigm for the understanding of legal change. In the words of Lawrence Friedman, for example, Law, by and large, evolves; it changes in piecemeal fashion ... What is kept of old law is highly selective. Society in change may be slow, but it is ruthless. Neither evolution nor revolution is sentimental. Old rules of law and old legal institutions stay alive when they still have a purpose - or, at least, when they do not interfere with the demands of current life ... Working doctrines of law, however quaint they may seem, must be acting as the servants of some economic or social interest. Lawrence Friedman, *History of American Law* 18, 23 (2d ed. 1985). On the role of functionalism (or "adaptationism," as Gordon calls it) in legal history, see generally Robert Gordon, *Historicism in Legal Scholarship*, 90 *Yale L.J.* 1017 (1981).

³⁹ For a textbook example, see *Law in Radically Different Cultures* (John Barton et al. eds., 1983) [hereinafter *Law in Radically Different Cultures*] (analyzing the treatment of "inheritance," "embezzlement," "contract," and "population control" in the laws of "the West," Egypt, Botswana, and China).

⁴⁰ See, e.g., Sybille van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis* 80-96 (1962). In employing the term "traditional China," I am aware that in the conventional division of Chinese history into "traditional" and "modern," the latter adjective "usually refers to the period of significant contact with the modern West." Paul A. Cohen, *Discovering History in China: American Historical Writings on the Recent Chinese Past* 58 (1984) [hereinafter *Cohen, Discovering History*]. In this Article (as elsewhere), I use the phrase "traditional China" simply to denote a certain historical period, without any intent to imply a particular normative vision of history. Cf. Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 16, at 1614 n.37.

At its extreme, a relentless insistence on exact equivalence can lead a functionalist to conclude that China lacks even the very category of "law."

In functionalism's favor, one should note that there is nothing about it as a methodology that compels one to find either a presence or an absence in (place of) the object of comparison.⁵¹ Historically, the more contemporary variants of functionalism - unlike, say, nineteenth-century evolutionary functionalisms - have in fact tended to find even "primitive" legal systems less, rather than more, lacking. Indeed, insofar as functionalism is premised on the existence of certain universally shared conditions, it embodies the potential to make the exotic Other seem ultimately rational, rather than merely "primitive." As Max Gluckman insists in his classic ethnography of tribal law, "it is unfortunately still necessary to demonstrate that Africans ... use processes of inductive and deductive reasoning which are in essence similar to those of the West, even if the premises be different."⁵²

C. Legal Orientalism

Indeed, understanding as a continuous intellectual endeavor is nothing but the rigorous critique of misunderstanding, misrepresentation, and all sorts of cultural myths and misconceptions.⁵³

- Zhang Longxi

If comparison is such an inherently risky enterprise, is there any way to talk about Chinese law without implicating oneself in the perilous act of comparison? Comparativists in fact often insist on a distinction between the study of "foreign law" and the discipline of "comparative law": the latter consists of the express comparison of two legal systems, rather than mere description of foreign legal systems.⁵⁴ Yet it seems inescapable that the description of foreign law - including Chinese law - is always an instance of comparative law: even in "mere description," the implicit point of reference is always our own system, against which we compare the object culture.⁵⁵

Indeed, the description of Chinese law does not occur in a vacuum. Edward Said, the literary scholar and leading postcolonial theorist, uses the term "Orientalism" to refer to the discourses that structure Westerners' understanding of the Orient.⁵⁶ He emphasizes the extent to which the identity of the colonial and postcolonial West is a rhetorical achievement. In a series of imperial gestures, we have reduced "the Orient" to a passive object, to be known by a cognitively privileged subject - ourselves, "the West." Exhorts Said,

Without examining Orientalism as a discourse one cannot possibly understand the enormously systematic discipline by which European culture was able to manage - even produce - the Orient

⁴⁴ The case of corporation law in China provides an extraordinary illustration: the central problem of American corporation law has become the solution to the key problem of Chinese business organization. Since the classic analysis by Berle and Means, the separation of ownership and management has constituted the so-called "agency problem" that American corporation law seeks to address. See generally Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *Modern Corporation and Private Property* (1937). When China enacted a Company Law, it did so with the express hope that creating a separation of ownership and management - the American agency problem - would solve the (very different) problems of its state-owner enterprises. This ironic twist has gone largely unremarked in the literature on Chinese business organization, except for Donald Clarke and William Simon. See Donald Clarke, *GATT Membership for China?*, 17 *Puget Sound L. Rev.* 517, 524 (1994); William H. Simon, *The Legal Structure of the Chinese "Socialist Market" Enterprise*, 21 *J. Corp. L.* 267 (1996); cf. Ronald J. Gilson & Mark J. Roe, *Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization*, 102 *Yale L.J.* 871, 874 (1993) ("To date, comparative analyses of the Japanese corporate governance system have assumed that the central purpose of the Japanese system, like that of the American system, is solving the Berle-Means monitoring problem.").

⁴⁵ Günther Frankenberg criticizes this assumption as "legocentrism," or the tendency to treat law "as a given and a necessity, as the natural path to ideal, rational or optimal conflict resolution and ultimately to a social order guaranteeing peace and harmony." Frankenberg, *supra* note 7, at 445.

⁴⁶ Bernard S. Cohn, *Law and the Colonial State in India*, in *Colonialism and Its Forms of Knowledge* 57 (1996).

⁴⁷ *Id.* at 71.

⁴⁸ 206 B.C.E.-220 C.E.

⁴⁹ Hugh T. Scogin, Jr., *Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty China*, 63 *S. Cal. L. Rev.* 1326 (1990).

⁵⁰ Ainsworth, *supra* note 8, at 20.

⁵¹ For Max Weber, for example, the main problem from which the Chinese legal tradition suffered was that it had no concept of "natural law." Weber, *The Religion of China*, *supra* note 18, at 147. This is precisely the opposite conclusion of two other eminent observers, Hu Shih, *supra* note 41, and Needham, *supra* note 41 - a prime illustration of the ultimate indeterminacy of functionalism.

⁵² Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (1955). Thanks to Don Clarke for pointing me to Gluckman, and to Haun Saussy for insisting on historically positive contributions of functionalism. Other similar analyses of "primitive law" include Karl Llewellyn & E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Caselaw in Primitive Jurisprudence* (1941); Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*. For an important recent example in the genre of a law school casebook, see *Law in Radically Different Cultures*, *supra* note 39.

⁵³ Zhang Longxi, *Mighty Opposites: From Dichotomies to Difference in the Comparative Study of China* 2 (1998).

⁵⁴ Merryman, *supra* note 5, at 82; cf. Twining, *supra* note 9, at 187 ("Comparatists sometimes insist on a quite sharp distinction between foreign and comparative law.").

⁵⁵ Cf. Curran, *supra* note 8, at 45 (arguing that "comparison is central to all legal analysis, as it is central even to the very process of understanding"). Indeed, while "description" is often used as an epithet to characterize legal scholarship, the difficulty of "mere description" itself is easily underestimated in the context of comparative law. See, e.g., Alford, *The Limits of "Grand Theory"*, *supra* note 8 (emphasizing the importance of "thick description" in the Geertzian sense); cf. Clifford Geertz, *Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture*, in *The Interpretation of Cultures* 3 (1973).

⁵⁶ Edward Said, *Orientalism* (1978) [hereinafter Said, *Orientalism*]; see also Edward Said, *Orientalism Reconsidered*, in *Literature, Politics, and Theory* 210 (Francis Barker et al. eds., 1986); Edward Said, *Orientalism: An Afterword*, 14 *Raritan* 32 (1995).

politically, sociologically, militarily, ideologically, scientifically, and imaginatively during the post-Enlightenment period.⁵⁷

What remains largely absent in comparative law is the study of specifically legal forms of Orientalism: the ways in which "the Orient" - as well as "the West"⁵⁸ - have been produced through the rhetoric of law. Below, this Article turns to Euro-American representations of Chinese law and analyzes their rhetorical processes as a kind of "legal Orientalism."

Before proceeding, however, I should emphasize that I am using the term "Orientalism" in this Article in the technical sense defined by Edward Said and elaborated by other postcolonial theorists.⁵⁹ There is an important existing literature criticizing legal notions held by Orientalist scholars, yet these critiques do not necessarily offer an "Orientalist" analysis in the postcolonial sense in which I employ the term. Although the existing critiques are too varied to be characterized as a single genre, they tend to be modernist in their orientation: by demonstrating the inaccuracies in classical Orientalist scholars' depictions, their preferred strategy is to rehabilitate the Chinese as authentic subjects of (legal) modernity. Postcolonial analyses differ in their emphasis. Rather than seeking to rescue China into a broader definition of modernity, they emphasize the historical construction of China, and the

"non-West" in general, as "traditional" and "pre-modern" by definition.⁶⁰

D. Limits of Legal Orientalism

Although no study of non-Western law can be complete without taking account of Orientalist discourses, such critical analyses (like their functionalist counterparts) have their limits, defined by the questions they ask.

First, there is no one definitive version of Orientalism.⁶¹ The West has many Oriental (and other) Others, which vary enormously in terms of their particular features and histories - even while they all share in being defined by their relationship to the West, with different Others confirming different aspects of the West's self-understanding.⁶² Postcolonial analyses of law tend to be further developed in the context of the Middle East and South Asia, due at least in part to the fact that many of the classic works of postcolonial theory focus on those geographic areas.⁶³ In this Article, Chinese law functions as one instance of Orientalism, not a paradigmatic case.⁶⁴ Indeed, there are multiple legal Orientalisms as well. Although I focus here on certain historically dominant representations of Chi-

⁵⁷ Said, *Orientalism*, supra note 56, at 3. In describing Orientalism as a "discourse," Said employs it in an explicitly Foucaultian sense, especially as developed in Michel Foucault, *The Archaeology of Knowledge and the Discourse on Language* (Alan Sheridan trans., 1972) and Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (Alan Sheridan trans., 1977) [hereinafter Foucault, *Discipline and Punish*]. Yet just as Foucault has been faulted for lacking a concept of agency that would allow for more than merely local resistance to disciplinary discourses, Said's concept of Orientalism as a discourse has also been criticized as too hegemonic for not allowing "the Orient" a role in its construction. See, e.g., Dennis Porter, *Orientalism and Its Problems*, in *The Politics of Theory* 179 (Francis Barker et al. eds., 1983). Partly in response to such criticisms, in later work Said seeks to provide a broader study of imperialism that encompasses "a general world-wide pattern of imperial culture" and incorporates also "a historical experience of resistance against empire." Edward Said, *Culture and Imperialism*, at xii (1993). Indeed, much of the subsequent development of postcolonial theory - most notably the work of Gayatri Spivak and Homi Bhabha - can be viewed as an effort to resist totalizing readings of Orientalism, with increasing emphasis on the cultural hybridity, psychological ambivalence, and geographic diaspora of (post)colonial subjects.

⁵⁸ I use the term "the West" advisedly, acknowledging fully that "the West" does not exist as an undifferentiated, monolithic entity any more than "the Orient" does. As used in this Article, both terms refer to discursive constructions rather than fixed geographic locations. To state the obvious, both "Westerners" and "Orientals" live in space as well, not merely in "discourse." Yet, as Haun Saussy aptly observes, with reference to the idea of the West, "Western" is the accurately vague word." Haun Saussy, *Postmodernism in China*, in *Great Walls of Discourse and Other Adventures in Cultural China* 118, 120 (2001). Recent studies of Chinese transnationality illustrate that, geographically, Chinese cultural formations in fact span "the West" and "the East." See, e.g., Madeline Hsu, *Dreaming of Gold, Dreaming of Home: Transnationalism and Migration Between the United States and South China, 1882-1943* (2001); Adam McKeown, *Chinese Migrant Networks and Cultural Change: Peru, Chicago, Hawaii, 1900-1936* (2001); Aihwa Ong, *Flexible Citizenship: The Cultural Logics of Transnationality* (1999).

⁵⁹ While this Article seeks to analyze Chinese law through the lens of Orientalism, there are at least two other studies that also employ the term "legal Orientalism" - one in order to analyze the British colonial legal system in Burma, and the other to deconstruct the category of "Asian law" as used in Australia. See Hilary McGeachy, *The Invention of Burmese Buddhist Law: A Case Study in Legal Orientalism*, 4 *Aust. J. Asian L.* 31 (2002) (analyzing British colonial administration of Burma); Veronica Taylor, *Beyond Legal Orientalism*, in *Asian Laws Through Australian Eyes* 47 (Veronica Taylor ed., 1997) (contesting "Asian law" as a category).

⁶⁰ Indeed, what a postcolonial analysis adds to other critiques is demonstrating the mutually constitutive nature of categories such as "modern/traditional" and "Western/Oriental." That is to say, the "problem" to be addressed is not simply that individual scholars such as Hegel or Marx, for example, may have been "Orientalist" in their views but that "Orientalism" as a worldview is built into the very idea of modern (Western) legality - a point that emerges even more clearly when the postcolonial analysis is combined with the constitutive theory of law. See *infra* Section III.A. Although the modernist and postcolonial critiques that I have sketched here are analytically distinct, their interventions can be complementary. The claim that China lacks "law," for example, can be contested by either arguing how and why China does have law (in the modern sense), or by showing how law has been historically constructed to exclude China from it definitionally. Elsewhere, I have myself engaged in what I here call the modernist project: expanding the definition of Western "corporation law" to include the operation of Chinese family law. See Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, supra note 16. For important contemporary examples of critiques of Orientalist analyses of Chinese law - primarily, though not exclusively, in the modernist mode - see, e.g., Alford, supra note 8; William P. Alford, *The Inscrutable Occidental: Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past*, 64 *Texas L. Rev.* 915 (1986) [hereinafter Alford, *The Inscrutable Occidental*]; Randall Peerenboom, *The X-Files: Past and Present Portrayals of China's Alien "Legal System"*, *Global Stud. L. Rev.* 2 (2003); Hugh Scogin, *Civil "Law" in Traditional China: History and Theory*, in *Civil Law in Qing and Republican China*, supra note 22, at 13.

⁶¹ Indeed, the term "postcolonial theory" itself is a placeholder for numerous theoretical positions of various degrees of historical specificity. Cf. Stephen Slemon, *The Scramble for Post-Colonialism*, in *De-Scribing Empire: Postcolonialism and Textuality* 15, 16 (Chris Tiffin & Alan Lawson eds., 1994) ("'Post-colonialism,' as it is now used in its various fields, describes a remarkably heterogeneous set of subject positions, professional fields, and critical enterprises.").

nese law, there are other stereotypical views, of various degrees of influence, that one might usefully analyze.

Second, the main focus here is on Western representations of Chinese law. These representations tell us far more about the Western idea, and ideology, of law than they do of any equivalent (or even nonequivalent) phenomenon in China. Hence, this Article has very little to say of Chinese law in China, in terms of either indigenous legal practices or indigenous representations of law. However, the solipsistic focus on Western representations of Chinese law is not meant to imply that comparative law is in disciplinary bankruptcy and that Chinese law cannot be known by Euro-American observers. Describing Chinese law and comparing it to, say, American law remains an important and viable - though difficult and always incomplete - enterprise.⁶⁵ Analyzing Chinese law from the perspective of postcolonial theory is not the terminus of the comparative enterprise, only its starting point.⁶⁶ Indeed, the project is perhaps best conceptualized as a meta-theoretical approach to comparison, a study of how we look at Chinese law and how those habits of perception in part constitute "us" as "the West."

Third, the distinction here between law as a system of representation and law as a material practice is only heuristic. As Robert Cover succinctly observes, law is defined by both "word" and "violence," and the two are intimately connected.⁶⁷ The references in this Article to "Chinese law" and "Western" or "American law" should thus be read as though they were in quotation marks, to emphasize that each is being considered primarily as an idea and a cultural representation - while still acknowledging that how we imagine ourselves through law affects also how we act,⁶⁸ and our actions in turn affect the material conditions that support and give rise to legal representations and legal ideologies.⁶⁹

⁶² This structural feature of Orientalist discourse is indeed not even limited to ideas of the Orient, however it is defined geographically, culturally, or temporally. Consider, for example, the close affinity between Said's *Orientalism* and Toni Morrison's description of "Africanism," or the creation of an imaginary "Africa" in American literature: Africanism is the vehicle by which the American self knows itself as not enslaved, but free; not repulsive, but desirable; not helpless, but licensed and powerful; not history-less, but historical; not damned, but innocent; not a blind accident of evolution, but the progressive fulfillment of destiny.

Toni Morrison, *Playing in the Dark: Whiteness and the Literary Imagination* 52 (1992). For examples of what might be called "legal Africanism," or analyses of the ways in which Hegel's Africa has functioned as one of the West's several legal Others, see Fitzpatrick, *supra* note 34; Robert Bernasconi, Hegel in the Courts of Ashanti, in Hegel After Derrida 41 (Stuart Barnett ed., 1998). On the differentiation between Africa and Asia in the modern context, see also Gayatri Chakravorty Spivak, *Outside in the Teaching Machine* 53-54 (1993).

Fourth, neither Western nor Chinese law exists in isolation of the other. How the West imagines China and Chinese law has colored its encounters with Chinese legal ideology and legal practices. These encounters in turn have further influenced - through interpretation and misinterpretation - the status of China and Chinese law in Western minds. Likewise, the Chinese have brought their own views of the West to these encounters, and their understandings and misunderstandings of Western law have changed correspondingly. Indeed, since the earliest Sino-European contacts, the Chinese too have used the West for their own instrumental purposes, to confirm their own self-understandings of what it means to be Chinese. Moreover, American and European observers do not have a monopoly on Orientalist understandings of Chinese law. Today, the idea of Western superiority enjoys global currency, and it has resulted in Chinese legal and cultural responses that can best be described as "self-Orientalism."⁷⁰

Put simply, both Chinese and Western law exist in both Chinese and Western imaginations and are intersubjectively linked. Boaventura de Sousa Santos refers to this kind of legal intersubjectivity aptly as "interlegality," which he defines as not the legal pluralism of traditional legal anthropology, in which the different legal orders are conceived as separate entities coexisting in the same political space, but rather, the conception of different legal

⁶³ For works on the subcontinent, see, for example, Radhika Singha, *A Despotism of Law: Crime and Justice in Early Colonial India* (1998); Upendra Baxi, "The State's Emissary": The Place of Law in Subaltern Studies, in 7 *Subaltern Studies: Writings on South Asian History and Society* (Partha Chatterjee & Gyanendra Pandey eds., 1992); Ratna Kapur, *Postcolonial Erotic Disruptions: Legal Narratives of Culture, Sex and the Nation in India*, 10 *Colum. J. Gender & L.* 333 (2001); Prabha Kotiswaran, *Preparing for Civil Disobedience: Indian Sex Workers and the Law*, 21 *B.C. Third World L.J.* 161 (2001); Kunal Parker, "A Corporation of Superior Prostitutes": Anglo-Indian Conceptions of Temple Dancing Girls, 1800-1914, 32 *Mod. Asian St.* 559 (1998); Note, *Interpreting Oriental Cases: The Law of Alterity in the Colonial Courtroom*, 107 *Harv. L. Rev.* 1711 (1994). For important analyses of Orientalist understandings of law in the context of the Middle East, see Lama Abu-Odeh, *Comparatively Speaking: The "Honor" of the "East" and the "Passion" of the "West"*, 1997 *Utah L. Rev.* 287; Lama Abu-Odeh, *Crimes of Honour and the Construction of Gender in Arab Societies*, in *Feminism & Islam: Legal and Literary Perspectives* 141 (Mai Yamani ed., 1996); John Strawson, *Islamic Law and English Texts*, 6 *Law & Critique* 21 (1995); John Strawson, *Reflections on Edward Said and the Legal Narratives of Palestine: Israeli Settlements and Palestinian Self-Determination*, 20 *Penn. St. Int'l L. Rev.* 363 (2002). Furthermore, the fact that China as a whole was never formally colonized by the West seems to have prevented the appreciation of the many ways in which it was reduced to a de facto colonial status. See, e.g., Shu-mei Shih, *The Lure of the Modern: Writing Modernism in Semicolonial China, 1917-37* (2001); Barlow, *supra* note 19. In any event, the applicability of postcolonial theory does not depend solely on the precise degree to which a particular society has been colonized by a Western state. In a larger sense, this body of theory is concerned with the historical construction of the many different others against which the modern West defines itself. In so doing, postcolonial theory need not assume a singular colonial/postcolonial trajectory for all "non-Western" societies. Rather, it is a useful technique for analyzing the different ways in which the "non-West" has been produced and maintained in different places at different historical moments.

spaces superimposed, interpenetrated, and mixed in our minds, as much as in our actions...⁷¹

Thus, to the extent that we necessarily live our legal lives "in the intersection of different legal orders,"⁷² even as systems of representation Chinese and Western legal orders are not discrete.

Indeed, because of the interlegality of Chinese and Western law, the baggage that Westerners have brought to their understandings of Chinese law includes not only their "own" biases but often those of the Chinese as well. That is, the rhetoric of China's official Confucian ideology systematically privileged morality over law as a means of social control, even while in practice the state relied on a sophisticated legal system to govern the empire. However, in a process of "Confucianization," the law eventually came to embody the values of official Confucian morality, which in a sense allowed this Confucianized law to hide in plain sight.⁷³ As William Alford points out, Euro-American scholars in turn have failed to appreciate the role of law in China because of their tendency to take official Confucian pronouncements at face-value.⁷⁴ In effect, Western legal Orientalism thus reproduces some of the biases of the Confucian ideology.

Finally, I should acknowledge the implicit paradox in conceptualizing my application of the analytic tools of postcolonial theory as an intervention in the field of "comparative law." The discipline of comparative law, as conventionally practiced, relies on a notion of the world as a stable juridical formation consisting of naturalized nation-states, which is precisely the worldview that postcolonial theory contests, both descriptively and normatively. Yet as the above analysis suggests and as sophisticated comparative lawyers know, "law can no longer be thought of in exclusively national terms, and a clear distinction between national and foreign law can no longer be assumed."⁷⁵ Not only is the eroding distinction between domestic and foreign law throwing into question the domestic-foreign comparison as the bedrock of comparative law, but the blurring of categories between law-making also at the national and international levels brings even comparative and international lawyers into a shared, global field of interlegality.⁷⁶ That this Article takes comparative law as its rhetorical point of entry for a postcolonial legal analysis is primarily an artifact of disciplinary distinctions. A similar

⁶⁴ Indeed, Said's *Orientalism* focuses on ideas of the Middle East that enjoy currency in European literary works. While for Europeans "the Orient" connotes images of *The Tales of Arabian Nights*, for Americans "the Orient" invokes East Asia, which gives ideas of China greater prominence in American Orientalisms. Since Said, studies of Orientalism have proliferated, and this Article represents one of its many elaborations - British, French, Asian American, German, global, feminist, postmodernist, etc. See, e.g., Lisa Lowe, *Critical Terrains: French and British Orientalisms* (1991); Sheng-mei Ma, *The Deathly Embrace: Orientalism and Asian American Identity* (2000); Kamakshi P. Murti, *India: The Seductive and Seduced "Other" of German Orientalism* (2000); Bryan Turner, *Orientalism, Globalism, Postmodernism* (1994); Meyda Yegenoglu, *Colonial Fantasies: Towards a Feminist Reading of Orientalism* (1998).

⁶⁵ In a seminal study of the barriers to knowing the Other, and especially the non-elite Other ("subaltern," in the parlance of postcolonial studies), Gayatri Spivak poses the provocative question, "Can the subaltern speak?" Her first, passionate reply was "No!" See Gayatri Chakravorty Spivak, *Can the Subaltern Speak?*, in *Marxism and the Interpretation of Culture* 271 (Cary Nelson & Lawrence Grossberg eds., 1988) [hereinafter Spivak, *Can the Subaltern Speak?*]. In a subsequent revision of the essay, Spivak characterizes her initial response as "inadvisable" and notes the importance of remaining "upbeat" about the possibility of communicating with the subaltern, yet she cautions against a naive identification of one's academic interpretation of the Other "with the 'speaking' of the subaltern." Gayatri Chakravorty Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present* 309 (1999) [hereinafter Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason*]; see also Gayatri Chakravorty Spivak, *Subaltern Studies: Deconstructing Historiography*, in *Other Worlds: Essays in Cultural Politics* 197, 205 (1987) (elaborating a practice of the "strategic use of positivist essentialism in a scrupulously visible political interest" in representing subaltern subjectivity) [hereinafter Spivak, *Subaltern Studies*]. On the methodological questions of "subalternity" in the context of the study of China, see Gail Hershatter, *The Subaltern Talks Back: Reflections on Subaltern Theory and Chinese History*, 1 *Positions* 103 (1993). On the Marxist origins of the term "subaltern," see Antonio Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks* 52-55 (Quintin Hoare & Geoffrey Nowell Smith trans., 1971).

⁶⁶ For a recent methodological inquiry into the next step, i.e., how one should go about describing Chinese law, see Donald Clarke, *Puzzling Observations About Chinese Law: When Is a Riddle Just a Mistake?* (unpublished working paper), at <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=uscore&id=293627> (last visited Oct. 24, 2002).

⁶⁷ Robert M. Cover, *Violence and the Word*, 95 *Yale L.J.* 1601 (1986). For a Marxist analysis of the materiality of ideology and its embeddedness in material practices of the state, see Louis Althusser, *Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Toward an Investigation)*, in *Lenin and Philosophy and Other Essays* 85, 112 (Ben Brewster trans., 2001) (1971) ("An ideology always exists in an apparatus, and its practice, or practices. This existence is material.").

⁶⁸ Cf. Clifford Geertz, *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*, in *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology* 167, 173 (1983) (describing law as "a distinctive manner of imagining the real").

⁶⁹ For an urgent call for Western theorists to keep in mind "Chinese reality," elusive as it may be, see Zhang Longxi, *Western Theory and Chinese Reality*, 19 *Critical Inquiry* 105 (1992).

⁷⁰ That is, the objects of Orientalist knowledge fulfill its prophecies by embracing it. Cf. Said, *Orientalism*, supra note 56, at 325 ("The modern Orient, in short, participates in its own Orientalizing.").

⁷¹ Santos, supra note 10, at 472-73 (1995). To be sure, like much of the literature that takes globalization as its reference point, Santos envisions his "interlegality" as a largely new, peculiarly postmodern form of legality, but the phenomenon is hardly new, although it is perhaps more pronounced today. Compare, e.g., H. Patrick Glenn, *North America as a Medieval Legal Construction*, 2 *Global Jurist Advances* 1 (2002), at <http://www.bepress.com/gj/advances/vol2/iss1/art1/> (likening the legal architecture of post-NAFTA North America to that of medieval Europe, with jurisdictional relations that are primarily "horizontal rather than vertical ... provisional rather than definitive ... and contrapuntal rather than conflictual") with Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* 10 (1983) ("Perhaps the most distinctive feature of the Western legal tradition is the coexistence and competition within the same community of diverse jurisdictions and diverse legal systems."). For an emphatic challenge to the conventional view that China - and by implication, Chinese law - exist in millennial isolation from the rest of the world, see Joanna Waley-Cohen, *The Sixtants of Beijing: Global Currents in Chinese History* (1999). See also Lionel M. Jensen, *Manufacturing Confucianism: Chinese Traditions and Universal Civilization* (1997) (arguing that what we understand as "Confucianism" today is in fact a joint Sino-Western invention). For a recent analysis in comparative law of the intersubjectivity of Latin American and European legal understandings, see Jorge L. Esquirol, *The Fictions of Latin American Law* (Part I), 1997 *Utah L. Rev.* 425 (analyzing the representation of Latin American law as "European" in the work of Rene David and suggesting that this "fiction" of European-ness has been internalized by Latin American jurists).

⁷² Santos, supra note 10.

intervention could proceed through international law as well, with an analysis of the legal construction of particularistic national identities and their relationship to "universal" international norms, for example.⁷⁷

III. Legal Construction of the National Subject

Where it is anything but a fiction, the opposition traditionally established between Orient and Occident is met nowhere more clearly than in the domain of law.⁷⁸

- Jean Escarra

The core of this Article is a comparative analysis of two legal subjects, the American and the Chinese.⁷⁹ Yet it is hardly self-evident what role - if any - the law plays in the formation of the nationally and culturally marked subject. Section A first describes the so-called constitutive view of law. Section B analyzes the ways in which the national subject is produced in part through legal discourses.

A. Law as Constitutive

The West ... is not to be found by recourse to a compass.⁸⁰

- Harold J. Berman

Functionalist students of comparative law have a fairly thin view of law and hence no account of the ways in which law participates in the construction of our social worlds and, ultimately, of ourselves. Deconstructing the binary opposition that lawyers posit between "law" and "society," Robert Gordon argues that law is in fact "omnipresent in the very marrow of society," and law-making institutions are among "the primary sources of pictures of order and disorder, virtue and vice, reasonableness and craziness."⁸¹ Indeed, in Gordon's legal epistemology,

The power exerted by a legal regime consists less in the force that it can bring to bear against violators of its rules than in its capacity to persuade people that the world described in its images is the only attainable one in which a sane person would want to live.⁸²

This view that law is an inextricable part of the social world - often dubbed the "constitutive" view of law - accords law much power, but it is not the statist power of positive law.⁸³ Law matters, even terribly, but not always in officially sanctioned ways, and it certainly does not occupy a privileged place in the regulation of the world.⁸⁴

Consider the difference between the constitutive and positivist views of law in light of the Coase Theorem of law-and-economics, for example. The theorem posits that even when parties do not resort to courts, they bargain "in the shadow of the law" in the sense that they take their legal entitlements as the baseline for negotiation.⁸⁵ Challenging this assumption, Robert Ellickson's ethnographic study of California ranchers' dispute settlements provides

⁷³ For accounts of the Confucianization of Chinese law, see Derk Bodde & Clarence Morris, *Law in Imperial China* (1967), and Ch'u T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China* (1961).

⁷⁴ See Alford, *Law? What Law?*, *supra* note 14, at 48.

⁷⁵ Patrick Glenn, *Harmonization of Law, Foreign Law and Private International Law*, 1 *Eur. Rev. Private L.* 47, 63 (1993).

⁷⁶ Cf. George Bermann, *Comparative Law in the New European Community*, 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 865, 869 (1998) (observing the need for new comparative methodologies "in an unaccustomed environment shaped by new international legal processes").

⁷⁷ See David Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, 1997 *Utah L. Rev.* 545. Postcolonial approaches seem to have claimed a relatively larger presence in international law than comparative law. Indeed, a comprehensive bibliography is no longer possible within the confines of a footnote, but examples in the field include Annelise Riles, *The Network Inside Out* (2000); Padideh Ala'i, *The Legacy of Geographical Morality and Colonialism: A Historical Assessment of the Current Crusade Against Corruption*, 33 *Vand. J. Transnat'l L.* 877 (2000); Antony Anghie, *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, 40 *Harv. Int'l L.J.* 1 (1999); Antony Anghie, *On the Indians Lately Discovered and Sixteenth-Century International Law*, 92 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 374 (1998); Nathaniel Berman, *In the Wake of Empire*, 14 *Am. U. Int'l L. Rev.* 1521 (1999); Lan Cao, *Corporate and Product Identity in the Postnational Economy: Rethinking U.S. Trade Laws*, 90 *Cal. L. Rev.* 401 (2002); Anupam Chander, *Diaspora Bonds*, 76 *N.Y.U. L. Rev.* 1005 (2001); Karen Engle, *Female Subjects of Public International Law: Human Rights and the Exotic Other Female*, 26 *N. Eng. L. Rev.* 1509 (1992); James Thuo Gathii, *Neoliberalism, Colonialism and International Governance: Decentering The International Law of Governmental Legitimacy*, 98 *Mich. L. Rev.* 1996 (2000); James Thuo Gathii, *International Law and Eurocentricity*, 9 *Eur. J. Int'l L.* 184 (1998); Ratna Kapur, *The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics*, 15 *Harv. Hum. Rts. J.* 1 (2002); Lydia Liu, *Legislating the Universal: The Circulation of International Law in the Nineteenth Century, in Tokens of Exchange: The Problem of Translation in Global Circulations* 127 (Lydia H. Liu ed., 1999); Tayyab Mahmud, *Postcolonial Imaginaries: Alternative Development or Alternatives to Development?*, 9 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 25 (1999); Edward Said, *Nationalism, Human Rights, and Interpretation, in Freedom and Interpretation* 175 (Barbara Johnson ed., 1992).

⁷⁸ Jean Escarra, *Chinese Law: Conception and Evolution, Legislative and Judicial Institutions, Science and Teaching* 9 (Gertrude R. Browne trans., 1936).

⁷⁹ See *infra* Part IV.

⁸⁰ Berman, *supra* note 71, at 2.

⁸¹ Robert Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 *Stan. L. Rev.* 57, 109 (1984).
⁸² *Id.*

⁸³ For constitutive accounts of law, see, for example, Patricia Ewick, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life* (1998); Foucault, *Discipline and Punish*, *supra* note 56; Alan Hunt, *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law* (1993); Paul Kahn, *The Cultural Study of Law* (1999); Paul Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America* (1997); Law in *Everyday Life* (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1993); and Sally Engle Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans* (1990). For a theoretical review of this literature, see Naomi Mezey, *Out of the Ordinary: Law, Power, Culture, and the Commonplace*, 26 *Law & Soc. Inquiry* 145 (2001).

⁸⁴ Indeed, law is not always and only constitutive, even if it has the capacity to be so sometimes (even often); law can also fail. See Kitty Calavita, *Blue Jeans, Rape, and the "De-Constitutive" Power of Law*, 35 *Law & Soc'y Rev.* 89 (2001); cf. *infra* text accompanying notes 114-116.

⁸⁵ See Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960); cf. Robert Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, 88 *Yale L.J.* 950 (1979).

examples of ranchers' imperfect knowledge of the law. According to Ellickson, the ranchers believe, "almost as a proposition of natural law," that when a highway collision involving livestock takes place in an open range area, it is the owner of the livestock who "has the rights."⁸⁶ In fact, however, "all legal precedent on the issue indicates that the cattlemen's folklore on this subject is simply wrong."⁸⁷

Ellickson's study provides a dose of much-needed skepticism toward "legal centralism," or the privileging of law as a form of social control.⁸⁸ Nevertheless, the fact that the ranchers get the law "wrong" does not necessarily prove law's irrelevance, for ranchers' ideas of law still shape the social landscape - even if the law is technically "misinterpreted" or "misunderstood."⁸⁹ According to Ellickson, the ranchers' knowledge of the law of trespass is also incorrect, yet as one commentator puts it, legal "rights talk" on the range still has the power to turn "some incidents into 'trespass' and others into the 'realities of country life.'"⁹⁰

This interpretation turns the functionalist paradigm on its head: rather than being a disinterested umpire helping settle disputes brought before it, the law in fact creates them by giving them rhetorical form, such as "trespass."⁹¹ Without legal categories - however "misunderstood" - to accommodate them, "incidents" among ranchers might not be incidents at all, but merely life, part of the undifferentiated raw material of social existence.⁹²

Indeed, outside of comparative law critiques of functionalism have a distinguished pedigree, and some of the oldest critiques emphasize law's culturally productive power.⁹³ The criminal trial, for example, is an utter failure if viewed functionally:

⁸⁶ Robert Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* 82 (1991).

⁸⁷ *Id.* at 88.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ This focus on law's interpretation is not simply the legal realist distinction between "law on books" and "law in action," with the latter privileged as (more) "real." Cf. Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910). Rather, the law matters also in a third modality, that of "law in minds," to use William Ewald's apt phrase. William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?*, 143 *U. Pa. L. Rev.* 1889, 2111 (1995). That is, beyond the dichotomy of law-as-written and law-as-enforced, it also matters what people think the law is, how ordinary people understand it - however "mistakenly." See also James Q. Whitman, *The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce*, 105 *Yale L.J.* 1841, 1888 (1996) ("We must know the work of learned jurists - but we must read that work, at least some of the time, through lay eyes.").

⁹⁰ Barbara Yngvesson, *Beastly Neighbors: Continuing Relations in Cattle Country*, 102 *Yale L.J.* 1787, 1798 (1993). Needless to add, although accepting the social world as constituted in legal categories restricts our choices by limiting our ability to imagine some (though certainly not all) alternative social worlds, it does not deprive us of all agency. Laura Nader's "user theory" of law, for example, emphasizes the ways in which resourceful plaintiffs can manipulate the law to their own advantage. Laura Nader, *The Plaintiff: A User Theory*, in *The Life of the Law: Anthropological Projects* 168 (2002).

"the rules of evidence are a woefully inefficient tool of investigation, the definitions of criminal responsibility rarely accord with sensible psychology, and the criminal sentence often fails to serve any social purpose."⁹⁴ In the words of the legal realist Thurman Arnold, "the only function which the criminal trial can perform is to express currently held ideals about crime and about trials." States Arnold.⁹⁵ Obviously, therefore, the public administration of criminal justice is not a method of controlling crime. It is rather one of the problems which must be faced by those who desire to control crime. Without the drama of criminal trial, it is difficult to imagine on just what institution we would hang our conflicting ideals of public morality.⁹⁶

In this view, law is primarily a text in which we inscribe our ideals. Its "function," if indeed we are to impute a function to it, is expressing who "we" are, or would like to imagine ourselves to be.⁹⁷

⁹¹ June Starr and Jane Collier wonder, "what is the anthropology of law if we doubt that legal systems settle conflicts?" Starr & Collier, *History and Power in the Study of Law*, *supra* note 42, at 5. The response to their rhetorical question is that law does not simply arise as an answer to problems emanating from society, as functionalists would claim. Instead, law often serves "functions" that it creates for itself. For analyses of the social productivity of law, see, for example, Michel Foucault, *Discipline and Punish*, *supra* note 57 (arguing that the main effect of modern penal institutions is the production, rather than elimination, of criminality); Michel Foucault, *On Popular Justice: A Discussion with the Maoists*, in *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*, at 35 (1980) [hereinafter Foucault, *On Popular Justice*] ("The bourgeois judicial state apparatus, of which the visible, symbolic form is the court, has the basic function of introducing and augmenting contradictions among the masses."); Michel Foucault, *The History of Sexuality: Volume One* (Robert Hurley trans., 1978) (arguing that sexuality is the effect of attempts to regulate and repress it); Mark Kelman, *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, 52 *S. Cal. L. Rev.* 669, 677 (1979) (observing that legal liability rules always "inevitably affect tastes, which simply cannot be treated as independent, ahistorical, private psychic events").

⁹² As a more notorious illustration, consider the doctrine of standing. By requiring that plaintiffs show "actual injury" and then designating some injuries as "actual" and others as merely "ideological," the law again in effect produces injuries where none might have existed before its intervention. Conversely, it also delegitimizes other "injuries," some of which undoubtedly seemed perfectly "actual" to the injured themselves. See *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972) (denying standing to plaintiffs whose injuries are "ideological"). For a theoretical analysis of "injury" as validating a claim to (legal) subjectivity, see Wendy Brown, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity* (1995).

⁹³ Perhaps the most notable exception to the wide adoption of functionalism within the discipline of comparative law is Alan Watson, who has been an ardent foe of functionalism for decades. He does not, however, subscribe to the constitutive theory of law. On the contrary, he views law as a system of technical rules that frequently make little or no difference in the "real" world. According to Watson, in the West the rules of private law have been and are in large measure out of step with the needs and desires of society and even of its ruling elite; to an extent which renders implausible the existing theories of legal development and of the relationship between law and society.

Alan Watson, *Society and Legal Change*, at ix (1977). For a committed functionalist, a truly dysfunctional law would be an oxymoron, while Watson insists on the contrary: "The ability and readiness of society to tolerate inappropriate private law is truly remarkable." *Id.*; see also Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974).

B. Law and Formation of the National Subject

To create a legal order is to write into law a sense of national unity and purpose ...⁹⁸

- June Starr & Jane Collier

The more different the cultural and historical context, the easier it is to see the limits of functionalism. As an example of legal proceedings that hardly lend themselves to a functionalist analysis, consider the practice in medieval Europe of prosecuting animals. Explaining in a functionalist framework why the medieval French chose to try rats, for example, would require considerable ingenuity. How would one even begin to frame the inquiry? ("How did the French deal with the problem of criminal rodents in the Middle Ages?" Or, "How did medieval French law address cross-species disputes?") A more culturally specific analysis is surely required: What were the assumptions that supported these trials? What makes them conceivable in certain places at certain times, but not others?⁹⁹ As historian Joseph Needham observes, Chinese cultural assumptions, in contrast to those of medieval Europe, provided little support to the idea of trying animals: "The Chinese were not so presumptuous as to suppose that they knew the laws laid down by God for non-human beings so well that they could proceed to indict an animal at law for transgressing them."¹⁰⁰

Observing connections between law and cultural practices is in fact not new even to the comparative lawyer. From the Enlightenment until the arrival of functionalism and its promise of a neutral social scientific paradigm, such observations provided the main theoretical grounding for compara-

tive law. Put simply, in this view each nation was defined by a unique cultural essence of which its laws were merely a reflection. Montesquieu's *Spirit of Laws* is the locus classicus for this culturalist mode of analysis: "The political and civil laws of each nation ... should be adapted in such a manner to the people for whom they are framed, that it is a great chance if those of one nation suit another."¹⁰¹

To a contemporary observer, this is cultural essentialism pure and simple, the cardinal sin of postmodern intellectual politics.¹⁰² Yet to the extent that postcolonial theory criticizes the universalist pretensions of functionalism and re-focuses our attention back on national identity, do we risk simply returning to the earlier culturalist analyses à la Montesquieu? Is postcolonialism just another case of taking one step forward and two steps back? In fact, combining a postcolonial analysis with the constitutive view of law radicalizes the received culturalist approach. For when the constitutive view is extended beyond the law's role in the construction of our social worlds to include its role in the construction of ourselves, as subjects, then law does not simply mirror "our" pre-given national identity but enacts that identity.¹⁰³ That is, the legal subject's consciousness is constituted in part by the categories enshrined in law. Therefore, no subject stands outside the law, and interpreting legal categories is not just something that we do to law; in the process, law also aids - and limits - us in our process of "self"-understanding.¹⁰⁴

Today, there are many analyses of the discursive production of racial, gender, and sexual identi-

⁹⁴ Guyora Binder & Robert Weisberg, *Cultural Criticism of Law*, 49 *Stan. L. Rev.* 1149, 1168 (1997) (summarizing Thurman Arnold's view of the criminal trial).

⁹⁵ Thurman W. Arnold, *The Symbols of Government* 147-48 (1935) (emphasis added).

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ To be sure, Nietzsche, the great philosopher of anti-morality, claims the exact opposite - law reflects, not who we are, but who we are not: It is a serious mistake to study the penal code of a people as if it gave expression to the national character. The laws do not betray what a people are but rather what seems to them foreign, strange, uncanny, outlandish. The laws refer to the exception to the morality of mores, and the severest penalties are provided for what accords with the mores of a neighboring people.

Friedrich Nietzsche, *The Gay Science* 109 (Walter Kaufmann trans., 1974) (1887). Yet whether people identify with their laws or not - whether they provide a model or a kind of anti-model against which to define oneself - in either event a purely functional analysis will miss the point.

⁹⁸ Starr & Collier, *History and Power in the Study of Law*, *supra* note 42, at 11.

⁹⁹ Cf. Ewald, *supra* note 89.

¹⁰⁰ Joseph Needham, *Science and Civilization in China* 518 (1956); see also Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* 77 (1984) (recounting a mock-trial of cats in eighteenth-century Paris); Paul Schiff Berman, *An Observation and a Strange but True "Tale": What Might the Historical Trials of Animals Tell Us About the Transformative Potential of Law in American Culture?*, 52 *Hastings L.J.* 123 (2000).

¹⁰¹ Charles Secondat de Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, ch. 3 (1748). A century later, Friedrich von Savigny analyzed the workings of the *Volksgeist*, "the spirit of the people," which is a variation on a theme: "It is the spirit of a people living and working in common in all individuals, which gives birth to positive law, which therefore is to the consciousness of each individual not accidentally but necessarily one and the same." Friedrich von Savigny, *System of the Modern Roman Law* 12 (William Holloway trans., 1867). For a discussion of Savigny and the so-called Historical School in Germany, and their views of the complex relationship between the German *Volksgeist* and Roman law, see James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era* (1990).

¹⁰² Cf. Annelise Riles, *Aspiration and Control: International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture*, 106 *Harv. L. Rev.* 723 (1993).

¹⁰³ That is, law is performative. "Performativity", popularized by Judith Butler's analysis of sex and gender, has become perhaps the most important postmodern analytic in understanding how the discourses of race, gender, and sexuality constitute us as subjects. See generally *infra* note 104. It is noteworthy that Butler draws expressly on Austin's theory of "performative utterances," the key illustrations of which are legal statements. Law is perhaps not only incidentally but paradigmatically performative. See generally J.L. Austin, *How to Do Things with Words* (1962); J.L. Austin, *Performative Utterances*, in *Philosophical Papers* 220 (1961).

¹⁰⁴ In the words of Ian Haney Lopez, legal classifications of race both "legitimate the practice of categorization" and limit "the conceptions of who we are." Ian Haney Lopez, *White by Law* 126 (1996); cf. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* 255 (1987) ("Races may be defined in America in some significant part by their relationship to anti-discrimination law in addition to constituting an independent influence on that body of law.").

ties, for example.¹⁰⁵ Summarized crudely, the insight most critical to comparative law is that our seemingly fixed, real, and ontological selves are neither fixed nor ontologically stable, but rather a complex of socially and historically contingent identities, defined most notably by discourses of race, gender, and sexuality. Those discourses consist partly of law, and, in this, law "subjects" us - defines us in part as subjects.

Indeed, some of the most important accounts of subject formation emphasize how the social subject is produced through the language and practices of the law. For Foucault, for example, law is an important discourse that creates the modern subject as its effect.¹⁰⁶ The French philosopher Louis Althusser similarly insists that the fundamental achievement of legal ideology is the notion that "man is by nature a subject,"¹⁰⁷ or, as he elaborates, law is one of the "rituals of individual recognition, which guarantee for us that we are indeed concrete, individual, distinguishable and (naturally) irreplaceable subjects."¹⁰⁸ As an illustration of law's recognition of individuals as its subjects, Althusser provides the notorious example of "the most commonplace everyday police (or other) hailing: 'Hey, you there!'"¹⁰⁹ He elaborates:

Assuming that the theoretical scene I have imagined takes place in the street, the hailed individual will turn round. By this mere one-hundred-and-eighty-degree physical conversion, he becomes a subject. Why? Because he has recognized that the hail was 'really' addressed to him, and that 'it was really him who was hailed' (and not someone else). Experience shows that the practical telecommunication of hailings is such that they hardly ever miss their man: verbal call or whistle, the one hailed always recognizes that it is really him who is being hailed.¹¹⁰

In this scene, the subject is occasioned "through language, as the effect of the authoritative voice

that hails the individual."¹¹¹ While law is not the only means of "hailing,"¹¹² it provides a paradigmatic example of a modern apparatus of "subjection."¹¹³ Of course, the scene of a policeman hailing a pedestrian in the street is ultimately allegorical. A "concrete individual" does not, one day, magically turn into a "subject" upon an accidental encounter with a policeman in the street. Rather, everyone is "always-already a subject, appointed as a subject in and by the specific familial ideological configuration in which [he or she] is 'expected' once [he or she] has been conceived."¹¹⁴ Even before we are born, the law is waiting for us, with birth certificates as well as sets of social security numbers ready to go the moment we enter the world - not to mention family law and the kinship structures it defines for us.

Of course, however social subjects are produced - legally or otherwise - they are never fully achieved. For one thing, we are all subjects of many discourses, or multiply interpellated.¹¹⁵ The criminal is perhaps the clearest example of a (partially) failed legal interpellation, a subject who has not internalized all of law's interdictions. Yet no criminal can - or would even want to - flout all laws, as law is simply so pervasive in our social worlds that it

¹⁰⁶ To be sure, law is only one discourse, in the Foucaultian sense, among many. From a broader perspective, Foucault's oeuvre is a study of the ways in which human beings have become subjects of various modern discourses, such as law, medicine and science. As Foucault observes in *Discipline and Punish*, the "soul," or subjectivity, that we believe to inhabit the body, is in fact "the effect and instrument of a political anatomy; the soul is the prison of the body." Foucault, *Discipline and Punish*, supra note 56, at 30. While I read Foucault's history of the emergence of modern penal institutions as a legal analysis, Foucault himself frequently adopts a narrower, positivist conception of law where law seems to constitute little more than the express command (or, more frequently, prohibition) of the sovereign. As Duncan Kennedy observes, Foucault typically opposes this narrowly operating "juridical power" to "disciplinary power," viewing juridical power as "only the technical form" or 'crystallization' of processes of power that take place at a distance from legal institutions." Duncan Kennedy, *The Stakes of Law*, or *Hale and Foucault*, in *Sexy Dressing Etc.* 83, 120 (1993); see also Hugh Baxter, *Bringing Foucault into Law and Law into Foucault*, 48 *Stan. L. Rev.* 449 (1996) (noting Foucault's tendency toward legal positivism). Indeed, in an interview on the possibility of popular Maoist justice, for example, Foucault reduces law to "the bourgeois judicial state apparatus." Foucault, *On Popular Justice*, supra note 91. From the perspective of Foucault's larger enterprise, however, it seems more accurate to view law as one of several modern disciplinary discourses rather than merely the express command of the state. For a deployment of such a Foucaultian understanding of law, see Kendall Thomas, *Beyond the Privacy Principle*, 92 *Colum. L. Rev.* 1431 (1992).

¹⁰⁷ Althusser, supra note 67, at 115 n.15. In Althusser's view, the seeming obviousness the "you and I are subjects" is the very effect of ideology, so that the notion of an "ideological subject" is itself "a tautological proposition." *Id.* at 116. Turning "concrete individuals" into subjects is what ideology does. By comparing Foucault's "discourse" to Althusser's "ideology," I am not implying an identity between the two concepts. Indeed, Foucault intends his notion of "discourse" to complicate a simple Marxist dichotomy between the material base and ideology. Elaborating the theoretical relationship between discourse and ideology - though a productive enterprise - is far beyond the scope of this Article.

¹⁰⁸ *Id.* at 117.

¹⁰⁹ *Id.* at 118.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Judith Butler, *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection* 5 (1997).

¹⁰⁵ The literature is voluminous. As representative examples, consider the following. In Butler's formulation, "gender is not a performance that a prior subject elects to do, but gender is performative in the sense that it constitutes as an effect the very subject it appears to express." Judith Butler, *Imitation and Gender Subordination*, in *Inside/Out: Lesbian Theories, Gay Theories* 24 (Diana Fuss ed., 1991); see also Judith Butler, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of "Sex"* (1993); Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (1990). Perhaps the strongest statement on the discursive production of "race" is that of Anthony Appiah: "The truth is that there are no races ... [Where race] works, it works as an attempt at metonym for culture, and it does so only at the price of biologizing of what is culture, ideology." Anthony Appiah, *In My Father's House: Africa in the Philosophy of Culture* 45 (1992). On the discursive construction of sexual orientation, see, for example, Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* (1990), and Monique Wittig, *The Straight Mind and Other Essays* (1992). Needless to add, by arguing that subjects are constituted by performance/culture/discourse, none of the above theorists intends to suggest that they are therefore somehow "not real." Indeed, insofar as "the real" is constituted by them, performance/culture/discourse all have profound - often grievous - material implications for their subjects.

can be violated only at chosen points at chosen times; to exist in complete, continuous violation of all law would be to be mad. Consider also Holmes's notoriously amoral "bad man."¹¹⁶ He is no criminal, nor is he insane, but his instrumental approach to law ("How much can I get away with?") certainly manifests a fractured legal subjectivity, a configuration where homo juridicus meets homo economicus. Being a legal subject does not imply being a perfect legal subject or being only law's subject.¹¹⁷

If we accept that law defines in part who and what we are as subjects, then laws are part of a people's identity as a people. It is a commonplace of postcolonial theory that "nations" and "peoples" do not exist as inert facts of nature any more than our ostensibly individual selves do; nations are, in Benedict Anderson's evocative conceptualization, "imagined communities."¹¹⁸ If anything, China is even more of an imagined community than most other nations. For the greater part of its history, China has in fact not existed as a unified country, yet even during extensive periods of disunity the notion of a single China has persisted as a historical

and cultural ideal demanding to be realized.¹¹⁹ We should thus expect that legal discourses have played a role in the process of creating and maintaining the identity of the normative universe known as "China."¹²⁰

But before trying to understand Chinese legal understandings of "China," the first analytic move should be to consider how we imagine ourselves legally, and how those conceptions draw support from particular notions of Chinese law.

IV. Legal Subjects of Orientalism

The education of colonial subjects complements their production in law.¹²¹

- Gayatri Chakravorty Spivak

Structurally, Orientalism as a discourse entails the projection onto the Oriental Other of various sorts of things that "we" are not. Given law's role in the constitution of subjects and national "imagined communities," how do Americans imagine themselves as legal subjects? How does the American legal subject (Section A) differ from the Chinese legal subject (Section B)? A fully contextualized genealogy of legal Orientalism is hardly possible within the confines of a single article. What follows is a sketch of the broad outlines of one possible genealogy, focusing on the ways in which legal subjectivity has constituted a standard for measuring non-Western societies' - here, China's - civilizational fitness to enter into "law's republic."¹²²

A. American Legal Subject

Americans are a very legal people indeed, to the point that to say so is a cliché. In the words of Alexis de Tocqueville, Americans "borrow, in their daily controversies, the ideas and even the language, peculiar to judicial proceedings."¹²³ As the

¹¹² Althusser refers to the process of subject-formation also as both "interpellation" and "hailing." Kaja Silverman distinguishes between them by viewing the former as an outcome and the latter as the form of address whereby the outcome is achieved. See Kaja Silverman, *The Subject of Semiotics* 48 (1983). As Silverman puts it evocatively, "interpellation occurs when the person to whom the agent speaks recognizes him or herself in that speech and takes up subjective residence there." Id. at 49.

¹¹³ Althusser is acutely aware of "the ambiguity of the term subject," meaning both "a free subjectivity ... responsible for its actions" as well as "a subjected being, who submits to a higher authority, and is therefore stripped of all freedom." Althusser, *supra* note 67, at 123. Paradoxically, law can make us "free" only if we submit to it.

In Althusser's example, the law hails the individual from above, in the authoritative voice of a policeman. While Althusser does not contemplate the possibility that law emanates from many directions, it is possible, as Janet Halley observes, for law to interpellate us - and thus subject us, in both relevant senses - "from below" as well: in the hands of activists who advocate legally on behalf of identity-based groups such as gays and lesbians, "identity can be deployed to harm its own subjects." See Janet Halley, *Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation*, in *The Politics of Law: A Progressive Critique* 115, 140 (David Kairys ed., 3d ed. 1998).

Just as Foucault recognizes the multiplicity of overlapping discourses - from the juridical to the medical to the religious - so Althusser too notes the existence of several "ideological state apparatuses," of which law is only one. It is noteworthy, however, that law is one of the two main examples of interpellation he provides. His other chief example is that of religious ideology and interpellation through the divine voice of God. Althusser, *supra* note 67, at 120-24. Indeed, there are several analyses of the emergence of modern "rule of law" as the establishment of a kind of secular religion. See Sanford Levinson, "The Constitution" in American Civil Religion, in *The Supreme Court Review* 123, 151 (Philip Kurland & Gerhard Casper eds., 1979); Thomas C. Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 *Stan. L. Rev.* 1 (1984); Jonathan Macey, *Civic Education and Interest Group Formation in the American Law School*, 45 *Stan. L. Rev.* 1937, 1938 (1993) (observing tendency to view the legal profession as a quasi-religious "calling").

¹¹⁴ Althusser, *supra* note 67, at 119.

¹¹⁵ Norma Alarcon, *The Theoretical Subject(s) of "This Bridge Called My Back"* and Anglo-American Feminism, in *Making Face, Making Soul: Haciendo Caras* 356 (Gloria Anzaldúa ed., 1990).

¹¹⁶ See Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 459 (1897).

¹¹⁷ This, in turn, is only a corollary of the general poststructuralist observation that subjects are never complete.

¹¹⁸ Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections of the Origin and Spread of Nationalism* (1983).

¹¹⁹ Mark Elvin, *The Pattern of the Chinese Past* (1973); Andrew L. March, *The Idea of China: Myth and Theory in Geographic Thought* 118 (1974) (analyzing the "parts of fact, theory and myth that go into ideas about China"). For a study of the emergence of modern Chinese nationalism written from a postcolonial perspective, see Prasenjit Duara, *Rescuing History from the Nation: Questioning Narratives of Modern China* (1995).

¹²⁰ Of course, legal subjects are not the products merely of domestic laws, but also of international law, which indeed demands cultural differentiation among "nations." As Nathaniel Berman observes, "groups' identities and tactics come to be defined by themselves and by international authorities in response to a cultural conjecture partly constructed by [the] categories [of international law]." Nathaniel Berman, *The International Law of Nationalism: Group Identity and Legal History*, in *International Law and Ethnic Conflict* 29 (David Wippman ed., 1998). In Santos's terms, this is an instance of "interlegality" of identity. Cf. text accompanying notes 70-71.

¹²¹ Spivak, *Can the Subaltern Speak?*, *supra* note 65, at 282.

¹²² Cf. Frank Michelman, *Law's Republic*, 97 *Yale L.J.* 1493 (1988).

¹²³ 1 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* 280 (Vintage Classics 1990) (1835).

French observer concluded, "Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question."¹²⁴ This is perhaps not very surprising when one considers that America's foundational myths are also peculiarly legal.

As a political idea, the United States embodies the ambitions of the Enlightenment, which also gave birth to "modern" law: the first French civil code, the first Declaration of the Rights of Man and, finally, the United States Constitution - the closest thing to a people's effort to negotiate a real-life "social contract." Even ordinary Americans' faith in law's redemptive power often rivals that of the Enlightenment philosophers. Perhaps the most extraordinary example of such faith is Frederick Douglass: faced with a "state legal order no more likely to hold slavery unconstitutional than to declare the imminent kingship of Jesus Christ on earth,"¹²⁵ a man born as a slave in antebellum America nevertheless believed in the ultimate unconstitutionality of slavery.¹²⁶

To an outsider today, it is almost equally remarkable to observe how Americans habitually invoke their constitutional rights. That they do so in apparently trivial contexts makes it only more remarkable. "You can't do that to me; it's unconstitutional," ordinary people protest in varied everyday situations, whether they are being bumped off an overbooked flight or overcharged for a purchase. The Constitution and the rights it guarantees - in the popular imagination if not in the courtroom - are simply part of what it means to identify as an American.¹²⁷

As a powerful historical example of Americans' attachment to law, consider the clash of legal traditions in Mexican California prior to its annexation to the United States in 1846. Anglo-American expa-

triate traders were dismayed at the Mexican legal institutions which they deemed inadequate for the purposes of contract enforcement.¹²⁸ Paradoxically, in their dealings among themselves the traders nevertheless continued using fastidiously drafted "legal" contracts (based on laymen's recollections) even when there was no prospect of their enforcement.¹²⁹ What was the point of going through such quasi-legal motions? David Langum suggests an answer in the Anglo-American expatriates' shared mercantile culture: To a significant extent that culture included law. It was for that reason that in the face of potential breakdown of contractual relations, these men could make technical legal claims on one another, claims of which they had no subjective hope of enforcement in the local courts, but with every hope that they could convince their opponent of the rightfulness of their positions.¹³⁰

De Tocqueville could hardly have asked for a better example of Americans who "borrow, in their daily controversies, the ideas and even the language, peculiar to judicial proceedings."¹³¹ Apparently unable to imagine commercial exchange apart from "contract," even in an extralegal setting these expatriate traders continued to conceptualize their commercial relations in Anglo-American legal terms. As an inseparable part of their conceptual apparatus, they carried "law" in their heads even into the alien territory of Mexican California.¹³²

To be sure, most Americans' relationship to law is deeply ambivalent. A strong attachment to law - one observer diagnoses this condition as "hyperle-

¹²⁸ David J. Langum, *Law and Community on the Mexican California Frontier: Anglo-American Expatriates and the Clash of Legal Traditions, 1821-1846*, at 163-186 (1987).

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.* at 186.

¹³¹ de Tocqueville, *supra* note 123, at 280.

¹³² The expatriate traders were exceedingly self-conscious as well as self-righteous about how their attachment to law set them apart from, and above, the native Californios. The fact that *alcaldes*, the local Mexican officials roughly analogous to justices of the peace, performed a combination of judicial as well as administrative functions occasioned American cries of the violation of separation of powers. Langum, *supra* note 128, at 51. Similarly, the Mexican preference for conciliation over adjudication offended a growing Anglo-American emphasis on the need for judicial predictability and certainty as part of the legal infrastructure of capitalism. That this clash of legal values implicated deeply Americans' identity qua Americans is evident from the contemporaneous debate over proposals to create American "conciliation courts." In New York, such a proposal was met with the summary objection that "such courts belonged only to a despotic government, where the people were ignorant, and a superior class over them, and not for our free Yankee population; who consider they are competent to judge for themselves in such matters." W. Bishop & W. Attree, *Report on the Debates and Proceedings of the Convention for the Revision of the Constitution of the State of New York* 58 (1846), quoted in Langum, *supra* note 128, at 143. Asked to consider conciliation as a mandatory procedure, the California Supreme Court in 1850 noted in similarly supercilious language that while conciliation was perhaps suitable for Mexicans, "amongst the American people it can be looked upon in no other light than as a useless and dilatory formality." *Von Schmidt v. Huntington*, 1 Cal. 55, 65 (1850). Ironically, today "alternative dispute resolution" represents, not backwardness, but the cutting edge of legal reform.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ Cover, *supra* note 67, at 39.

¹²⁶ In Douglass's own words,

I was conducted to the conclusion that the Constitution of the United States - inaugurated to "form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty" - could not well have been designed at the same time to maintain and perpetuate a system of rapine and murder-like slavery, especially as not one word can be found in the Constitution to authorize such a belief.

Frederick Douglass, *The Life and Times of Frederick Douglass* 261-62 (R. Logan ed., 1967). Indeed, Douglass's identification with law has in turn become part of American cultural identity. See Priscilla C. Wald, *Neither Citizen Nor Alien: National Narratives, Frederick Douglass, and the Politics of Self-Definition*, in *Constituting Americans: Cultural Anxiety and Narrative Form* 14 (1995) (analyzing a series of nineteenth-century Supreme Court cases together with Douglass's autobiography as constitutive of American identity).

¹²⁷ In Lawrence Friedman's phrase, Americans have increasingly come to expect from law "total justice." See Lawrence M. Friedman, *Total Justice* (1994). On the increasing insistence on legal rights, see also Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (1991).

xis"¹³³ - alternates with a fear of law. (Recall, for example, Learned Hand's terror at the prospect of being dragged to court: "As a litigant, I should dread a lawsuit beyond almost anything short of sickness and death."¹³⁴) Yet whether they view law as the promise of a better society or as vexatious litigation, or both, Americans' identification with law remains extraordinarily strong.¹³⁵ Numerous ethnographies describe American communities where the actual behavioral norm is the avoidance of formal law.¹³⁶ Yet, as Carol Greenhouse observes, even in the face of evidence to the contrary, "many Americans are ready to believe, almost to the point of insistence, in their own allegedly litigious character."¹³⁷

B. Chinese Non-Legal Non-Subject

With the Chinese law ... we are carried back to a position whence we can survey, so to speak, a living past, and converse with fossil men.¹³⁸

- Edward Harper Parker

If such is the self-understanding of the American legal subject, how do Orientalist discourses perceive the Chinese legal subject? Legal Orientalisms come in many varieties, such as classical European Orientalism described in Section 1 below and the American anti-immigration Orientalism of Section 2. Indeed, Orientalist views of China can be both negative and positive, as illustrated in Section 3. However, what the many Orientalisms described below share is a tendency to posit the Chinese as non-legal and lacking in subjectivity - effectively non-legal non-subjects.

1. European Legal Orientalism

"Europe" remains the sovereign, theoretical subject of all histories, including the ones we call "Indian," "Chinese," "Kenyan," and so on.¹³⁹

- Dipesh Chakrabarty

I begin the account of Chinese legal subjectivity, or its absence, by outlining Hegel's vision of China in his *Philosophy of History*. I do so without any implication that Hegel "invented" Orientalism or is

somehow singularly responsible for it. Uninterested in either accusing or excusing its author,¹⁴⁰ I use the *Philosophy of History* simply as a textual case study, for it happens to provide a truly classic statement of many Orientalist ideas that continue to structure the perception of Chinese law even today.

According to Hegel, "The history of the world travels from East to West, for Europe is absolutely the end of History, Asia the beginning."¹⁴¹ In Hegel's dual ontology, Oriental states "belong to mere space," or "un-Historical History," while the West exists in the "Form of time."¹⁴² According to Hegel,

With the Empire of China History has to begin, for it is the oldest, as far as history gives us any information, and its principle has such substantiality, that for the empire in question it is at once the oldest and the newest. Early do we see China advancing to the condition in which it is found at this day, for as the contrast between objective existence and subjective freedom of movement within it, is still wanting, every change is excluded, and the fixedness of character which recurs perpetually takes the place of what we should call the truly historical.¹⁴³

¹³⁷ Carol J. Greenhouse, *Interpreting American Litigiousness*, in *History and Power in the Study of Law*, supra note 42, at 252. The point is ultimately not an empirical one about Americans' actual litigiousness. Rather, it is a claim about law's role in cultural representation and self-understanding. In the legal academy in particular, writers who question the role of law in causing social change are often angrily dismissed. When Gerald Rosenberg and Michael Klarman argued that Brown v. Board of Education had only a limited real-world effect on school segregation, the claim was met with immediate denunciations. Compare Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (1991) and Michael Klarman, Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement, 80 Va. L. Rev. 7 (1994) with David J. Garrow, *Hopelessly Hollow History: Revisionist Devaluing of Brown v. Board of Education*, 80 Va. L. Rev. 151 (1994); see also Richard Abel, *Politics by Other Means: Law in the Struggle Against Apartheid, 1980-1994*, at 523 (1995) ("The centrality of law in the American labor, civil rights, feminist, welfare rights, consumer, environmentalist, and gay rights movements can tempt observers to parochial and ahistorical exaggerations of its capacity to effect social change.").

Legal elites' attachment to law is of course understandable in that it confirms their own significance. In this light, the extent to which "law" constitutes an important dimension of American national identity may well depend in part on one's social location. Reva Siegel, for example, observes that although the judicially eviscerated Equal Protection Clause no longer protects, "in this area of constitutional law, the nation articulates its identity aspirationally." Reva Siegel, *Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action*, 49 Stan. L. Rev. 1111, 1146 (1997). Notions of equal protection are certainly part of American-ness, but it is perhaps the classes that can afford to live without judicial protection that also most strongly identify with an Equal Protection Clause that does not in fact protect, as Siegel pointedly observes.

¹³⁸ Edward Harper Parker, *Comparative Chinese Family Law*, 8 China Rev. 67, 69 (1879).

¹³⁹ Chakrabarty, supra note 32, at 27.

¹⁴⁰ Cf. Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason*, supra note 65, at 97-98 (elaborating a deconstructionist politics of reading whose "challenge is not to excuse, but to suspend accusation to examine with painstaking care if the protocols of the text contain a moment that can produce something that will generate a new and useful reading").

¹⁴¹ Georg Wilhelm Hegel, *The Philosophy of History* 103 (J. Sibree trans., 1956).

¹⁴² Id. at 105-06.

¹³³ Marc Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. Rev. 4, 64 (1983) (contrasting elites' counterfactual perceptions of excessive litigation with empirical data and analyzing "elite ways of interpreting these phenomena").

¹³⁴ 3 Learned Hand, *Deficiencies of Trial to Reach the Truth of the Matter*, in *Lectures on Legal Topics* (1921-22), at 89, 105 (James N. Rosenberg et al. eds., 1926).

¹³⁵ Or, in Duncan Kennedy's formulation, American legal thought generally displays "an odd combination of utter faith and utter distrust in law." Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siecle* 73 (1997).

¹³⁶ See, e.g., M.P. Baumgartner, *The Moral Order of a Suburb* 127-28 (1988) ("The evidence from the suburbs suggests ... that the penetration of law into American life has been considerably more limited in its range and effect than is commonly believed."); Ellickson, supra note 86.

Hegel's statement of China's extraordinary stability is no doubt extreme, yet it has many historical variations.¹⁴⁴ In Marx's scathing metaphor, China "vegetates in the teeth of time,"¹⁴⁵ while Weber saw in Confucianism a religion that worshipped the status quo and thus radically impeded China's passage into modernity.¹⁴⁶

In Hegel's particular teleological view, History's end goal is the accomplishment of freedom, which coincidentally culminates in the political system of Prussia. In contrast, China, standing at the threshold of History, is the paradigmatic example of "Oriental Despotism." Despotism is in fact the natural form of government for the Chinese, for the simple reason that they do not exist as individual subjects. In Hegel's words, in China "all that we call subjectivity is concentrated in the supreme Head of the State,"¹⁴⁷ while "individuals remain mere accidents."¹⁴⁸ This despotism results in part from a confusion between family and state: "The Chinese regard themselves as belonging to the family, and at the same as children of the state."¹⁴⁹ By implication, the Chinese also lack a proper distinction between law and morality: moral dicta are expressed in the form of laws, but lacking subjectivity, the Chinese obey these laws merely as external forces, like children who fear parental punishment.¹⁵⁰

Analyzed as an Orientalist discourse, Hegel's account accomplishes several things. First, the purported fact that China is timeless and static implies

that the West is not.¹⁵¹ Second, imputing to the Chinese a lack of subjectivity and moral character suggests that Westerners do not lack those progressive qualities. Third, observing that the Chinese are confused about the real nature of "law" establishes the European legal ordering as proper. The Orientalist implications are not difficult to grasp: China is an anti-model and stands for everything that we would not wish to be - or admit to being. This is an entirely negative definition: China is basically just a "glimpse of what it itself is not," viz., we, the Occident.¹⁵²

2. American Legal Orientalism

Hegel, Marx, and Weber are classical European Orientalists whose work ultimately affirms the superiority of Western civilization and law.¹⁵³ However, they do not exhaust the universe of legal Orientalisms, which vary by historical and cultural context. The anti-immigrant Orientalism of nineteenth-century United States provides an example of a peculiarly American form of Orientalism.¹⁵⁴ As one historian of Chinese immigration observes, nineteenth-century Americans viewed almost every aspect of Chinese life as an illustration of their backwardness: "wearing white for mourning, purchasing a coffin while still alive, dressing women in pants and men in skirts, shaking hands with oneself in greeting a friend, writing up and down the page, eating sweets first and soup last, etc."¹⁵⁵

The usefulness of this particular Orientalist discourse lay in its role in justifying the legal exclusion of Chinese immigrants at that historical moment.

¹⁴³ Id. at 116.

¹⁴⁴ The view of China as existing in space but not in time finds a place even in Foucault. Borges's "Chinese encyclopaedia" leads Foucault to find a curiously atemporal culture "at the other extremity of the earth we inhabit, a culture devoted entirely to the ordering of space, but one that does not distribute the multiplicity of existing things into any of the categories that make it possible for us to name, speak, and think." Foucault, *The Order of Things*, supra note 3, at xix.

¹⁴⁵ Karl Marx on Colonialism and Modernization 323 (Shlomo Avineri ed., 1968); see also Marx on China, 1853-1860: Articles from the New York Daily Tribune (Dona Torr ed., 1951). For an elaboration of the theoretical place of China in Marx's thought, see Donald M. Lowe, *The Function of "China" in Marx, Lenin, and Mao* (1966).

¹⁴⁶ Weber, in particular, defines China in relentlessly negative terms, by what it is not. He attributes China's "failure" to develop a rational bourgeois capitalism to the "absence" of a dynamic religious ethic of the Protestant variety: "Chinese intellectual life remained completely static, and despite seemingly favorable conditions modern capitalism simply did not appear." Weber, supra note 18, at 55; cf. Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (Talcott Parsons trans., 1992). While Weber has many fascinating local insights into Chinese law, his global view suffers from the essentially negative nature of his general approach. See generally Gary G. Hamilton, *Why No Capitalism in China? Negative Questions in Historical Comparative Research*, 1 J. Developing Societies 187 (1985).

¹⁴⁷ Hegel, supra note 141, at 113.

¹⁴⁸ Id. at 105. For a twentieth-century version of the enduring idea of Oriental Despotism, updated for the needs of the Cold War, see Karl A. Wittfogel, *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power* (1957).

¹⁴⁹ Hegel, supra note 141, at 121.

¹⁵⁰ Id. at 111 ("Moral distinctions and requirements are expressed as Laws, but so that the subjective will is governed by these Laws as by an external force.").

¹⁵¹ The Orientalist emphasis on China's static nature is indeed a key component of China's negative definition; while the West is dynamic, changing, and progressive, China is forever stagnant. Most understandings of China, whether damning or praising, operate on the assumption of Chinese "immobilism," to borrow Derrida's term. See Jacques Derrida, *The Pit and the Pyramid: Introduction to Hegel's Semiology*, in *Margins of Philosophy* 69 (Alan Bass trans., 1982) [hereinafter Derrida, *The Pit and the Pyramid*]. Frozen in time, China never changes. And even if it does - well, plus ça change, plus c'est la même chose. The fact that China has gone through devastating revolutions, catastrophic famines, bloody rebellions, and violent dynastic transitions, and the like, ultimately fits into a predictable cycle of quasi-Nietzschean eternal recurrence. Consider, for example, Edward Parker's rather oxymoronic complaint that "Chinese legal changes" constitute a "monotonous history." Edward H. Parker, *The Principles of Chinese Law and Equity*, 22 Law Q. Rev. 190, 209 (1906). The notion of a changeless China is of course a fiction, for, as the historian Paul Cohen notes, "all societies undergo change all the time." Cohen, *Discovering History*, supra note 40, at 6. However, "the degree to which such change is deemed significant, is 'noticed,' is ultimately a relative matter, dependent upon what a particular historian living in a particular society at a particular time happens to regard as important." Id. As Cohen concludes, "because Westerners on the whole and Americans in particular happen to place a high cultural valuation on change, or at least certain forms of it, the vision of a nonchanging or trivially changing China is implicitly condescending." Id. For an important correction to Weber's version of the changeless-China thesis, see Thomas A. Metzger, *Escape from Predicament: Neo-Confucianism and China's Evolving Political Culture* (1977).

¹⁵² Haun Saussy, *Hegel's Chinese Imagination*, in *The Problem of a Chinese Aesthetic* 161 (1993).

Indeed, the text of a 1878 report by the California State Senate Committee on Chinese Immigration sounds as though it had been excerpted directly from Hegel's *Philosophy of History*:

The Chinese are ... able to underbid the whites in every kind of labor. They can be hired in masses; they can be managed and controlled like unthinking slaves. But our laborer has an individual life, cannot be controlled as a slave by brutal masters, and this individuality has been required by the genius of our institutions, and upon these elements of character the State depends for defense and growth.¹⁵⁶

Such sentiments may have very much a nineteenth-century flavor, but consider also the following analysis of the Chinese immigration exclusion, made by a federal judge in the 1920s:

The yellow or brown racial color is the hallmark of Oriental despotisms, or was at the time the original naturalization law was enacted. It was deemed that the subjects of these despotisms, with their fixed and ingrained pride in the type of their civilization, which works for its welfare by subordinating the individual to the personal authority of the sovereign, as the embodiment of the state, were

not fitted and suited to make for the success of a republican form of Government. Hence they were denied citizenship.¹⁵⁷

To the judge, it was thus self-evident that the Congress's exclusion of the Chinese from immigration was not based on "color" but cultural disqualification for citizenship.¹⁵⁸ That is, the Chinese were so radically "un-legal" that they were simply not capable of the kind of self-governance that was required by America's "republican form of Government."

3. Positive and Negative Orientalisms: Rationality and Chinese Law

Terms chosen for the Chinese formed strange oxymorons, so that the Chinese were "deceitful" and "absolutely trustworthy" in the same sentence.¹⁵⁹

- Stuart Creighton Miller

In its administration the government of China is despotic and democratic.¹⁶⁰

- Thomas R. Jernigan

Bleak as many characterizations of China and the Chinese are, Orientalist discourses by no means need always be relentlessly negative.¹⁶¹ Quite the contrary, there are many instances of fervid idealization of the Chinese. Jacques Derrida refers to China as a "sort of European hallucination" which represents different things to different observers.¹⁶² In an effortless volte-face, Nietzsche, for example, is able to use China as a negative example for Europeans on one page, and then as a model only a few pages later.¹⁶³ Instead of being simply "a dull half-conscious brooding spirit" in the darkness, as Hegel describes China,¹⁶⁴ for the French philosophes,

¹⁵³ To be sure, in Marx's case even the modern Western legal civilization may ultimately be destined to wither away together with the state, but as the penultimate way station to Utopia it certainly represents a higher stage in the development of historical materialism than the despotic law of Oriental civilizations. As Marx states unequivocally, colonial rule in Asia had a dual mission, "one destructive, the other regenerating - the annihilation of old Asiatic society, and the laying of the material foundations of Western society in Asia." Karl Marx, *The Future Results of British Rule in India*, in *The Marx-Engels Reader* 659, 659 (Robert C. Tucker ed., 2d ed. 1978). Again, wishing to neither accuse nor excuse the three thinkers considered here, cf. *supra* note 140, I am evaluating their work along only one narrow dimension: what their work has to say about China and its relation to the West. That is, I am not seeking to shame them in an act of "postcolonial revenge" (to borrow Leela Gandhi's stark phrase) but simply examining them as historical artifacts. See Leela Gandhi, *Postcolonial Theory*, at x (1998). Or, as Said might put it, I am viewing Orientalist texts as part of the worlds in which they existed, since texts, "even when they appear to deny it ... are nevertheless part of the social world, human life, and of course the historical moments in which they are located and interpreted." Edward Said, *The World, the Text, and the Critic* 4 (1983).

¹⁵⁴ See generally Keith Aoki, "Foreign-ness" and Asian American Identities, 4 *UCLA Asian Pac. Am. L.J.* 1, 7-44 (1996) (describing the history of "American Orientalism"); Neil Gotanda, *Exclusion and Inclusion: Immigration and American Orientalism*, in *Across the Pacific: Asian Americans and Globalization* 129 (Evelyn Hu-DeHart ed., 1999); see also Lisa Lowe, *Immigrant Acts: On Asian American Cultural Politics* 1-36 (1996).

¹⁵⁵ Stuart Creighton Miller, *The Unwelcome Immigrant: The American Image of the Chinese 1785-1885*, at 27-28 (1969).

¹⁵⁶ State of California, Senate Special Committee on Chinese Immigration, quoted in Tomas Almaguer, *Racial Fault Lines: The Historical Origins of White Supremacy in California* 174 (1994). These conclusions were foreshadowed by a joint special committee of the U.S. Congress: "To admit these vast numbers of aliens to citizenship and the ballot would practically destroy republican institutions on the Pacific coast, for the Chinese have no comprehension of any form of government but despotism, and have not the words in their own language to describe intelligibly the principles of our representative system." Report of Joint Special Committee to Investigate Chinese Immigration, S. Rep. No. 689, 44th Cong., 2d Sess. (1877), quoted in Leti Volpp, "Obnoxious to Their Very Nature": Asian Americans and Constitutional Citizenship, 5 *Citizenship Stud.* 57, 63 (2001).

¹⁵⁷ *Terrace v. Thompson*, 274 F. 841, 849 (W.D. Wash. 1921), *aff'd*, 263 U.S. 197 (1923).

¹⁵⁸ *Id.* ("It is obvious that the objection on the part of Congress is not due to color, as color, but only to color as an evidence of a type of civilization which it characterizes.") (emphasis added).

¹⁵⁹ Miller, *supra* note 155, at 10 (describing a study of American racial stereotypes of the Chinese).

¹⁶⁰ Thomas R. Jernigan, *China in Law and Commerce*, at v (1905).

¹⁶¹ Moreover, as Homi Bhabha emphasizes, even the seemingly most negative stereotypes are ultimately ambivalent and open to resignification. See generally Homi K. Bhabha, *Of Mimicry and Man: The Ambivalence of Colonial Discourse*, in *The Location of Culture* 85 (1994). Insofar as Orientalist discourses are always overdetermined, the subject positions they produce are also never stable - either for the Oriental Other or the Western observer. As Bhabha explains, "Stereotyping is not the setting up of a false image which becomes the scapegoat of discriminatory practices. It is a much more ambivalent text of projection and introjection, metaphoric and metonymic strategies, displacement, overdetermination, guilt, aggressivity; the masking and splitting of 'official' and phantasmatic knowledges" Homi Bhabha, *The Other Question: Stereotype, Discrimination and the Discourse of Colonialism*, in *The Location of Culture*, *supra*, at 66, 81-82.

¹⁶² Jacques Derrida, *Of Grammatology as a Positive Science*, in *Of Grammatology* 74, 80 (Gayatri Chakravorty Spivak trans., 1976) [hereinafter Derrida, *Of Grammatology*].

¹⁶³ Compare *id.* at 108, with Nietzsche, *supra* note 97, at 99.

China is a source of Enlightenment: *ex Oriente lux* - and even *lex*. An ardent Sinophile, Voltaire, for example, marvels at the religious tolerance of the Chinese bureaucratic state.¹⁶⁵ Similarly, reports by sixteenth-century Jesuit missionaries to China extol Chinese criminal justice "which these Gentiles have great care to performe."¹⁶⁶ Nevertheless, even these positive portrayals have ultimately far less to do with China than with their authors, who are motivated primarily by their desire to criticize their own domestic conditions - by pointing out that even the Chinese had done better. As Derrida observes, in such cases China still remains a "domestic representation" that is praised "only for the purpose of designating a lack and to define the necessary corrections"¹⁶⁷ - or, in the words of a Portuguese merchant in Macao, to make it "known how farre these Gentiles do herein exceed many Christians."¹⁶⁸

The oscillation in Western evaluations of Chinese law reflects in part shifting evaluations of the rationality of the Chinese language. Rationality, after all, is one of the identifying features of modern law,¹⁶⁹ and law in turn is intimately connected with language and the categories it offers for legal expression. Again, the footprints lead to Hegel, who operationalizes his entire Orientalist arsenal to describe the nature of the Chinese language. That the Chinese language is not phonetic but "represents the ideas themselves by signs" is evidence to Hegel that it has not "matured" and reached the level of Western languages. Indeed, because of the multiplicity of pictorial representations required, the Chinese writing system is a fundamentally inadequate instrument "for representing and imparting thought."¹⁷⁰ The same notion echoes in Weber, who observes that "Chinese thought has remained rather stuck in the pictorial and the descriptive."¹⁷¹ And, like Hegel, Weber confirms the dire conse-

quences of this unfortunate "fact": "The power of logos, of defining and reasoning, has not been accessible to the Chinese,"¹⁷² and, indeed, "the very concept of logic remained absolutely alien" to Chinese thought.¹⁷³

As a counterexample, consider Leibniz, a Sino-ophile par excellence. For him, the ideographic, unphonetic Chinese script was a blueprint for the great Enlightenment project of a "universal" language that communicates ideas "directly," like algebraic signs.¹⁷⁴ Leibniz's analysis ignores the fact that the Chinese script does include phonetic elements. Yet, whether it was considered an anachronism or a kind of potential linguistic algebra, the Chinese language constituted a nearly insuperable barrier to many Westerners. From early on, legal observers of China emphasized the problem of studying a legal system "buried in a language by far the least accessible to a foreign student of any that was ever invented by man," as Sir George Thomas Staunton put it hyperbolically in the introduction to his pioneering 1810 translation of the Qing Code.¹⁷⁵ Given Orientalism's facile assumptions about the close interrelations between language, ahistoricity, and the irrationality of the Chinese, we are hardly surprised to learn that, in the opinion of an officer of the British East India Company, "so arbitrary" are the laws of Chinese as to be "contrary to all reason and justice."¹⁷⁶

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ See Olivier Roy, *Leibniz et le Chinois comme langue universelle* [Leibniz and Chinese as universal language], in *Leibniz et la Chine* [Leibniz and China] 135 (Librairie Philosophique, Paris, 1972). Ironically, what ultimately makes Chinese writing such an attractive model to Leibniz is precisely its (now idealized, not demonized) ahistoricity: "What liberates [the unphonetic] Chinese script from the voice is also that which, arbitrarily and by the artifice of invention, wrenches it from history and gives it to philosophy." Derrida, *Of Grammatology*, *supra* note 162, at 76. For analyses of Leibniz's project of finding a universal basis for Christianity and Confucianism, see David Mungello, *Leibniz and Confucianism: The Search for Accord* (1977); Christia Mercer, *Leibniz's Metaphysics: Its Origins and Development* 50-51 (2001) (describing Leibniz's "ecumenical optimism" in discovering of elements of Christianity and natural law in Confucianism); see also Gottfried Wilhelm Leibniz, *Writings on China* (Daniel J. Cook & Henry Rosemont, Jr. trans., 1994).

¹⁷⁵ Sir George Thomas Staunton, *Translator's Preface*, in *Ta Tsing Leu Lee; Being the Fundamental Laws, and a Selection from Supplementary Statutes of the Penal Code of China* V, at xiii (Strahan & Preston, London, 1810) (emphasis added).

¹⁷⁶ Hosea Ballou Morse, *Chronicles of the East India Company to China, 1635-1834*, at 168 (1926). It is noteworthy that although Western images of Chinese law have never been monolithic, Jesuits' and other early modern observers' accounts were predominantly positive. However, as missionaries were replaced by traders as the dominant group of Westerners in China, the perceptions of Chinese law grew increasingly dim. See, e.g., Miller, *supra* note 155, at 24-25 (observing that American nineteenth-century traders' images of China were dominated by "criticism of China's despotism, vindictive system of law, and social injustice"); see also Gregory Blue, *China and Western Social Thought in the Modern Period, in China and Historical Capitalism: Genealogies of Sinological Knowledge* 57 (Timothy Brook & Gregory Blue eds., 1999) (analyzing emergence of increasingly negative views of China in European social thought).

¹⁶⁴ Hegel, *supra* note 141, at 142.

¹⁶⁵ See generally Basil Guy, *The French Image of China Before and After Voltaire* 261 (1963) (observing, for example, Voltaire's high regard for what he viewed as the Chinese "cult of justice" and "the absence of fanaticism or religious prejudice").

¹⁶⁶ John Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems* 178 (1936) (quoting a Spanish missionary); see also Matteo Ricci, *China in the Sixteenth Century: The Journals of Matteo Ricci: 1583-1610*, at 43 (Louis J. Gallagher trans., 1953) (finding Chinese law predictable and non-arbitrary in that a code, once promulgated by the founder of a dynasty, "cannot be changed without good reason").

¹⁶⁷ Derrida, *Of Grammatology*, *supra* note 162, at 179. Ironically, the engagement of Derrida himself with China is not necessarily much deeper: "the East is never seriously studied or deconstructed in the Derridean text." Gayatri Chakravorty Spivak, *Preface*, in *id.*, at lxxxii.

¹⁶⁸ Wigmore, *supra* note 166, at 155 (quoting a Portuguese merchant).

¹⁶⁹ See Anthony T. Kronman, *Max Weber* (1983) (analyzing the place of "formal legal rationality" in Weber's sociology).

¹⁷⁰ Hegel, *supra* note 141, at 135. For more extensive analyses of Hegel's (mis)understanding of the Chinese language, see Derrida, *The Pit and the Pyramid*, *supra* note 151, at 69, and Saussy, *supra* note 152.

¹⁷¹ Weber, *The Religion of China*, *supra* note 18, at 125.

Dated as the debates on the putative irrationality of the Chinese language may sound, they have their contemporary variants. With China having assumed sovereignty over Hong Kong, the common law of the former British colony is now being translated into Chinese. The debate surrounding this project betrays a persistent Orientalist skepticism regarding the possibility of crossing what Joseph Needham calls "the great barrier between ideographic and alphabetic languages,"¹⁷⁷ and, by extension, the feasibility of administering justice in Chinese.¹⁷⁸ Indeed, one can only recall the predominantly French origins of the common law and the early Francophones' ardent belief that "really the Law is scarcely expressible properly in English."¹⁷⁹

In any event, even as the West lurches from "ethnocentric scorn" to "an hyperbolic admiration" and back - as Derrida characterizes West's self-referential histories of the Orient - China remains a powerful signifier.¹⁸⁰ Continuing this pattern, in an ostensibly dramatic reversal of American Orientalism, Chinese Americans appear to have undergone a striking metamorphosis in the late twentieth-century: Orientalist discourses no longer operate to exclude the Chinese from immigration, and Chinese Americans have been promoted from representatives of the "Yellow Peril" to members of the so-called "Model Minority."¹⁸¹ Nevertheless, although Chinese Americans are seen

as having successfully integrated into the American economy, they are still notably distrusted as legal and political subjects.¹⁸² Rather than expressing their political will primarily through voting or other regular channels of participatory democracy, Chinese Americans now use their superior economic power to finance political campaigns, the media suggest¹⁸³ - or else they simply sell national secrets to China, or to whoever pays the most.¹⁸⁴

Although the power of Orientalist tropes lies precisely in their irrefutability by empirical evidence, it bears repeating that even historically, from the very genesis of the Chinese immigration exclusion, the perception of Chinese Americans as being either unable or unwilling to resort to law for their rights has been simply inaccurate. Even though one prominent justification for the Chinese exclusion laws was the putative inability of the Chinese even to comprehend the notion of individual rights and thus qualify for America's "Republican form of Government,"¹⁸⁵ ironically the immediate response of the Chinese to their exclusion was the paradigmatically "American" one: to insist on their legal rights in federal court.¹⁸⁶

V. Toward an Ethics of Orientalism

China ... is the reward of the right kind of reading Each got the China he deserved and to which his understanding of figural language entitled him.¹⁸⁷

- Haun Saussy

Although the focus of this Article is on sketching the broad contours of certain historically dominant representations of Chinese law in the West, one may still fairly ask what, if anything, all of this has to do with understanding China and Chinese law today. How should we use "law" to understand China, or "China" to understand law?

The moral of this Article is not to issue a categorical imperative that comparative lawyers must cease Orientalizing China, that it must never constitute a mere means in our own projects of legal self-

¹⁷⁷ Joseph Needham, *The Translation of Old Scientific and Technical Texts*, in *Aspects of Translation* 12 (A.H. Smith ed., 1958). For postcolonial analyses of the problems of translation, see Lydia H. Liu, *Translingual Practice: Literature, National Culture, and Translated Modernity - China, 1900-1937* (1995) and Gayatri Chakravorty Spivak, *The Politics of Translation*, in *Outside in the Teaching Machine* 179 (1993).

¹⁷⁸ For a review of the terms of this debate, see Derek Roebuck & King-kui Sin, *The Ego and I and Ngo: Theoretical Problems in the Translation of the Common Law into Chinese*, in *Hong Kong, China and 1997: Essays in Legal Theory* 185 (Raymond Wacks ed., 1993).

¹⁷⁹ Roger North, *A Discourse on the Study of Laws* 13 (London 1824), quoted in Roebuck & Sin, *supra* note 178, at 193. Of course, once the English did establish their language as a "legal" one, it was used to maintain their identity as a "rational" people by having parliamentary committees make "findings" about the neighboring linguistic communities - such as, "The Welsh language distorts the truth, favors fraud, and abets perjury." Reginald Coupland, *Welsh and Scottish Nationalism* 186 (1954) (quoting education commissioners for the House of Commons in 1846). The Irish received similar treatment as subjects of language and law: "the English regarded traditional Irish culture - and its most impressive achievement, the Brehon laws - with the utmost disdain, as the work of mere barbarians. Gaelic, like Welsh, was not conducive to rational expression." Michael Hechter, *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in British National Development, 1536-1966*, at 77 (1975) (citation omitted).

¹⁸⁰ Derrida, *Of Grammatology*, *supra* note 162, at 80.

¹⁸¹ See Robert S. Chang, *Disoriented: Asian Americans, Law, and the Nation-State* 53-58 (1999). That is, Asian Americans as a group are perceived to be diligent, well-educated and economically successful - i.e., a Model Minority. Although the Model Minority myth has been debunked repeatedly, it retains its dual appeal: it generates and maintains an image of "bad" minorities, and at the same time it masks the ways in which Asian Americans in fact remain socially and economically marginalized. See Bob H. Suzuki, *Education and the Socialization of Asian Americans: A Revisionist Analysis of the "Model Minority" Thesis*, 4 *Amerasia* J. 23 (no. 2, 1977); see also Natsu Taylor Saito, *Model Minority, Yellow Peril: Functions of "Foreignness" in the Construction of Asian American Legal Identity*, 4 *Asian L.J.* 71 (1997).

¹⁸² For an analysis of Asian Americans' ineligibility for full political citizenship, see generally Volpp, *supra* note 156. See also the classic study of the political and social exclusion of Chinese-Americans by Victor G. Nee & Brett de Bary Nee, *Longtime Californ: A Documentary Study of an American Chinatown* (1972).

¹⁸³ See L. Ling-chi Wang, *Race, Class, Citizenship and Extraterritoriality: Asian Americans and the 1996 Campaign Finance Scandal*, 24 *Amerasia* 1 (1998).

¹⁸⁴ See Wen Ho Lee & Helen Zia, *My Country Versus Me* (2001); Neil Gotanda, *Racialization of Asian Americans and African Americans: Racial Profiling and the Wen Ho Lee Case*, 47 *UCLA L. Rev.* 1689 (2000).

¹⁸⁵ Cf. *supra* text accompanying note 156.

¹⁸⁶ See Christian G. Fritz, *A Nineteenth Century "Habeas Corpus Mill": The Chinese Before the Federal Courts in California*, 32 *Am. J. Legal Hist.* 347 (1988).

¹⁸⁷ Saussy, *supra* note 152, at 151.

definition. While such moralizing is perhaps rhetorically satisfying, a categorically anti-Orientalist morality is simply not possible. Prejudices, in the neutral Gadamerian sense, can only be managed, not eliminated. As Gadamer observes, for better or worse, "the fundamental prejudice of the Enlightenment is the prejudice against prejudice itself, which denies tradition its power."¹⁸⁸ In the end, "belonging to a tradition is a condition of hermeneutics,"¹⁸⁹ and traditions inevitably prejudice us in the sense of disposing us to see the world in light of our preconceptions - whether those preconceptions be positive or negative.

Thus, there is no innocent knowledge to be had, and we have little choice but to Orientalize - to always anticipate China and its legal traditions in terms of our own biases. Moreover, not only are we inevitably always engaged in Othering and essentializing China and Chinese law as we seek to understand them, but the Chinese, likewise, essentialize us, the West. Moreover, both we and the Chinese essentialize our own traditions as well: the Chinese "self-Orientalize" and Americans "self-Americanize," as it were.

As examples of Chinese self-essentialization, consider again the fact that for centuries it was the official, state-sponsored Confucian view that law played only a minimal role in governance of the Chinese empire which was ideally ruled by morality - yet in fact the state developed a sophisticated legal system to carry out its policies. But insofar as Confucianism privileged law over morality and the state identified Chinese-ness with Confucianism, it was ideologically imperative to insist that China was a government of men (of superior virtue), not of (mere instrumental) laws.¹⁹⁰

Consider again also the notion of a stable, enduring China. This myth is not just a Western fantasy but a Confucian one as well. Confucius himself insisted, rather disingenuously, that his project of reforming Chinese state and society was simply a return to a past Golden Age - a mere reaffirmation of an ancient tradition rather than a fundamental reorganization of a world that he found corrupt and lacking in morality.¹⁹¹ Indeed, ever since Confucius (and even before him), nearly all Chinese projects of fundamental social transformation have sought to retroject their Utopias onto a distant past,

so as to honor a strong cultural prejudice against radical change.

To be sure, since the Communists' rise to power in 1949, at least the Chinese state has rejected the past unequivocally as a source of legitimacy. However, even that rejection is premised on a self-Orientalization of that past. That is, although the Sinicized version of Marxism may well represent a significant transformation, even the Maoist variety is ultimately driven by a need to see the Chinese past as irredeemably "feudal", stagnantly waiting for Communism to rescue it from its ahistorical trap. Hence, many Chinese historians have internalized some of Marx's Orientalist understandings of the world as part of their self-understanding.¹⁹² The accomplished legal historian Jing Junjian, for example, paints a rich, even dynamic view of the legal regulation of the economy during the Qing - yet, almost contradicting his own evidence, in the end he nevertheless concludes that "Chinese law was permeated by the same basic principles from beginning to end."¹⁹³

And just as the Chinese tend to self-Orientalize their own past as lawless and unchanging, I have suggested above that Americans tend to "self-Americanize" themselves as inherently legal. Intriguingly, although Americans often do "place a high cultural valuation on change,"¹⁹⁴ which also serves to condemn China's legal tradition as "stagnant," in the domestic context Americans are capable of valuing lack of change as well. Just as Confucianism sought political stability in respecting the forms of governance established by the founder of each dynasty, so many Americans too take pride in the fact that their Constitution has remained unaltered since its adoption in the wake of the Found-

¹⁸⁸ Gadamer, *supra* note 25, at 270.

¹⁸⁹ *Id.* at 291; see also *id.* at 277 ("It is necessary to fundamentally rehabilitate the concept of prejudice.").

¹⁹⁰ Cf. *supra* text accompanying notes 72-73.

¹⁹¹ Cf. Confucius, *The Analects*, Bk. VII, Ch. 1 (D.C. Lau trans., 1979) ("The Master said, 'I transmit but do not innovate; I am truthful in what I say and devoted to antiquity ...'").

¹⁹² On Marxist historiography in China, see generally Arif Dirlik, *Revolution and History: Origins of Marxist Historiography in China, 1919-1937* (1978). Cf. Partha Chatterjee, *Nationalist Thought and the Colonial World: A Derivative Discourse?* (1986) (analyzing the adoption of the European ideology of "nationalism" by the Indian state). To the extent that "Chineseness" is premised on not being "Western," Wang Ning calls the phenomenon "Occidentalism" - ultimately another mode of self-Orientalism in that it still defines itself primarily in relation to "the West." See Wang Ning, *Orientalism versus Occidentalism?*, 28 *New Literary Hist.* 57 (1997). As an example, consider the satirical observation made by Lu Xun, China's leading literary modernist, in 1934:

Because we have been suffering from [foreign] aggression for years, we make enemies to this "foreign air." We even go one step further and deliberately run counter to this "foreign air": as they like to act, we would sit still; as they talk science, we would depend on divination; as they dress in short shirts, we would put on long robes; as they emphasize hygiene, we would eat flies; as they are strong and healthy, we would rather stay sick.

Lu Xun, *Reflections Starting from My Son's Photographs*, quoted in Zhang Longxi, *Western Theory and Chinese Reality*, *supra* note 69, at 105-06; see also Chen Xiaomei, *Occidentalism: A Theory of Counter-Discourse in Post-Mao China* 5 (1995) (observing that Chinese "Occidentalism," or self-definition against the Western Other, is "primarily a discourse that has been evoked by various and competing groups within Chinese society for a variety of different ends, largely, though not exclusively, within domestic Chinese politics"). For an alternative definition of "Occidentalism" (referring to the West's self-essentialization), see *infra* note 195.

ing.¹⁹⁵ Yet while a real or perceived lack of change in China's political culture is usually classified negatively as "stagnation," a similar lack of change in the American case represents the positive quality of "stability": not slavery to tradition but an admirable fidelity to who We the People "really" are. Indeed, consider the tremendous amounts of scholarly energy that constitutional Originalists, for example, devote to explaining why contemporary Americans ought to be ruled by an agreement hammered out by a group of property-owning white men in Philadelphia in 1789. The expectation that these men should be able to rule us from their graves is surely as much a form of ancestor worship as any advocated by Confucius, yet here it is one that confirms Americans' identity as essentially, solidly American.¹⁹⁶

But if this is indeed the melancholic conclusion - we cannot help essentializing others, and even ourselves - what is a comparative lawyer to do? If we accept the premise that prejudices ultimately constitute the very "conditions of understanding,"¹⁹⁷ we need not find an Archimedean point of observation in order to understand at all: perfection is not required, even if we may wish to strive for it. Instead of a simplistic morality of anti-Orientalism -

"Thou shalt not Orientalize" - which would effectively end comparative law, we are allowed to proceed with our enterprise. Indeed, comparison is ultimately the only way for us to encounter and enter into relationships with others.¹⁹⁸

Yet while morality may have no place in comparative law, ethics must. By "morality," I mean normative systems that posit a pre-given moral subject and then elaborate guidelines for proper actions by that subject.¹⁹⁹ By "ethics," in contrast, I refer to normative systems that are concerned, not with what a pre-given subject may or may not do, but rather with the construction of that subject. Instead of assuming an ethical subject and then regulating it, ethics regulates the conditions under which subjects emerge. What comparative law needs, then, is an ethics of Orientalism, rather than an impossible morality of anti-Orientalism.

That is, even as we continue to compare and necessarily Orientalize as well, we must consider the effects that our comparisons have on others.²⁰⁰ To the extent that the categories we employ always impose limits on what we can discover in the world, it is a fundamental effect of our acts of comparison that they in part produce the objects that are being compared - for example, the American "legal subject" and the Chinese "non-legal non-subject." We must therefore consider the ways in which our comparisons subject others, in both senses of the term: recognize them as free subjects and also limit their freedom as subjects.²⁰¹

In light of this ethical imperative, how should we go about evaluating various legal Orientalisms? Let us consider, for example, the application of Chinese law in Hong Kong in recent times. It has often

¹⁹³ Jing Junjian, *Legislation Related to the Civil Economy in the Qing Dynasty*, in *Civil Law in Qing and Republican China*, supra note 22, at 42, 82; see also Chen Duanhong, *Opposition - The Future of Chinese Constitutionalism from the Perspective of Administrative Litigation*, 4 *Zhongwai Faxue* [Peking U. L.J.] 1 (1995) (painting a Hegelian image of traditional Chinese law as paternalistic rule where subjects were reduced to the position of children); Liang Zhiping, *Explicating "Law": A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, 3 *J. Chinese L.* 55, 91 (1989) ("Obviously, China's traditional legal concepts are incapable of accommodating the rich essence of modern legal concepts.... We must expose and criticize past history and consciously recognize the traditions that we inherited unintentionally."). And just as the indigenous Chinese legal tradition tends to be reduced to an Orientalist stereotype, idealized notions of Western law have come to constitute the paradigmatic form of "law." See, e.g., Gao Hongjun, *Two Modes of the Rule of Law*, in Yifa Zhiguo, Jianshe Shehui Zhuyi Fazhi Guojia [Ruling the Country According to Law, Constructing a Socialist Rule of Law State] 262, 266-67 (Liu Hainian et al. eds., 1996) (relying on Roberto Unger's Eurocentric account of legal development). Cf. Alford, *The Inscrutable Occidental*, supra note 60. Ironically, the "cutting edge" of much contemporary Chinese legal theory thus consists of retellings of European Enlightenment narratives. See, e.g., Yan Cunsheng, *Rationalization Is the Core of Legal Modernization*, 1 *Faxue* [Law Science Monthly] 8 (1997); Du Wanhua, *The Dualistic Social Structure and Jurisprudential Reflections Thereon*, 1 *Xiandai Faxue* [Modern Legal Studies] 5 (1996) (drawing on Hobbes, Kant, Locke and Rousseau, among others); Bei Yue, *Human Rational Agreement and the Origin of Legal Rules*, 1 *Xiandai Faxue* [Modern Legal Studies] 8 (1997) (social contract narrative). To be sure, there is nothing "wrong" about legal self-Orientalism. As Gayatri Spivak observes, "Programs of cultural self-representation are never correct or incorrect. They are the substance of cultural inscriptions." Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason*, supra note 65, at 341. Yet insofar as legal self-Orientalism is based on an incomplete reading of the Chinese past, it can at least be criticized for seeking to ground itself in untenable history and for unnecessarily restricting the ability of contemporary Chinese law reformers to draw on the resources of China's legal past. In this context, it is perhaps noteworthy, as Xiaobing Tang observes, that Said's critique of Orientalism "has never really entered into the general cultural-intellectual discourse [of contemporary China] with a palpable impact." Xiaobing Tang, *Orientalism and the Question of Universality: The Language of Contemporary Chinese Literary Theory*, 1 *Positions* 389, 389 (1993).

¹⁹⁴ Cohen, *Discovering History*, supra note 40, at 6.

¹⁹⁵ To be sure, the Constitution has been amended several times, but at least in the popular view - if not that of constitutional theorists - Americans continue to live under the "same" Constitution. Cf. Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (1991).

¹⁹⁶ As another example of Confucian-like self-projection into tradition, consider Western appeals to an idealized "classical antiquity" (to be strictly distinguished from Eastern-influenced Hellenism, for example) and the need to "preserve[] it within Western culture as the heritage of the past." Gadamer, supra note 25, at 287. Reminding us that Orientalist discourses are constitutive not only of the Oriental as an object but also of the Western subject, James Carrier uses the term "Occidentalism" in a similar fashion to describe the ways in which anthropological studies of "the Orient" have contributed to the idealization of "the West." James G. Carrier, *Occidentalism: The World Turned Upside-Down*, 19 *Am. Ethnologist* 195 (1992).

¹⁹⁷ Gadamer, supra note 25, at 277-307.

¹⁹⁸ Cf. Charles Taylor, *Comparison, History, Truth*, in *Philosophical Arguments* 147, 150 (1995) ("Other-understanding is always in a sense comparative.").

¹⁹⁹ Christianity and Kantian ethics are paradigmatic examples of morality in this sense.

²⁰⁰ The ethical conception of Orientalism can be also thought of as a kind of "strategic essentialism," as elaborated by Spivak, *Subaltern Studies*, supra note 64, i.e., a practice of essentializing the other for only certain purposes and with an awareness of its consequences.

²⁰¹ Cf. supra note 113.

consisted of translating Orientalist notions into practice. Indeed, in the colonial legal system the distinction between Western representations of Chinese law and Chinese law as a local material practice essentially collapsed, as the British courts in Hong Kong frequently turned to Orientalist accounts of Chinese law to construct a body of law that the courts then applied to the native population as their own, idiosyncratic notion of "Chinese law." Technically, this was accomplished with the aid of expert witnesses and by interpreting Western observers' historical writings on the subject.²⁰² The reason for the need to consult outside experts lay in one of the foundational legal axioms of British colonialism: "as native law is foreign law, it must be proved as any other fact."²⁰³ This principle - worthy of Borges - swiftly and effectively confounded "native" and "foreign" as well as "law" and "fact," so that by the time the British were done with it, native Chinese law was neither "native" nor "law." And once the resulting vacuum was filled with Orientalist projections, what was left was often less than "Chinese" as well.

Thus, if legal Orientalism is ordinarily a set of Western representations of Chinese law that have grown out of, and around, actual legal practices - even when those representations may themselves be quite fantastic - in Hong Kong the dynamic has been reversed: there, legal practices have frequently been material enactments of legal Orientalism.²⁰⁴

²⁰² This written corpus consists of a hodgepodge of archaic - often openly hostile - legal anecdotes by missionaries, Orientalist historians, armchair anthropologists, and the occasional British lawyer. In a chain of judicial citation, over time this dubious jurisprudence acquired an authority that required no basis other than its own status as precedent: "one author synthesizes various sources, is cited in a judgment which becomes a precedent to be compared with other authors using the same sources, and so on." Peter Wesley-Smith, *The Sources of Hong Kong Law* 216 (1994). It is indeed quite astonishing that as late as the end of the 1980s - by which time there certainly existed detailed, far more competent studies of late-Qing Chinese law and custom - Hong Kong courts continued to rely on a dated committee report that in turn cited as "authority" various archaic nineteenth-century texts. See, for example, *In re Estate of Ng Shum* (No. 2), [1990] 1 H.K.L.R. 67, which draws repeatedly on Hongkong Committee on Chinese Law and Custom (1953), a report compiled by a governor's committee commissioned in 1948. The case expressly cites to the report's references to such Orientalist gems as a social "history" written by the British Archdeacon of Hongkong, John Henry Gray, *China: A History of the Laws, Manners, and Customs of the People* (1878), and J. Dyer Ball, *Things Chinese: Being Notes on Various Subjects Connected with China* 392 (1892) (containing entries such as "Topsy-Turvydom... The Chinese are not only at our antipodes with regard to position on the globe, but they are our opposites in almost every action and thought."). Going beyond the report's contents, the case even cites Edward Harper Parker's relentless effort to reduce late-Qing family law to the categories of early Roman law - on the conceit that Qing law was at the developmental stage "of the Roman law anterior to the publication of the Twelve Tables, - 2,200 years ago." Parker, *supra* note 138, at 69. Although modern Hong Kong courts have used expert witnesses as well, those expert witnesses have tended simply to corroborate the inherited jurisprudence. As Peter Wesley-Smith described the situation toward the end of the British colonial rule, most "expert 'witnesses' " had no direct knowledge of the subject of their testimony; rather, their expertise lay in the fact that they were "scholars learned in the small corpus of literature on Chinese law and custom." Wesley-Smith, *supra*, at 216.

²⁰³ *Hughes v. Davies*, Renn. 550, 551 (1909).

This fact in itself is of course not an indictment of the resulting body of law, as purity of cultural or national origin is hardly a guarantee of quality, nor is such purity even attainable, except by self-Orientalization of one's past. What is ethically suspect about this Orientalism is its paradigmatically colonial relationship to the Chinese non-legal non-subject: the law affords no role in its construction for the Chinese who live under it.

Yet Hong Kong, unlike most of the rest of China, has an actual colonial history, and it is thus no surprise that the local legal subject has been colonized by the West. But what about legal Orientalism in understanding the People's Republic of China, for example? Since the end of the Cold War, law has become a major American export item.²⁰⁵ Various rule of law projects are being offered to China with a particular vigor.²⁰⁶ These projects draw implicitly on the idea that China's indigenous legal resources are inadequate to the task of governing China and that China is dependent on Western assistance in putting together a "real" legal order. The underlying view is, again, that China is essentially static and would be consigned to the dustbin of History, but for the interventions of the West. This implicit view has come under criticism in the social sciences, where critics call it the impact-response paradigm. The main structural assumption of the paradigm is that China's so-called "modernization" has indeed been a "response" to the "impact" of its nineteenth-century meeting with the West.²⁰⁷

Today, many American policy-makers still view the Chinese as essentially law-less and undifferentiated subjects of Oriental Despotism, the latest

²⁰⁴ This description applies certainly to much of the production of "Chinese law" in colonial Hong Kong. The status of that body of law - essentially late-Qing law and custom - in postcolonial Hong Kong is murkier, but at least under a formal analysis it still remains valid to the extent that the British still enforced it on the eve of the handover. See Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 16, at 1725-26; see also Barbara E. Ward, *Rediscovering Our Social and Cultural Heritage in the New Territories*, 20 *J. Hong Kong Branch J. Royal Asiatic Soc.* 116, 121 (1980) (noting that British colonialism has functioned "in one sense like a refrigerator, 'freezing' the local social and cultural systems at more or less the stage they had been when the British first arrived, and to a surprisingly large extent inhibiting changes that might otherwise have happened").

²⁰⁵ See e.g., Thomas Carothers, *The Rule of Law Revival*, 77 *Foreign Affairs* 95 (1998). For a critical analysis, see Margaret Jane Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 *B.U. L. Rev.* 781 (1989).

²⁰⁶ See generally Matthew C. Stephenson, *A Trojan Horse Behind Chinese Walls? Problems and Prospects of U.S.-Sponsored 'Rule of Law' Reform Projects in the People's Republic of China*, 18 *Pac. Basin L.J.* 64 (2000). On the multiplicity of meanings of "rule of law" in the context of China, see Deborah Cao, "Fazhi" vs/and/or Rule of Law? A Semiotic Venture into Chinese Law, 14 *Int'l J. Semiotics L.* 223 (2001); Randall Peerenboom, *Ruling the Country in Accordance with Law: Reflections on the Rule and Role of Law in Contemporary China*, 11 *Cultural Dynamics* 315 (1999); see also Albert H.Y. Chen, *Toward a Legal Enlightenment: Discussions in Contemporary China on the Rule of Law*, 17 *UCLA Pac. Basin L.J.* 125 (1999); Carol A.G. Jones, *Capitalism, Globalization and Rule of Law: An Alternative Trajectory of Legal Change in China*, 3 *Soc. & Legal Stud.* 195 (1994).

despot being the Communist Party, rather than the imperial state. In its current incarnation this view underwrites the political and economic project of making China open its markets for Western investment and trade: those favoring China's entry into the World Trade Organization and other international commercial and trade law regimes claim that China's participation will eventually transform its population into viable subjects of the rule of law. This particular Orientalist view risks rendering the mission of American law in China from (relatively harmless) legal tourism to the imposition of neo-liberalism under the alibi of law reform.²⁰⁸

There is also a deep irony to this view, given that in the American domestic context it is precisely the all too successful economic integration of Chinese Americans that renders them suspect as legal subjects: even as citizens, they are believed to exercise their agency primarily through economic rather than legal and political means, at least according to their media portrayals.²⁰⁹

Yet whatever the differences among the above Orientalisms, they support an overly idealized self-image of the American legal subject and an unduly negative view of the Chinese (non)legal (non)subject: Chinese are ruled by morality, Americans by law; Chinese are lemmings, Americans individuals; Chinese are despotic, Americans democratic; China is changeless, America dynamic. Together, these notions form an analytically indissoluble complex of meanings so that often to invoke one is to invoke them all. The problem is not that these Orientalisms make assumptions about Chinese legal subjectivity - that is unavoidable - but that these assumptions essentially foreclose the possibility of any real communication between the American legal subject and its Chinese would-be counterpart. To the extent that they view the American legal subject as the paradigmatic and authentic case, they implicitly authorize it to teach the Chinese how to become (real) legal subjects. And until that lesson has been imparted, there is little that Chinese law can offer to

American law, which is hardly a promising recipe for cross-cultural understanding. Indeed, insofar as this conception of the legal subject holds the potential for delegitimizing all other legal traditions, legal Orientalism is built into the very definition of "law," which, along with the kind of individual subjectivity it implies, becomes one of the West's key contributions to the modern world.²¹⁰

Although legal narcissism may not be fatal and perhaps only gives us the (dim) view of Chinese law that we deserve, the Chinese certainly deserve better. To be sure, it is only because of certain "fundamental, enabling prejudices"²¹¹ that we can communicate with others in the first place: our preconceptions of others in part enable those others to emerge as subjects. Yet the same enabling prejudices inevitably also constrain those others: subjectivity never implies perfect freedom. What distinguishes one Orientalism from another, then, are its uses and its effects.²¹² How does it subject the other?

The ethical distinction is thus not between Orientalisms with negative rather than positive prejudices, even if in the context of law Orientalist myths tend to be quite overwhelmingly negative.²¹³ Communitarian and other idealizations of the Chinese genius for mediation and harmony, for example, tend to rely on similar notions of Chinese non-legal non-subjectivity.²¹⁴ Often, they represent an uncritical Occidental acceptance of the Confucian ideological fiction that the Chinese naturally delight in submitting themselves to the dictates of group morality. And, like their negative counterparts, these positive Orientalisms tend to posit law as inherently "Western" and "modern," effectively excluding the Chinese from both law as well as modernity. To be sure, the point of such adoring Orientalisms is typically to criticize (the excesses of) Western legality, but by using Chinese non-legality as their counter-example, they reduce the Chinese to the juridical equivalents of the noble savage: primitives happily untainted by legal modernity.

Since it does not insist on a categorical distinction between positive and negative Orientalisms, an ethics of comparison does not require isolating Chinese legal practices from criticism.²¹⁵ Enlightenment humanism may well have been deeply implicated in the rise of Western imperia-

²⁰⁷ See Cohen, *Discovering History*, supra note 40, at 58-96. The classic articulation of the paradigm in its modern form is the influential *China's Response to the West*, first published in 1954. See John K. Fairbank & Ssu-yu Teng, *China's Response to the West* (1954). For a corrective view, see, for example, Jonathan Spence, *To Change China: Western Advisors in China 1620-1960* (1980). See also Alford, *Law? What Law?*, supra note 14, at 49-50; Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, supra note 16, at 1717.

²⁰⁸ This is not to suggest that there is no indigenous Chinese demand for law reform. Quite clearly, many Chinese do favor law reform, as well as China's participation in the W.T.O. There is nothing inherently objectionable about the pursuit of these goals in themselves. What is questionable is these projects' implicit assumption (made equally commonly by both American law-exporters and Chinese law-importers) about the self-evident Western-ness of all possible forms of legal modernity, and the expectation that the expansion of markets will naturally "civilize" Chinese subjects of despotism into (liberal) legal subjects.

²⁰⁹ Cf. supra text accompanying notes 182-183.

²¹⁰ As Peter Fitzpatrick observes, manufacturing myths about other societies' law is an inevitable part of legitimating one's own. See Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law* (1992).

²¹¹ Gadamer, supra note 25, at 295.

²¹² Cf. Alford, *The Inscrutable Occidental*, supra note 60.

²¹³ Cf. supra Section IV.B.

²¹⁴ See, e.g., David Hall & Roger Ames, *Democracy of the Dead* 216-20 (1999).

lism, but as Dipesh Chakrabarty observes, it "has historically provided a strong foundation on which to erect - both in Europe and outside - critiques of socially unjust practices."²¹⁶ In fact, we have an ethical duty to be concerned about the practices of subjection - the ways in which legal subjects are both enabled as well as disabled - in China as well as at home.

Indeed, while insisting that our conception of the rule of law must not be so closed and rigid as to categorically delegitimize all alternatives to political and social organization, I do not mean to suggest that rule of law itself cannot be a legitimate model, for ourselves as well as for others. Even if one supports the project of conceptualizing the notion of rule of law broadly, it seems beyond argument - tautological, in fact - that China does not have rule of law in the Anglo-American sense of the term.²¹⁷ Hence, it seems more sensible not to ask "is there rule of law in China?", but rather "should there be rule of law in China as we currently conceive the concept?"²¹⁸ In answering that question, we ought to remain realistic about what the rule of law can and cannot accomplish. This is not to prejudge the question: even if we admit to the shortcomings of the rule of law, we may still find it ultimately desirable.²¹⁹ However, it is not to anyone's benefit to sell it for more than it is worth.²²⁰

Yet whether we articulate our criticisms in terms of human rights or some other discourse, we must not proceed to condemn China without a fair hearing. Often, Chinese legal practices are judged by irrelevant character evidence, based on assumptions about the "despotic" and "irrational" nature of

the Chinese, for example. Equally frequently, the Chinese legal system is presumed guilty before evidence has been even offered - or when it is offered, too often it is Orientalist hearsay with a history of several centuries. And all too often the entire process seems to center around us, and the project of proving the innocence of our norms and practices, derivatively by challenging those of China. Finally, there is the ultimate structural question of all Orientalist epistemologies: why is China always cast as the defendant and the West as the judge - and the jury?²²¹

Indeed, a judicial hearing is hardly the best metaphor for understanding Chinese law. To return to Gadamer, his notion of the interpretive process as a "hermeneutic circle" is more descriptive of the process of comparison as well, and normatively it certainly provides a more desirable model for it. In Gadamer's terms, we begin our study of Chinese law by projecting our own preconceptions, which we derive from our own historical givens. Ideally, those preconceptions constitute only a provisional point of departure which we revise over time - in order to project it again and again back on the world, with revisions each time, depending on the extent to which (we believe) our prejudices in fact describe the world. Yet at each point, our descriptions of the world also affect its organization, so that there is no final terminus for this enterprise. It is not the search for a fixed historical truth. Instead, the process itself constitutes a truth produced by and in history.

²¹⁵ For an account of how human rights have figured in Chinese foreign relations in the past decade or so, see Ming Wan, *Human Rights in Chinese Foreign Relations: Defining and Defending National Interests* (2001).

²¹⁶ Chakrabarty, *supra* note 32, at 4.

²¹⁷ This definition is of course not the sole legitimate one. Randall Peerenboom, for example, observes that Chinese "single-party socialism in which the Party plays a leading role is in theory compatible with [the] rule of law - albeit not a liberal democratic version of rule of law." Randall Peerenboom, *Globalization, Path Dependency and the Limits of Law: Administrative Law Reform and Rule of Law in the People's Republic of China*, 19 *Berkeley J. Int'l L.* 161, 167 (2001).

²¹⁸ Michael Dowdle, *Heretical Laments: China and the Fallacies of "Rule of Law"*, 11 *Cultural Dynamics* 287, 287 (1999) (emphasis added). As Donald Clarke notes, the claim that China lacks a system of "rule of law" typically "leaves ... unjustified its most crucial component: the ideal against which the Chinese legal system is identified and measured." Clarke, *supra* note 66, at 9. A claim that the Chinese legal system is "lacking," even if accurate, should be accompanied by an argument as to why any particular "lack" is undesirable in the Chinese cultural, political, historical, and social context. There may well be good arguments to support such claims, but those arguments must be made explicitly, not merely implied, as if they followed inexorably from the mere fact that China regulates itself differently.

²¹⁹ As Yuanyuan Shen notes, whatever the conceptual and practical shortcomings of the rule of law may be, it may well be "still useful for today's China." Yuanyuan Shen, *Conceptions and Receptions of Legality*, in *The Limits of the Rule of Law in China*, *supra* note 14, at 20, 21.

²²⁰ In this context, consider also the heated debates about the significance of "judicial independence." Judicial independence may be a desirable goal, but, like rule of law itself, it is ultimately only an instrumental value, not an end in itself. As Mark Ramseyer observes, "Basic comparative research shows that independent judiciaries ... are not common to freedom-loving nations everywhere." J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 *J. Leg. Stud.* 721, 721-22 (1994). Indeed, presumably few Americans would wish to have a truly independent judiciary, a kind of unconstrained judicial aristocracy; as Jerome Cohen cautions, "an independent judiciary can frustrate effective democratic government as easily as it can frustrate effective totalitarian government." Jerome Alan Cohen, *The Chinese Communist Party and "Judicial Independence": 1949-1959*, 82 *Harv. L. Rev.* 967, 973 (1969); see also Jose J. Toharia, *Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain*, 9 *Law & Soc'y Rev.* 475 (1975) (observing the coexistence of political authoritarianism with a considerable degree of judicial independence). Moreover, "judicial independence" does not exist in unqualified form even in its contemporary variant, nor has it had a stable historical meaning even in the United States. See, e.g., Stephen B. Bright, *Can Judicial Independence Be Attained in the South? Overcoming History, Elections, and Misperceptions about the Role of the Judiciary*, 14 *Ga. St. U. L. Rev.* 817, 856 (1998) (criticizing many contemporary Southern state judges as "not independent and committed to the rule of law"); Christine A. Desan, *Remaking Constitutional Tradition at the Margin of the Empire: The Creation of Legislative Adjudication in Colonial New York*, 16 *Law & Hist. Rev.* 257, 316 (1998) (calling for a recognition that the colonial system of "legislative adjudication" - judicial decision-making by legislatures - constitutes an integral part of the history of "American legality").

²²¹ Cf. Leti Volpp, *Feminism vs. Multiculturalism*, 101 *Colum. L. Rev.* 1181 (2001) (analyzing ways in which discourses of Western legal feminism posit non-Western cultural practices as patriarchal and thus find multiculturalism oppositional to feminism).

The term "hermeneutic circle" in fact sounds more static than it need be. It is not just a kind of infinite loop that makes us permanent hostages of our current prejudices. On the contrary, "the circle possesses an ontologically positive significance."²²² It always entails the possibility of a "fusion of horizons," a genuine encounter between different hermeneutic systems.²²³ We have no choice but to bring our own legal categories, our own mental apparatuses to the encounter, but as we approach the Chinese legal system, we can question our categories. Although we cannot put all of them at issue at once, we can certainly question them at least one, or a few, at a time. Thus, while the hermeneutic circle is circular by definition, it is not static but can shift over time. Its movement is not teleological, directed toward a final resting place where the circle collapses on itself and shrinks into a singular bull's eye, signifying that we have attained a complete, final understanding. Rather, the circle moves as a circle in directions that are not predetermined: to the left or the right, up or down, East or West.²²⁴

Consider what happened to Herbert Fingarette, a philosopher trained in the Western canons, after he started paying serious attention to Chinese thought:

When I began to read Confucius, I found him to be a prosaic and parochial moralizer; his collected sayings, the *Analects*, seemed to me an archaic irrelevance. Later, and with increasing force, I found him a thinker with profound insight and with an imaginative vision of man equal in its grandeur to any I know.²²⁵

The interpretation of Chinese law - and the interpretation of just what constitutes "law" - implicates us inevitably in the process of interpreting ourselves as well: Who are we, as (legal) subjects? Thus, to the extent that "law is truly an interpretive practice and interpretation is ontological, we

always risk change through our acts of legal interpretation."²²⁶

Thus, however marginalized comparative lawyers may feel themselves, comparative law matters. In the broadest sense, we are all comparative lawyers in that we necessarily understand ourselves legally against our ideas of others. Thus conceived, comparative law is one site of subject formation, a practice through which we create others as well as ourselves. This power should not cause us to shrink from acts of comparison - which we could not do even if we wanted to - but simply to wield that power ethically, in ways that enable different kinds of legal subjects to emerge, rather than fix and classify historical subjects on the basis of the authenticity of their legal subjectivity.

VI. Epilogue

Law is neither wrong nor right,
Law is only crime
Punished by place and times,
Law is only the clothes men wear
Anytime, anywhere,
Law is Good-morning and Good-night.²²⁷
- W. H. Auden

No matter how many times lawyers proclaim *res ipsa loquitur*, things do not speak for themselves, and the uninterpreted fact remains a legal and social fiction.²²⁸ Yet all too often, Western observers unselfconsciously claim ultimate interpretive authority over Chinese law. For an explanation of why this should be so, consider David Henry Hwang's play *M. Butterfly*, in which he analyzes orientalized notions of gender (among other things). One of Hwang's characters offers a simple explanation for why a man can impersonate a woman perfectly: "Because only a man knows how a woman is supposed to act."²²⁹ That is, to the

²²² Gadamer, *supra* note 25, at 266.

²²³ *Id.* at 306 ("Understanding is always the fusion of these horizons supposedly existing by themselves.") (emphases omitted). To be sure, the language of separate horizons coming together and fusing is infelicitous from the perspective of postcolonial comparative law, insofar as it implies the existence of discrete legal systems or discrete "legal horizons." Yet Gadamer himself clarifies elsewhere that "these horizons supposedly existing by themselves" are never discrete, never completely closed:

Just as the individual is never simply an individual because he is always in understanding with others, so too the closed horizon that is supposed to enclose a culture is an abstraction. The historical movement of human life consists in the fact that it is never absolutely bound to any one standpoint, and can hence never have a truly closed horizon. The horizon is, rather, something into which we move and that moves with us. Horizons change for a person that is moving.
Id. at 304.

²²⁴ Thanks to Erika Evasdottir for suggesting the idea of a hermeneutic circle that moves in space.

²²⁵ Herbert Fingarette, *Confucius: The Secular as Sacred*, at vii (1972).

²²⁶ J.M. Balkin, *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Coherence*, 103 *Yale L.J.* 105, 163 (1993). Drawing on Gadamer, Balkin emphasizes the "existential" or "ontological" nature of legal interpretation, *id.* at 159, observing that "accounts of coherence in the social world ... are, at bottom, driven by our need to believe that our own beliefs are ordered, coherent, and rational." *Id.* at 115. Thus, many of us are ontologically committed "to believing that [we] live in a basically just society, and that elements of arbitrariness, unreasonableness, or injustice are the exception rather than the rule." *Id.* at 147. When the assumptions of the Chinese legal tradition contradict those of our own, they have the potential to throw into question the very coherence of our social world. Or, as Balkin puts it, "where the legal system becomes identified with general social authority, attacks on the coherence of legal norms may be interpreted as attacks on the society itself." *Id.* at n.80.

²²⁷ W.H. Auden, *Law Like Love*, in *Collected Shorter Poems 1927-1957*, at 154 (1966), quoted in Mezey, *supra* note 83, at 5.

²²⁸ Cf. Geertz, *supra* note 68, at 173 ("'Fact configurations' are not merely things found lying about in the world and carried bodily into court.").

²²⁹ David Henry Hwang, *M. Butterfly* (1988). For an analysis of the sexual and racial politics of *M. Butterfly*, see David L. Eng, *Heterosexuality in the Face of Whiteness*, in *Racial Castration: Managing Masculinity in Asian America* 137 (2001).

extent that a "real woman" is ultimately a male fantasy, it is men who hold the key to the "truth" about "women." Our fetishized views of law are no different. So long as we insist that "real" law is a Western notion, it will always be the West that holds the key to the truth about law.

Alas, there is no cross-cultural standard that would help us arrive at a final definition of "law." Although natural law theories have (for the most part) suffered a well-deserved death, in our less self-conscious moments we nevertheless operate as though their discredited notions were still good law, and we forget that even the seemingly most natural legal categories are ultimately cultural artifacts. Yet the only natural law is that in China as elsewhere, people are born and die - and, in between, they strive to instill the world, and their selves, with meaning. In that project, law is one resource of signification.

The Liberalization of the Trade in Goods under the ASEAN-China Free Trade Agreement

Anna Tevini¹

On the 20th of July 2005,² China and the 10 members of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)³ began to reduce tariffs for about 7000 industrial goods traded amongst the Parties, as part of the project to build an ASEAN-China Free Trade Area (ACFTA) by 2010/2015.⁴ These tariff reductions had been agreed to under the "Agreement on Trade in Goods of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between the Association of Southeast Asian Nations and the People's Republic of China" (the "ACFTA-GA"), signed in Vientiane, Lao PDR, on the 29th of November 2004⁵ and effective as of the 1st of January 2005.⁶ The ACFTA-GA contains 23 chapters and three annexes. In addition to the modalities for the liberalization of trade in the about 7000 industrial goods, it includes the formal recognition of China as a full market economy by the ASEAN states. Tariff reductions on a broad range of agricultural goods had already previously been implemented under the so-called "Early Harvest Programme" set out in the "Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation" (ACFTA-FA) which had been concluded among the parties on the 5th of November 2002 and has been effective as of the 1st of July 2003.⁷ Upon completion the ACFTA will become the third

largest regional trade agreement (RTA)⁸ in terms of raise of economy and volume of trade with an estimated regional GDP of about USD 2 trillion and a total trade volume of ca. USD 1.23 trillion.⁹ With a combined population of 1.7 billion people, ACFTA in addition would be the overall largest RTA in terms of population.

I. The Broader Legal Context

The ACFTA-GA forms the centrepiece within the general legal framework for economic cooperation agreed upon by China and ASEAN on the 5th of November 2002 through conclusion of the "Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation" (the "ACFTA-FA").¹⁰ The latter sets out the basic blueprint for comprehensive economic integration between the parties which shall eventually encompass not only the liberalization of trade in goods, but also the liberalization and facilitation of trade in services and investment¹¹ as well as economic cooperation in a greater number of areas.¹²

The ACFTA-FA was amended at the October 2003 China-ASEAN Summit held in Bali, Indonesia, by the "Protocol to Amend the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation" (the "ACFTA-Protocol").¹³ The ACFTA-Protocol forms an integral part of the ACFTA-FA¹⁴ and incorporates several specifications thereto. In particular, it details the "Early Harvest Programme" (EHP),

¹ Doctoral student, Institute for International Law (Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll), Georg-August-University of Göttingen; currently short-term expert for the Sino-German Economic & Structural Programme, German Development Agency (gtz), Beijing.

² The tariff reductions were originally supposed to start by July 1, 2005. This deadline was however postponed at the 19th meeting of the ACFTA Trade Negotiation Committee due to implementation difficulties communicated by China.

³ The following countries are members of ASEAN: Singapore, Malaysia, the Philippines, Thailand, Indonesia, Brunei, Cambodia, Lao PDR, Myanmar, and Vietnam. The first six countries, which are the older and more developed members of the group, are usually referred to as the ASEAN-6, while the other four countries are all younger and less developed members, which are collectively referred to as the "CLMV".

⁴ The deadline of 2010 applies to China and the ASEAN-6. The CLMV countries are granted five additional years to implement their ACFTA tariff reduction commitments.

⁵ Due to the inability of the parties to agree on the maximum number of tariffs to be included in the sensitive list of products (see below) the original deadline for the termination of negotiations, the 30th of June 2004, could not be kept.

⁶ See Art. 23(1) ACFTA-GA. The ACFTA was notified to the WTO under Art. 2 lit. c of the so-called "Enabling Clause" on 21 December 2004. See WT/COMTD/N/20; WT/COMTD/51.

⁷ Art. 16(1) ACFTA-FA.

⁸ In addition to free trade areas, the term "RTA", in particular, refers to customs unions, common markets and economic unions.

⁹ ASEAN-China Experts Group on Economic Cooperation, Forging Closer ASEAN-China Economic Relations in the Twenty-First Century, 2; available at the official ASEAN website <http://www.aseansec.org>.

¹⁰ The ACFTA-FA is effective as of July 1, 2003. See Art. 16(1) ACFTA-FA.

¹¹ The scope and schedules for the liberalization of the trade in services as well as investment are still under negotiation. Progress in this field is expected to be slow and is likely to occur on a bilateral rather than a regional basis.

¹² In the context of liberalization, the ACFTA-FA provides for special and differential treatment (S & D) with regards to the newer, and less developed ASEAN members. In addition, it enshrines the general principle of flexibility with respect to any sensitive areas of the Parties.

¹³ Available at <http://aseansec.org>. The ACFTA-Protocol is effective as of the date of signature, that is the 6th of October 2003. See Art. 8(1) 2003 Protocol.

¹⁴ See Art. 8(1) 2003 Protocol.

which provided for tariff reductions on a broad range of agricultural products before the ACFTA-GA came into force.¹⁵ The current legal framework for economic cooperation between China and ASEAN is finally complemented by a dispute settlement agreement which applies to all conflicts arising under the ACFTA-FA or any of the agreements subsequently agreed to in its context, including the ACFTA-GA (the "Agreement on Dispute Settlement Mechanism of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-Operation").

II. Trade Liberalization

The ACFTA-GA together with its 3 annexes contains, in principle, all relevant rules for the liberalization of trade in goods, including (1) the terms and modalities for tariff reductions; (2) the relevant rules of origin; (3) provisions on the removal of non-tariff barriers; and (4) provisions on safeguard measures. It does however not apply to the terms and modalities of tariff reductions for agricultural products already covered under the EHP, that is goods in Chapters 01-08 of the Harmonized System (HS).¹⁶ For these, the relevant aspects of tariff reductions are regulated in the ACFTA-FA¹⁷ and the ACFTA-Protocol,¹⁸ while all other matters in the context of the EHP¹⁹ follow the general rules as laid out in the ACFTA-GA.

1. Tariff reduction and elimination

As mentioned above, the product coverage for tariff reduction and elimination and the relevant schedules for the liberalization of trade in goods between China and the ASEAN states are found in two different legal agreements: with respect to agricultural products (HS 01-08) in the ACFTA-FA as revised by the ACFTA-Protocol, and with respect to industrial products (HS 09-97) in the ACFTA-GA. Tariff reduction requirements under the EHP and the ACFTA-GA differ with respect to the technique of product coverage as well as to the schedules for tariff elimination.

With regard to product coverage, the EHP uses a negative list approach under which generally all tariff lines in the HS categories 01-08 are subject to tariff reductions, unless explicitly excluded. The ACFTA-GA, on the contrary, follows a positive list approach. Accordingly, each party determines in principle item-by-item what products it wishes to

include in the tariff reduction and elimination programme.

Concerning the schedule of tariff reductions, the EHP establishes one general schedule but allows for additional bilateral lists for accelerated tariff reductions.²⁰ The ACFTA-GA does not provide for the possibility of separate bilateral arrangements,²¹ but instead establishes two common tracks for tariff reductions, the "Normal Track" and the "Sensitive Track". The latter requires less demanding tariff reductions compared to the "Normal Track".²² Commitments for the reduction or elimination of tariffs undertaken by one party apply to all the other parties, subject to Annex 1 (Normal Track) and 2 (Sensitive Track) of the GA.²³

a) The "Early Harvest Programme"

The Early Harvest Programme (EHP) sets out a progressive reduction of tariffs before the onset of ACFTA. This early preferential treatment covers in principle all products under Chapters 01-08 of the HS code (Harmonized System) at the 8/9 digit level, which refer to unprocessed agricultural and primary products.²⁴ While China made available EHP tariff treatment on all of these product categories,²⁵ many ASEAN countries, on the contrary, made use of the opportunity to exclude products from the early liberalization under the EHP.²⁶ In addition to the general EHP, some individual ASEAN countries such as Malaysia, Thailand, Brunei, as well as Singapore and China have agreed on more product coverage for each other as part of the EHP.

The EHP commenced on the 1st of January 2004, and shall be fully implemented with tariffs progressively being reduced to zero percent on all the products under the EHP, the latest by the 1st of January 2006 for China as well as the ASEAN-6 members except for the Philippines,²⁷ and by 2010 for the CLMV countries.²⁸ Tariff rates for Chinese products under the EHP have already reached the zero percent level in 2005, except for products whose applied M

¹⁵ See in more detail below.

¹⁶ See Art. 3(2) ACFTA-GA.

¹⁷ See Art. 6 ACFTA-FA.

¹⁸ See above under (I) and note 9.

¹⁹ Including issues (2) to (4).

²⁰ See Art. 6(3)(a) ACFTA-FA and Annex 1 ACFTA-FA as well as Art. 6(3)(a)(iii) ACFTA-FA and Annex 2 ACFTA-FA.

²¹ However, under the ACFTA-GA each Party may at any time unilaterally accelerate its tariff reductions if it wishes so, Art. 3 of Annex 1 ACFTA-GA. Increases in the tariff rates are, on the contrary, only allowed, if so provided for by the ACFTA-GA, see Art. 5 of Annex 1 ACFTA-GA.

²² See Art. 3(2) (a) and (b) ACFTA-GA.

²³ Art. 3(3) ACFTA-GA.

²⁴ In detail: (Ch. 01) Live Animals, (Ch. 02) Meat and edible meat offal, (Ch. 3) fish, (Ch. 04) dairy produce, (Ch. 05) other animal products, (Ch. 06) live trees, (Ch. 07) edible vegetables, (Ch. 08) edible fruits and nuts. See Art. 6(3)(a)(i) ACFTA-FA.

²⁵ See Annex 1(2)(c) ACFTA-FA (n.v., as amended by the ACFTA-Protocol).

²⁶ See Annex 1 ACFTA-FA (n.v., as amended by the ACFTA-Protocol) at 2 (b) (Cambodia), (e) (Lao PDR), (f) (Malaysia), and (k) (Vietnam).

tariff rates were above 15 percent as of the 1st of July 2003.²⁹ The individual ASEAN states and China may at any time accelerate their respective schedules of tariff reductions, either unilaterally³⁰ or through bilateral agreements. Such agreements shall be open for accession by any of the other ASEAN states.³¹ The biggest concessions under the EHP were made by China. Similar to the case of the Closer Economic Partnership Agreement (CEPA) between the Chinese Mainland and the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macao,³² China apparently aimed to give ASEAN states a head start over other competitors for which improved market access to the Chinese mainland followed slower schedules as provided for in China's WTO accession agreements. The EHP is also a characteristic example of China's general step-by-step approach to trade negotiations which consists in first tackling issues which are comparatively easy to implement, while setting aside the more complicated matters for later negotiations.

b) The "Normal Track"

The "Normal Track" includes industrial products for which tariff rates shall be gradually reduced or eliminated in accordance with the modalities set out in Annex 1 of the ACFTA-GA.³³ The list of these products is contained in Appendix 1 of Annex 1 of the GA.³⁴

The elimination of tariffs for products in the normal track is supposed to be carried out over a period from the 1st of July 2005 (now postponed to the 20th of July) to the 1st of January 2010 by the ASEAN 6 and China, and from the 1st of July 2005 to the 1st of January 2015 for the CLMV.³⁵ However, tariffs on a maximum of 150 (ASEAN 6 and China) and 250

(CLMV) tariff lines may be maintained beyond these deadlines, but must then be eliminated by no later than the 1st of January 2012 (ASEAN 6 and China) or the 1st of January 2018 (CLMV).³⁶ The ASEAN 6 and China had to reduce tariff rates to between 0 to 5 % by the 20th of July 2005 for at least 40 % of the tariff lines in the Normal Track, and by 2007 for at least 60 % of these tariff lines.³⁷ In the case of the CLMV, reductions to the 0-5 % level shall be achieved with respect to at least 50 % of the tariff lines in the Normal Track, no later than the 1st of January 2009 (Vietnam), the 1st of January 2010 (Lao PDR and Myanmar), and the 1st of January 2012 (Cambodia).³⁸ All newer ASEAN Members, except for Vietnam,³⁹ shall have eliminated their respective tariffs on 40 % of their Normal Track tariff lines the latest by the 1st of January 2013.

With respect to tariff lines placed by a party in the Normal Track, a party enjoys the tariff concessions other parties have made for the same tariff line in either the Normal or the Sensitive Track - as specified in and applied pursuant to the relevant schedules either in Annex 1 or Annex 2 of the GA - as long as it adheres to its own commitments for tariff reduction and elimination for a particular tariff line.⁴⁰

c) The "Sensitive Track"

The "Sensitive Track" for industrial goods allows for longer transition periods for tariff reductions as well as more elevated final levels, in order to protect, to a varied extent, a limited amount of goods traded between China and the ASEAN states.⁴¹ This is an expression of the practice of flexibility enshrined as a key principle in the ACFTA-FA. However, there has been a maximum ceiling to the number of tariff lines that a party was allowed to place in the Sensitive Track.⁴² The ASEAN- 6 and China were subject to a maximum ceiling of 400 tariff lines at the HS 6-digit level, and 10% of the total import value, based on 2001 trade statistics, while the CLMV were allowed

²⁷ A slightly different timeline applies to the Philippines which concluded their EHP with China only on the 27th of April 2005 during the state visit of Chinese President Hu Jintao to Manila. The late conclusion was possible on the basis of Art. 6(3)(a)(iv) ACFTA-FA (n.v.). Originally, the Philippines had argued that its agricultural sector could not withstand the quick liberalization under the EHP. See Antkiewicz & Whalley, *China's New Regional Trade Agreements*, NBER Working Paper Series, Working Paper 10992, December 2004, 11.

²⁸ The exact schedules are set out in Annex 3 ACFTA-FA.

²⁹ See Art. 6(2)(b) ACFTA-FA and Art. B(i) of Annex 3 of the ACFTA-FA (n.v.).

³⁰ Art. 6(3)(b)(i)(1) ACFTA-FA (n.v.).

³¹ Art. 6(3)(b)(i)(2-8) ACFTA-FA (n.v.). An example of such an acceleration agreement is the "China-Thailand Agreement on Accelerated Tariff Elimination under the Early Harvest Programme" concluded on the 17th of June 2003 which provided for the elimination of tariffs on all vegetable and fruit products by no later than 1st of October 2003. Singapore acceded to this agreement on 3rd of June 2004.

³² The so-called CEPA I agreements were signed on the 29th of June 2003 with Hong Kong, and on the 18th of October 2003 with Macao, followed by CEPA II agreements in August 2004.

³³ See Annex 1 ACFTA-GA: „Modality for Tariff Reduction and Elimination for Tariff Lines Placed in the Normal Track“.

³⁴ See Appendix 1, Annex 1 ACFTA-GA: „List of Products Scheduled for Tariff Elimination no later than the 1st of January 2012 for ASEAN 6 and China, and the 1st of January 2018 for CLMV“.

³⁵ See Art. 3(4)(a)(i) ACFTA-FA, Annex 2 Art. 1 ACFTA-GA. Among the CLMV countries, the schedules are identical for Cambodia, Lao PDR and Myanmar (Annex 2 Art. 1 (iii) ACFTA-GA), while Vietnam has a slightly different schedule (Annex 2 Art. 1 (ii) ACFTA-GA)).

³⁶ See Art. 6(a)(iii) and (b)(iv) of Annex 2 ACFTA-GA. CLMV countries may keep ACFTA preferential tariff rates as high as 60 percent in 2005, while the maximum level allowed for the ASEAN-6 countries and China for the same initial year is at 20 percent. See the tables in Annex 1 (1)(i)(ii) ACFTA-GA.

³⁷ See Art. 6(a)(i) and (ii) of Annex 1 ACFTA-GA.

³⁸ See Art. 6(a)(b)(i) of Annex 1 ACFTA-GA.

³⁹ According to Art. 6(b)(iii) of Annex 1 ACFTA-GA Vietnam's percentage of Normal Tariff lines for which tariffs are to be eliminated by 2013 is to be negotiated separately.

⁴⁰ Art. 2 of Annex 1 ACFTA-GA.

⁴¹ See Annex 2 ACFTA-GA "Modality for Tariff Reduction/Elimination for Tariff Lines Placed in the Sensitive Track".

⁴² See Art. 1 of Annex 2 ACFTA-GA.

to include a maximum of 500 tariff lines at the HS 6 digit level.⁴³

The Sensitive Track is sub-divided into the “normal” Sensitive List (SL) [see Appendix 1 to Annex 2 GA] and the Highly Sensitive List (HSL) [see Appendix 2 to Annex 2 GA].⁴⁴ Applied MFN tariff rates on tariff lines placed in the SL of the ASEAN-6 and China must be reduced to 20 % by the 1st of January 2012 and subsequently to 0-5 % by no later than the 1st of January 2018.⁴⁵ In the case of the newer ASEAN countries, these MFN tariff rates must generally be lowered to 20 % by the 1st of January 2015⁴⁶ and to between 0 and 5 % by the 1st of January 2020.⁴⁷ The applied MFN tariffs on products in the HSL, in contrast, must only be reduced to a maximum of 50 % by the 1st of January 2015 (ASEAN- 6 and China), and by the 1st of January 2018 (CLMV), without any further tariff reduction commitments.⁴⁸ Tariff lines placed in the HSL are again subject to a maximum ceiling.⁴⁹ In detail, the Parties may not place more than 40 % of the total number of tariff lines in the HSL, or 100 tariff lines at the HS 6-digit level for the ASEAN- 6 and China, and 150 tariff lines for Cambodia, Lao PDR and Myanmar⁵⁰, whichever is lower.⁵¹

2. Rules of Origin

Preferential treatment, both under the EHP and under the ACFTA-GA,⁵² is only available for those products which fulfil the relevant ACFTA rules of origin (ROOs). The ACFTA-ROOs are set out in Annex 3 of the ACFTA-GA. They are similar to those imposed under the current ROOs of the ASEAN Free Trade Area (AFTA-CEPT), while differing considerably from the Chinese non-preferential ROOs.⁵³

a) Origin Criteria

Under the ACFTA-ROOs, products are deemed to be originating in the ACFTA, and are thus eligible for preferential tariff treatment, if they are (1) either wholly obtained or produced⁵⁴ or (2) if they meet the general⁵⁵ or the specific⁵⁶ origin criteria for products not-wholly obtained or produced.⁵⁷

The list of products considered to be wholly produced or obtained in a party is contained in Rule 3 of the ACFTA-ROOs. Examples are plant and plant products harvested, picked or gathered in China or the ASEAN states, live animals born and raised there, products obtained from live animals without further processing, etc. Minimal operations and processes in the sense of Rule 7 of the ACFTA-ROOs⁵⁸ are not to be taken into account for determining whether a good has been wholly obtained in one country.

The general ROO criterion for all other goods is based on a value added requirement.⁵⁹ Accordingly, a product is deemed to be originating if it meets either the requirements for “Single Country Content” or for “ACFTA Cumulative Content”. The former accords preferential tariff treatment if “not less than 40 percent of the content of a product originates from any Party”, meaning any one specific country among the ACFTA members (= minimum local content of 40 %). The latter requires for conferring origin that “the total value of the materials, part or produce originating from outside of the territory of a Party (i.e. non ACFTA)⁶⁰ does not exceed 60% of the FOB value of the product so produced or obtained, provided that the final process of the manufacture is performed within the territory of the Party.”⁶¹ This means essentially, that at least 40 percent of the content of a product must originate from any ACFTA member and/or China cumulatively (= minimum ACFTA content of 40 %).

Regarding selected products listed in Attachment B of Annex 3 of the ACFTA-GA, product specific ROOs were agreed upon.⁶² The product specific

⁵¹ See Art. 2 of Annex 2 ACFTA-GA. The Parties have made varied use of the SL/HSL. E.g., Brunei has placed 66 tariff lines at the 6-digit level into the sensitive list (e.g. different types of motor vehicles), and 34 into the HSL, while Cambodia has placed 350 tariff lines at the 6-digit level into the sensitive list, and 150 into the HSL (e.g. specified furniture items, soap and tobacco). China placed 161 tariff lines at the 6-digit level into the SL, and 100 into HSL (certain types of flour, tobacco products, paper products, and motor-vehicles). For the other Parties the usage of the SL/HSL is as follows: Indonesia 349 (SL)/ 50 (HSL) (e.g., certain types of engines, sports footwear, and spirits), Laos 88 (SL)/ 30 (HSL) (certain alcohol products, motor vehicles and autoparts), Malaysia 272 (SL)/ 96 (HSL) (e.g. fowls, specified milk and egg products, tobacco, iron and steel products, cars), Myanmar 271 (SL)/ none (HSL), the Philippines 267 (SL)/ 77 (HSL) (fowls, different vegetables, rice, specified engines), Singapore 1 (SL) (= Samsu products)/ 1 (HSL) (certain types of beer), Thailand 242 (SL)/ 100 (HSL) (e.g. certain fruits, vegetables, tea, engines), Vietnam (not yet specified).

⁵² See Art. 5 ACFTA-GA.

⁵³ In contrast to the ACFTA-ROO as well as the AFTA CEPT, the Chinese non-preferential ROOs use the change in tariff heading (CTH) rule – and not the value-added rule – as the main origin conferring criterion, while the value-added rule as well as the processing rule are only supplementary criteria. See Decree No. 416 of the State Council of the PR China, The Regulations of the PRC on Rules of Origin of Import and Export Commodities, adopted at the 61st Standing Meeting of the State Council on the 18th of August 2004, and effective as of the 1st of January 2005.

⁵⁴ See Rule 3 of the ACFTA ROOs.

⁵⁵ See Rules 4 and 5 of the ACFTA ROOs.

⁴³ See Art. 1 of Annex 2 ACFTA-GA. Vietnam was additionally supposed to be subject to a ceiling of import value, which was to be determined by the 31st of December 2004 but appears to not have been specified yet.

⁴⁴ See Annex 2 Art. 2 ACFTA-GA.

⁴⁵ See Art. 3(i) of Annex 2 ACFTA-GA.

⁴⁶ Vietnam, however, has committed to reach a comparatively lower tariff level by then.

⁴⁷ See Art. 3(ii) of Annex 2 ACFTA-GA.

⁴⁸ See Art. 3(iii) of Annex 2 ACFTA-GA.

⁴⁹ See Art. 2 of Annex 2 ACFTA-GA.

⁵⁰ The ceiling in the case of Vietnam was to be determined by the 31st of December 2004, but the relevant outcome does not seem to be publicly available as yet.

rules generally constitute an alternative criterion for conferring origin in addition to the general value added rule (see Attachment B lit. B of the ACFTA ROOs). They thus extend the range of products able to qualify for preferential ACFTA treatment. Hence, traders can base their claim for origin on these specific criteria instead of the general value-added criterion. These specific criteria require for conferring the origin status of a Party, that a product has undergone “substantial transformation”. Depending on the product in case, such substantial transformation is assumed to have taken place either if a change in tariff classification of the product has occurred⁶³ or, with respect to certain textile and textile products only, if a specific manufacturing or processing operation on these products has been undertaken.⁶⁴

In respect of six tariff lines, listed in lit. A of the ACFTA ROOs, and concerning different forms of animal hair,⁶⁵ the product-specific ROOs are however of an exclusive nature and are thus the sole criterion for conferring ACFTA origin.

b) Administrative Procedures

In order for their products to enjoy preferential treatment, traders generally need to obtain a Certificate of Origin (called Form E) which is issued by a government authority designated by the exporting Party and notified to the other Parties of the ACFTA-GA in accordance with the Operational Certification Procedures set out in Attachment A to Annex 3 ACFTA-GA.⁶⁶ Products originating in the exporting Party, and not exceeding USD 200,00 FOB, do however not require a Certificate of Origin when consigned or when sent by mail. In such a case, a simplified declaration by the exporter confirming the origin of the product within the exporting Party is sufficient.⁶⁷

Any disputes over origin determination, classification of products or other similar matters are to be solved through consultations by the respective

government authorities in the importing and exporting Parties concerned. The outcome of such consultations is then also to be communicated to all other Parties.⁶⁸ It is important to note that this procedure only applies in the case of disagreement between the exporting and the importing government authorities, e.g., when the importing authority is questioning the correctness of the certificate of origin granted by the exporting country.

3. Non-Tariff Barriers

Pursuant to Art. 8(1) ACFTA-GA, the Parties which are WTO-members undertake not to maintain any quantitative restrictions at any time unless otherwise permitted by WTO disciplines.⁶⁹ The non-WTO members of ASEAN commit to phase out their quantitative restrictions three years (Vietnam: four years) from the date of entry into force of the ACFTA-GA, or in accordance with their accession commitments to the WTO, whichever is earlier. Non-tariff barriers other than quantitative restrictions must be identified by the ACFTA parties soon after the entry into force of the ACFTA-GA, and a time frame for elimination of these non-tariff barriers is to be mutually agreed upon by all Parties.⁷⁰

Furthermore, each party must accord national treatment to the products of all other Parties in accordance with Art. III of GATT 1994, which is, *mutatis mutandis*, incorporated into the ACFTA-GA and forms an integral part thereof.⁷¹

4. Safeguard Measures

Art. 9 ACFTA-GA allows, under certain circumstances, for the usage of safeguard measures to allow

⁶⁶ See Rule 6 of the ACFTA ROOs.

⁶⁷ See Rule 2 of the ACFTA ROOs.

⁶⁸ These are processes undertaken by themselves or in combination with each other for (a) ensuring preservation of goods in good condition for the purposes of transport or storage, (b) facilitating shipment or transportation, and (c) packaging or presenting goods for sale.

⁶⁹ See Rule 4 of the ACFTA-ROOs.

⁷⁰ “Originating material” is deemed to be a material whose country of origin is the same country as the country in which the material is used in production. See Rule 4(d) of ACFTA ROOs.

⁷¹ See Rule 4(a)(ii) ACFTA ROOs. The calculation formula with respect to the total value is laid out in Rule 4(b) and the value of the non-originating materials needs to be determined according to Rule 4(c)(ii) ACFTA ROOs.

⁷² See also Rule 6 ACFTA ROOs (“Product Specific Criteria”) which refers to Attachment B.

⁷³ See Attachment B, B.1 of the ACFTA ROOs, concerning, e.g., certain types of fish such as salmon and herring, certain types of bags and cases, certain clothing accessories (e.g. belts, gloves) and certain furskins.

⁶⁴ Such alternative ROOs are available for the following product categories: (1) certain fibre and yarns, for which manufacture must occur through the process of fibre-making, spinning, twisting, texturizing or braiding from a blend of different fibres (See Attachment B, B.2(a) of the ACFTA ROOs), (2) certain fabric/carpets and other textile floor coverings as well as special yarns, twine, cordage and ropes and cables and articles thereof, for which manufacture must occur from polymer, fibres, yarns and raw or unbleached fabrics through defined production techniques (See Attachment B, B.2(b) of the ACFTA ROOs), and (3) certain articles of apparel and clothing accessories and other made up textile articles, where manufacture must take place through the processes of cutting and assembly of parts into a complete article (for apparel and tents) and incorporating embroidery or embellishment or printing from either raw or unbleached or finished fabric (See Attachment B, B.2(c) of the ACFTA ROOs).

⁶⁵ These are the products with HS Codes 5103.20, 5103.30, 5104.00, 5105.31, 5105.39 and 5105.40. The limitation of the term “substantial transformation” under ACFTA to a change in tariff classification and specific manufacturing and processing operations is uncommon. In international practice, the term “substantial transformation” usually regards the entirety of origin criteria for goods not-wholly obtained in a Party.

⁶⁶ See Rule 13 of ACFTA ROOs.

⁶⁷ See Rule 14 of ACFTA ROOs.

⁶⁸ See Rule 22 of ACFTA ROOs.

⁶⁹ The ACFTA Members committed to make information on their respective quantitative restrictions available upon implementation of the GA. See Art. 8(3) ACFTA-GA.

⁷⁰ Art. 8(2) ACFTA-GA.

Parties to protect their domestic industries against injury from the liberalization of trade in goods under the ACFTA-GA.

Art. 9(1) ACFTA-GA, first of all, reaffirms with respect to the WTO-Members among the ACFTA parties the existing rights and obligations under Art. XIX of the GATT 1994 and the WTO Agreement on Safeguards. Art. 9(2-12) ACFTA-GA, in addition, lays out the terms of ACFTA-specific safeguards as an alternative safeguard mechanism.⁷² ACFTA safeguard measures with respect to a certain product are permitted within the transition period for that product only. The transition period starts on the date of entry into force of the ACFTA-GA, which was the 1st of January 2005, and ends five years from the date of completion of tariff elimination/reduction for the product concerned.⁷³

The application of ACFTA safeguards requires, first, that imports of a Party of any particular product from the other Parties increased in such quantities, absolute or relative to domestic production, and under such conditions so as to cause or threaten to cause serious injury to the domestic industry of the importing Party that produces like or directly competitive products. Secondly, this increase must have taken place as an effect of the obligation incurred by a Party, including tariff concessions under the EHP, by itself or together with unforeseen developments.⁷⁴ Third, the particular product's share of imports in the importing country must have been larger than 3% of the total imports from the Parties.⁷⁵ Under the above named three conditions, a party is then allowed to impose a safeguard measure in the form of increasing the tariff rate applicable to the product concerned to the WTO MFN tariff rate applied to such product at the time when the measure is taken.⁷⁶

Safeguard measures may last for an initial period of up to 3 years and can be extended for a maximum period of 1 year. In any case, and notwithstanding the duration of an ACFTA safeguard measure, such measures must terminate at the end of the transition period for the product concerned.⁷⁷ In applying an ACFTA safeguard measure, the Parties are to follow the rules for the application of safeguards measures

in accordance with the WTO Agreement on Safeguards, with the exception of quantitative restriction measures contained in Art. 5, as well as Articles 9 (special rules for developing countries), 13 (surveillance by Committee on Safeguards) and 14 (dispute settlement).⁷⁸ The other provisions of the WTO Agreement on Safeguards are, *mutatis mutandis*, incorporated into the GA.⁷⁹

The ACFTA-specific safeguard provisions might have been primarily introduced in order to allow ASEAN countries to protect themselves against a flood of cheap imports from China. Businesses must take into account the risk attached to the availability of such safeguard measures, which can potentially interrupt the process of liberalization. This is especially relevant for companies considering to do all their manufacturing processes in China and aiming to supply Southeast Asia from there. In consequence, a diversification of production locations might be advisable to limit the danger of supply chain disruptions.

5. General and Security Exceptions

General and security exceptions to the trade liberalization commitments under ACFTA are specified in Art. 12 and 13 ACFTA GA.⁸⁰ Art. 12 ACFTA-GA, regarding general exceptions, is identical in wording with Art. XX of the GATT 1994. Art. 13 ACFTA-GA on security exceptions basically corresponds to Art. XXI of the GATT 1994, but includes an additional sub-paragraph to paragraph 2 of Art. XXI GATT 1994, permitting to take security-related actions so as to protect critical communication infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure.⁸¹

III. Administration and Dispute Settlement

In the absence of a permanent body, ACFTA is administered jointly by the ASEAN Economic Ministers (AEM) and the Chinese Ministry of Commerce (MOFCOM), with the support of the ASEAN Senior Economic Ministers (SEOM) and the ASEAN Secretariat.⁸² Negotiations on the further progress of eco-

⁷¹ Art. 2 ACFTA-GA.

⁷² A Party which applies ACFTA-specific safeguard measures is precluded from simultaneous recourse to safeguard measures under the WTO Agreement on Safeguards. See Art. 9(11) ACFTA-GA.

⁷³ Art. 9(2) ACFTA-GA.

⁷⁴ Art. 9(3) ACFTA-GA. In contrast, Art. XIX:1 lit. a of the GATT 1994 only permits safeguard measures if both, unforeseen developments and the effect of the obligations incurred by a Party, lead to a drastic increase of imports which threaten to cause serious injury to the domestic industry of the importing Party.

⁷⁵ Art. 9(7) ACFTA-GA.

⁷⁶ Art. 9(4) ACFTA-GA.

⁷⁷ Art. 9(5) ACFTA-GA. The tariff rate for a product upon termination of a safeguard measure on that product must be the rate that, according to that Party's tariff reduction and elimination schedule, would have been in effect on the 1st of January of the year in which the safeguard measure is terminated. See Art. 9(9) ACFTA-GA.

⁷⁸ Art. 9(6) (sentence 1) ACFTA-GA.

⁷⁹ Art. 9(6) (sentence 2) ACFTA-GA. The functions of the "Council for Trade in Goods" or the "Committee on Safeguards", as stipulated in the incorporated provisions of the WTO Agreement on Safeguards, are carried out by the AEM-MOFCOM or the SEOM-MOFCOM, as appropriate, as long as no permanent body for ACFTA has been established. See Art. 9(12) ACFTA-GA.

⁸⁰ With respect to all areas of ACFTA, see also the provision on general and security exceptions in the ACFTA-FA (Art. 10 ACFTA-FA).

⁸¹ See Art. 13(b)(iii) ACFTA-GA.

⁸² See Art. 16 ACFTA-GA.

conomic integration in ACFTA in general are carried out by the ASEAN-China Trade Negotiation Committee.

All disputes in the context of the liberalization of trade in goods among China and the ASEAN states are, unless otherwise provided for⁸³, handled according to the rules of the ACFTA Dispute Settlement Agreement (the ACFTA-DSM) as a general dispute avoidance and settlement mechanism for all violation disputes⁸⁴ arising under the ACFTA-FA as well as all current and future legal instruments agreed pursuant to it. The ACFTA-DSM may be invoked in respect of measures taken by central, regional or local governments or authorities within the territory of a Party.⁸⁵ It is however important to mention that only the "Parties" to the ACFTA agreements, that is the signatory states themselves, have the authority to bring a complaint before the ACFTA-DSM for resolution. Private parties may thus not directly access the ACFTA-DSM.

The ACFTA-DSM provides for three kinds of mechanisms with respect to resolving disputes: (1) consultation, (2) conciliation or mediation, and (3) arbitration. Conciliation or mediation may be sought at any time of a dispute, while arbitration is only available once a dispute could not successfully be settled through consultations. To elaborate further on the individual procedures is however beyond the scope of this article.

The ACFTA-DSM does not prejudice any right of the Parties to have recourse to dispute settlement under any other treaty to which they are parties.⁸⁶ However, unless the Parties expressly agree to the use of more than one dispute settlement forum,⁸⁷ once the complaining party has selected one forum to initiate dispute settlement proceedings,⁸⁸ this forum shall be used to the exclusion of any other for such dispute.⁸⁹ How effective the ACFTA-DSM will be remains to be seen.

IV. Recognition of China's Market Economy Status

In Art. 14 ACFTA-GA, each of the ASEAN Member States officially recognizes China as a full market economy and, from the date of signature of the

ACFTA-GA (November 29, 2004), commits to refrain from applying in the trade with China those provisions in China's WTO Accession Commitments⁹⁰ which lay the basis for a special treatment of China due to its categorization as a non-market economy, and which essentially lower the criteria for allowing investigations against unfair trade practices of China.⁹¹ A similar provision as in Art. 14 ACFTA-GA was also included in the Closer Economic Partnership Agreement (CEPA I) between Mainland China and the Hong Kong SAR (Art. 4).

V. Outlook: Significance for East Asia and Beyond

With the implementation of the ACFTA-GA, tariff reductions between China and the ASEAN states are now under way on both agricultural and industrial products. Compared to smaller RTAs that have been established in the region in recent years, such as the FTA between Japan and Singapore⁹² or between South Korea and Singapore,⁹³ the extent of tariff reductions as well as the overall scope of economic integration between China and the ASEAN states appears still rather limited. However, ACFTA is not only, or not primarily, a tool for achieving economic objectives. Rather, it is also, or above all, a means for fostering mutual trust and a sense of "community feeling" between the members of this large and greatly diverse region.

⁸³ Art. 2 (1) and (3) ACFTA-DSM.

⁸⁴ The ACFTA-DSM does not cover non-violation disputes. See footnote 1 to Art. 4(1) ACFTA-DSM.

⁸⁵ See Art. 2(4) ACFTA-DSM.

⁸⁶ See Art. 2(4) ACFTA-DSM.

⁸⁷ See Art. 2(7) ACFTA-DSM.

⁸⁸ The complaining Party is deemed to have selected a forum when it requests the establishment of, or refers a dispute to, a dispute settlement panel or tribunal in accordance with the ACFTA-DSM or any other agreement to which the parties to a dispute are parties. See Art. 2 (8) ACFTA-DSM.

⁸⁹ See Art. 2(6) ACFTA-DSM.

⁹⁰ These provisions are (1) Section 15 of the Accession Protocol which establishes special criteria for the application of Art. VI of the GATT 1994, the Antidumping Agreement and the SCM Agreement in proceedings involving exports of Chinese origin to another WTO Member; (2) Art. 16 Accession Protocol which stipulates a 12 year long transitional product-specific safeguard mechanism with respect to imports of Chinese origin into the territory of any WTO Member, and (3) Para. 242 Working Party Report containing special provisions, applicable until the 31st of December 2008, for China's trade in textiles and clothing products. See on the special China-specific WTO safeguards, e.g., Yifan ZHU, Schutzmaßnahmen im GATT/WTO-Recht und ihre Bedeutung für China, ZChinR 1/2005, 1, 3 et seq.

⁹¹ The Accession Protocol is available online at <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN002123.pdf>>. The report of the working party (WT/MIN(01)/3, 10 November 2001) is available at <http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/wp_acc_china_e.doc>.

⁹² See the Agreement between Japan and the Republic of Singapore for a New-Age Economic Partnership, concluded on the 13th of January 2002. This was the first bilateral free trade agreement ever signed in East Asia.

⁹³ See the Free Trade Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Singapore, signed on the 4th of August 2005.

Die chinesische Bankenreform im Spiegel der „drei großen Bankgesetze“

Thuoy-Phuong Ta¹

Mit der Ende der Siebziger Jahren eingeleiteten Politik der Reform und Öffnung kann die kommunistische Führung beachtliche Erfolge in Bezug auf das Wirtschaftswachstum, das Außenhandelsvolumen und die Anziehung von ausländischen Direktinvestitionen vorweisen. Mit der von China verfolgten graduellen Transformationsstrategie² sind jedoch tief greifende Reformen im Bankensektor hinausgezögert bzw. nur ansatzweise umgesetzt worden. Daher ist das Bankensystem nach mehr als zwei Jahrzehnten der Transformation kaum noch in der Lage, den Anforderungen einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung gerecht zu werden, d.h. eine effiziente Allokation von Ressourcen (Kapital) zu gewährleisten.

Das heutige chinesische Bankensystem wird von den vier großen staatlichen Geschäftsbanken, den sog. „vier Großen“,³ dominiert. Ihr Marktanteil an den Einlagen und den Krediten liegt bei gut 60%.⁴ Nach wie vor übt der Staat großen Einfluss auf die Banken aus, was insbesondere an der Lenkung der Kredite, der Kapitalverzinsung und der Begrenzung der Bankgeschäfte deutlich wird. Die möglicherweise größte Herausforderung bei der Bankenreform besteht darin, das Problem der notleidenden Kredite⁵ (non-performing loans, NPLs) als Erbe politisch motivierter Mittelzuführung an unrentable Staatsunternehmen zu lösen. Denn der hohe Bestand an faulen Krediten und die damit einhergehende geringe Eigenkapitalbasis stellen eine nicht zu unterschätzende Gefahr für die wirtschaftliche und politische Stabilität des Landes dar.

Mit diesem Beitrag werden die Auswirkungen der Asienkrise im Jahr 1997 (I) und des Beitritts der VR China in die Welthandelsorganisation (II) auf den chinesischen Reformprozess dargestellt. Insbesondere wird hierbei auf die so genannten „drei großen Bankgesetze“ eingegangen, die Ende 2003 revidiert bzw. neu verabschiedet worden sind. Außerdem werden derzeitige und zukünftige Reformschwerpunkte aufgezeigt (III), um in einem Fazit eine Einschätzung der chinesischen Bankenreform zu versuchen.

I. Die Auswirkungen der Asienkrise auf den Reformprozess

Vor dem Hintergrund der Asienkrise hat sich der Druck auf eine Beschleunigung der Transformation des Bankensektors stark erhöht, denn Chinas Finanzsystem wies viele der Merkmale auf, die in Thailand, Südkorea und Indonesien zur Finanzkrise geführt hatten. So war das chinesische Finanzsystem ebenfalls durch die Dominanz der Banken, einen unterentwickelten Kapitalmarkt, die exzessive Ausweitung der Bankkredite, die Zunahme notleidender Kredite sowie die unzureichende Bankenregulierung bedingt durch die schwache Position der Chinesischen Volksbank⁶ (People's Bank of China, im Folgenden PBC), d.h. der Zentralbank, gekennzeichnet.⁷ Dass China dennoch von der Asienkrise weitgehend verschont blieb, verdankte es der impliziten Garantie des Staates für Bankeinlagen, sodass das Vertrauen der Bevölkerung in das Bankensystem erhalten blieb, den restriktiven Kapitalverkehrskontrollen, den hohen Handelsüberschüssen und Devisenreserven sowie den im Wesentlichen mittel- und langfristig ausgerichteten Kapitalimporten, die zu einem beträchtlichen Teil aus ausländischen Direktinvestitionen bestanden.⁸

¹ Diplom-Regionalwissenschaftlerin China. Dieser Beitrag beruht auf der Diplomarbeit der Autorin im Fach Chinesische Rechtskultur im Studiengang Regionalwissenschaften China an der Universität zu Köln.

² Für eine Zusammenfassung des Reformprozesses siehe QIAN Yingyi, *The Process of China's Market Transition (1978-1998): The Evolutionary, Historical, and Comparative Perspectives*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 156 (2000), No. 1, S. 151-171.

³ Damit sind die Industrie- und Handelsbank (中国工商银行), die Bank of China (中国银行), die Baubank (中国建设银行) und die Landwirtschaftsbank (中国农业银行) gemeint.

⁴ Siehe hierzu Steven Barnett, *Banking Sector Developments*, in: *Eswar Prasad/Steven Barnett, China's Growth and Integration into the World Economy. Prospects and Challenges*, International Monetary Fund (im Folgenden IMF), Occasional Paper No. 232, Washington, D.C. 2004, S. 44.

⁵ 不良贷款.

⁶ 中国人民银行.

⁷ Vgl. hierzu Nicholas R. Lardy, *China and the Asian Financial Contagion*, in: CHEN Baizhu/Dietrich J. Kimball/YI Fang (Hrsg.), *Boulder, Colorado 2000*, S. 27ff.

⁸ Zu den „Schutzmechanismen“, die eine Ausweitung der Krise auf China verhinderten, siehe Nicholas R. Lardy, *China's Unfinished Economic Revolution*, Washington, D.C. 1998, S. 197ff.

Angesichts der vielen Parallelen zwischen Chinas schwachem Finanzsystem und dem vieler betroffener ostasiatischer Länder wurde im November 1997 auf höchster politischer Ebene eine Nationale Arbeitskonferenz zur Reform des Finanzsystems abgehalten, auf der die Probleme des chinesischen Finanz- und Bankensystems diskutiert wurden. Man räumte der Sanierung der Staatsunternehmen und der Banken höchste Priorität ein und kündigte zugleich umfangreiche und zum Teil drastische Maßnahmen an.⁹ Neben der Schließung insolventer Finanzinstitute wurden Übernahmen und Fusionen im Rahmen der Bankenkonsolidierung und zur besseren Überwachung durchgeführt.¹⁰ Darüber hinaus sollte die Wirksamkeit der Bankenaufsicht durch die Zentralbank erhöht werden, indem die Struktur der PBC reorganisiert wurde. Mit der Reduzierung der ehemals 31 auf Provinzebene angesiedelten auf 9 regionale Niederlassungen erhoffte man sich, die Einflussnahme auf Kreditentscheidungen seitens der Lokalregierungen zu beseitigen und eine effektivere Geldpolitik umsetzen zu können.¹¹ Ferner wurde der offizielle Kreditplan zum Ende des Jahres 1997 abgeschafft und durch die Steuerung der Aktiv-Passiv-Relationen¹² ersetzt.¹³

Eine wichtige Reformmaßnahme zielte auf die Sanierung der vier maroden Staatsbanken und auf den Abbau der faulen Kredite. Hierzu wurden ihnen 1998 RMB 270 Mrd. (US\$ 32,5 Mrd.) in Form von speziellen Staatsanleihen zugeführt, wodurch sich ihre Eigenkapitalausstattung deutlich verbesserte.¹⁴ Zuvor senkte die PBC den Mindestreservesatz von 13% auf 8% und ermöglichte den Banken den Ankauf der vom Finanzministerium begebenen Anleihen.¹⁵ Das Finanzministerium führte seinerseits den gesamten Erlös wieder den vier

Banken zu. Begleitet wurde die Rekapitalisierung der Banken durch die Gründung von vier staatseigenen Vermögensverwaltungsgesellschaften¹⁶ (Asset Management Companies, im Folgenden AMC) und durch die versuchsweise Einführung eines fünfstufigen Kreditklassifizierungssystems im Rahmen der neuen „Grundsätze für die Klassifizierung von Kreditrisiken“¹⁷ (im Folgenden: Grundsätze für die Kreditklassifizierung), bei der die bisherige nach der Fälligkeit des Kredits zugrunde gelegte Kreditbewertung um eine Risikokomponente ergänzt wurde und Rückstellungen entsprechend der definierten Risikokategorie verlangt wurden.¹⁸ Daneben sollten die Banken im Rahmen des neuen Kreditmanagements bei der Zinssetzung mehr Spielraum erhalten und die Bonität der Schuldner berücksichtigen. Während das neue Kreditmanagement beim *Flow*-Problem, der Entstehung neuer „schlechter“ Kredite, ansetzte, war die Schaffung der AMC auf die Behandlung des *Stock*-Problems, also der bestehenden faulen Kredite, gerichtet. Zur Abwicklung des Altlastenproblems wurde 1999 für die „vier Großen“ jeweils eine staatliche AMC gegründet. Diese sollten insbesondere durch den Tausch von Schulden gegen Unternehmensanteile¹⁹ (debt-equity swaps), aber auch durch andere Verwertungsmethoden versuchen, die Portfoliostruktur der Banken zu verbessern und deren Kommerzialisierung zu erleichtern.²⁰

1. Das Problem der notleidenden Kredite

Die Diskussion über die Probleme des chinesischen Bankensystems konzentriert sich auf den hohen Bestand notleidender Kredite, deren exakte Höhe schwer quantifizierbar ist. Einige Experten sprechen sogar davon, dass die vier staatlichen Banken technisch insolvent seien.²¹ Ursächlich dafür ist die noch andauernde Kreditvergabe an

⁹ Im Frühling 1998 kündigte Zhu Rongji die Lösung der damit verbundenen Probleme innerhalb von drei Jahren an, siehe hierzu Nicholas R. Lardy, a.a.O. (Fn. 7), S. 34f.

¹⁰ In den Jahren 1997 und 1998 schloss die PBC 42 Finanzinstitute, dabei wurde den Einlagen privater Anleger Vorrang eingeräumt, um so einen Vertrauensverlust der Bevölkerung in die Banken zu verhindern, vgl. hierzu Margot Schüller, Ist das chinesische Bankensystem für die nächste Finanzkrise gerüstet? Ansätze zur marktwirtschaftlichen Transformation und neue Herausforderungen für die Banken seit Ende der 90er Jahre, in: CHINA aktuell, August 2001, S. 885f.

¹¹ Die neuen Zweigstellen befinden sich in Tianjin, Shanghai, Shenyang, Nanjing, Jinan, Wuhan, Guangzhou, Chengdu und Xi'an. Für die Aufteilung der Provinzen auf die regionalen Niederlassungen siehe YANG Dali L., Remaking the Chinese Leviathan. Market Transition and the Politics of Governance in China, Stanford 2004, S. 85. Nunmehr werden die Leiter der PBC Niederlassungen direkt von der Zentrale der PBC ernannt, vgl. hierzu Alexander H.G. Rinnooy Kan, Der Bank- und Finanzsektor in China, in: Laurence J. Brahm (Hrsg.), Chinas Jahrhundert: Die Zukunft der nächsten ökonomischen Supermacht hat bereits begonnen, Weinheim 2001, S. 360.

¹² 资产负债比例管理.

¹³ Vgl. hierzu Nicholas R. Lardy, a.a.O. (Fn. 8), S. 208.

¹⁴ Außerdem erhielten die Banken in den Jahren 1997-1999 zusätzliches Kapital, um Abschreibungen vornehmen zu können, vgl. Carsten A. Holz/ZHU Tian, Assessment of the Current State of China's Economic Reforms, in: The Chinese Economy, Vol. 35 (2002), Nr. 3, S. 75.

¹⁵ Um den inflationären Druck zu reduzieren, rief die PBC Zentralbankkredite an die „vier Großen“ zurück. Ob das Ziel der Erfüllung der Eigenkapitalnorm dadurch erreicht wurde, kann mangels belastbarer Informationen nicht abschließend bestätigt werden. Für eine ausführliche Darstellung siehe YK Mo, A Review of Recent Banking Reforms in China, in: Bank of International Settlements (im Folgenden BIS) (Hrsg.), Strengthening the Banking System in China: Issues and Experience, Policy Papers No. 7, Basel 1999, S. 93f.

¹⁶ 金融资产公司.

¹⁷ „Versuchsweise Fassung“ (贷款风险分类指导原则 [实行]) vom 20.4.1998, siehe unter: http://www.chinaacc.com/fagui/2003_12/3122211291667.htm und endgültige Fassung vom 24.12.2001, siehe unter: <http://www.chinaacc.com/fagui/jrfg/20624145350.htm>

¹⁸ Vgl. v.a. § 28 Grundsätze für die Kreditklassifizierung. Allerdings wurden diese Grundsätze nicht durch korrespondierende Rückstellungsvorschriften begleitet, so dass die Höhe der Rückstellungen zunächst bei 1% aller ausgegebenen Kredite bestehen blieb, vgl. hierzu YK Mo, a.a.O. (Fn. 15), S. 98.

¹⁹ 债券转股.

²⁰ Für ergänzende Informationen zu den Maßnahmen seit Ende 1997 siehe Nicholas R. Lardy, a.a.O. (Fn. 8), S. 207ff.; YK Mo, a.a.O. (Fn. 15), S. 93ff. und CHEN Ji/Stephen C. Thomas, Banking on China, in: The China Business Review 1999, November-December, S. 19ff.

unrentable Staatsunternehmen. Dank der kräftig wachsenden Wirtschaft und angesichts fehlender Alternativen der Einleger bei einer anhaltend hohen Sparquote ist die Liquidität der Banken derzeit nicht gefährdet.²² Allerdings ist die Finanzstabilität dieser und anderer Banken mit einer ähnlich schlechten Kreditstruktur nicht gesichert. Ein großes Volumen an faulen Krediten erfordert umfangreiche Rückstellungen, die ihrerseits zu einer niedrigen Rentabilität führen und sich negativ auf die Eigenkapitalbasis auswirken. Zudem bedingt das schlechte Portfolio eine höhere Eigenkapitalunterlegung. Sinkt das Eigenkapital, schrumpft auch der „Puffer“ für mögliche Verluste. Alles in allem gefährdet das hohe Volumen an Problemkrediten die Zahlungsfähigkeit der Banken, schwächt ihre Konkurrenzfähigkeit bzw. schränkt ihren Handlungsspielraum im Vergleich zu ausländischen Banken oder zu profitableren Wettbewerbern im Inland ein. Ohne Lösung dieses Problems bleibt das gesamte Bankensystem fragil und eine Finanzkrise nicht ausgeschlossen.

Das wahre Ausmaß der notleidenden Kredite lässt sich bis heute nicht genau beziffern, obwohl sich die Offenlegungspraxis der Bilanzen seit 2002 allmählich verbessert hat. Nach offiziellen Angaben der PBC für Ende 2002 beliefen sich die notleidenden Kredite der vier großen Staatsbanken auf RMB 1,86 Bill. (US\$ 202 Mrd.) bzw. 26,1% der vergebenen Kredite. Dagegen liegt ihr Anteil nach unabhängigen Schätzungen bei 30-40% bzw. RMB 3,1 bis 6,2 Bill. (US\$ 375-750 Mrd.).²³ Die zum Teil starken Abweichungen zwischen den offiziellen Angaben und den Schätzungen waren lange Zeit auf unterschiedliche Berechnungsmethoden und auf politisch gewollte Intransparenz im Unternehmenssektor sowie auf bankbetriebliche Unzulänglichkeiten zurückzuführen.²⁴ Nur sehr langsam kam ein einheitliches, mit internationalen Standards vergleichbares Kreditklassifizierungssystem zur Anwendung. Bis 1994 hatte jede größere Bank ihr eigenes System für die Klassifizierung fauler Kredite. Da die PBC Obergrenzen für die Zuordnung von Problemkrediten vorgab, war die

Belastbarkeit der von den Banken herausgegebenen Zahlen gering.²⁵ Seit 1995 gibt es eine auf den Zeitraum des Zahlungsverzugs ausgerichtete, einheitliche Einteilung in drei Klassen.²⁶ Mit der landesweiten Einführung eines fünfstufigen Kreditklassifizierungssystems Anfang 2002 nähert sich China internationalem Standard, da es zusätzlich eine vorausschauende Risikobewertung einschließt.²⁷ Nach dieser Form der Kreditklassifizierung beruht ein großer Teil auf dem subjektiven Urteil des Bewertenden, so dass die Angaben zur Höhe der Problemkredite sehr unterschiedlich ausfallen können.²⁸

Lange Zeit bestand die Hauptaufgabe der Banken in der Unterstützung des Staatshaushaltes und der Staatsunternehmen. Sie vergaben Kredite gemäß den von der Regierung vorgegebenen Kreditplänen und weniger aufgrund von Profitabilitätskriterien. Diese Kredite werden als *policy loans*²⁹ oder als *relending*³⁰ bezeichnet. Es ist jedoch schwierig, *policy loans* auf einen bestimmten Zweck zu reduzieren bzw. mangels einheitlicher Definition zu bestimmen. Was messbar ist, sind die Kredite der Zentralbank an die vier Staatsbanken (*relending*). Damit wurden bestimmte Projekte finanziert, die von der Staatlichen Planungskommission „ausgesucht“ wurden. Daneben wurden lokale Banken unter Druck gesetzt,

²⁵ Dabei bestimmte die PBC, dass nicht mehr als 2% als „schlechte Kredite“, also Kredite, die nach dem Konkurs und der Liquidation nicht mehr rückholbar sind, nicht mehr als 5% als „Problemkredite“, d.h. Kredite, für die zwar noch Zinsen gezahlt werden, deren Rückzahlung aber seit mehr als drei Jahren überfällig ist, sowie maximal 8% als „Besorgnis erregend“, d.h. die Schuldner sind mit ihrer Rückzahlung mehr als ein Jahr im Rückstand, eingestuft wurden, siehe *Nicholas R. Lardy*, a.a.O. (Fn. 8), S. 115f.

²⁶ Die erste Kategorie, „überfällige Kredite“ (逾期贷款), schließt jene Kredite ein, die bei Fälligkeit oder auch nach Fristverlängerung nicht zurückgezahlt wurden. Unter die nächste Kategorie, „zweifelhafte Kredite“ (呆滞贷款), fallen all jene Kredite, die nach einer vom Finanzministerium festgelegten Anzahl von Jahren überfällig sind oder deren Schuldner die Produktion bzw. das Projekt bereits eingestellt hat. Zur letzten Kategorie, den „uneinbringlichen Forderungen“ (呆帐贷款), zählen jene Kredite, die nach einschlägigen Vorschriften des Finanzministeriums als uneinbringlich eingestellt werden, vgl. § 34 der „Allgemeinen Darlehensregeln [für Geschäftsbanken]“ (im Folgenden *Darlehensregeln*) (贷款通则) vom 28.6.1996, deutsch in: *Franz Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht*, 28.6.96/1. Nach § 35 der ersten versuchsweisen Fassung der *Darlehensregeln* (贷款通则 [试行]) vom 27.7.1995, chinesisch-englisch in: *China Law & Practice* (im Folgenden *CLP*), Vol. 9 (1995), Nr. 9, S. 35-53, waren Kredite dann „zweifelhafte“, wenn sie mehr als zwei Jahre überfällig waren und es gab fünf Voraussetzungen für die Einstufung als „uneinbringlich“, z.B. wenn ein Schuldner Bankrott erklärt hat und in Liquidation gegangen ist. Für eine ausführliche Erläuterung des Zustandekommens der Unterbewertung notleidender Kredite, siehe hierzu *Nicholas R. Lardy*, a.a.O. (Fn. 8), S. 116ff.

²⁷ Dieses Klassifizierungssystem wurde bereits 1998 probeweise in einigen Küstenstädten eingeführt, siehe *Eui-Hyun Choi*, *Reform of the Financial Institutions in China: Issues and Policies*, Korean Institut for International Economic Policy, Discussion Paper 02-07, Seoul 2002, S. 15. Bei der Entscheidung über die Risikoklassen „ordnungsgemäß“ (正常), „kritisch“ (关注), „unter Standard“ (次级), „zweifelhafte“ (可疑) und „Verlust“ (损失) müssen die Banken nunmehr die Rückzahlungsfähigkeit des Schuldners, sein bisheriges Kreditverhalten sowie den Wert seiner Sicherheit mitberücksichtigen. Die letzten drei Kategorien werden als notleidend bezeichnet, vgl. Grundsätze für die Kreditklassifizierung vom 20.4.1998 bzw. 24.12.2001 (Fn. 17).

²¹ Vgl. hierzu *Syetarn Hansakul*, *Chinas Finanzsektor: Institutionelle Rahmenbedingungen und Strukturprobleme*, China Spezial, Deutsche Bank Research, März 2004, siehe unter: http://www.dbresearch.com/PROD/DBR_INTERNET_EN=PROD000000000072461.pdf, S. 15.

²² Dennoch ist Vorsicht geraten, denn anhaltende Meldungen über einen hohen oder gar steigenden Bestand an Problemkrediten könnten das Vertrauen der Bevölkerung in die Banken erschüttern und zu einem Abzug der Einlagen führen.

²³ Vgl. *Syetarn Hansakul*, a.a.O. (Fn. 21), S. 11.

²⁴ Zudem ist die Klassifizierung der Kredite nach Lange immer noch sehr grob, siehe *Thomas A. Lange*, *Zur Aufsicht der Banken in China – Die China Banking Regulatory Commission und das Problem der Notleidenden Kredite*, in: *Thomas A. Lange/Edgar Löw* (Hrsg.), *Rechnungslegung, Steuerung und Aufsicht von Banken. Kapitalmarktorientierung und Internationalisierung*, Wiesbaden 2004, S. 507.

Kredite für sehr ehrgeizige Projekte lokaler Regierungen, darunter auch von der Zentralregierung nicht genehmigte Projekte, und Kredite an unrentable Unternehmen zu gewähren.³¹ Die Zunahme der Kredite seit dem Reformbeginn war zunächst auf die Umstellung der Finanzierung der Staatsunternehmen von Zuweisungen aus dem Budget auf Bankkredite³² zurückzuführen. Zudem finanzierten die Staatsunternehmen einen großen Teil des sozialen Wohlfahrtssystems des Landes. Die Kosten hierfür und für die Löhne sind bei annähernd gleichbleibender Produktivität kontinuierlich gestiegen, folglich nahm die Rentabilität der Unternehmen ab und dies trug wesentlich zum Anstieg der faulen Kredite bei.³³ Als Träger des sozialen Sicherungssystems und bedeutender Arbeitgeber nutzten die Staatsbetriebe andererseits die für sie geltenden „weichen Budgetrestriktionen“, d.h. freien Zugang zu Bankkrediten. Die Banken hatten ihrerseits wenig dazu beigetragen, disziplinierend auf ihre Schuldner einzuwirken, da es sich dabei größtenteils um staatlich abgesicherte Staatsunternehmen handelte.³⁴ Auch zeigten sie geringes Interesse daran, ihre schlechten Kreditportfolios aufzubessern und machten vielmehr von dem lückenhaften Bilanzierungs- und Rechnungsprüfungssystem Gebrauch.³⁵ Darüber hinaus ist das Ausmaß des Problems vor dem Hintergrund überbewerteter Ertragszahlen der Banken und nicht voll wirksamer Anwendung des neuen Klassifizierungssystems sowie der risikobasierten Rückstellungsvorschriften nicht genau bezifferbar.³⁶ Ferner ist der informelle Druck auf die „vier Gro-

ßen“ zur Finanzierung staatlicher Schlüsselprojekte auch nach der offiziellen Abschaffung des Kreditplans unvermindert hoch.³⁷

2. Die AMC's: Hintergründe und Entstehung

Die chinesische Regierung begann 1994, mit der Gründung der drei Policy Banks³⁸ das Problem der faulen Kredite anzugehen, indem die politisch gelenkte von der kommerziellen Kreditvergabe getrennt werden sollte. Allerdings konnte dies nur bedingt umgesetzt werden, so dass die Policy Banks vorwiegend die Finanzierung langfristiger Infrastrukturprojekte übernommen haben, während die „vier Großen“ weiterhin auf den staatlichen Unternehmen „sitzen blieben“ und sich ihr Kreditportfolio dadurch zunehmend verschlechterte.³⁹ Unterstützend stellte die Regierung den staatlichen Großbanken in den Jahren 1997-1999 umfangreiche Finanzhilfen zur Verfügung.⁴⁰

In den Monaten April bis Oktober 1999 gründete sie nach dem Vorbild der amerikanischen Resolution Trust Company (im Folgenden RTC) vier staatseigene AMC's, um notleidende Kredite von den vier Staatsbanken und einer der Policy Banks, der Staatlichen Entwicklungsbank (State Development Bank), anzukaufen und abzuwickeln.⁴¹ Jeder der vier AMC's ist eine der „vier Großen“ zugeordnet: Cinda AMC⁴² der Baubank⁴³ (China Construction Bank, im Folgenden CCB), Huarong AMC⁴⁴ der Industrie- und Handelsbank⁴⁵ (Industrial and Commercial Bank of China, im Folgenden ICBC), Orient AMC⁴⁶ der Bank of China⁴⁷, im Folgenden BOC) und Great Wall AMC⁴⁸ der Landwirtschaftsbank⁴⁹ (Agricultural Bank of China, im Folgenden ABC).⁵⁰ Als Startkapital wur-

²⁸ Für gewöhnlich fällt die Bewertung nach der neuen Methode höher aus, vgl. hierzu Syetarn Hansakul, a.a.O. (Fn. 21), S. 11.

²⁹ 政策贷款.

³⁰ 再贷款.

³¹ Näheres zu Policy Lending siehe Nicholas R. Lardy, a.a.O. (Fn. 8), S. 83ff. und Hassanali Mehran/Marc Quintyn/Tom Nordman/Bernard Laurens, Monetary and Exchange System Reforms in China. An Experiment in Gradualism, IMF, Occasional Paper No. 141, Washington, D.C. 1996, S. 14.

³² 拨改贷.

³³ Manche Autoren führen die Verluste der Staatsunternehmen auf die zunehmende Konkurrenz nicht-staatseigener Unternehmen gepaart mit Veränderungen in der Steuer- und Preispolitik zurück. Zur Diskussion um die Produktivität und die finanzielle Lage der Staatsbetriebe vgl. HUANG Yiping/Wing Thyee Woo/Ron Duncan, Understanding the Decline of China's State Sector, in: Economic Policy in Transition Economies (MOCT-MOST) 1999, Nr. 1, S. 3ff. und Lawrence J. Lau, The Macroeconomy and Reforms of the Banking Sector in China, in: BIS (Hrsg.): Strengthening the Banking System in China: Issues and Experience, Policy Papers No. 7, Basel 1999, S. 75ff.

³⁴ Man spricht auch von einer impliziten staatlichen Garantie für große Staatsunternehmen, die durch Moral Hazard-Verhalten sowohl bei den Banken als auch bei den Unternehmen selbst zum Ausdruck kommt, vgl. Cem Karacadag, Financial System Soundness and Reform, in: Wanda Tseng (Hrsg.), China: Competing in the Global Economy, IMF, Washington, D.C. 2003, S. 164.

³⁵ Zu den Gründen für die Zunahme der notleidenden Kredite vgl. CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu, Banking and Insurance in the New China. Competition and the Challenge of Accession to the WTO, Cheltenham and Northampton 2004, S. 28 und Eui-Hyun Choi, a.a.O. (Fn. 27), S. 16f.

³⁶ Für eine ausführlichere Erklärung zur überbilanziellen Bewertung der Profitabilität der Banken vgl. hierzu Nicholas R. Lardy, a.a.O. (Fn. 8), S. 100ff.

³⁷ So verweisen Holz und Zhu auf ein Rundschreiben, in dem die vier Staatsbanken zur erhöhten Kreditvergabe aufgefordert wurden, um ein hohes Wachstum sicherstellen zu können, vgl. hierzu Carsten A. Holz/ZHU Tian, a.a.O. (Fn. 14), S. 82f.

³⁸ 政策性银行. Dabei handelt es sich um die Staatliche Entwicklungsbank (国家开发银行), die Im- und Export-Bank (中国进出口银行) und die landwirtschaftliche Entwicklungsbank (中国农业发展银行).

³⁹ Zu den Schwierigkeiten mit den Policy Banks siehe PEI Minxin, The Political Economy of Banking Reforms in China, 1993-1997, in: Journal of Contemporary China 1998, 7 (18), S. 346ff.

⁴⁰ Siehe hierzu Carsten A. Holz/ZHU Tian, a.a.O. (Fn. 14), S. 75.

⁴¹ Vgl. dazu § 2 der „Bestimmungen für Finanz-Vermögensverwaltungs-Gesellschaften“ (im Folgenden AMC Bestimmungen) (金融资产管理公司条例) vom 10.11.2000, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), a.a.O., 10.11.00/1.

⁴² 信达金融资产管理公司.

⁴³ 中国建设银行.

⁴⁴ 华融金融资产管理公司.

⁴⁵ 中国工商银行.

⁴⁶ 东方金融资产管理公司.

⁴⁷ 中国银行.

⁴⁸ 长城金融资产管理公司.

⁴⁹ 中国农业银行.

den sie vom Finanzministerium mit jeweils RMB 10 Mrd. ausgestattet. Zwischen 1999 und 2000 wurden ihnen Problemkredite mit einem Gesamtvolumen von RMB 1,4 Bill. (US\$ 169 Mrd.) bzw. über 20% der Kredite der vier Staatsbanken (18% des BSP von 1998) zum Buchwert übertragen.⁵¹ Bei dem Transfer handelte es sich keinesfalls um alle Problemkredite in den Büchern der Banken, sondern er beschränkte sich auf Kredite vor 1996 und auf jene, die vor Ende 1998 nach dem alten System als „nachrangig“ oder „zweifelhaft“ klassifiziert worden waren.⁵² Bis zum Ende des 2. Quartals 2005 hatten die vier AMC's 57,94% der faulen Kredite in ihrem Portfolio liquidiert, wobei die Erlösquote bei lediglich 20,69% lag.⁵³

Ein Vergleich mit der RTC macht deutlich, dass sich die AMC's in einigen Punkten wesentlich schlechteren Ausgangsbedingungen gegenüberstehen. Abgesehen vom geringeren Umfang problembehafteter Kredite, handelte es sich bei den von den Savings and Loan Associations (im Folgenden S&Ls) übernommenen Krediten um „werthaltiges“ Vermögen, d.h. Kredite, die durch Hypotheken (50%), durch Bargeld oder durch andere Wertpapiere besichert waren, und daher leicht an den entwickelten Kapitalmärkten veräußert werden konnten. Demgegenüber sahen sich die AMC's weitgehend mit unbesicherten Krediten und schwer liquidierbaren Forderungen konfrontiert. Zudem verfügt China nur über einen schwachen und segmentierten Kapitalmarkt. Darüber hinaus sind die S&Ls geschlossen oder mit anderen Banken fusioniert worden, so dass weitere Problemkredite nicht zu erwarten waren. Schließlich verfügte die RTC, unter intensiver Hinzunahme externer Berater, über kompetente und erfahrene Mitarbeiter.⁵⁴ In China ist es dagegen schwieriger, qualifizierte Fachleute von außen zu finden. Angesichts der vielfältigen Aufgabenstellungen, die die AMC's

zu erfüllen haben, müssten die Angestellten über Kenntnisse im Bereich Management, Investment, Consulting usw. verfügen, was jedoch nicht der Fall sein dürfte, da das Personal überwiegend aus den korrespondierenden Staatsbanken stammt.⁵⁵

Trotz der Ankündigung des ehemaligen Präsidenten der PBC, Dai Xianglong, im Jahre 2001, dass es keine weiteren Übertragungen von Problemkrediten an die AMC's geben werde, ist es der Regierung nicht gelungen glaubhaft zu machen, dass es sich um ein einmaliges Engagement handelte. Ohne eine Form der Selbstbindung (credible commitment) seitens des Staates wird es schwer sein, das sorglose Verhalten sowohl der Banken als auch der Staatsunternehmen wirksam zu verändern. Als problematisch wird die Involvierung mehrerer Regierungsbehörden angesehen, die ihrerseits unterschiedliche Ziele verfolgen. Außerdem ist die Rolle des Staates als Eigentümer sowohl der Staatsunternehmen (Schuldner) als auch der Banken (Gläubiger) und der AMC's konfliktreich.⁵⁶

Ein wesentlicher Schwachpunkt dieses Konzeptes ist, dass es das *Flow*-Problem völlig außer Acht lässt. So zeigt der Vergleich unter den osteuropäischen Transformationsländern, dass Ungarn mit seiner Kombination aus Rekapitalisierung und Privatisierung der Staatsbanken sehr erfolgreich gewesen ist, was anhand der Magyar Hitel Bank verdeutlicht werden soll. Nach der Rekapitalisierung hatte man die schlechten Kreditnehmer einschließlich ihrer Einlagen vom „guten Teil“ der Bank getrennt und einer neu gegründeten Abteilung zur Abwicklung unterstellt. Nur der „gute Teil“ der Bank wurde an einen strategischen ausländischen Investor verkauft, der Kapital und Know-how in die Bank einbrachte. Eine solche Strategie wird von Bonin auch für die AMC's vorgeschlagen, die dann langfristig bestehen bleiben sollen.⁵⁷

3. Das Instrumentarium der AMC's gemäß den gesetzlichen Bestimmungen

Die Lebensdauer der AMC's ist auf zehn Jahre begrenzt. Während dieser Zeit verfolgen sie das Ziel, die notleidenden Kredite abzuwickeln und die Reform und Entwicklung der staatseigenen Banken und Unternehmen zu unterstützen (§1 der

⁵⁰ Cinda AMC hat zugleich auch faule Kredite der Staatlichen Entwicklungsbank übernommen.

⁵¹ Vgl. MA Guonan/Ben S.C. Fung, China's Asset Management Corporations, BIS, Working Papers, No. 115, Basel 2002, S. 2 und MA Jun, Financial Liberalisation: Slow and Steady, in: The China Business Review 2001, May-June, S. 13. Nach Bonin und Huang waren es RMB 1,3 Bill., 19% der Kredite der „vier Großen“ und 16% des BSP von 1999, siehe John P. Bonin/HUANG Yiping, Dealing with the Bad Loans of the Chinese Banks, William Davidson Institute, Working Paper No. 357, Ann Arbor 2001, S. 20. In dem Kreditpaket waren auch „gute“ Assets, ca. RMB 200 Mrd., enthalten, vgl. MA Guonan/Ben S.C. Fung, a.a.O. (Fn. 51), S. 3.

⁵² Siehe hierzu MA Guonan/Ben S.C. Fung, a.a.O. (Fn. 51), S. 2. Viele Autoren erwähnen nur die Kredite vor 1996 und begründen dies damit, dass aus Sicht der Regierung die Banken nach dem Erlass des Geschäftsbankengesetzes eigenverantwortlich für die Kreditvergabe seien, siehe dazu u.a. John P. Bonin/HUANG Yiping, a.a.O. (Fn. 51), S. 20. Gemäß § 11 AMC Bestimmungen legt der Staatsrat den Bereich und den Umfang fest, der angekauft werden soll.

⁵³ Vgl. hierzu <http://www.cbrc.gov.cn/english/module/view-info.jsp?infoID=1332>.

⁵⁴ Zur besseren Ausgangslage der RTC vgl. John P. Bonin/HUANG Yiping, a.a.O. (Fn. 51), S. 12f. und 17f.

⁵⁵ Siehe hierfür John P. Bonin/HUANG Yiping, a.a.O. (Fn. 51), S. 23 und Nicholas C. Howson, The AMC's' Debt-for-Equity Swaps: Opportunities for Foreign Capital, in: The Chinese Business Review 2001, September-October, S. 56.

⁵⁶ Zu dieser Problematik vgl. MA Guonan/Ben S.C. Fung, a.a.O. (Fn. 51), S. 15 und John P. Bonin/HUANG Yiping, a.a.O. (Fn. 51), S. 22ff.

⁵⁷ Näheres zu den Erfahrungen der osteuropäischen Länder und ihrer Bedeutung für China siehe John P. Bonin, Banking Reform in China: Gradually Strengthening Pillar or Fragile Reed? William Davidson Institute, Working Paper No. 234, Ann Arbor 1999, S. 15ff.

„Bestimmungen für Finanz-Vermögensverwaltungs-Gesellschaften“⁵⁸ (im Folgenden AMC Bestimmungen)). Angesichts der unterschiedlichen und zum Teil konträren Zielsetzungen wird ihre Arbeit erheblich erschwert. Neben der Eintreibung von Schulden können sie das nach Ankauf der notleidenden Kredite gebildete Vermögen verpacken, übertragen oder restrukturieren, Forderungen in Anteilsrechte umwandeln sowie weitere Geschäfte durchführen (§ 10 AMC Bestimmungen).⁵⁹ In den meisten Fällen wurde als Mittel die Umwandlung in Unternehmensanteile gewählt, welches auch der politisch bevorzugte Weg ist.⁶⁰ Dadurch sollen die Unternehmen von ihrer schweren Schulden- und Zinslast befreit und restrukturiert werden, damit sie anschließend an die Börse gebracht oder an Investoren verkauft werden können.⁶¹ Als Anteilshaber des Unternehmens kann und soll eine AMC im Vorstand und im Aufsichtsrat mitwirken (§ 20 AMC Bestimmungen). Es ist allerdings fraglich, ob das Personal der AMCs über entsprechende Management-Qualifikationen verfügt und es entscheidende Sanierungsmaßnahmen bis hin zur Schließung tatsächlich durchführen kann.⁶² Skepsis an der Durchsetzungsfähigkeit der AMCs ist insofern angebracht, als dass der Tausch in Anteilsrechte gemäß § 17 AMC Bestimmungen der staatlichen Industriepolitik zu folgen sowie der Optimierung der Wirtschaftsstruktur und der Förderung der Unternehmen zu dienen habe. Die dafür in Frage kommenden staatseigenen Unternehmen werden von der Staatlichen Wirtschafts- und Handelskommission (State Economic and Trade Commission, im Folgenden SETC) ausgewählt und als Empfehlung an die AMCs weitergegeben.⁶³ Da es sich bei vielen der auserwählten um große und politisch bedeutsame Staatsunterneh-

men handelt, liegt die Annahme nahe, dass sich die AMCs der Entscheidung der SETC zu beugen haben.⁶⁴ Die erworbenen Unternehmensanteile können von den AMCs gemäß den gesetzlichen Bestimmungen an in- und ausländische Investoren übertragen werden (§ 21 AMC Bestimmungen), was sich jedoch in vielerlei Hinsicht als problematisch erweist. Ein großes Hindernis stellt dabei die Bewertung der faulen Kredite dar, die zu einem überhöhten Preis an die AMCs übertragen wurden.⁶⁵ Dieser Preis wird anschließend als Grundlage für weitere Geschäfte herangezogen, der für potentielle Investoren oder Käufer oftmals zu hoch ist und daher wenig attraktiv erscheint. Weiterhin ist die Durchsetzung radikaler Restrukturierungen oder Liquidationen von Staatsbetrieben durch Investoren aus sozialpolitischen Gründen schwierig. Ebenso werden eine unzureichende vertragliche Absicherung und Kapitalverkehrsbeschränkungen als Mängel genannt.⁶⁶ Dass sich der Handlungsrahmen der AMCs im Wesentlichen auf die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital und auf den Verkauf von Sicherheiten beschränkt, liegt u.a. daran, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen noch lückenhaft und Primär- und Sekundärmärkte für diese Kredite noch unausgereift sind.⁶⁷

Der Ankauf notleidender Kredite kann nach § 14 AMC-Bestimmungen auf zwei Arten beglichen werden: Zum einen durch den Transfer von Refinanzierungskrediten, die die PBC an die staatseigenen Geschäftsbanken vergeben hat, und zum anderen durch die Ausgabe von Schuldverschreibungen (AMC Bonds) an die zur AMC in Beziehung stehende Staatsbank.⁶⁸ Vor dem Hintergrund der Erfahrungen der ersten Jahre wird mit erheblichen Verlusten gerechnet. Es ist anzunehmen, dass aufgrund der geringen Erlösquote der Liquiditätsdruck ansteigen wird.⁶⁹ Die zuständigen Behörden haben dies durchaus erkannt und erhöhten den

⁵⁸ 金融资产管理公司条例 vom 10.11.2000, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), a.a.O., 10.11.00/1.

⁵⁹ Die Übertragung von Vermögen soll im Wesentlichen durch Ausschreibungen und Auktionen erfolgen, siehe § 26 AMC Bestimmungen.

⁶⁰ Nicht nur Staatsbetriebe sondern auch Staatsbanken und Politiker, scheinen der Illusion zu unterliegen, darin eine kostenlose Beseitigung der gewaltigen Unternehmensschulden zu sehen, vgl. Henny Sender, New Bottles, Old Wine, in: Far Eastern Economic Review, 28.9.2000, S. 62.

⁶¹ Nach Steinfeld wird sich an der Ausgestaltung dieses Konzeptes zeigen, wie weit die tatsächliche Reformbereitschaft der Regierung geht und welches Verständnis von „Markt“ vorherrscht. Bei konsequenter Durchführung kann die Umwandlung in Unternehmensanteile als Marktselektionsmechanismus wirken und sogar zu einer strategischen Reduzierung der Staatsbetriebe führen, vgl. Edward S. Steinfeld, Free Lunch or Last Supper? China's Debt-Equity Swaps in Context, in: The China Business Review 2000, July-August, S. 25ff.

⁶² Dabei sind u.a. Entlassungen oder andere Einschnitte bei den Sozialleistungen gemeint. Zudem sollen die Lokalregierungen das Unternehmen hierbei unterstützen (§ 19 AMC Bestimmungen). Nach Lardy scheint die Ausübung der Eigentümerrechte wie bspw. die Neubesetzung des Managements durch die AMCs trotz einer Mehrheitsbeteiligung nicht gesichert zu sein, vgl. hierzu Nicholas R. Lardy, When will China's Financial System meet China's Needs, Brookings Foreign Policy Studies, 2000, Onlineversion, siehe unter: <http://www.brook.edu/view/papers/lardy/19991118.htm>, S. 4.

⁶³ Nach eigener Prüfung erstellt die entsprechende AMC einen Plan zur Umwandlung des empfohlenen Unternehmens, der von der SETC, dem Finanzministerium und der PBC überprüft wird und schließlich dem Staatsrat zur Genehmigung gemeldet werden muss (§ 18 AMC Bestimmungen).

⁶⁴ Die meisten Autoren sehen die SETC als eigentlichen Entscheidungsträger, so auch Henny Sender, a.a.O. (Fn. 60), S. 62.

⁶⁵ Nach § 12 AMC Bestimmungen werden die Kredite und die entsprechenden in den Gewinnen und Verluste einzurechnenden Zinsen zum Buchwert übertragen.

⁶⁶ Für eine ausführlichere Darstellung der Probleme insbesondere für ausländische Investoren siehe Nicholas C. Howson, a.a.O. (Fn. 55), S. 57ff. und David G. Pierce/Lawrence S. Yee, China's Bank Asset Management Companies: Gold in Them Thar Hills?, in: CLP, Vol. 15 (2001), Nr. 7, S. 21ff.

⁶⁷ Siehe hierzu Syetarn Hansakul, a.a.O. (Fn. 21), S. 12.

⁶⁸ Nach Bonin und Huang machte erstere 40% und letztere 60% der Dekkung aus, vgl. hierzu John P. Bonin/HUANG Yiping, a.a.O. (Fn. 51), S. 21. Dagegen schätzen Ma und Fung, dass die Kosten der Übertragung zu 3% vom Finanzministerium, zu 14% durch PBC-Kredite und zu 83% durch AMC Bonds aufzuteilen seien, vgl. MA Guonan/Ben S.C. Fung, a.a.O. (Fn. 51), S. 15.

Druck auf die AMCs, indem sie ein Quoten- und Bonussystem einführten. Mittlerweile betreiben die AMCs aktiv Kreditverkäufe, Auktionen, Restrukturierungen von Krediten, Zwangsvollstreckungen, Liquidierungen, Verbriefungen sowie auch Umschuldungen.⁷⁰ Mit Hilfe von spezialisierten ausländischen Unternehmen, die über Erfahrungen im Asset Management Bereich verfügen, wollen die AMCs verstärkt ausländische Investoren gewinnen. Auch der Gesetzgeber hat mit einer Reihe von Rechtsvorschriften versucht, die Sanierung der Unternehmen durch ausländische Beteiligungen voranzutreiben.⁷¹ Für die Arbeit der AMCs sind insbesondere die „Vorläufigen Vorschriften zur Anziehung ausländischen Kapitals zur Beteiligung an der Umstrukturierung und Abwicklung von Assets durch Finanz-Vermögensverwaltungs-Gesellschaften“⁷² (im Folgenden Umstrukturierungsvorschriften) von 2001 relevant. Hiernach können die AMCs die Preise nach einer Bewertung durch ein eigenständiges Institut frei aushandeln (§ 8 Umstrukturierungsvorschriften), d.h. sie können nun auch Abstriche am Preis vornehmen, wodurch die Liquidierung erleichtert wird. Bei der Anziehung ausländischen Kapitals sind die staatlichen Leitlinien für ausländische Investitionen zu berücksichtigen, so dass die Bereiche Kultur, Finanzgewerbe und Versicherungen sowie die im „Katalog zur Lenkung ausländischer Investitionen“⁷³ verbotenen bzw. eingeschränkten Sektoren (§ 4 Umstrukturierungsvorschriften) ausgeschlossen sind.

II. Der Beitritt Chinas zur WTO

Im Verlauf des Transformationsprozesses im Bankensystem kann der Beitritt des Landes in die Welthandelsorganisation (im Folgenden WTO) am 11.12.2001 als ein weiterer Einschnitt betrachtet werden.⁷⁴ Der Bankensektor ist insofern betroffen, als dass der Anwendungsbereich des Dienstleistungsabkommens (General Agreement on Trade

in Services, im Folgenden GATS) mit dem Abschluss des 5. Protokolls im Dezember 1997 um den Finanzdienstleistungssektor erweitert wurde.⁷⁵ Anders als beim Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade, im Folgenden GATT) ermöglicht das GATS den Mitgliedern ein höheres Maß an Selbstbestimmung hinsichtlich der Öffnung ihrer Finanzmärkte. Denn nur solche Dienstleistungen, die in einer Liste sog. spezifischer Verpflichtungen eingetragen sind, sind für die jeweiligen Mitgliedsländer bindend.⁷⁶

In den bilateralen Beitrittsverhandlungen mit den Vereinigten Staaten und den europäischen Ländern hat China eine vergleichsweise weitgehende Öffnung des Bankensektors zugesagt. Vorgesehen ist der schrittweise Abbau aller geographischen und kundenbezogenen Restriktionen gegenüber ausländischen Finanzinstituten bis Ende 2006. Unmittelbar nach dem WTO-Beitritt genießen ausländische Banken in Bezug auf die Durchführung von Fremdwährungsgeschäften die gleiche Behandlung wie chinesische Banken. Demgegenüber sieht die Beitrittsvereinbarung einen Stufenplan für die Liberalisierung der Geschäfte mit der Landeswährung vor. In der Übergangszeit werden jedes Jahr zusätzliche Städte geöffnet. Hinsichtlich des Kundenkreises dürfen ausländische Kreditinstitute innerhalb von zwei Jahren nach der Mitgliedschaft Geschäfte in der Inlandswährung mit chinesischen Unternehmen abwickeln. Schließlich ist es ihnen innerhalb von fünf Jahren gestattet, mit allen Kundengruppen, also auch mit chinesischen Privatpersonen, RMB-Geschäfte auszuführen. In Einklang mit GATS hat sich China ebenfalls verpflichtet, Geschäftslizenzen einzig auf der Basis transparenter und umsichtiger Kriterien („solely prudential criteria“) zu erteilen, d.h. unabhängig von wirtschaftlichen Interessen oder quantitativen Einschränkungen. Darüber hinaus sollen innerhalb von fünf Jahren sämtliche Beschränkungen gegenüber ausländischen Banken hinsichtlich ihrer Eigentumsverhältnisse, ihrer Arbeitsweise oder ihrer Rechtsform abgeschafft werden.⁷⁷

Für die chinesischen Finanzinstitute bedeutet dies, dass sie innerhalb einer kurzen Frist ihre

⁶⁹ Die Kosten v.a. für Dividendenzahlungen betrugen seit 2000-2003 jährlich RMB 12 Mrd., vgl. *PEI Guijen/Sayuri Shirai*, China's Financial Industry and Asset Management Companies Problems and Challenges, Keio University COE Programm, Policy and Governance Working Papers No. 29, Tokio 2004, S. 21.

⁷⁰ Vgl. dazu *MA Guonan/Ben S.C. Fung*, a.a.O. (Fn. 51), S. 12.

⁷¹ Dazu zählen u.a. die „Vorläufigen Vorschriften über die Verwendung ausländischen Kapitals zur Umstrukturierung staatseigener Unternehmen“ (利用外资改组国有企业暂行规定) vom 8.11.2002; chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 16 (2002), Nr. 10, S. 101-110 und die „Vorläufigen Vorschriften über den Zusammenschluss und Erwerb von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren“ (外国投资者并购境内企业暂行规定) vom 7.3.2003, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 17 (2003), Nr. 3, S. 27-39.

⁷² 金融资产管理公司吸收外资参与资产重组与处置的暂行规定 vom 26.10.2001, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 15 (2001), Nr. 10, S. 99-101.

⁷³ 外商投资产业指导目录 vom 11.3.2002, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 16 (2002), Nr. 3, S. 37-68.

⁷⁴ Für Informationen zum Aufbau und zur Funktionsweise der WTO siehe *BECK*, WTO- Welthandelsorganisation, München 2000, Einführung, S. IX-XXI.

⁷⁵ Die für den Finanzdienstleistungssektor maßgeblichen Bestimmungen finden sich in zwei Anlagen und in der „Vereinbarung über Verpflichtungen bezüglich Finanzdienstleistungen“, siehe *BECK*, a.a.O. (Fn. 74), S. 213ff. und *Waldemar Hummer/Friedl Weiss*, Vom GATT'47 zur WTO'94. Dokumente zur alten und neuen Welthandelsordnung, Wien 1997, S. 1039ff. Gemäß der Anlage zu Finanzdienstleistungen 5a) beinhaltet der Begriff „Finanzdienstleistungen“ „alle Versicherungsdienstleistungen und versicherungsbezogenen Dienstleistungen sowie alle Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen“, vgl. *BECK*, a.a.O. (Fn. 74), S. 214. Zu den Prinzipien des GATS vgl. auch *HUANG Daiwei*, Der chinesische Bankensektor im Zeichen des WTO-Beitritts: Reformrückstände und Herausforderungen, Bremen 2002, S. 59ff.

⁷⁶ Jeder Mitgliedsstaat verfügt über seine eigene spezifische Liste, vgl. *BECK*, a.a.O. (Fn. 74), Einführung, S. XVII.

finanzielle Stabilität herstellen müssen, um sich den Herausforderungen eines offenen Wettbewerbs stellen zu können. Der Handlungsbedarf ist angesichts der nur teilweise wirksamen Maßnahmen der letzten Jahre und der bestehenden Probleme groß. Vor diesem Hintergrund beschleunigte die PBC ihre Reformanstrengungen und ging verschärft gegen Verstöße seitens der Finanzinstitute und deren Beschäftigten vor.⁷⁸ Dass die Regierung mit den Fortschritten im Reformprozess unzufrieden war, zeigte sich nicht zuletzt an der Errichtung der Bankenaufsichtskommission⁷⁹ (China Banking Regulatory Commission, im Folgenden CBRC) im April 2003. Damit wollte die chinesische Führung ihre Entschlossenheit für weitere Reformen demonstrieren und die Effektivität der Bankenaufsicht steigern.

1. Die Bedeutung der Revision des Zentralbankgesetzes von 2003 für die PBC

Trotz der 1998 eingeleiteten Restrukturierung der PBC in regionale Niederlassungen, bedeutender Reformen bei den Geschäftsbanken und verbesserter Gesetzesvorschriften im Finanzbereich haben zahlreiche, zum Teil spektakuläre Betrugsfälle und der stetig ansteigende Bestand notleidender Kredite an der Effektivität der Regulierung des Bankensektors zweifeln lassen. Der PBC wurde vorgeworfen, dass sie dazu neige, die Bankenaufsicht der Geldpolitik unterzuordnen. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, solle sich die Zentralbank ausschließlich auf die Geldpolitik konzentrieren und von der Überwachungsfunktion entbunden werden. Ob letztere durch eine neue Institution parallel zur Wertpapieraufsichtskommission⁸⁰ (China Securities Regulatory Commission, im Folgenden CSRC) und Versicherungsaufsichtskommission⁸¹ (China Insurance Regulatory Commission, im Folgenden CIRC) oder durch eine Super-Aufsichtsbehörde, die für alle drei Segmente verantwortlich wäre, übernommen werden sollte, war umstritten.⁸² Nach zwei Jahren heftigen Widerstands der PBC gegen eine solche Abtrennung wurde im Zuge der Regierungsumbildung im

März 2003 die Errichtung der CBRC beschlossen, welche einen Monat später umgesetzt wurde.⁸³

Durch die Neufassung des „Gesetzes über die Chinesische Volksbank der VR China“⁸⁴ (Zentralbankgesetz, im Folgenden ZBG) und insbesondere durch Kap. 8 des ebenfalls revidierten „Geschäftsbankengesetzes der VR China“⁸⁵ (im Folgenden GBG) sowie durch das neue „Bankenaufsichtsgesetz der VR China“⁸⁶ (im Folgenden BAG) sollten im Rahmen der Finanzaufsichtsreform die Aufsicht über die Finanzinstitute gestärkt und die Regulierungszuständigkeiten zwischen der CBRC und der PBC klargestellt werden. Hierzu und in Anpassung an die Erfordernisse des Reformprozesses im Bankensektor sind diese zwei Revisionen und der (Neu-) Erlass am 27.12.2003 ergangen und traten am 1.2.2004 in Kraft. Der Gesetzgeber wollte der CBRC möglichst rasch eine gesetzmäßige Arbeitsgrundlage schaffen. Daher hatte man den Änderungsbereich der beiden Neufassungen bewusst auf wenige Aspekte beschränkt und umstrittene Punkte vertagt.⁸⁷

Eine wesentliche Änderung im neuen Zentralbankgesetz betrifft die Streichung bzw. Neuregelung der Vorschriften zur Bankenaufsicht (§§ 1, 2 Abs. 2, 13, 31 ZBG). Nunmehr liegen die Kernaufgaben der Zentralbank in der Geldpolitik, in der Makrosteuerung, in der Verhinderung von Finanzkrisen und in der Überwachung des Kreditwesens in seiner Gesamtheit; mit dem Ziel, die Geldwertstabilität zu wahren und dadurch das Wirtschaftswachstum zu fördern (§§ 2, 3, 31 ZBG). Die

⁷⁷ Vgl. hierzu den *Bericht der Arbeitsgruppe*, Report of the Working Party on the Accession of China, November 10th, 2001, WTO Ministerial Conference 4th Session, Doha, 9-13 November 2001, WTO Document No. WT/MIN(01)/3 und dem Zusatz über Dienstleistungen WT/MIN(01)/3/Add.2, Onlineversion, siehe unter: <http://docsonline.wto.org/DDF-Documents/t/WT/min01/3.doc> und <http://docsonline.wto.org/DDF-Documents/t/WT/min01/3A2.doc>, S. 35.

⁷⁸ Als Beispiel kann die Einführung des fünfstufigen Kreditklassifizierungssystems, die Schließung von 1.585 Postbankfilialen und die Entlassung von 1.110 Angestellten genannt werden, siehe hierzu YANG Dali L., a.a.O. (Fn. 11), S. 89f.

⁷⁹ 中国银行业监督管理委员会.

⁸⁰ 中国证券监督管理委员会.

⁸¹ 中国保险监督管理委员会.

⁸² Befürworter der Über-Aufsichtsbehörde haben auf die Aufhebung des Glass-Steagall Act in den USA im November 1999 verwiesen, welcher eine klare Segmentierung eben dieser drei Finanzbereiche beinhaltete und nunmehr als nicht mehr zeitgemäß betrachtet wurde, vgl. YANG Dali L., a.a.O. (Fn. 11), S. 89.

⁸³ Die Schaffung der CBRC als dritte Regulierungsbehörde - nach der CSRC 1992 und der CIRC 1998 - vervollständigt das Aufsichtssystem über das Finanzgewerbe. Zur Diskussion um eine separate Aufsichtsbehörde und den Bemühungen der PBC dies zu verhindern, siehe YANG Dali L., a.a.O. (Fn. 11), S. 88ff.

⁸⁴ 中华人民共和国中国人民银行法 vom 18.3.1995, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 9 (1995), Nr. 5, S. 23-30 und die Revision vom 27.12.2003, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), a.a.O., 27.12.03/3.

⁸⁵ 中华人民共和国商业银行法 vom 10.5.1995, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 9 (1995), Nr. 5, S. 3-48 und die Revision vom 27.12.2003, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), a.a.O., 27.12.03/2.

⁸⁶ 中华人民共和国银行业监督管理法 vom 27.12.2003, chinesisch-deutsch in: ZChinR, Heft 3/2005, S. 245-255. Näheres zum Hintergrund des Gesetzes siehe Frank Münzel, Das neue Bankaufsichtsgesetz der VR China, in: ZChinR, Heft 3/2005, S. 241-244.

⁸⁷ Zu den Hintergründen der Ausarbeitungen vgl. auch JIANG Qiangui, Bericht über die Änderung des Entwurfes des Bankenaufsichtsgesetzes der VR China und des Entwurfes des Gesetzes über die Chinesische Volksbank der VR China durch die Rechtskommission des NVK (全国人大法律委员会关于中华人民共和国银行业监督管理法(草案)和中华人民共和国人民银行法修正案(草案)修改情况的汇报) v. 23.10.2003, in: Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (im Folgenden NVK) (全国人民代表大会常务委员会公报, im Folgenden Chgb.) 2004, Nr. 1, S. 11f. und DUAN Jinglian, Die Revision des Geschäftsbankengesetzes wird die Reform und Entwicklung der Geschäftsbanken vorantreiben (《商业银行法》的修改将促进银行的改革与发展), in: Finance and Insurance (金融与保险) 2004, Nr. 4, S. 107.

revidierte Fassung umfasst nun 53 statt 51 Paragraphen. Unter „Finanzinstitute des Bankgewerbes“⁸⁸ (im Folgenden Bankinstitute) sind gemäß § 52 ZBG alle im Gebiet der VR China errichteten Finanzinstitute zu verstehen, die Publikumseinlagen annehmen. Dazu gehören Geschäftsbanken, städtische und ländliche Kreditgenossenschaften, aber auch Policy Banks, AMCs, Treuhand- und Investment Gesellschaften⁸⁹ (Trust and Investment Companies, im Folgenden TICs), Finanzierungs- und Finanzleasinggesellschaften sowie sonstige mit der Genehmigung der CBRC gegründete Finanzinstitute.

Im Zuge der Neugestaltung der PBC kann die Geldpolitik als deren wichtigste Aufgabe bezeichnet werden, was sich u.a. darin zeigt, dass die für Geldpolitik zuständige Kommission eine Aufwertung erfuhr; sie soll bei der Festlegung der makroökonomischen Kontrolle durch den Staat und bei der Geldpolitik „wichtige Funktionen“ erfüllen (§ 12 ZBG).⁹⁰ Ein weiteres Anliegen der Revision liegt darin, die Finanzstabilität der Bankinstitute zu wahren. Um dies zu gewährleisten, spielt die Zusammenarbeit zwischen der PBC, der CBRC und anderen Finanzaufsichtsbehörden eine zentrale Rolle.⁹¹ Daher soll zum einen der Staatsrat ein Koordinierungssystem zur Beaufsichtigung des Finanzwesens schaffen (§ 9 ZBG), zum anderen sollen die Finanzaufsichtsorgane gemeinsam ein System zur Nutzung von Aufsichtsdaten aufbauen (§ 35 Abs. 2 ZBG).

Auch nach Abtretung der „mikroökonomischen“ Aufsichtsfunktion an die CBRC übt die PBC angesichts ihrer Zuständigkeit für die makroökonomische Kontrolle nach wie vor großen regulatorischen Einfluss aus. Innerhalb des § 4 ZBG umfassen

ihre Aufsichtsverpflichtungen v.a. die Bereiche Renminbi, Interbanken-Kreditmarkt, Interbanken-Bondmarkt, Interbanken-Devisenmarkt und den Goldmarkt; zudem leitet sie die Arbeit zur Bekämpfung der Geldwäsche im Bankensektor an. Weiterhin ist die CBRC ermächtigt, Handlungen von Finanzinstituten, anderen Einheiten und Individuen betreffend der Bestimmungen über Mindestreserven, Renminbi, Devisen, Gold, Verrechnungen, Interbankenmarkt, Markt für Schuldverschreibungen zwischen Banken, Geldwäsche und Staatskasse selbst zu überprüfen (§ 32 ZBG).⁹² Außerdem kann die PBC mit Genehmigung des Staatsrates Bankinstitute einer Überprüfung unterziehen, falls sich diese in schwerwiegenden Zahlungsbilanzschwierigkeiten befinden, die eine Finanzkrise auslösen könnten (§ 34 ZBG). Ferner ist die Notenbank im Rahmen ihrer Funktionserfüllung berechtigt, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen und andere statistische Aufstellungen und Unterlagen von den Bankinstituten einzufordern (§ 35 ZBG). Des Weiteren kann die PBC gegenüber der CBRC die Untersuchung einzelner Finanzinstitute erbitten, wenn sie es zum Schutz eines stabilen Finanzwesens als erforderlich ansieht (§ 33 ZBG).

Im Wesentlichen bezieht sich die rechtliche Verantwortung auf die in den §§ 4, 32 ZBG aufgeführten Zuständigkeitsbereiche der PBC.⁹³ Insgesamt wollte man eine gewisse Härte zeigen und hat folglich die Geldbußen von RMB 5.000 auf 10.000 erhöht (§§ 42-43 ZBG). Zudem wurden die Straftatbestände detaillierter ausformuliert und teilweise um Geldbußen und Verwaltungsstrafen ergänzt (§§ 46, 50, 51 ZBG).

An verschiedenen Stellen wird im Gesetz die Kooperation zwischen der PBC und CBRC niedergelegt (§§ 9, 27, 33, 35 ZBG). Damit soll auf die notwendige enge Zusammenarbeit und Kommunikation, v.a. durch Informationsaustausch, zwischen diesen beiden Regulierungsbehörden hingewiesen werden. Trotz der detaillierten Zuständigkeitsabgrenzungen wird es zwangsläufig zu „Streitigkeiten“ kommen, da die Abgrenzung zwischen mikroökonomischer und makroökonomischer Kontrolle nicht immer eindeutig gezogen werden kann.

⁸⁸ 银行业金融机构. Diese Bezeichnung wird im Zentralbankgesetz und im Bankenaufsichtsgesetz durchweg als Oberbegriff für Banken und Nicht-Banken Finanzintermediäre (im Folgenden NBFIs) verwendet. Der Gebrauch von „Bankinstitute“ ist den Basler Grundsätzen entlehnt und schließt auch Finanzinstitute mit ein, die ohne Bankstatus „Bankdienstleistungen“ ausführen. Im Sinne eines einzelnen Organs wird der Ausdruck „Finanzinstitut“ (金融机构) gebraucht, der im gesamten Zentralbankgesetz von 1995 Anwendung findet.

⁸⁹ 信托投资公司.

⁹⁰ Chen zufolge drückt sich die Aufwertung zum einen durch die Niederlegung der Funktion in einem Gesetz, nicht wie zuvor nur in einer Bestimmung, und zum anderen in der Ausweitung des Aufgabenbereiches auf die makroökonomische Kontrolle der Wirtschaft des Landes aus, siehe hierzu CHEN Xiaoyun, Die Revision des Gesetzes über die Chinesische Volksbank ist ein großer Erfolg für die Etablierung eines Finanzrechtssystems („中国人民银行法“的修改是金融法制建设的重大成果), in: China Finance (中国金融) 2004, Nr. 2, S. 9f.

⁹¹ In den Entwürfen meint man damit insbesondere das Finanzministerium, die CIRC und die CSRC, vgl. u.a. JIANG Qiangui, Bericht über das Ergebnis der Überprüfung des Entwurfes des Bankenaufsichtsgesetzes und der Entwurfsentscheidungen über die Änderungen des Gesetzes über die Chinesische Volksbank und des Geschäftsbankengesetzes (全国人大法律委员会关于银行业监督管理法草案和修改中国人民银行法, 商业银行法两个决定草案审议的报告) v. 22.12.2003, in: Chgb. 2004, Nr. 1, S. 18. Manche heben die Notwendigkeit zur Zusammenarbeit auch mit Blick auf Tendenzen in Richtung eines Universalbankensystems hervor, siehe hierzu CHEN Xiaoyun, a.a.O. (Fn. 90), S. 11.

⁹² Im ersten Entwurf war ausschließlich die Rede von Finanzinstituten, was einige Ausschussmitglieder als zu eng gefasst ansahen, siehe hierzu JIANG Qiangui, a.a.O. (Fn. 91), S. 18.

⁹³ Interessanterweise ist die PBC zwar für die Festlegung der Zinsbänder für Kredite und Einlagen zuständig, allerdings erfolgt die Bestrafung bei Vergehen durch die CBRC. Zur Erwähnung dieses Aspekts in den Beratungen der Revision siehe JIANG Qiangui, a.a.O. (Fn. 87), S. 14.

2. Hintergründe und Ziele der Errichtung eines speziellen Aufsichtsorgans

Im Zuge ihrer Gründung im April 2003 übernahm die CBRC, ein auf Ministeriumsebene angesiedeltes Organ unter dem Staatsrat, den Bereich der Regulierung und Aufsicht über die Finanzinstitute.⁹⁴ Getrennt von der PBC ist die CBRC ein Zusammenschluss der Zentralen Arbeitskommission für Finanzen und fünf Regulierungsabteilungen der PBC. Zum Direktor wurde der erfahrene Banker Liu Mingkang ernannt, der zuletzt Chef der BOC war. Daneben gibt es vier Vize-Direktoren. Organisatorisch ist die CBRC in 15 Abteilungen und in drei funktional gegliederte Zentralabteilungen unterteilt.⁹⁵ Neben der Zentrale in Beijing existieren 36 zentral kontrollierte Zweigstellen in den Provinzen und - in Übereinstimmung mit dem administrativen Aufbau - Niederlassungen in Präfekturen und Kreisen. Bemerkenswerterweise hat man hier nicht die supra-provinziale Struktur der PBC übernommen, die sich zwar positiv auf die Durchführung einer unabhängigeren Geldpolitik ausgewirkt hat, aber die Aufsichtstätigkeit erschwerte.⁹⁶ Die Zweigstellen berichten an die Zentrale und verfügen über relativ eingeschränkte Entscheidungsbefugnisse.⁹⁷ Darüber hinaus ist der CBRC ein international besetztes Fachgremium angegliedert, das ihr beratend zur Seite stehen soll.

Mit Verweis auf die beschlossene „Entscheidung über einige Fragen zur Vollendung der sozialistischen Marktwirtschaft“⁹⁸ vom 16. Parteitag sieht Liu Mingkang die Vertiefung der Finanzreform, die Stärkung der Finanzaufsicht, die Förderung von Finanzinnovationen, die Öffnung gegenüber dem Ausland, die Einführung von inter-

nen Kontrollen und Risikomanagement sowie die Etablierung einer modernen Corporate Governance als wichtige Ziele an. Hierzu sollen die Geschäftsbanken angehalten werden, ihre interne Unternehmensstruktur anzupassen, ihre Geschäftspraktiken transparent zu machen und ihre Informationspolitik zu verbessern. Weiterhin ist der Aufbau eines Frühwarnsystems für mögliche Finanzrisiken von großer Wichtigkeit.⁹⁹ Als die größten Herausforderungen für die CBRC werden die Verringerung der notleidenden Kredite, die beschleunigte Reform der „vier Großen“ und die Reform des ländlichen Finanzsystems angesehen. Um dies zu erreichen soll den vier staatlichen Großbanken ein weiteres Mal Kapital zugeführt und aufsichtsrechtliche Vorschriften verstärkt werden. Darüber hinaus zielen die Bemühungen darauf ab, vermehrt ausländische Beteiligungen an inländischen Finanzinstituten zuzulassen. Schließlich sind weitere Börsennotierungen im In- und Ausland geplant.¹⁰⁰

3. Das Bankenaufsichtsgesetz von 2003 und der Handlungsrahmen der CBRC

Das erst acht Monate nach der Errichtung der CBRC erlassene Bankenaufsichtsgesetz zeichnet sich nach Aussagen von Vertretern der CBRC durch die Berücksichtigung eigener Erfahrungen und durch die Aufnahme internationaler Erfahrungen in Bezug auf die Bankenaufsicht und -regulierung aus. Dabei hat man sich insbesondere an den vom „Basler Ausschuss für Bankenaufsicht“¹⁰¹ (im Folgenden Basler Ausschuss) herausgegebenen „Grundsätzen für eine wirksame Bankenaufsicht“¹⁰² (im Folgenden Basler Grundsätze bzw. BGS) orientiert, die weltweit als Standard für Aufsichtsbehörden anerkannt sind.¹⁰³ In erster Linie ermächtigt und legitimiert das Gesetz die Ausübung der Aufsichts- und Verwaltungsfunktion über die Bankinstitute durch die CBRC.¹⁰⁴ Zudem standardisiert und beschränkt es die Aufsichtsbefugnis und definiert die Pflichten und Aufgaben der Aufsichtsbehörde. Ferner stellt das Gesetz Risiken

⁹⁴ Siehe hierfür YANG Dali L., a.a.O. (Fn. 11), S. 90. Die auf der 1. Sitzung des 10. NVK im März 2003 gefallene „Entscheidung über die institutionelle Restrukturierung der Regierungsbehörden unter dem Staatsrat“ (关于国务院机构改组方案的决定) v. 11.3.2003, in: Chgb. 2003, Nr. 2, S. 190, enthält den Gründungsbeschluss, während die „Entscheidung über die Ausübung der Aufsichtsfunktion durch die CBRC“ (关于中国银行业监督管理委员会履行原有中国人民银行履行的监督管理职责的决定) v. 26.4.2003, in: Chgb. 2003, Nr. 3, S. 326, die Ziele der Finanzaufsichtsreform darlegt und der CBRC die Vollmacht zur Ausübung der Aufsichtsfunktion bis zum Erlass eines Bankenaufsichtsgesetzes erteilt, vgl. hierzu LIU Mingkang, Erläuterungen zum Entwurf des Bankenaufsichtsgesetzes der VR China (关于中华人民共和国银行业监督管理法(草案)的说明) v. 22.8.2003, in: Chgb. 2004, Nr. 1, S. 9.

⁹⁵ Bei den Abteilungen handelt es sich um 1. Sekretariat, 2. Rechtsfragen, 3. staatseigene Geschäftsbanken und AMCs, 4. als Aktiengesellschaft organisierte Banken und städtische Geschäftsbanken, 5. Policy Banks, Postbanken und ausländische Banken, 6. NBFIs (exkl. Wertpapiergesellschaften und Versicherungen), 7. Kreditgenossenschaften, 8. Statistik, 9. Buchführung, 10. internationale Angelegenheiten, 11. Überwachung, 12. Personal, 13. Öffentlichkeitsarbeit, 14. Massenarbeit, 15. Aufsichtsratsarbeit. Daneben gehören die Informations-, Ausbildungs- und Interne Service-Abteilung zur Organisation der CBRC.

⁹⁶ Für die Aufsicht der Finanzinstitute erwies sich die überregionale Struktur der PBC als weniger effektiv als erwartet, vielmehr erschwerte sie die Zusammenarbeit mit den Lokalregierungen und -behörden und minderte deren Unterstützung bei der Umsetzung, vgl. YANG Dali L., a.a.O. (Fn. 11), S. 90.

⁹⁷ Siehe hierzu Thomas A. Lange, a.a.O. (Fn. 24), S. 504.

⁹⁸ 中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定 v. 14.10.2003, in: Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报, im Folgenden Ggb.) 2003, Nr. 34, S. 4-12. Zur Bedeutung dieser Entscheidung für die Arbeit der CBRC siehe LIU Mingkang, Neue Perspektiven für die Reform und Entwicklung des Bankengewerbes sowie für die Aufsichtsarbeit eröffnen (开创银行业改革发展和监管工作新局面), in: China Finance (中国金融) 2004, Nr. 1, S. 6f.

⁹⁹ Vgl. Heike Holbig, Bankenaufsichtsbehörde vor großen Aufgaben, in: CHINA aktuell, Mai 2003, S. 568f.

¹⁰⁰ Zur Strategie der CBRC siehe Thomas A. Lange, a.a.O. (Fn. 24), S. 516ff.

¹⁰¹ Der 1975 von den Präsidenten der Zentralbanken der Länder der Zehnergruppe ins Leben gerufene Ausschuss setzt sich aus hochrangigen Vertretern der Bankenaufsichtsbehörden und Zentralbanken aus Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Japan, Kanada, Luxemburg, den Niederlanden, Schweden, der Schweiz, den USA und dem Vereinigten Königreich zusammen. Er tritt in der Regel bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIS) in Basel zusammen, wo auch sein ständiges Sekretariat eingerichtet ist.

im Bankgewerbe vorbeugen, die Rechte und Interessen der Einleger und anderer Kunden schützen sowie zu einer gesunden Entwicklung des Bankgewerbes beitragen (§ 1 BAG). Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber hierfür ein Gesetz erlassen und sich nicht mit einer untergesetzlichen Normierung begnügt hat. Damit soll möglicherweise die Bedeutung und Stellung dieser Behörde für die gesamte Wirtschaft hervorgehoben werden.¹⁰⁵ Nach § 2 BAG obliegt der CBRC die landesweite Aufsicht über Bankinstitute und deren Aktivitäten.¹⁰⁶ Daneben beaufsichtigt die CBRC chinesische Bankinstitute außerhalb der VR China. Das Gesetz ist, soweit nicht andere Gesetze und Verwaltungsnormen etwas anderes bestimmen, ebenfalls auf ausländische Banken, Joint-Venture-Banken und auf Niederlassungen ausländischer Banken anwendbar (§ 49 BAG).¹⁰⁷

Ziel der Aufsicht über das Bankgewerbe besteht gemäß § 3 BAG in der Förderung eines gesetzmäßigen und stabilen Bankbetriebs, der Wahrung des öffentlichen Vertrauens in das Bankgewerbe sowie im Schutz und der Ermunterung eines fairen Wettbewerbs. Dabei soll sich die CBRC an die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, Öffentlichkeit, Gerechtigkeit und Effizienz halten (§ 4 BAG). Bei der Ausführung ihrer Aufsichtsaufgaben genießen die Aufsichtsorgane und ihre Mitarbeiter den Schutz des Gesetzes, welches sie vor Einmischungen seitens der Lokalregierungen und Regierungsbehörden aller Ebenen, sozialer Organisationen oder Individuen bewahrt (§ 5 BAG). Weiterhin sichert das Gesetz der CBRC die Unterstützung der

Territorialregierungen und der Behörden aller Stufen zu (§ 13 BAG).

Die Aktivitäten der CBRC unterliegen der Beaufsichtigung durch die Rechnungsprüfungs- und Überwachungsabteilung sowie anderer Abteilungen des Staatsrates (§ 14 BAG). In personeller Hinsicht besagt das Gesetz lediglich, dass das Aufsichtspersonal über die dem jeweiligen Amt entsprechende Expertise, Berufserfahrung und Integrität verfügen muss (§§ 9, 10 BAG).¹⁰⁸ Im Allgemeinen entscheidet die KPCh über die Nominierung und Entlassung ranghoher Funktionäre gemäß dem Nomenklatura-System.¹⁰⁹ Es muss anerkannt werden, dass in jüngster Zeit die Personalentscheidungen sowohl bei der PBC als auch bei der CBRC zugunsten erfahrener Banker und Ökonomen getroffen wurden.¹¹⁰ Problematisch ist der Gesetzestext in der Hinsicht, dass er keinerlei Angaben zur Finanzierung der CBRC enthält.¹¹¹ Des Weiteren ist die hier vollzogene Trennung der Aufsicht durch die CBRC von der Refinanzierung der Banken durch die PBC in einem System, in dem die politische Kreditvergabe noch weit verbreitet ist, wichtig.

In Kap. 3 (Aufsichtsaufgaben) werden die von der CBRC zu genehmigenden Bereiche wie z.B. die Errichtung, Veränderung und Beendigung von Bankinstituten, Geschäftsbereiche, Bankprodukte und das leitende Bankpersonal nur aufgezählt, ohne dabei konkretere Anforderungen aufzustellen (§§ 16-20 BAG). Außer in § 17 BAG enthalten die Vorschriften keine Genehmigungskriterien, sondern verweisen auf noch zu erlassene Bestimmungen oder auf das Geschäftsbankengesetz. Interessanterweise sah der Entwurf vor, dass die Bedingungen und das Verfahren zur Gründung,

¹⁰² Das im September 1997 veröffentlichte Papier wurde in den Jahren 1999 und 2001 durch eine Methodik und eine praktische Anleitung ergänzt. Es enthält 25 elementare Grundsätze, deren Erfüllung für eine effektive Aufsicht entscheidend ist; diese sind in 7 Bereiche unterteilt: 1. Voraussetzungen für eine wirksame Bankenaufsicht (BGS 1), 2. Zulassung und Struktur (BGS 2-5), 3. Aufsichtliche (engl. Prudential) Vorschriften und Mindestanforderungen (BGS 6-15), 4. Methoden der laufenden Bankenaufsicht (BGS 16-20), 5. Informationsbedarf (BGS 21), 6. Formelle Befugnisse der Aufsichtsbehörden (BGS 22), 7. Grenzüberschreitendes Bankgeschäft (BGS 23-25). Für die *Basler Grundsätze*, siehe unter: <http://www.bis.org/publ/bcbs30ade.pdf> und unter: <http://www.bis.org/publ/bcbs61de.pdf> (Methodik) sowie unter: <http://www.bis.org/publ/bcbs81.pdf> (Anleitung).

¹⁰³ Siehe hierzu *LIU Mingkang*, a.a.O. (Fn. 94), S. 10.

¹⁰⁴ Der im Chinesischen oft verwendete Ausdruck „Aufsicht und Verwaltung“ (监督管理), der sich durch das ganze Gesetz zieht, wird nachfolgend als „Aufsicht“ abgekürzt.

¹⁰⁵ Im Gegensatz hierzu existiert kein Gesetz zur Wertpapier- oder Versicherungsaufsicht. Zur Diskussion um und zur Begründung für die Schaffung dieses Gesetzes vgl. auch *HUANG Yi*, Durch das Bankenaufsichtsgesetz die Effizienz der Bankenaufsicht fördern (以“银行业监督管理法”促进有效银行管理), in: *China Finance* (中国金融) 2004, Nr. 2, S. 13.

¹⁰⁶ Die Definition der Bankinstitute nach § 2 BAG ist identisch mit der in § 52 ZBG. In den Beratungen plädierten manche für eine Begrenzung auf Banken, andere wiederum waren für eine umfassende Aufsicht über die Finanzinstitute durch die CBRC, was sich schließlich durchsetzte. Zu diesem Streitpunkt siehe *JIANG Qiangui*, a.a.O. (Fn. 87), S. 12. In Bezug auf die Geschäftsbanken wird die Aufsichtsbefugnis der CBRC durch §§ 10, 62 GBG gestützt.

¹⁰⁷ Damit sind insbesondere die „Verwaltungsbestimmungen für ausländische Finanzinstitute“ (中华人民共和国外资金融机构管理条例) vom 25.2.1994, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 8 (1994), Nr. 4, S. 18-22 und die Revision vom 20.12.2001, übersetzt ins Deutsche von *Kristina Leipold* in: *Robert Heuser/Roland Klein* (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitionsrecht der VR China, Hamburg 2004, S. 178-188, sowie die „Durchführungsbestimmungen zur Verwaltung von ausländischen Finanzinstituten“ (中华人民共和国外资金融机构管理条例实施细则) vom 8.5.1996, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 10 (1996), Nr. 8, S. 25-34, revidiert am 25.1.2002, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 16 (2002), Nr. 3, S. 77-111 und am 26.7.2004, englisch siehe unter: <http://www.cbrc.gov.cn/english/module/viewinfo.jsp?infoID=814>, gemeint.

¹⁰⁸ Im Gegensatz zu diesem Gesetz normiert das Zentralbankgesetz das Wahlverfahren eindeutig (§ 10 ZBG).

¹⁰⁹ Siehe hierzu *Stefan Brehm/Christian Macht*, Banking Supervision in China: Basel I, Basel II and the Basel Core Principles, in: *ZChinR*, Heft 4/2004, S. 318. Für eine detaillierte Darstellung der Wirkungsweise des Nomenklatura-Systems vgl. *Kenneth Lieberthal*, Governing China. From Revolution Through Reform, New York, London 1995, S. 209ff.

¹¹⁰ Als Beispiele sind die Ernennungen von *Liu Mingkang* und *Zhou Xiaochuan* zu nennen, vgl. *Barry Naughton*, Government Reorganisation: *Liu Mingkang* and Financial Restructuring, in: *China Leadership Monitor* 2003, Nr. 7, May, S. 4ff.

¹¹¹ Laut *Brehm* und *Macht* ist anzunehmen, dass sich die CBRC über die Eintreibung von Bußgeldern finanzieren muss, vgl. hierzu *Stefan Brehm/Christian Macht*, a.a.O. (Fn. 109), S. 318.

Änderung und Beendigung eines Bankinstituts sowie die Grundsätze für eine umsichtige Geschäftsführung von der CBRC festgelegt werden sollten.¹¹² Nunmehr heißt es, dass sich die CBRC bei der Zulassung und Beendigung nach den einschlägigen Gesetzen und Verwaltungsnormen zu richten habe (§ 16 BAG).¹¹³ Allerdings stimmen die in §§ 12-15, 20 GBG hierzu festgelegten Anforderungen weitgehend mit denen der Basler Grundsätze überein. Positiv ist, dass für die Genehmigung bzw. Bearbeitung von Anträgen genaue Fristen genannt werden (§ 22 BAG).¹¹⁴ Die in Anlehnung an die Basler Grundsätze eingeführten „Vorschriften für einen umsichtigen Bankbetrieb“¹¹⁵ fallen recht knapp aus. Sie werden nur in § 21 BAG erwähnt. Darin werden schwerpunktmäßig die Aspekte Risikomanagement, interne Kontrollen, Eigenkapitalanforderungen, Verlustrückstellungen, Vermögensqualität, Vermögensliquidität, verbundene Geschäfte und Risikokonzentrationen aufgeführt, für die die CBRC ergänzende Rechtsvorschriften erlassen kann.¹¹⁶ Entgegen den Erwartungen enthält das Gesetz hierfür keine Implementierungs- oder qualitativen Anforderungen. Sowohl von der PBC als auch von der CBRC sind in den letzten Jahren viele dieser Bereiche in separaten Bestimmungen detailliert aufgegriffen worden.¹¹⁷ In den Basler Grundsätzen ist die Einführung eines Managementinformationssystems vorgesehen, welches bestimmte Anforderungen an das Kreditportfolio einschließlich der Kreditklassifizierung vorsieht. Hierzu enthält das Bankenaufsichtsgesetz keine explizite Vorschrift; jedoch wird der Aspekt der Kreditvergabe und Kreditüberwachung seit 1998 verstärkt in verschiedenen Rechtsbestimmungen behandelt.¹¹⁸ Weiterhin sieht das

Gesetz Beaufsichtigungen vor Ort und von außen vor (§§ 23, 24 BAG). Auffällig ist, dass an zahlreichen Stellen im Gesetz die Stärkung der Risikoabwehr - angefangen bei der Risikokontrolle, internen Kontrollen, Risikobewertung, Einstufungen der Bankinstitute nach Risiken, Risikovorwarnsystem, Verantwortungssystem zur Feststellung und Weitergabe unerwarteter Ereignisse bis hin zu Selbstkontrollen - einbezogen werden soll (§§ 21, 23, 24, 27, 28, 31 BAG).¹¹⁹ Dies entspricht dem internationalen Trend, Risiken stärker zu berücksichtigen und genauere Methoden der Risikomessung und -bewertung zu entwickeln.

Das Bankenaufsichtsgesetz regelt ausführlich und in großer Übereinstimmung mit den Basler Grundsätzen die laufenden Aufsichtsmaßnahmen.¹²⁰ Im Rahmen der Beaufsichtigung von außen soll die CBRC ein Datensystem für die Bankenaufsicht aufbauen und Risiken der Bankinstitute analysieren und bewerten (§ 23 BAG). Daneben spielen Überprüfungen vor Ort eine wichtige Rolle. Hierzu werden in § 34 BAG ausführlich die Maßnahmen beschrieben, die hierfür zulässig sind, wie bspw. die Überprüfung von Computersystemen oder Unterlagen.¹²¹ Zusätzlich sind ein Rating- und ein Risikowarnsystem für Bankinstitute vorgesehen, die die Häufigkeit und das Ziel der Überprüfungen festsetzen sollen (§ 27 BAG). Eine weitere Form der Aufsicht stellt das in § 28 BAG festgelegte „Verantwortungssystem am einzelnen Arbeitsplatz zur Feststellung und Weitergabe von unerwarteten Ereignissen“¹²² dar. Ferner haben Vorstandsmitglieder und leitende Manager der Bankinstitute bei „schwerwiegenden Angelegenheiten“ weitreichende Auskunftspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde (§ 35 BAG). In Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben ist es der CBRC gestattet, erforderliche Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie weitere Aufstellungen und Berichte zu verlangen (§ 33 BAG). Außerdem sind die Bankinstitute angehalten, ihre Finanz- und Buchführungsberichte, wichtige Änderungen und sonstige bedeutende Angelegenheiten wahrheitsge-

¹¹² Näheres zu diesem Aspekt siehe JIANG Qiangui, a.a.O. (Fn. 87), S. 12f.

¹¹³ In dem BGS 3 heißt es, dass die Zulassungsbehörde befugt sein muss, Kriterien festzusetzen und Zulassungsanträge entsprechend zu bearbeiten, vgl. *Basler Grundsätze*, a.a.O. (Fn. 102), S. 14f.

¹¹⁴ Im „Verwaltungsgenehmigungsgesetz der VR China“ (中华人民共和国行政许可法) vom 27.12.2003, deutsch in: CHINA aktuell, März 2004, S. 288-298, wird die allgemeine Genehmigungsfrist in § 42 auf 20 Tage festgelegt. Einige Ausschussmitglieder äußerten die Ansicht, dass die Entscheidung über die Errichtung, Änderung und leitendes Bankpersonal großen Einfluss auf die Wirtschaft habe. Daher forderten sie längere Bearbeitungsfristen, die in Form einer Staffelung von 6, 3 und 1 Monat umgesetzt wurden, vgl. JIANG Qiangui, a.a.O. (Fn. 87), S. 13.

¹¹⁵ 审慎经营规则.

¹¹⁶ Die aufgeführten Felder stimmen im Wesentlichen mit den BGS 6-15 überein. Siehe hierzu Kap. IV, B der *Basler Grundsätze*, a.a.O. (Fn. 102), S. 22-31.

¹¹⁷ Dazu zählen u.a. die „Leitlinien für die interne Kontrolle der Geschäftsbanken“ (商业银行内部控制指引) vom 19.9.2002, englisch siehe unter: <http://www.pbc.gov.cn/english/detail.asp?col=6800&ID=38>; die „Maßnahmen zur Verwaltung der Mindestkapitalanforderung von Geschäftsbanken“ (商业银行资本充足率管理办法) vom 23.2.2004, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 18 (2004), Nr. 3, S. 32-63; sowie die „Leitlinien für die Kalkulation von Rückstellungen für Bankkreditverluste“ (银行贷款损失准备计提指引) vom 25.4.2002, englisch siehe unter: <http://www.pbc.gov.cn/english/detail.asp?col=6800&ID=46>. Siehe hierzu auch § 39 GBG.

¹¹⁸ Näheres zum Managementinformationssystem findet sich in BGS 7 und 9, vgl. *Basler Grundsätze*, a.a.O. (Fn. 102), S. 24ff. Die Behandlung von Kreditrisiken findet sich u.a. in den Grundsätzen für die Kreditklassifizierung vom 20.4.1998 bzw. 24.12.2001 (Fn. 17); in den Darlehensregeln vom 28.6.1996 (Fn. 25) usw. wieder.

¹¹⁹ Dieser Trend spiegelt sich auch im Geschäftsbankengesetz wider, wo nun auch das Risikomanagement und interne Kontrollen eingeführt wurden (§ 59 GBG).

¹²⁰ Eine Abweichung besteht in der Anforderung in Bezug auf statistische und aufsichtsrelevante Ergebnisse, denn gemäß den Basler Grundsätzen werden sie sowohl auf Einzelinstitutsebene als auch auf konsolidierter Basis verlangt (BGS 18). Demgegenüber reichen der CBRC konsolidierte Abschlüsse und Berichte (§ 25 BAG). Vgl. dazu Kap. IV, C. der *Basler Grundsätze*, a.a.O. (Fn. 102), S. 31-35.

¹²¹ Darüber hinaus sollen nach § 24 BAG entsprechende Verfahrensregeln erlassen werden.

¹²² 突发事件的发现, 报告岗位责任制度.

mäß zu publizieren (§ 36 BAG). Im Vergleich zum Geschäftsbankengesetz, das lediglich die Veröffentlichung von Geschäftsergebnissen und Rechnungsprüfungsberichten verlangt (§ 56 GBG), ist dies sicherlich ein Schritt zu mehr Transparenz.

Zudem verfügt das Gesetz über angemessene Aufsichtsinstrumente, die die CBRC befähigen, frühzeitig Gegenmaßnahmen zu ergreifen, wenn Bankinstitute bspw. Aufsichtsvorschriften nicht erfüllen oder gegen sie verstoßen. Die zu ergreifenden Maßnahmen reichen von einer Korrektur über eine teilweise Geschäftseinstellung bis hin zur Schließung (§§ 37, 39 BAG). Im Falle einer Zahlungskrise bzw. einer drohenden Zahlungskrise, bei der die Interessen der Kunden erheblich beeinträchtigt werden, kann die CBRC die Verwaltung des Instituts übernehmen oder eine Reorganisation auf der Basis einschlägiger Gesetze und Staatsratsbestimmungen befördern (§ 38 BAG). In Bezug auf die Zwangsverwaltung ist die CBRC sowohl das Entscheidungs-, als auch das ausführende Organ (§ 65 GBG).¹²³ Im Gegensatz zu diesem Gesetz spricht das Geschäftsbankengesetz von Spaltung, Fusion und Auflösung (§ 69 GBG) anstelle von einer Reorganisation.¹²⁴ Hinsichtlich der rechtlichen Haftung unterscheidet das Gesetz zwischen Verletzungen durch das Aufsichtspersonal (§ 42 BAG) und durch Bankinstitute und deren Beschäftigte (§§ 43-47 BAG). Dabei werden in detaillierter Form die Rechtsverletzungen und die Rechtsfolgen aufgeführt, die dem Vergehen entsprechend mit Bußgeldern oder Verwaltungs-, Disziplinar- oder strafrechtlichen Sanktionen geahndet werden.

Im Hinblick auf die Vielzahl international tätiger Banken in China und einer wachsenden Zahl chinesischer Banken im Ausland nehmen der internationale Austausch und die Zusammenarbeit bei der Bankenaufsicht einen zunehmend großen Stellenwert ein. Eine entsprechende Absichtserklärung zur internationalen Kooperation findet sich daher in §§ 7, 32 BAG und BGS 24. Allerdings spiegelt das Gesetz nicht die Forderung nach einer weltweit konsolidierten Aufsicht gemäß den Basler Grundsätzen (BGS 23) wider.¹²⁵

4. Zentralbank versus Bankenaufsichtskommission

Angesichts der häufig geäußerten Kritik hinsichtlich der Ineffizienz der PBC bei der Ausübung ihrer Aufsichtsfunktion sollte sich dies mit der CBRC als einer speziellen Aufsichtsbehörde für den Bankensektor ändern. Im Nachfolgenden soll anhand des Zentralbankgesetzes von 1995 und dem Bankenaufsichtsgesetz untersucht werden, inwiefern letzteres die Position der Aufsichtsbehörde gestärkt hat, welche Möglichkeiten sich für die CBRC ergeben und welche Schwerpunkte gesetzt werden.

Bei der PBC handelt es sich vorrangig um eine Zentralbank, die zugleich Aufsichtsfunktionen über den Finanzsektor (金融业) ausübte. Die Aufsicht über die Finanzinstitute (金融机构) war lediglich ein Bestandteil der Aufgaben der PBC; ihr Anliegen bzw. ihre Zielsetzung jedoch lag in der Sicherung der Geldwertstabilität (§§ 2 Abs. 2, 3 ZBG 1995).¹²⁶ Demgegenüber besteht die Aufgabe der CBRC ausschließlich in der Aufsicht über die Bankinstitute (银行业金融机构) mit dem Ziel, den rechtmäßigen und stabilen Bankbetrieb (银行业) zu gewährleisten, das Vertrauen des Publikums zu wahren, den fairen Wettbewerb zu schützen und die Wettbewerbsfähigkeit zu steigern (§§ 2,3 BAG).

Ein Vergleich zwischen dem Umfang an aufsichtsrelevanten Paragraphen verdeutlicht den jeweiligen Stellenwert hinsichtlich der Aufsichtsfunktion: Im Zentralbankgesetz von 1995 waren hierzu lediglich sechs Paragraphen enthalten (Kap. 5 (§§ 30-36)). Dagegen lassen sich im Bankenaufsichtsgesetz in den Kap. 3 (§§ 15-32) und Kap. 4 (§§ 33-41) entsprechende Vorschriften finden. Inwiefern die CBRC in der Festsetzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften durch den Vorrang von Gesetzen oder Verwaltungsnormen gemäß § 15 BAG im Vergleich zur PBC, die nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 ZBG 1995 von keiner expliziten Einschränkung betroffen war, eingeengt sein wird, muss sich noch erweisen. § 31 ZBG 1995 besagte, dass die PBC die Gründung, Änderung und Beendigung eines

¹²³ Im Bankenaufsichtsgesetz wird lediglich gesagt, dass die CBRC die Maßnahmen durchführt. Dieser Umstand sowie das Verfahren selbst werden in den §§ 64-68 GBG detailliert festgelegt.

¹²⁴ Der Entwurf sah zunächst vor, dass die CBRC bei Zahlungskrisen eine Fusion mit anderen Bankinstituten anordnen kann. In Angleichung an die Basler Grundsätze schwächte man diese Formulierung in „Fördern“ ab. In Kap. V, B heißt es, dass die Aufsichtsbehörde an Lösungen mitwirken solle, die auf einen Erwerb oder eine Fusion mit einer soliden Bank zielen, vgl. *Basler Grundsätze*, a.a.O. (Fn. 102), S. 40 und *JIANG Qiangui*, a.a.O. (Fn. 87), S. 14.

¹²⁵ Allerdings normieren die „Leitlinien zur Aufsicht ausländischer Institute von chinesischen Geschäftsbanken“ (商业银行境外机构监管指引) vom 20.8.2001, siehe unter: <http://www.chinaacc.com/tagui/jrfg/31103141120.htm>, die Pflichten der Mutterbank und der PBC zur Aufsicht chinesischer Institute im Ausland sowie die Zusammenarbeit mit den ausländischen Aufsichtsbehörden gemäß BGS 24. Die „Maßnahmen zur konsolidierten Aufsicht ausländischer Banken“ (外资银行并表监管管理办法) vom 8.3.2004, siehe unter: <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/module/viewinfo.jsp?infoID=305>, sichern ausländischen Banken eine annähernd gleiche Behandlung hinsichtlich der Aufsicht zu, was in Einklang zu BGS 25 steht, vgl. Kap. VI, A und B der *Basler Grundsätze*, a.a.O. (Fn. 102), S. 41f.

¹²⁶ In diesem Abschnitt geht es im Kern um einen Vergleich zwischen dem Zentralbankgesetz von 1995 und dem Bankenaufsichtsgesetz, daher werden die relevanten Paragraphen durch ZBG 1995 gekennzeichnet.

Finanzinstituts sowie derer Geschäftsbereiche genehmigen muss. Denselben Umstand normiert auch § 16 BAG, und in § 22 BAG werden zudem Fristen dafür festgesetzt. Im Rahmen dieser Aufgaben muss die CBRC Anteilsinhaber ab einem bestimmten Anteil, die Eignung von Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern (§§ 17, 20 BAG) sowie neue Produkte innerhalb eines Geschäftsbereiches überprüfen und genehmigen (§ 18 BAG).

Darüber hinaus sah das Zentralbankgesetz nur einen begrenzten Aufsichtsrahmen für die PBC vor. Dieser umfasste die Beaufsichtigung von Einlagen, Krediten, Verrechnungen, uneinlösbaren Forderungen und Zinssätzen (§§ 32, 33 ZBG 1995).¹²⁷ Im Gegensatz dazu ist das Bankenaufsichtsgesetz viel differenzierter und zeichnet sich durch neu eingeführte Mechanismen aus: Es umfasst die Beaufsichtigung von außen und vor Ort (§§ 23, 24, 34 BAG), Vorschriften zum umsichtigen Management (§ 21 BAG), Aufsicht konsolidierter Abschlüsse (§ 25 BAG), ein Ratingsystem für die beaufsichtigten Bankinstitute und ein Risikofrühwarnsystem (§ 27 BAG), ein Verantwortlichkeitssystem aller Posten für die Feststellung und Weitergabe unerwarteter Ereignisse sowie ein System zur Behandlung solcher Ereignisse (§§ 28, 29 BAG). Daneben sieht das Bankenaufsichtsgesetz Aktivitäten zur Organisation der Selbstbeschränkung für das Bankgewerbe und zur internationalen Zusammenarbeit vor (§§ 31, 32 BAG). Ferner haben die Aufsichtsorgane weitgehende Auskunftsrechte, wenn es sich um schwerwiegende Angelegenheiten handelt (§ 35 BAG). In vielen Fällen sind jedoch entsprechende Durchführungsvorschriften noch zu erlassen.

Die PBC ist verantwortlich für die Veröffentlichung landesweiter Aufstellungen und Berichte zur Finanzstatistik (金融统计) (§ 34 ZBG 1995); dasselbe gilt jetzt nach § 30 BAG für die CBRC. Zudem sollen die Bankinstitute angehalten werden, ihre Finanz- und Buchführungsberichte (财务会计报告) und wichtige Änderungen und Angelegenheiten offen zu legen, was für mehr Transparenz sorgen soll (§ 36 BAG). Von der PBC wurde verlangt, ein Prüfungs- und Überwachungssystem für die eigene Organisation zu schaffen und die innere Aufsicht zu stärken (§ 36 ZBG 1995), während nun die CBRC aufgefordert wird, ihr Aufsichtsverfahren zu veröffentlichen und ein Verantwortungssystem für die Aufsicht und die innere Überwachung zu errichten (§ 12 BAG). Auch an dieser Stelle setzt man auf mehr Transparenz.

Neben der verwaltungs- und strafrechtlichen Verfolgung erwähnt das Bankenaufsichtsgesetz in

Bezug auf die Verletzung der Regeln zur umsichtigen Geschäftsführung, dass die CBRC bspw. Tätigkeiten zeitweise verbieten oder einschränken kann (§ 37 BAG). Wie zuvor besteht die Möglichkeit, die Verwaltung eines Bankinstituts zu übernehmen oder eine Reorganisation zu unterstützen (§§ 38, 40 BAG). Weiterhin hat die Aufsichtsbehörde das Recht, Konten verdächtiger Bankinstitute einzufrieren und deren Mitarbeiter und im Verbund handelnde Personen zu überprüfen (§ 41 BAG). In Verbindung mit dem Geschäftsbankengesetz enthält das Bankenaufsichtsgesetz eine ausführliche und verschärfte Ausgestaltung der rechtlichen Verfolgung bei Verletzungen durch das Aufsichtspersonal sowie durch die Bankinstitute bzw. deren Beschäftigte (Kap. 5. BAG und Kap. 8 GBG). Dagegen war die gesetzliche Verantwortung im Zentralbankgesetz von 1995 recht knapp gehalten, was sowohl auf die Tatbestände als auch auf die nachfolgende Behandlung zutraf. Im Wesentlichen wurden lediglich unmittelbar verantwortliche Personen oder Angestellte der PBC zur Verantwortung gezogen (§§ 45, 47-50 ZBG 1995).

Anhand dessen lässt sich nicht abschließend sagen, ob die CBRC eine effektivere Bankenaufsicht gewährleisten kann. In jedem Fall ist der Rahmen ihrer Aufsichtsaufgaben weiter und detaillierter gefasst, was für mehr Transparenz und Klarheit sorgen wird.

5. Die Kernelemente der Neufassung des Geschäftsbankengesetzes von 2003

Die am 27.12.2003 ergangene Revision des Geschäftsbankengesetzes ist hauptsächlich in der dringenden Anpassung an die Finanzaufsichtsreform und an die realen Anforderungen der gegenwärtigen Bankenreform und -entwicklung sowie zur Ausweitung der Aufsichtsinhalte über die Geschäftsbanken erfolgt.¹²⁸ Im Kern hat sich an der Zielsetzung nichts geändert, nämlich die Transformation der bestehenden Geschäftsbanken in solvente, unabhängige, wettbewerbsfähige und kommerzielle Unternehmen. Es darf daher auch nicht verwundern, dass ein Großteil der 37 geänderten Paragraphen auf den Austausch der Zuständigkeitsbehörden beschränkt ist.¹²⁹

Auch nach der Gründung der Policy Banks und trotz aller Kommerzialisierungsbestrebungen waren die staatlichen Geschäftsbanken gemäß § 41 Abs. 2 GBG 1995 angehalten, vom Staatsrat genehm-

¹²⁷ In §§ 62 und 74 GBG 2003 finden sich diese Aufsichtsaufgaben wieder, wobei sie nun dem CBRC zugeteilt werden.

¹²⁸ Zur Begründung der Neufassung und zu den Änderungsvorschlägen siehe auch *LIU Mingkang*, Erläuterungen zum Entwurf des Geschäftsbankengesetzes der VR China (关于中华人民共和国商业银行法修正案(草案)的说明) v. 22.8.2003, in: Chgb. 2004, Nr. 1, S. 45.

¹²⁹ Vgl. hierzu §§ 3,11,14-16,19-21,23,24 Abs. 1, 25,39,56,62,64,65,67-71 GBG.

mitte Projekte mit Krediten zu finanzieren. Daher ist die womöglich weitreichendste Änderung in der Streichung dieses 2. Absatzes zu sehen. Damit wird der direkten Einmischung in die Kreditvergabeentscheidung der vier großen Staatsbanken ein Ende gesetzt. Nunmehr wird ihnen dem Gesetz nach die gleiche betriebliche Autonomie wie den anderen Banken zugestanden.¹³⁰ Ein weiterer Punkt, der Anlass zur Kritik gab, ist der § 12 Abs. 2 GBG, der in seiner ursprünglichen Fassung verlangte, dass die PBC bei der Genehmigung eines Bankbetriebs „die Bedürfnisse der wirtschaftlichen Entwicklung und die Lage im Bankenwettbewerb“ berücksichtigen sollte. Da sich China im Rahmen seines WTO-Beitritts verpflichtet hat, Bankenlizenzen nicht mehr nach wirtschaftlichen Bedürfnissen oder quantitativen Beschränkungen, sondern „allein nach umsichtigen Kriterien“¹³¹ zu vergeben, hat nun die Errichtung einer Geschäftsbank „den sonstigen umsichtigen Bedingungen“¹³² zu entsprechen, was aber ebenfalls einen gewissen Ermessensspielraum für die Genehmigungsbehörde zulässt. Trotz dieser beiden positiven Änderungen zugunsten eines marktwirtschaftlichen Ordnungssystems hat der chinesische Gesetzgeber den § 34 GBG nicht in diesem Sinne geändert. Geschäftsbanken haben sich bei der Kreditvergabe weiterhin „unter der Anleitung der staatlichen Industriepolitik nach den Bedürfnissen der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung“ zu richten. So können Geschäftsbanken aus sozialpolitischen Gründen oder in Erfüllung der staatlichen Industriepolitik veranlasst werden, Kredite zu vergeben, was jedoch im Widerspruch zur Streichung des § 41 Abs. 2 GBG 1995 steht.

Große Erwartungen richteten sich im Vorfeld auf den § 43 GBG, in dem die Trennung zwischen dem Banken- und Nichtbankensektor niederlegt ist. Nachdem der US-amerikanische Glass-Steagall Act, welcher als Vorbild für das chinesische Trennbankensystem gilt, 1999 aufgehoben wurde, setzte man ebenfalls große Hoffnung auf die Aufhebung bzw. Abmilderung dieser Vorschrift in China. Doch auch die revidierte Fassung des Geschäftsbankengesetzes hält an der Funktionstrennung fest, lässt aber mit dem Zusatz „soweit der Staat nichts anderes bestimmt“ eine Hintertür für eine zukünftige Aufhebung bzw. Lockerung. Erwartet wurde die Streichung auch im Hinblick auf den WTO-Beitritt und den internationalen Trend zu Universalbanken, die

einen Komplett-Service anbieten. Von offizieller Seite wird die Entscheidung mit den Risiken für das Finanzsystem und dem niedrigen Niveau der Finanzaufsicht begründet. Folglich sei nur eine allmähliche Aufhebung unter strengen Auflagen möglich.¹³³ Außerdem wird nunmehr von Wertpapiergeschäften anstatt von Aktiengeschäften gesprochen, was möglicherweise in Anpassung an die Entwicklungen im Banken- und Finanzsektor erfolgt ist.

Im Zuge der Revision erlaubt das Gesetz den Geschäftsbanken explizit auch Wechsel- und Scheckgeschäfte (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 GBG), den Handel mit Schuldverschreibungen des Kreditgewerbes (§ 3 Abs. 1 Nr. 7 GBG) und Bankkartengeschäfte (§ 3 Abs. 1 Nr. 10 GBG). Weiterhin ist es ihnen nach Genehmigung der PBC gestattet, Devisenverrechnungs- und Handelsgeschäfte auszuführen (§ 3 Abs. 2 GBG). Dies ist für viele enttäuschend, denn hierbei handelt es sich um bereits seit längerem gestattete Geschäfte, die zudem durch andere Rechtsvorschriften gedeckt sind.¹³⁴ Zwar besteht die Möglichkeit, sich weitere Geschäftstätigkeiten genehmigen zu lassen, aber ein Signal in Richtung WTO und Produktinnovation, wie bspw. Geschäfte mit Derivaten, wird damit nicht gegeben.

Unter Berücksichtigung der Basler Grundsätze verlangt das Gesetz von 2003, dass die Genehmigungsanforderung bereits bei Gesellschaftern mit einem Anteil von mindestens 5% des registrierten Kapitals oder bei Käufern von Anteilen i.H.v. mindestens 5% gelten soll; zuvor lag der Prozentsatz bei jeweils 10% (§§ 15, 24, 28 GBG).¹³⁵ Um die Verwertung von Sicherheiten nach § 42 Abs. 2 GBG zu erleichtern und an die Realität anzupassen, ist die Frist für die Verfügung über Anteilsrechte und Immobilien um ein Jahr auf zwei Jahre verlängert worden.¹³⁶ Außerdem wurde der Begriff „Aktien“ (股票) durch „Anteils- bzw. Aktionärsrechte“ (股权) ersetzt, da Aktien begrifflich als zu „eng“ gefasst betrachtet wurden.¹³⁷ In Anlehnung an die

¹³⁰ Siehe hierzu HUANG Tao, Die Revision des Geschäftsbankengesetzes hat den Raum für die Reform und Entwicklung der Geschäftsbanken erweitert (商业银行法的修改进一步托起了商业银行改革和发展的空间), in: China Finance (中国金融) 2004, Nr. 4, S. 49.

¹³¹ Siehe Bericht der Arbeitsgruppe, a.a.O. (Fn. 77).

¹³² 审慎性条件.

¹³³ Huang zufolge habe China angesichts der veränderten Tendenzen in den entwickelten Ländern und der Erfordernis, die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzgewerbes anzuheben, keine andere Wahl, als sich früher oder später diesem Trend zu beugen, allerdings müsse man dabei die „Verhältnisse“ des chinesischen Finanzsystems berücksichtigen und eine schrittweise Umwandlung vornehmen, vgl. HUANG Tao, a.a.O. (Fn. 130), S. 49. Für eine ausführlichere Erläuterung der offiziellen Position siehe DUAN Jinglian, a.a.O. (Fn. 87), S. 108f. und JIANG Qiangui, a.a.O. (Fn. 91), S. 19.

¹³⁴ Nach Huang handelt es sich vielmehr um einen Nachtrag, der aber im Hinblick auf eine konsistente Bankengesetzgebung durchaus angebracht ist, siehe dazu HUANG Tao, a.a.O. (Fn. 130), S. 49.

¹³⁵ Zwar liegen die Prozentsätze der Basler Grundsätze zwischen 5% und 10%, aber in Anbetracht der Verhältnisse in China wollte man größere Strenge walten lassen und hat sich für die untere Grenze entschieden, vgl. ZHOU Kunren, Bericht über die Änderungen des Entwurfes des Geschäftsbankengesetzes der VR China durch die Rechtskommission des NVK (全国人大法律委员会 中华人民共和国商业银行法修正案 (草案) 修改情况的汇报) v. 23.10.2003, in: Chgb. 2004, Nr. 1, S. 16.

Basler Grundsätze wird von den Geschäftsbanken erstmalig verlangt, dass sie ein System des Risikomanagements und der internen Kontrolle schaffen sollen (§ 59 GBG). Liu und Chen bezeichnen diese beiden Bereiche als „inneren Druck“, also als eine Reform aus den Banken selbst heraus. Ihrer Ansicht nach ist dies die wichtigste Herausforderung der Geschäftsbankenreform.¹³⁸ Hiermit wird die Eigenkontrollpflicht der Geschäftsbanken hervorgehoben, die durch weitere Vorschriften ergänzt wurde bzw. noch werden soll.¹³⁹ Insgesamt wurde dem Aspekt Sicherheit bzw. Schutz vor Risiken in allen drei Gesetzen große Aufmerksamkeit geschenkt, was sich auch in der Änderung der Reihenfolge der Geschäftsprinzipien äußert. Nunmehr steht die Sicherheit vor den Zielen Liquidität und Effizienz. Dies mag unbedeutend erscheinen, aber die Auseinandersetzung damit lässt auf ein verändertes Verständnis von der Bedeutung der Bankenregulierung schließen.¹⁴⁰ Demgegenüber steht die Position jener, die davor warnen, dass zuviel Sicherheit für die Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit der Finanzinstitute schädlich sei und die daher für einen Ausgleich zwischen beiden Polen plädieren.¹⁴¹

Die umfangreichsten Änderungen sind in Kapitel 8 zu finden, welches sich mit der gesetzlichen Verantwortung befasst, wobei auch die revidierte Fassung fast ausschließlich verwaltungsrechtliche Sanktionen kennt. Daneben wird auf das Strafrecht verwiesen. Das Gesetz führt in sehr detaillierter Form die Tatbestände auf und normiert, wie sie geahndet werden (§§ 73-83 GBG). Für gewöhnlich werden Gesetzesverletzungen einer Geschäftsbank mit der Aufforderung zur Berichtigung, Geldbußen und ggf. der Rückzahlung des zu unrecht erworbenen Ertrages geahndet, wobei zwischen einem Betrag unter bzw. über RMB 500.000 unterschieden wird. In schwerwiegenderen Fällen muss mit der Einstellung und Sanierung des Betriebs bzw. mit

Lizenzentzug gerechnet werden. Wenn es sich dagegen um eine Straftat handelt, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung verfolgt. Bei Verstößen seitens der Beschäftigten richtet sich die Strafe (Disziplinarstrafe oder strafrechtliche Verantwortung) nach der Schwere des Vergehens (§§ 84-88 GBG). In allen Fällen wird genau geregelt, welche der beiden Aufsichtsbehörden für die entsprechende Gesetzesübertretung zuständig ist. Insgesamt kann festgestellt werden, dass mehr Tatbestände aufgeführt werden, die eine Verwaltungsstrafe oder eine Disziplinarstrafe nach sich ziehen und dass in der Regel die Bußgelder höher ausfallen.

III. Weitere Reformschwerpunkte

1. Rekapitalisierung und Intensivierung aufsichtlicher Vorschriften¹⁴² und Anforderungen

Nach den bereits erwähnten Finanzspritzen der Jahre 1997-99 und der Übertragung notleidender Kredite an die AMCs 1999-2000 ist am 31.12.2003 eine erneute Kapitalzufuhr als Bestandteil des Anfang Dezember 2003 vom Staatsrat angekündigten Reformpaktes für die „vier Großen“ erfolgt. Eine Kapitalerhöhung spielt bei der Sanierung der Banken eine wichtige Rolle, um die Zielvorgaben hinsichtlich der Mindestkapitalanforderung von 8% gemäß den internationalen Standards und § 39 Abs. 1 Nr. 1 GBG zu erreichen und einen beschleunigten Abbau der notleidenden Kredite zu ermöglichen. Dafür griff die Regierung auf die gut US\$ 400 Mrd. schweren Devisenreserven zurück, um die Bilanzen der BOC und der CCB mit jeweils US\$ 22,5 Mrd. aufzubessern. Diese beiden Banken sind als Vorreiter für die Reform der Staatsbanken ausgewählt worden, die sich auf einen Börsengang 2005 vorbereiten.¹⁴³ Im Vergleich zur Rekapitalisierung von 1998 hat man diesmal eine andere Transaktionsmethode gewählt, um das Problem der Moral Hazard gering zu halten. Anstatt das Kapital direkt in die entsprechenden Banken zu „injizieren“, hat man den Umweg über die Gründung einer Zweckgesellschaft, der Zentralen Huijin Investitionsgesellschaft¹⁴⁴ (Central Huijin Investment Co. Ltd., im Folgenden Central Huijin), genommen. Nach den Angaben von Lo Chi transferiert die PBC die Devisen an die Central Huijin, die dann mit dem Kapital Anteilsscheine an den beiden Banken erwirbt.¹⁴⁵

¹³⁶ Zur Diskussion um eine zeitliche Begrenzung siehe ZHOU Kunren, a.a.O. (Fn. 135), S. 16. Huang weist daraufhin, dass die zeitliche Begrenzung verhindere, dass Banken in zu großem Maße Immobilien und Aktien besitzen, was ihre Liquidität mindere und die Gefahr berge, damit unerlaubte Geschäfte zu betreiben, vgl. HUANG Tao, a.a.O. (Fn. 130), S. 49.

¹³⁷ Siehe hierzu DUAN Jinglian, a.a.O. (Fn. 87), S. 108.

¹³⁸ Siehe dazu LIU Zehua/Chen Yun, Mit Hilfe von Gesetzen ein vollständiges Risiko- und internes Kontrollsystem für die Geschäftsbanken aufbauen (以法健全商业银行风险管理与内控制度), in: China Finance (中国金融) 2004, Nr. 4, S. 46.

¹³⁹ Z.B. die „Leitlinien für die interne Kontrolle der Geschäftsbanken“ vom 18.9.2002 (Fn. 117).

¹⁴⁰ Zur Auseinandersetzung mit dem Sicherheitsaspekt vgl. HUANG Tao, a.a.O. (Fn. 130), S. 48.

¹⁴¹ Nach Wang und Bian gibt es zu viele Wettbewerbsbeschränkungen im chinesischen Finanzsystem und in der Bankengesetzgebung. Jedoch kommen auch sie zu dem Schluss, dass nur eine graduelle Finanzmarktliberalisierung gangbar ist, vgl. WANG Xin/Bian Xiangping, Effizienzkriterien im Bankenrecht und Wettbewerbsregulierung der Banken (银行法的效率目标与银行竞争规制), in: Law Review (法学评论) 2004, Nr. 5, S. 55ff.

¹⁴² „Aufsichtliche Vorschriften“ werden hier als Übersetzung von „prudential regulations“ verwendet, welche aus der offiziellen deutschen Version der Basler Grundsätze stammt, vgl. Basler Grundsätze, a.a.O. (Fn. 102).

¹⁴³ Mittlerweile hat die Regierung auch der ICBC US\$ 15 Mrd. zugeführt, was weniger ist, als viele Beobachter erwartet hatten, vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung, v. 20.5.2005.

Ferner hat die CBRC den vier staatlichen Geschäftsbanken gestattet, Nachranganleihen in einem Gesamtvolumen von US\$ 36 Mrd. auszugeben, was eine Erhöhung des haftenden Eigenkapitals zur Folge hätte.¹⁴⁶ Der Aufforderung ist die BOC im Juli 2004 gefolgt, indem sie Anleihen in Höhe von RMB 14,07 Mrd. begeben hat.¹⁴⁷ Um die Finanzstabilität der Banken darüber hinaus zu verbessern, wäre eine Steuerreform notwendig, die die unverhältnismäßig hohe direkte und indirekte Besteuerung der Banken reduziert. Derzeit unterliegen die inländischen Banken einer Körperschaftssteuer von 33% und einer Unternehmenssteuer von 5% sowie weiteren Sondersteuern oder Zusatzabgaben wie bspw. die Sondersteuer auf Bildung.¹⁴⁸ Demgegenüber werden ausländische Banken lediglich mit einer Körperschaftssteuer von 15% belastet.¹⁴⁹ Ohne eine deutliche Steuerentlastung werden die Banken keinen Anreiz haben, profitabler und damit effizienter zu arbeiten.

2. Stärkung der aufsichtlichen Vorschriften und Anforderungen seitens der Bankenaufsichtsbehörde:¹⁵⁰

Wie mehrfach erwähnt, ist das Problem der notleidenden Kredite eines der größten Herausforderungen, die es zu bewältigen gilt. Die bisher genannten Maßnahmen (AMCs, Rekapitalisierung, Steuerreform) sind wichtige Ansätze zur Verringerung des Bestandes. Daneben ist die Verhinderung von neuen Verlust-Krediten entscheidend, wenn nicht gar von größerer Bedeutung. Daher werden

im Folgenden zwei hierfür relevante Aspekte betrachtet: Zum einen handelt es sich um regulatorische Vorgaben, die gewisse Anforderungen an eine angemessene und umsichtige Geschäftsführung stellen. Zum anderen geht es darum, eine ganz neue Kreditvergabekultur zu schaffen, die sich ausschließlich an wirtschaftlichen Zielen orientiert.

Neben der Stärkung der Aufsichtsstrukturen sind aufsichtsrechtliche Vorschriften und Erfordernisse an die Kontrolle von Risiken im Zusammenhang mit Bankgeschäften von großer Wichtigkeit. Hierunter fallen v.a. Anforderungen im Hinblick auf die Höhe des Eigenkapitals, Rückstellungen für Forderungsverluste, Risikokonzentrationen, Vermögensliquidität, Risikomanagement und interne Kontrollen, die in Anlehnung an die Basler Grundsätze als „Regeln für die umsichtige Geschäftsführung“ in § 21 BAG aufgelistet werden.¹⁵¹

In dieser Hinsicht hat die CBRC bereits einige Anstrengungen unternommen, die den Willen der chinesischen Führung bekräftigen, ihre Banken auf eine solide Basis zu stellen und sich internationalen Standards anzunähern. Ein zentrales Element stellen hierbei die „Maßnahmen zur Verwaltung der Mindestkapitalanforderung von Geschäftsbanken“¹⁵² (im Folgenden Maßnahmen zur Mindestkapitalanforderung) vom 23.2.2004 dar. Diese Bestimmung ist zwar nicht die erste Konkretisierung der Eigenkapitalanforderung, aber sie ist eine der technisch anspruchsvollsten Vorschriften in der VR China überhaupt.¹⁵³ Sie basiert zum einen auf der Mindestkapitalanforderung nach der „Basler Eigenkapitalvereinbarung“¹⁵⁴ (Basel I), welche im Prinzip der Säule 1 der „Neuen Basler Eigenkapital-

¹⁴⁴ 中央汇金投资有限责任公司. Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der Central Huijin setzen sich aus Angestellten des Finanzministeriums, der SAFE und der PBC zusammen. Der Vorstandsvorsitzende ist zugleich Vizepräsident der PBC und Chef der SAFE, Guo Shuqing, vgl. CHANG Jian, Eine rechtliche Analyse der Verwendung von Devisenreserven zur Kapitalerhöhung der staatlichen Geschäftsbanken (外汇储备注资国有商业银行的法律分析), in: Science of Law (法学科学) 2004, Nr. 4, S. 95.

¹⁴⁵ Siehe CHI Lo, Bank Reform. How much time does China have?, in: The China Business Review, 2004, March-April, S. 33. Als Anteilseigner soll die Central Huijin die beiden Staatsbanken bei ihrem Gang an die Börse unterstützen, vgl. dazu PEI Guifen/Sayuri Shirai, a.a.O. (Fn. 69), S. 17. Auch soll der Außenwert des RMB nicht durch den Transfer an die Banken beeinflusst werden, vgl. Thomas A. Lange, a.a.O. (Fn. 24), S. 517f.

¹⁴⁶ Siehe hierzu Thomas A. Lange, a.a.O. (Fn. 24), S. 58. Entsprechende „Maßnahmen zur Ausgabe von Nachranganleihen durch die Geschäftsbanken“ (商业银行次级债券发行管理办法) wurden am 22.6.2004 erlassen, siehe unter: <http://www.cbrc.gov.cn/english/module/viewinfo.jsp?infoID=906>.

¹⁴⁷ Siehe Margot Schüller, Quote der uneinbringlichen Kredite der Banken geht zurück, in: CHINA aktuell, Oktober 2004, S. 1100.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu, a.a.O. (Fn. 35), S. 83. und Steven Barnett, a.a.O. (Fn. 4), S. 49. Lardy verweist darauf, dass eine unterschiedliche steuerliche Behandlung zwischen den Banken-Kategorien („vier Großen“, Aktien-Geschäftsbanken) bestehe, siehe Nicholas R. Lardy, a.a.O. (Fn. 8), S. 170ff.

¹⁴⁹ In den verschiedenen Sonderzonen bestehen unterschiedliche Steuervergünstigungen für ausländische Banken. Im Allgemeinen liegt die Körperschaftssteuer aber bei 15%, vgl. CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu, a.a.O. (Fn. 35), S. 83.

¹⁵⁰ Zum Teil stammen die nachfolgenden Vorschriften noch von der PBC in ihrer Funktion als Regulierungsbehörde.

¹⁵¹ Vgl. hierzu auch Fn. 116-117 dieser Arbeit. Für die Berücksichtigung von Risiken insbesondere bei Kreditgeschäften siehe WANG Yiping, Abhandlung über die Verhinderung von Risiken bei Kreditgeschäften der staatlichen Geschäftsbanken (论国有商业银行信贷资产运营的风险防范), in: China Legal Science (中国法学) 2004, S. 190.

¹⁵² 商业银行资本充足率管理办法 vom 23.2.2004, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 18 (2004), Nr. 3, S. 32-63.

¹⁵³ Bereits in „Leitlinien zur Verwaltung der Aktiv-Passiv-Relationen (versuchsweise Durchführung)“ (商业银行实行资产负债比例管理暂行控制指引) vom 15.2.1994, die allerdings ersetzt wurden, siehe Notiz unter: http://www.chinaacc.com/fagui/2004_1/4010215310698.htm, lassen sich erste Anweisungen zur Eigenkapitalunterlegung von mindestens 8% sowie zum Kern- und Ergänzungskapital finden. Das Geschäftsbankengesetz von 1995 greift nur die 8%-Norm auf. Erst die „Maßnahmen zur Überwachung, Messung und Kontrolle der Anforderung für die Relation von Aktiva und Passiva“ (商业银行资产负债比例管理监控, 监测指标和考核办法), einschließlich ihrer Anhänge, vom 12.12.1996, siehe unter: http://www.chinaacc.com/fagui/2003_12/3122216285318.htm, enthalten detaillierte Regelungen zur Eigenkapitalanforderung gemäß Basel I; jedoch ohne eine konkrete Zeitvorgabe zu machen, vgl. CHEN Jin, Capital adequacy of Chinese banks: Evaluation and enhancement, in: Journal of International Banking Regulation, Vol. 4 (2003), Nr. 4, S. 321f.

¹⁵⁴ Der vollständige Name des Dokuments lautet „Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen“ von 1988, welches in den darauffolgenden Jahren mehrfach ergänzt wurde, deutsch siehe unter: <http://www.bis.org/publ/bcbs04ade.pdf> und <http://www.bis.org/publ/bcbs23de.pdf> (Änderung von 1996).

vereinbarung“¹⁵⁵ (Basel II) entspricht, und zum anderen auf der Säule 2 (aufsichtsrechtliche Überprüfungsverfahren) und der Säule 3 (Marktdisziplin) gemäß Basel II. Die CBRC begründet die Nichtberücksichtigung des internen Ratingverfahrens und der operationellen Risiken der Säule 1 nach Basel II damit, dass diese die Risikosensibilität der Banken nur marginal verbessern und stattdessen die Kapitalanforderung des Bankensektors zusätzlich erhöhen würden. Zudem zielten diese Aspekte in erster Linie auf international tätige Banken, was in den meisten Fällen nicht auf die chinesischen Geschäftsbanken zutraf. Auch seien die Banken frühestens in einigen Jahren soweit, diese Anforderungen umsetzen zu können.¹⁵⁶ Positiv ist die Aufhebung des Vorzugsstatus für Nicht-Banken-Finanzintermediäre (im Folgenden NBFIs) und große Staatsunternehmen bei der Risikobewertung zu sehen. Dies wird für eine einheitlichere Behandlung zwischen Staatsunternehmen und Privatunternehmen bei der Kreditvergabe sorgen.¹⁵⁷ Kurzfristig wird sich infolge der Einführung dieser Bestimmung die Eigenkapitalausstattung der Banken verringern, was jedoch nur einer besseren Abbildung der tatsächlichen Situation entspricht. Die Maßnahmen geben den Bankinstituten jedoch auch die Möglichkeit, durch die Ausgabe von Wandelanleihen und langfristigen Nachranganleihen ihr Ergänzungskapital und damit ihre Kapitalbasis insgesamt zu vergrößern.¹⁵⁸

Im Rahmen einer verbesserten Kreditüberwachung spielen, neben der risikobasierten Kreditbewertung und den Darlehensregeln, die „Leitlinien für die Kalkulation von Rückstellungen für Bankkreditverluste“¹⁵⁹ (im Folgenden Rückstellungsleitlinien) eine wichtige Rolle. Sie sehen drei Kategorien von Rückstellungen vor: 1. allgemeine (eine Art Pauschale in Höhe von 1% auf alle ausstehenden Kredite), 2. klassenspezifische (gemäß dem

fünfstufigen Kreditklassifizierungssystem in 0%, 2%, 25%, 50% und 100% gestaffelt) und 3. spezielle (nach eigenständiger Bewertung für Forderungsverluste bspw. für bestimmte Länder oder Industriezweige) (§§ 2-6 Rückstellungsleitlinien). Die Vermeidung von Risikokonzentrationen im Sinne von Forderungskonzentrationen ist u.a. in den „Leitlinien für die Durchführung eines einheitlichen Kreditvergabesystems von Geschäftsbanken“¹⁶⁰ und in der Vorschrift bzgl. der Begrenzung der Kreditsumme eines einzelnen Kreditnehmers (§ 39 Abs. 1 Nr. 4 GBG) enthalten.

Ebenso lassen sich zur Sicherung der Vermögensliquidität verschiedene Vorgaben finden, wie bspw. die Steuerung der Bilanzrelationen (§ 39 Abs. 1 Nr. 1-4 GBG), die Anforderungen zum registrierten Kapital (§ 13 GBG), die Reservehaltungsvorschriften (§ 32 GBG) oder die Maßnahmen zur Eigenkapitalanforderung. Damit soll sichergestellt werden, dass die Banken über ausreichend Eigenmittel und Reserven verfügen, um die Risiken ihrer Geschäfte absorbieren zu können.

Der Umfang der internen Kontrolle ist sehr weitreichend und eng mit dem Risikomanagement verbunden, wie die „Leitlinien für die interne Kontrolle der Geschäftsbanken“¹⁶¹ (im Folgenden Leitlinien für die interne Kontrolle) vom 19.9.2002 zeigen. Hierbei werden die Bankinstitute aufgefordert, Mechanismen zur Überprüfung sämtlicher Abläufe, Geschäfte und Abteilungen zu schaffen.¹⁶² Laufende interne Kontrollen sowie eine funktionierende interne Revision werden für die Banken bei der Kommerzialisierung von zunehmender Bedeutung sein.

In den letzten Jahren hat die Bedeutung des Risikomanagements zugenommen, was sich in seiner Berücksichtigung in zahlreichen Bestimmungen niederschlägt. Dabei ist der Umfang größer und das Verfahren zur Messung der Risiken immer komplexer geworden. So wird in den Maßnahmen zur Mindestkapitalanforderung die Kalkulation verschiedener Risiken, wie bspw. von Kreditrisiken und operationellen Risiken, verlangt. Eine ähnliche Vorgabe findet sich in der Errichtung eines Mana-

¹⁵⁵ Die „Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen. Eine überarbeitete Rahmenvereinbarung“ (Basel II) stammt vom 26.6.2004, deutsch siehe unter: <http://www.bis.org/publ/bcbs107ger.pdf>. Für eine vergleichende Bewertung vgl. u.a. Dieter Fritz-Aßmus/Egon Tuchtfeldt, Basel II als internationaler Standard zur Regulierung von Banken, in: ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 54 (2003), S. 269-288 und Herrmann Schulte-Mattler/Ulrich von Kenne, Basel II Framework. Meilenstein der Bankenaufsicht, in: Die Bank, 2004, Nr. 9, S. 37ff.

¹⁵⁶ Siehe hierzu Michael G. DeSombre/CHEN Weiheng, New Capital Rules Bring China's Banking Regulation up to Global Standards, in: CLP, Vol. 18, Nr. 3, S. 12 und Stefan Brehm/Christian Macht, a.a.O. (Fn. 109), S. 324f.

¹⁵⁷ Vgl. Michael G. DeSombre/CHEN Weiheng, a.a.O. (Fn. 156), S. 13f.

¹⁵⁸ Nach Chen ist diese Möglichkeit bereits in den Maßnahmen zur Überwachung, Messung und Kontrolle der Aktiv-Passiv-Relation von 1996 (Fn. 153) gegeben; es gibt allerdings keine bestätigte Information darüber, dass diese jemals angewandt wurden, vgl. CHEN Jin, a.a.O. (Fn. 153), S. 324f. Für die Umsetzung von Basel I bzw. II im chinesischen Recht vgl. CHEN Jin, a.a.O. (Fn. 153), S. 320f., Stefan Brehm/Christian Macht, a.a.O. (Fn. 109), S. 316ff. und Michael G. DeSombre/CHEN Weiheng, a.a.O. (Fn. 156), S. 12ff.

¹⁵⁹ Bankkreditverluste, in: Die Bank, 2004, Nr. 9, S. 37ff.

¹⁶⁰ 商业银行实施统一授信制度指引 vom 20.1.1999, siehe unter: http://www.chinaacc.com/fagui/2003_12/3121311041538.htm.

¹⁶¹ 银行内部控制指引 (Fn. 117). Als Vorläufer können die „Grundsätze zur Stärkung der internen Kontrolle von Finanzinstituten“ (加强金融机构内部控制的指导原则) vom 16.5.1997, siehe unter: <http://www.chinaacc.com/fagui/jrfq/20805115811.htm>, betrachtet werden.

¹⁶² Um einen Eindruck vom Regelungsumfang zu erhalten, nachfolgend eine Auflistung der zehn Kapitel: 1. Allgemeine Regeln, 2. Basisanforderungen an die interne Kontrolle, 3. Interne Kontrolle der Kreditvergabe, 4. Interne Kontrolle bei Finanzgeschäften, 5. Interne Kontrolle bei Einlagen- und Privatkundengeschäften, 6. Interne Kontrolle bei Vermittlungsgeschäften, 7. Interne Kontrolle bei der Rechnungslegung, 8. Interne Kontrolle des elektronischen Informationssystems, 9. Überwachung und Berichtigung der internen Kontrollen, 10. Ergänzende Regeln.

gementsystems zur Erkennung, Messung und Kontrolle von diversen Risiken in den Leitlinien für die interne Kontrolle.¹⁶³ Weiterhin ist dieser Aspekt in den „Leitlinien für das Risikomanagement von außerbilanziellen Geschäften von Geschäftsbanken“¹⁶⁴ enthalten. Wichtig sind in diesem Zusammenhang auch die Grundsätze für die Kreditklassifizierung, die 1998 versuchsweise eingeführt und endgültig am 1.2.2002 in Kraft getreten sind, als Grundlage für die Messung und Analyse von Kreditrisiken zu sehen. In diesem Sinne, aber noch weiter gehend sind die „Vorläufigen Maßnahmen für die Überwachung und Bewertung von notleidenden Vermögenswerten der Geschäftsbanken“¹⁶⁵ vom 25.3.2004, da sie nicht nur das Problem der faulen Kredite, sondern auch das anderer verlustträchtiger Aktiva (bilanzwirksame und außerbilanzielle Positionen) einschließen. Ausführlich werden die für die Überwachung, Analyse und Bewertung relevanten Angaben beschrieben und klare Fristen zur Übermittlung von Daten und Informationen an die CBRC vorgegeben. Es fehlt jedoch eine genaue Definition der unter die jeweiligen Vermögenswerte-Gruppen fallenden Posten. Verstärkt werden die Anforderungen an das Risikomanagement durch die Offenlegungserfordernis von eingegangenen und erwarteten Risiken in den „Vorläufigen Maßnahmen zur Offenlegung von Informationen durch die Geschäftsbanken“¹⁶⁶ von 2003.

Allerdings sind aufsichtsrechtliche Vorschriften allein nicht ausreichend; vielmehr müssen sie mit einem grundlegend neuen Verständnis bankbetrieblicher Kreditentscheidungsprozesse und einer Verbesserung der Corporate Governance einhergehen.¹⁶⁷ Es bestehen bereits angemessene Kreditvergabekriterien, die aber nicht mit übertriebenen Vorsichtsmaßnahmen oder einer Kreditdrosselung zu verwechseln sind und strikt ohne politische oder sonstige Beeinflussungen umgesetzt werden müssen.¹⁶⁸ Denn trotz der Abschaffung des Kreditplans 1998 unterliegen die Banken den informellen „Anweisungen“, so dass man nicht von einer auto-

nomen und entpolitisierten Kreditentscheidung sprechen kann.¹⁶⁹ Neben externen Maßnahmen, wie dem Aufbau eines Kreditinformationssystems und der Zulassung von nationalen Rating-Agenturen, besteht eine wesentliche Aufgabe darin das Bankpersonal dahingehend zu qualifizieren, dass es selbständig Risiken bewerten kann. Hierzu bedarf es der Entwicklung einer neuen Kreditvergabekultur, die einzig von der Abwägung zwischen dem Risiko und dem Ertrag bestimmt wird. Damit die Kreditinstitute auf einer kommerziellen Basis wirtschaften können, ist zudem ein gewisser Grad an Autonomie bei der Festsetzung der Zinssätze erforderlich. Ein Schritt in diese Richtung erfolgte im Dezember 2003, als die Kreditzinsen weiter gelockert wurden.¹⁷⁰ Dies wird den kleinen und mittleren Unternehmen sowie den Privatunternehmen, die als die dynamischsten Sektoren in China gelten, den Zugang zu Bankkrediten erleichtern.¹⁷¹ Bisher zogen die Banken es vor, an Betriebe mit staatlicher „Rückendeckung“ Kredite zu vergeben, da sie die für sie höheren Risiken bei der Kreditvergabe an nicht-staatliche Unternehmen nicht mit einer angemessenen Preisbewertung (Zinsen) kompensieren konnten. Im Rahmen der Erhöhung der Leitzinsen Ende Oktober 2004 hat die PBC zugleich die Bandbreiten für Kreditzinssätze vergrößert. Nach Angaben der PBC werde „im Prinzip“ die Obergrenze für Kreditzinsen aufgehoben, wohingegen die Untergrenze mit maximal 90% unter dem Leitzins unverändert bleibt. Über die Auswirkungen dieser für die Banken bedeutsamen Ankündigung ist noch nichts bekannt.¹⁷²

¹⁶³ Bei den Risiken handelt es sich bspw. um Kredit-, Markt-, Liquiditäts-, operationelle Risiken oder andere Risiken (§ 11 Leitlinien für die interne Kontrolle).

¹⁶⁴ 商业银行表外业务风险管理指引 „vom 9.9.2000, chinesisch siehe unter: <http://www.chinaacc.com/fagui/jrfq/3117135618.htm>.

¹⁶⁵ 商业银行不良资产监测和考核暂行办法, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 18 (2004), Nr. 4, S. 48-55.

¹⁶⁶ 商业银行信息披露暂行办法 vom 15.5.2002, chinesisch in: Ggb. 2003, Nr. 6, S. 26-28.

¹⁶⁷ Die Bedeutung der Corporate Governance schlägt sich auch in den ersten rechtlichen Bestimmungen nieder: „Leitlinien für die Corporate Governance in Aktien-Geschäftsbanken“ (股份制商业银行公司治理指引) vom 4.6.2002, englisch siehe unter: <http://www.pbc.gov.cn/english/detail.asp?col=6800&ID=42> und „Leitlinien für die Corporate Governance und Überwachung über die BOC und CCB“ (中国银行, 中国建设银行公司治理监管指引) vom 11.3.2004, englisch siehe unter: <http://www.cbrc.gov.cn/english/module/viewinfo.jsp?infoID=560>.

¹⁶⁸ Zum Problem der Kreditdrosselung oder des sog. „Credit Crunch“ als Folge der Strafandrohung für Kreditsachbearbeiter siehe Mark L. Clifford, Mehr Transparenz und Rechenschaft im Finanzsystem Chinas, in: Laurence J. Brahm (Hrsg.), Chinas Jahrhundert: Die Zukunft der nächsten ökonomischen Supermacht hat bereits begonnen, Weinheim 2001, S. 382 und HUANG Daiwei, a.a.O. (Fn. 75), S. 38f.

¹⁶⁹ Siehe hierzu Carsten A. Holz/ZHU Tian, a.a.O. (Fn. 14), S. 82.

¹⁷⁰ Die Zinsspanne wurde auf 170% nach oben angehoben; nach unten hin ist sie bei 90% geblieben, vgl. Steven Barnett, a.a.O. (Fn. 4), S. 49.

¹⁷¹ Da der Anteil der Bankkredite, die von den großen Staatsbanken an den Privatsektor vergeben werden bislang gering ist, spielen in dem Sektor informelle Kredite (民间借贷) eine große Rolle, siehe HAN Wang-hong, Diskussion über die Revision des „Geschäftsbankengesetzes“, in: Economic Law and Labour Law (经济法学, 劳动法学) 2002, Nr. 5, S. 23. Für eine detaillierte Ausführung zum informal banking, siehe Kellee S. Tsai, Back-Alley Banking. Private Entrepreneurs in China, Cornell 2002.

¹⁷² Allerdings bleibt die Obergrenze (230% über dem Leitzins) für städtische und ländliche Kreditgenossenschaften bestehen, siehe hierzu <http://www.pbc.gov.cn/english/detail.asp?col=64000&id=454>.

3. Auslandsbeteiligungen und Börsennotierungen

Ein grundlegendes Problem der Banken ist ihre Unterkapitalisierung. Neben der Rekapitalisierung und der Übertragung von Problemkrediten an die AMC's stellen die Zulassung ausländischer Beteiligungen und die Notierung an in- und ausländischen Börsen attraktive Alternativen der Kapitalbeschaffung dar, die zudem den Staatshaushalt nicht belasten. Auch erhofft sich die Regierung durch einen umfassenden Transfer bankbetrieblichen Know-hows und von Management-Erfahrungen, die Profitabilität der Banken steigern zu können.

a. Auslandsbeteiligungen

Lange Zeit war die Beteiligung ausländischer Finanzinstitute an chinesischen Finanzinstituten verboten bzw. nur in geringem Umfang gestattet.¹⁷³ Die Regierung ist sich bewusst, dass China die Finanzlast für die Sanierung der Banken nicht allein tragen kann. Zwar ist die Zulassung privater Investoren denkbar, allerdings wird dies angesichts des gewaltigen Kapitalbedarfs kaum ausreichen. Folglich gehören die Bestrebungen, ausländische Kapitalanleger in das chinesische Bankensystem zuzulassen, derzeit zu den erfolgversprechendsten Reformvorhaben. Zu diesem Zweck hat die CBRC am 8.12.2003 neue, weit reichende „Investitionsmaßnahmen“ erlassen, um strategische Beteiligungen ausländischer Finanzinstitute an inländischen Finanzinstituten zu erleichtern.¹⁷⁴ Darin wird klar definiert, was unter einem „ausländischem Finanzinstitut“ zu verstehen ist. Darunter fallen sowohl internationale Finanzinstitutionen, wie bspw. die Weltbank, als auch Finanz-Holdinggesellschaften, Geschäftsbanken, Wertpapiergesellschaften, Versicherungen und Fondgesellschaften, die im Ausland registriert und errichtet worden sind, sowie ausländische Finanzinstitute, die von der CBRC anerkannt werden.¹⁷⁵ Zu den chinesischen Investitionsobjekten gehören Geschäftsbanken,

ländliche und städtische Kreditgenossenschaften, TICs, Finanzierungsgesellschaften (von Unternehmensgruppen), Finanzleasinggesellschaften und andere genehmigte inländische Finanzinstitute (§ 2 Investitionsmaßnahmen).¹⁷⁶ Hervorzuheben ist, dass in den Investitionsmaßnahmen zum einen die Obergrenze einer einzelnen ausländischen Beteiligung von 15% auf 20% angehoben worden ist (§ 8 Investitionsmaßnahmen) und zum anderen keine Obergrenze für das aggregierte Maximum für alle ausländischen Finanzinstitute zusammen benannt wird.¹⁷⁷ Ausschlaggebend ist nunmehr, ob es sich um Investitionen in ein börsennotiertes oder in ein nicht börsennotiertes Finanzinstitut handelt. Bei einer kumulierten ausländischen Beteiligung von 25% oder mehr in ein nicht börsennotiertes Kreditinstitut wird das inländische Kreditinstitut wie ein ausländisches behandelt. Handelt es sich dagegen um ein gelistetes Finanzinstitut, behält es weiterhin den Status eines inländischen Finanzinstituts (§ 9 Investitionsmaßnahmen).¹⁷⁸ Es besteht auch die Möglichkeit, bereits erworbene Anteile bzw. Investitionen zu erhöhen (§ 16 Investitionsmaßnahmen).

Die Neuerung in dieser Bestimmung liegt nicht darin, dass die enthaltenen Anforderungen an ausländische Investoren gelockert worden sind, sondern in der expliziten Normierung der Voraussetzungen für ausländische Finanzinstitute (§ 7 Investitionsmaßnahmen).¹⁷⁹ Durch eine Beteiligung an einem inländischen Finanzinstitut ergibt sich für die ausländischen Finanzinstitute, dass sie zu Gesellschaftern und damit zu Miteigentümern werden. Da auch nach 2006 zu erwarten ist, dass die Gründungsaufgaben für Auslandsbanken restriktiv bleiben und sogar durch zusätzliche Vorschriften zur Durchführung von RMB-Geschäften behindert werden, sehen viele ausländische Finanzinstitute eine solche Investition als eine gute Strategie.

¹⁷³ Dies scheint nicht konkret in einer Bestimmung o.ä. niedergelegt zu sein, sondern beruht auf der Regelung im Geschäftsbankengesetz von 1995, wonach eine Beteiligung von 10% und mehr an einer Geschäftsbank einer Genehmigung durch die PBC bedurfte. Ferner stammt die Erkenntnis aus den bisher genehmigten Transaktionen; danach scheint die Höchstgrenze für einen einzelnen ausländischen Investor bei 10% zu liegen und die aller ausländischen Investoren zusammen bei knapp unter 25%, vgl. *Christina Choi/Carmen Kan*, Giving a Boost to Foreign Equity Participation in Domestic Financial Institutions, in: CLP, Vol. 18 (2004), Nr. 2, S. 11.

¹⁷⁴ „Maßnahmen zur Verwaltung der Investitionen und des Anteilserwerbs von ausländischen Finanzinstituten an inländischen Finanzinstituten“ (im Folgenden Investitionsmaßnahmen) (境外金融机构投资入股中资金融机构管理办法), chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 18 (2004), Nr. 1, S. 40-44.

¹⁷⁵ Dies bedeutet also, dass Auslandsbanken und andere ausländische Finanzinstitute in China davon ausgeschlossen sind. Dagegen werden Finanzinstitute aus Hong Kong, Macau und Taiwan auch als ausländisch betrachtet (§ 17 Investitionsmaßnahmen).

¹⁷⁶ Die Maßnahmen sind nicht auf den Erwerb von handelbaren Anteilen in gelisteten inländischen Finanzinstituten durch sog. qualifizierte ausländische institutionelle Investoren (QFIIs) und auf ausländische Investitionen in Auto-Finanzierungsgesellschaften anwendbar (§§ 18,19 Investitionsmaßnahmen).

¹⁷⁷ Der South China Morning Post v. 20.10.2005 zufolge gilt jedoch weiterhin die 25%-Grenze.

¹⁷⁸ Die Begrenzung auf unter 25% lag ganz im Sinne der ausländischen Investoren, denn dadurch wurde das inländische Finanzinstitut weiterhin wie ein inländisches behandelt, sah sich mit weniger strengen Regulierungen konfrontiert und genoss zudem einen größeren Freiraum in seinen Geschäften, siehe *Christina Choi/Carmen Kan*, a.a.O. (Fn. 173), S. 11.

¹⁷⁹ Z.B. muss die ausländische Institution eine Bilanzsumme von US\$ 10 Mrd. bzw. US\$ 1 Mrd. im vorangegangenen Jahr vorweisen, um in eine chinesische Geschäftsbank bzw. in ein NBFI investieren zu können (§ 7(1) Investitionsmaßnahmen). Die „Vorläufigen Vorschriften für die Investition und den Anteilserwerb an Finanzinstituten“ (向金融机构投资入股的暂行规定) vom 21.9.1994, chinesisch siehe unter: http://www.chinaacc.com/fagui/2004_7/407131534456.htm, gelten für alle inländischen Investoren, unabhängig davon, ob es sich um Finanzinstitute oder um Unternehmen handelt. Siehe hierzu auch *Christina Choi/Carmen Kan*, a.a.O. (Fn. 173), S. 12.

gie für einen Eintritt in den chinesischen Markt.¹⁸⁰ Zudem bietet eine strategische Partnerschaft die Möglichkeit, vom Filialnetz, den Refinanzierungsmöglichkeiten (Geldmarkt) und den „guanxi“ (Beziehungen) des chinesischen Partners zu profitieren und dadurch einen besseren Zugang zum Privatkundengeschäft zu erhalten.

b. Börsennotierungen

Der Gang an die Börse (Initial Public Offering, im Folgenden IPO) hat zweierlei Vorzüge: Zum einen ist er ein effektives Mittel zur Kapitalgewinnung und zum anderen werden die Banken dadurch der Kontrolle des Marktes unterworfen. Börsennotierte Unternehmen und Banken unterliegen den strengen Offenlegungs- und Bilanzierungsanforderungen der Wertpapieraufsichtsbehörden, was insbesondere auf den Zugang zu den Börsen im Ausland (New York und Hong Kong) zutrifft. Um als attraktives Investitionsobjekt zu gelten, müssen die Banken für mehr Transparenz sorgen, eine niedrige Quote an Problemkrediten und eine angemessene Kapitalausstattung vorweisen. Zu den Voraussetzungen für ein IPO gehören die Aktiengesellschaft als Unternehmensform sowie die Einhaltung weiterer Vorschriften, wie bspw. ein Mindestkapital von RMB 50 Mio. und die Gewinnerzielung in den letzten drei Jahren.¹⁸¹ Angesichts der hohen Mindeststammkapitalanforderung erfüllen überwiegend Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung die Zugangsvoraussetzungen. Als wichtigen Schritt zu mehr Transparenz für Börsennotierungen im Inland kann die Abschaffung des Quotensystems für die Börsenzulassung gewertet werden, da es dabei immer wieder zu politischen Entscheidungen bei der Zulassung von Unternehmen kam, d.h. die Wirtschaftlichkeit der betreffenden Betriebe zweitrangig war.¹⁸²

Kritiker halten der chinesischen Regierung oftmals vor, sie nutze den Aktienmarkt lediglich zur Beschaffung privater Finanzmittel, ohne jedoch ernsthaft Mehrheitsbeteiligungen zulassen zu wollen. In der Tat machen Staatsaktien und juristische Personen-Aktien (nicht handelbar) in der Regel ca. 60-80% aus, wobei die Staatsaktien den größeren Teil darstellen. Folglich sind nur 20-40% aller Aktien in Händen privater Investoren einschließ-

lich ausländischer B-Aktienhalter.¹⁸³ In den Aktiengesellschaftsbanken sind zumeist staatliche Unternehmen oder Lokalregierungen Mehrheitsaktionäre. Zwar kann man bei einem Listing am inländischen Markt von einer Teilprivatisierung sprechen, dies wird jedoch in den wenigsten Fällen ausreichen, um die Eigentumsfrage zu lösen und einen wirksamen Restrukturierungsprozess in Gang zu setzen.¹⁸⁴

Auch für die Restrukturierung der „vier Großen“ sind IPOs sowohl am Inlandsmarkt als auch an ausländischen Märkten (New York und Hong Kong) vorgesehen. Noch in diesem Jahr (2005) sollen sich die CCB und BOC als erste Kandidaten dafür vorbereiten.¹⁸⁵ Nach Angaben der CBRC haben die beiden Banken bereits im Dezember 2004 die organisatorische Restrukturierung in Aktiengesellschaften abgeschlossen.¹⁸⁶ Eine Mehrheitsbeteiligung, sowohl durch inländische als auch durch ausländische Investoren, ist bei den staatseigenen Geschäftsbanken nicht zu erwarten. Vielmehr wird eine leichte Diversifikation der Eigentumsverhältnisse - ähnlich wie bei den Aktien-Geschäftsbanken - angestrebt.¹⁸⁷ Angesichts zahlreicher bekannt gewordener Korruptionsfälle und der geringen Finanzkraft der beiden Banken, die als die „besten“ der vier Großbanken gelten, wird eine strategische Beteiligung einer oder mehrerer ausländischer Banken vor dem eigentlichen Börsengang in Betracht gezogen. Dadurch erhofft man sich, die Banken nicht nur finanziell, sondern auch organisatorisch und operationell auf internationalen Standard zu bringen.¹⁸⁸

¹⁸⁰ Zu den Zutrittsschranken zählen bspw., dass ein bestimmtes Betriebskapital verlangt wird oder der Zugang zum Interbankenmarkt auf einen bestimmten Prozentsatz begrenzt wird, vgl. *Syetarn Hansakul*, a.a.O. (Fn. 21), S. 5f.

¹⁸¹ Vgl. dazu u.a. § 152 des „Gesellschaftsgesetzes der VR China“ (im Folgenden GSG) (《中华人民共和国公司法》) vom 29.12.1993, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 8 (1994), Nr. 2, S. 7-55. Zu beachten ist die chinesische Sonderform einer Aktiengesellschaft im Staatseigentum gemäß dem § 81 GSG.

¹⁸² Mit der Aufhebung der Zulassungsquoten soll die Position der CSRC gestärkt werden, vgl. *Mark L. Clifford*, a.a.O. (Fn. 168), S. 386.

¹⁸³ In vielen Fällen befinden sich gut zwei Drittel der Unternehmensanteile in den Händen des Staates, der Angestellten oder juristischer Personen, die mit dem Unternehmen verbunden sind. Zu den Aktienkategorien und zur Aktionärsstruktur vgl. *Philip Cromberg*, Die Organisation der Aktiengesellschaft in China. Hamburg 2000, S. 56ff. und S. 71ff. und Knut B. Pißler, Chinesisches Kapitalmarktrecht, Tübingen 2004, S. 72.

¹⁸⁴ Zur Möglichkeit der Teilprivatisierung durch die Kapitalaufnahme an den chinesischen Börsen vgl. *Felix Lowinski/Eva Terberger*, Transformation im chinesischen Finanzsektor: Die Reform der staatlichen Banken zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Witten 2001, S. 26ff.

¹⁸⁵ Das IPO der CCB, mit US\$ 62,24 Mrd. das weltweit größte in den vergangenen vier Jahren, fand im Oktober 2005 mit einer anschließenden Notierung der Aktien der Bank an der Hongkonger Börse statt, siehe „Filled order books signal tough ride for CCB's debut“, in: *South China Morning Post* v. 27.10.2005.

¹⁸⁶ Vgl. *Margot Schüller*, Sanierung der nächsten zwei Großbanken, in: CHINA aktuell, Dezember 2004, S. 1309. Seit Beginn dieses Jahres gibt es gegensätzliche Meldungen über eine bevorstehende Börsennotierung in Hong Kong einerseits und über einen weiteren Aufschub der Börseneinführung in New York aufgrund der strengen Emissionsauflagen der New Yorker Börse und der bestehenden Defizite bei der BOC und CCB andererseits, siehe *Margot Schüller*, Keine Notierung für CCB und BOC an Auslandsbörsen?, in: CHINA aktuell, 2005, Nr. 1, S. 70f. und *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 20.5.2005. Die rechtliche Restrukturierung der ICBC soll bis Ende 2005 vollzogen sein, vgl. hierzu *Margot Schüller*, ICBC erhält ebenfalls Rekapitalisierungsspritze, in: CHINA aktuell, 3/2005, S. 64.

¹⁸⁷ Siehe hierzu *Cem Karacadag*, a.a.O. (Fn. 34), S. 167 und *Syetarn Hansakul*, a.a.O. (Fn. 21), S. 15.

4. Die Herausforderungen des WTO-Beitritts für den chinesischen Bankensektor

Die Öffnung des Bankensektors im Rahmen der WTO wird den Wettbewerbsdruck erhöhen, allerdings werden in der Realität nur wenige Großbanken oder multinationale Finanzkonzerne in der Lage sein, den chinesischen Banken echte Konkurrenz entgegenzusetzen. Trotz der von China gemachten Liberalisierungszusagen wird den ausländisch finanzierten Banken der Zutritt in den inländischen Markt aufgrund der hohen Gründungsauflagen erschwert. So muss die ausländische Stammbank gemäß der Ende 2001 revidierten „Verwaltungsbestimmungen für ausländische Finanzinstitute“¹⁸⁹ (im Folgenden VB für ausländische Finanzinstitute) für die Errichtung einer Filiale eine Bilanzsumme von mindestens US\$ 20 Mrd. und von mehr als US\$ 10 Mrd. für die Gründung einer 100%igen Tochterbank oder einer Joint-Venture Bank aufweisen. In allen drei Fällen muss seit mindestens zwei Jahren eine Repräsentanz bestehen (§§ 6-7 VB für ausländische Finanzinstitute). Jüngst wurde die einjährige Wartezeit für die Errichtung einer neuen Niederlassung aufgehoben und damit eine raschere Ausbreitung eines Filialnetzes ermöglicht.¹⁹⁰ Um eine Lizenz für das RMB-Geschäft zu erhalten, sind von den Finanzinstituten zusätzliche Voraussetzungen zu erfüllen: Sie müssen eine dreijährige Geschäftstätigkeit nachweisen, wobei die zwei letzten Jahre vor Antragsstellung gewinnbringend sein müssen (§ 20 VB für ausländische Finanzinstitute). Selbst nach Erhalt einer RMB-Lizenz ist das Geschäft mit der Landeswährung wegen der Beschränkungen am Interbankenmarkt und der hohen Refinanzierungskosten für ausländische Finanzinstitute wenig lukrativ.¹⁹¹ Insgesamt greift die revidierte Fassung der Verwaltungsbestimmungen für ausländische Finanzinstitute die eingegangenen Zugeständnisse angemessen auf. Dies gilt auch für die Auflistung der für ausländische Banken zugelassenen Tätigkeiten, so dass

ihnen in allen GATS-relevanten Geschäftsfeldern eine Inländerbehandlung gewährt wird.¹⁹² Die strikte gesetzliche Trennung von Bank-, Wertpapier- und Versicherungsgeschäften nach § 43 GBG ist auch für ausländische Banken und Versicherungen maßgeblich und legitim, da nur banktypische Dienstleistungen in den Listen enthalten sind.¹⁹³

Mit der Mitgliedschaft in der WTO ist die Hoffnung verbunden, China auf dem Weg in die Marktwirtschaft voranzubringen und das Land rascher in die Weltgemeinschaft zu integrieren. Für das Bankengewerbe wird mit einer Beschleunigung und Intensivierung des Reformprozesses gerechnet (Anschubeffekt). In Folge der Aufhebung der Beschränkungen für ausländische Banken wird es zu einem verstärkten Eintritt neuer Wettbewerber um Kunden und Marktanteile kommen. Nur durch den erhöhten Wettbewerbsdruck werden sich die chinesischen Banken veranlasst sehen, ihre Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit zu steigern, was wiederum zu einer höheren Effizienz und einer besseren Allokation der Finanzressourcen führen wird. Schließlich werden sie vom zusätzlichen Kapitalzufluss und vom Transfer bankspezifischen Know-hows, von moderner Technologie, vom Kundenservice sowie von den Management-Erfahrungen ausländischer Banken profitieren.¹⁹⁴

Zu den Kosten bzw. Nachteilen der Liberalisierung wird insbesondere der Verlust von Marktanteilen an die ausländische Konkurrenz genannt, der kurzfristig gesehen bescheiden ausfallen wird.¹⁹⁵ Es wird befürchtet, dass leistungsstärkere Kunden, wie bspw. profitablere ausländische oder private Unternehmen, abwandern werden, da sie vom Preis (Zinsen) und von der Servicequalität der Auslandsbanken angezogen werden. Den inländischen Banken blieben dann nur noch zahlungsschwache Kunden, so dass sich ihre Bilanzen weiter verschlechtern würden.¹⁹⁶ Der bereits einsetzende Prozess des sog. „brain drain“, der Abwanderung

¹⁸⁸ Im Rahmen der Vorbereitungen auf einen bevorstehenden Börsengang plant die BOC, neben der Einbeziehung strategischer Investoren, weiteres Personal abzubauen. Hierzu und zu den Betrugsfällen siehe Margot Schüller, BOC und CCB bereiten sich auf einen Börsengang im Jahre 2005 vor, in: CHINA aktuell, November 2004, S. 1197f. und Margot Schüller, a.a.O. (Fn. 184), S. 71.

¹⁸⁹ 中华人民共和国外资金融机构管理条例 “vom 25.2.1994, revidiert am 20.12.2001 (Fn. 107).

¹⁹⁰ Vgl. hierzu § 17 der „Durchführungsbestimmungen für die Verwaltung von Finanzinstituten mit ausländischem Kapital“ (中华人民共和国外资金融机构管理条例实施细则) vom 8.5.1996, revidiert am 25.1.2002 und am 26.7.2004 (Fn. 107).

¹⁹¹ Siehe hierzu Manuela Wolff, Auswirkungen des WTO-Beitritts der VR China auf das Bankensystem, in: Hansjörg Herr/Albrecht Sommer/HE Zerong (Hrsg.), Nachholende Entwicklung in China: Geldpolitik und Restrukturierung, Berlin 2002, S. 98f. Mit der Begrenzung der Kreditaufnahme am Interbankenmarkt auf 40% der RMB-Verbindlichkeiten engte die PBC im Juli 2002 den Liquiditätsspielraum für ausländische Banken weiter ein, vgl. Syetarn Hansakul, a.a.O. (Fn. 21), S. 6.

¹⁹² Leipold weist darauf hin, dass die in § 3 Abs. 1 Nr. 6 und 11 GBG 1995 (Vermittlertätigkeit für Emission, Annahme und Zeichnung von Regierungsschuldverschreibungen) und (Vermittlertätigkeit für die Annahme und Ausgabe von Zahlungen sowie für Versicherungsgeschäfte) genannten Geschäfte nicht für ausländische Banken gestattet seien, was allerdings nicht im Widerspruch zu GATS stehe, da sie dort nicht aufgeführt seien, siehe Kristina Leipold, Das WTO-Abkommen über den Dienstleistungshandel (GATS) und das chinesische Recht der Finanzdienstleistungen, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitionsrecht der VR China, Hamburg 2004, S. 167. Zu den wichtigsten Änderungen der Verwaltungsbestimmungen für Auslandsbanken vgl. Carmen Kan/Stephen Harder, What Opportunities do Foreign Banks Have in China?, in: CLP, Vol. 16 (2002), Nr. 3, S. 26-30.

¹⁹³ Siehe hierzu Kristina Leipold, a.a.O. (Fn. 190), S. 176.

¹⁹⁴ Zu den positiven Erwartungen des Beitritts vgl. HUANG Daiwei, a.a.O. (Fn. 75), S. 68ff. und CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu, a.a.O. (Fn. 35), S. 91f.

¹⁹⁵ Zu einigen Prognosen zur Entwicklung der Marktanteile vgl. u.a. HUANG Daiwei, a.a.O. (Fn. 75), S. 72, Manuela Wolff, a.a.O. (Fn. 189), S. 102 und CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu, a.a.O. (Fn. 35), S. 87.

qualifizierten Personals, wird sich fortsetzen. Junge und kompetente Angestellte im mittleren Management werden, durch attraktivere Vergütungssysteme und bessere Aufstiegs- und Weiterbildungsmöglichkeiten angelockt, in die ausländischen Banken streben.¹⁹⁷ Der härteste Wettbewerb wird im Bereich des Corporate Banking, dem Geschäft mit Firmenkunden, erwartet, da das Wachstumspotential des Investmentbanking aufgrund der erwähnten gesetzlichen Beschränkungen nur sehr begrenzt ausgenutzt werden kann.¹⁹⁸

Um die Wettbewerbsfähigkeit des Bankensystems zu steigern, ist eine umfassende Konsolidierung der Banken und NBFIs notwendig. Durch Schließungen und Zusammenlegungen insbesondere der Zweigstellen der Großbanken, der ländlichen und städtischen Kreditgenossenschaften sowie TICs und ITICs sollen Synergieeffekte erzielt werden, so dass sie sich gefestigt dem Wettbewerb stellen können.¹⁹⁹ Ferner müssen auch die Wettbewerbsbedingungen unter inländischen Kreditinstituten angeglichen werden. Aktien-Geschäftsbanken unterliegen restriktiveren Auflagen als die vier Großbanken, wenn es bspw. um die Ausweitung ihres Filialnetzes oder die Refinanzierung mit Zentralbankkrediten geht.²⁰⁰ Auch sollte das Bankgewerbe um weitere Privatbanken erweitert und langfristig eine Reform der Eigentumsverhältnisse angestrebt werden.²⁰¹ Weiterhin bietet das Geschäft mit Privatkunden und kleineren Unternehmen (Retailbanking) ein bisher wenig genutztes Geschäftsfeld. Bisher konzentrierten sich die chinesischen Banken aufgrund der gesetzlich geregelten Segmentierung der Geschäftsfelder und der mangelnden Innovationsfähigkeit auf klassische Bankgeschäfte (Einlagen- und Kreditgeschäft). Derzeit dominieren innerhalb dieses Geschäftsbereiches Kredite an staatseigene Unternehmen das Bild. In den letzten Jahren finden jedoch auch Konsumentenkredite, v.a. solche für private Immobilien und für die Autofinanzierung,

zunehmende Verbreitung.²⁰² Mittel- bis langfristig wäre es sinnvoll, auf risikoärmere Intermediär- und Verbraucherkreditgeschäfte, wozu auch Kredit- und Bankkarten gehören, zu setzen.²⁰³ Darüber hinaus müssen die Banken stärker Finanzinnovationen betreiben, um durch neue Produkte die Abhängigkeit von Kreditgeschäften zu mindern und um neue Ertragsquellen zu akquirieren. Zudem müssen chinesische Banken ihre Serviceleistungen stärker am Kunden orientieren und gezielt neue Informationstechnologien einsetzen. Gerade im Hinblick auf den WTO-Beitritt bewerten viele Experten das Festhalten am Trennbankensystem als unzeitgemäß, da es die Entwicklung neuer Geschäftsfelder und die Produktinnovation behindere. Zur Unterstützung der Banken denkt die chinesische Führung über steuerliche Entlastungen und die Einführung eines Systems der Einlagensicherung nach.²⁰⁴

IV. Fazit

Im Wissen um die Schwächen der inländischen Banken bei gleichzeitiger Intensivierung des Wettbewerbsdrucks durch den Zutritt ausländischer Banken und aufgeschreckt durch anhaltende Berichte über Betrugsfälle in den Banken sah die Regierung dringenden Handlungsbedarf für eine beschleunigte Umsetzung weiterer Reformschritte. Die Errichtung der CBRC im April 2003 und die damit einhergegangene Übernahme der Bankenaufsichtsfunktion kann als Zugeständnis an die enormen Defizite im Bankensektor verstanden werden und lässt auch auf ein verändertes Bewusstsein für die Bedeutung einer wirksamen Bankenaufsicht schließen.

Rückblickend kann der bisherige Reformprozess des Bankensektors im Lichte einer Abfolge von Krisen bzw. einem ähnlich bedeutsamen Einschnitt wie dem WTO-Beitritt betrachtet werden. Als Reaktion auf die ausufernden Investitions- und Spekulationsgeschäfte der Jahre 1992/93 stand im Zentralbankgesetz von 1995 die Vergrößerung der

¹⁹⁶ Dieses selektive Vorgehen bei der Kreditgewährung wird auch als „Cherry Picking“ bezeichnet; siehe hierzu *Manuela Wolff*, a.a.O. (Fn. 189), S. 104f. und *HUANG Daiwei*, a.a.O. (Fn. 75), S. 70f.

¹⁹⁷ Für eine ausführlichere Darstellung der negativen Auswirkungen auf die chinesischen Banken siehe *HUANG Daiwei*, a.a.O. (Fn. 75), S. 70ff. und *CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu*, a.a.O. (Fn. 35), S. 87ff.

¹⁹⁸ Näheres zu den komparativen Vorteilen ausländischer Banken und ihren Chancen in China siehe *CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu*, a.a.O. (Fn. 35), S. 82ff. und *Manuela Wolff*, a.a.O. (Fn. 189), S. 102ff.

¹⁹⁹ Siehe *Cem Karacadag*, a.a.O. (Fn. 34), S. 167f.

²⁰⁰ Zur Benachteiligung der Aktien-Geschäftsbanken vgl. *Y.C. Richard Wong/M.L. Sonia Wong*, *Competition in China's Domestic Banking Industry*, in: *Cato Journal*. Vol. 21 (2001), Nr. 1, S. 29ff. und *Cem Karacadag*, a.a.O. (Fn. 34), S. 164f.

²⁰¹ In Hangzhou, Provinz Zhejiang, wurde Mitte August 2004 die Zheshang Bank (浙商银行) als 2. Privatbank errichtet. 13 der 15 Anteilseigner dieser Aktien-Geschäftsbank sind Privatunternehmen, vgl. *Margot Schüller*, *Zweite Privatbank gegründet*, in: *CHINA aktuell*, August 2004, S. 849.

²⁰² Für mehr Informationen hierzu siehe *Ben Dolven*, *Credit Where I Due*, in: *Far Eastern Economic Review*, 21.2.2002, S. 30ff.

²⁰³ Näheres zu den Aussichten für das Kreditkartengeschäft, v.a. auch in Kooperation mit ausländischen Banken, siehe *Tom Holland/Paul Beckett*, *Citigroup's China Bet*, in: *Far Eastern Economic Review*, 6.3.2003, S. 40ff.

²⁰⁴ Zum Schutz der Einleger und zur Stärkung des Vertrauens des Publikums in das Bankensystem ist eine Einlagensicherung des Öfteren gefordert und angekündigt worden. Jiang zufolge war ein solches System in den Beratungen der „drei großen Bankengesetze“ zunächst vorgesehen und wurde schließlich verschoben, vgl. *JIANG Qiangui*, a.a.O. (Fn. 87), S. 15. Ein Vorschlag für die Ausgestaltung findet sich in *XU Mengzhou/ZHENG Renwei*, *Über die Reform und Verbesserung des chinesischen Rechtssystems zur Abwehr von Bankenrisiken (论我国银行危机救助法律制度的改革与完善)*, in: *Law Science Magazine (法学杂志)* 2004, Nr. 2, S. 31f. Eine detaillierte Darstellung der erforderlichen Maßnahmen und den Perspektiven für den chinesischen Bankensektor bieten *Syetarn Hansakul*, a.a.O. (Fn. 21), S. 13ff., *Manuela Wolff*, a.a.O. (Fn. 189), S. 106ff. und *CHEN Chien-Hsun/SHIH Hui-Tzu*, a.a.O. (Fn. 35), S. 134ff.

Unabhängigkeit der PBC, insbesondere von der Einflussnahme durch die Lokalregierungen, und die Stärkung der Finanzaufsicht im Vordergrund.²⁰⁵ Ebenso lässt sich die Einführung des Trennbankensystems im Geschäftsbankengesetz von 1995 auf diese Ereignisse zurückführen. Unter dem Eindruck der Asienkrise 1997/98 setzte ein neuer Reformschub ein, in dessen Mittelpunkt die Verbesserung der Finanzstabilität der Banken, v.a. die der „vier Großen“, stand. Während die Kapitalzufuhr die Eigenkapitalbasis stärkte, hatte die Gründung der AMC's die Behandlung des Stock-Problems zum Ziel. Zur Regelung ihrer Tätigkeiten wurden die AMC-Bestimmungen und die Umstrukturierungsvorschriften erlassen, die den AMC's einen gewissen Spielraum für die Abwicklung der notleidenden Kredite geben. Allerdings bestehen grundlegende Konzeptionsschwächen bei der Ausgestaltung dieser Institute. Zum einen wäre eine Entledigung sämtlicher Problemkredite aus den Bilanzen der vier Staatsbanken konsequenter gewesen, da diese hierauf ihre Geschäfte unbelastet auf kommerzieller Basis hätten führen können. Damit wären die Banken eigenverantwortlich für all ihre nachfolgenden Aktivitäten gewesen, ohne den Bestand an faulen Krediten als Vorwand anführen zu können. Weiterhin hätte den Banken die Möglichkeit eingeräumt werden müssen, ihre Geschäftsbeziehungen zu solchen Betrieben abzubauen, deren Rückzahlung nicht gewährleistet ist.²⁰⁶ Da die Kreditvergabe an marode Staatsunternehmen auch nach Übertragung der faulen Kredite an die AMC's nicht eingestellt wurde bzw. politisch bedingt nicht gänzlich vermieden werden konnte, häuften sich weitere Problemkredite an. Insgesamt gesehen, fallen die Ergebnisse der AMC's hinsichtlich der Verwertung von Problemkrediten eher bescheiden aus. Pei und Shirai zufolge will die CBRC den AMC's eine Frist bis Ende 2005 gewähren, um den Bestand in ihren Büchern abzuwickeln. Das dann noch verbleibende Vermögen (wertlose Assets) soll dann vom Finanzministerium abgeschrieben werden. Nunmehr werden die staatlichen Geschäftsbanken von der Regierung ermuntert sich ihrer Problemkredite mit Hilfe ausländischer Investoren selbst zu „entledigen“. Jedoch ist es den ausländischen Investoren nicht gestattet, die notleidenden Kredite direkt zu erwerben. So muss der Umweg über ein Joint-Venture-NBFI gemacht werden, welche die Problemkredite verbrieft, indem sie Anleihen ausgibt, die durch die

notleidenden Kredite besichert sind.²⁰⁷ Im Mai 2004 verkaufte die CCB bspw. „schlechte Kredite“ im Wert von RMB 4 Mrd. an die Deutsche Bank und an Morgan Stanley zu einem Preis von RMB 1,4 Mrd.. Ebenso ging bspw. im Juni ein Paket von Problemkrediten der BOC und CCB in Höhe von RMB 290 Mrd. (ca. US\$ 33 Mrd.) im Rahmen einer Versteigerung an die Cinda AMC.²⁰⁸ Der Beitritt Chinas zur WTO stellt einen weiteren Einschnitt im Reformprozess dar, der schließlich zur Gründung der CBRC geführt hat. Bei den bisher unternommenen Maßnahmen, einschließlich der Ende 2003 erfolgten Rekapitalisierung, handelte es sich im Wesentlichen um die Lösung des *Stock*-Problems. Um gegen die ausländische Konkurrenz bestehen zu können, bedarf es tiefgreifender Schritte hinsichtlich des *Flow*-Problems und der Stärkung der Finanzstabilität durch bessere Vorsorge, interne Kontrollen sowie durch die Verbesserung des Risikomanagements und der Corporate Governance. Die Aufgabe der CBRC wird es nun sein genau an diesem Punkt anzusetzen, indem sie die notwendigen, an internationalen Standards ausgerichteten Vorschriften und Anforderungen normiert und durch eine laufende Aufsicht für die ordnungsgemäße Umsetzung Sorge trägt.

Das zentrale Anliegen der Neufassungen des Zentralbankgesetzes und des Geschäftsbankengesetzes sowie des Erlasses des Bankenaufsichtsgesetzes besteht nun darin, der CBRC eine rechtmäßige Grundlage für ihre Arbeit zu gewähren und die Aufgabenteilung zwischen ihr und der PBC dklarzustellen. Mit Blick auf die Veränderungen im chinesischen Finanzsektor haben sich die Aufsichtsinhalte ausgeweitet und konzentrieren sich auf die Risikokontrolle und die stärkere Vorsorgeverantwortung seitens der Bankinstitute. Daneben sind die Möglichkeiten der rechtlichen Haftung ausgebaut und verschärft worden, so dass die Position der CBRC zusätzlich gestärkt wird. Insgesamt kann gesagt werden, dass der chinesische Gesetzgeber sichtlich bemüht ist, die Bankengesetzgebung an internationale Standards, v.a. an die Basler Grundsätze und an Basel I und II anzupassen, was in vielen neuen Rechtsvorschriften zum Ausdruck kommt. Eine weitere zu beobachtende Tendenz in den Reformbemühungen ist die verstärkte Anziehung ausländischer Investoren.

²⁰⁵ Für eine ausführlichere Beschreibung der Krise und ihrer Folgen siehe PEI Minxin, a.a.O. (Fn. 39), S. 330ff. und 337ff.

²⁰⁶ Für die Darstellung der Voraussetzungen für eine erfolgreiche Restrukturierung des Bankensystems, vgl. Rudi Dornbusch/Francesco Giavazzi, Heading off China's Financial Crisis, in: BIS (Hrsg.): Strengthening the Banking System in China. Issues and Experience, Basel 1999, S. 46ff.

²⁰⁷ Dieses Vorgehen verstößt jedoch gegen das Investitionsverbot der Geschäftsbanken in NBFI's (§ 43 GBG). Hierzu sowie zu den neuen Entwicklungen hinsichtlich der AMC's und der Abwicklung notleidender Kredite, siehe PEI Guifen/Sayuri Shirai, a.a.O. (Fn. 69), S. 22ff.

²⁰⁸ Näheres zu den kürzlich erfolgten Transaktionen mit notleidenden Krediten, siehe Angela Han/Matthias Umlauf, Chinese banking reforms: In the hands of a strict, but benevolent mother, HSH Nordbank AG, Asia Report, Juli 2004, siehe unter: http://www.hsh-nordbank.com/home/themen/presse/publikationen/wirtschaftsanalysen/asiareport/AsiaReport07/04_en.pdf, S. 5f.

Derzeit ist eine ausländische Beteiligung an inländischen Finanzinstituten nur durch anerkannte ausländische oder supranationale Finanzinstitute möglich, wobei die Obergrenze eines einzelnen Investors bei 20% liegt. Eine Mehrheitsbeteiligung durch eine ausländische Institution ist nicht vorgesehen. Für den Erfolg der CBRC wird die Zusammenarbeit mit der PBC, aber auch mit den anderen zwei Finanzaufsichtsbehörden, sowie mit dem Finanzministerium entscheidend sein.²⁰⁹

Um insbesondere die „vier Großen“ in profitorientierte Banken umzuwandeln, reicht eine verbesserte Aufsicht allein nicht aus, wenn die Banken ihre Kreditentscheidungen nicht frei bestimmen können. Mit der Neufassung des Geschäftsbankengesetzes sind die Marktzutrittsschranken für weitere Banken erleichtert und der Zwang zur Vergabe politisch motivierter Kredite durch die staatlichen Geschäftsbanken aufgehoben worden. Allerdings hat die Kreditvergabe weiterhin unter der Anleitung der staatlichen Industriepolitik und den Bedürfnissen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung zu erfolgen. Zudem gehen von dem Gesetz keine Signale in Richtung Finanzinnovation und der Generierung neuer Einkunftsquellen aus, was insbesondere durch das Festhalten am Trennbankensystem behindert wird. Im Februar 2005 sind neue „Maßnahmen für die Errichtung von Pilotprojekten für Fonds-Management-Gesellschaften durch Geschäftsbanken“²¹⁰ erlassen worden, die, sofern sie sich durchsetzen, zur Aufweichung der Segmentierung führen werden.

Den jüngsten offiziellen Zahlen der CBRC zufolge lag die Quote notleidender Kredite am Ende des 2. Quartals 2005 bei 8,71% für die wichtigsten Banken („vier Großen“ und Aktien-Geschäftsbanken) und bei 10,12% für die vier Staatsbanken in Relation zu den ausgegebenen Krediten.²¹¹ Vieles deutet darauf hin, dass der kontinuierliche Rückgang seit 2003 im Wesentlichen auf die enorme Kreditausweitung der Jahre 2002 und 2003 zurückzuführen ist. Unabhängige Schätzungen bestätigen zwar den rückläufigen Trend, warnen aber gleichzeitig vor einem kurzfristigen Anstieg aufgrund der Überhitzungserscheinungen in manchen Sektoren.²¹² Es bestehen gute Aussichten darauf, dass sich die Etablierung der CBRC positiv auf

die Reformierung des Bankensektors auswirken wird. Ohne eine durchgreifende Reform der Staatsunternehmen wird die Umwandlung der „vier Großen“ und der ländlichen Kreditgenossenschaften in rentable Geschäftsbanken jedoch nicht vollständig umsetzbar sein.

²⁰⁹ Siehe SUN Furong/ZHANG Conglin/ZHAO Xuefang, Die neue Denkweise, das neue Verhalten und die neuen Perspektiven der Finanzaufsicht (金融监管的新思路新举措新局面), in: China Finance (中国金融) 2004, Nr. 7, S. 17 und SHI Junzhi, Ein wichtiges Gesetz zur Förderung der gesunden Entwicklung des chinesischen Bankengewerbes (促进中国银行业健康发展的重要法律), in: Law Science Magazine (20—8“+æ) 2004, Nr. 4, S. 28.

²¹⁰ 商业银行设立基金管理公司试点管理办法 vom 20.2.2005, chinesisch-englisch in: CLP, Vol. 19 (2005), Nr. 3, S. 31-35.

²¹¹ Vgl. hierzu <http://www.cbrc.gov.cn/english/module/view-info.jsp?infoID=1392>.

²¹² Nach Einschätzungen der Ratingagentur Standard & Poor's lag der Anteil der faulen Kredite an der gesamten Kreditvergabe für das chinesische Bankensystem Ende 2004 bei ca. 35%, wobei die Bewertungen für die BOC und CCB insgesamt positiv ausfallen, vgl. Margot Schüller, a.a.O. (Fn. 186), S. 1198 und Margot Schüller, a.a.O. (Fn. 184), S. 70. Zu den jüngsten Einschätzungen des Bankensystems, siehe auch Financial Times v. 20.6.2005.

KURZE BEITRÄGE

Die Änderungen der Antidumpingverordnung

Silke Neugebohrn¹

I. Einleitung

Mit Erlass des Staatsrats der VR China vom 31.03.2004² wurde die Antidumpingverordnung³ vom 26.11.2001 mit Wirkung zum 01.06.2004 in insgesamt zwölf Punkten geändert. Damit trug der Staatsrat unter anderem der im März 2003 erfolgten Zusammenlegung des Ministeriums für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit⁴ und der staatlichen Kommission für Wirtschaft und Handel⁵ zum Handelsministerium⁶ Rechnung.

Antidumpingmaßnahmen stellen ein Mittel dar, Wettbewerbsverzerrungen zu begegnen, die durch Einfuhren von Waren unter dem normalen Marktwert hervorgerufen werden.⁷ Art. VI GATT 1994 – Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen – ermächtigt die Mitglieder der WTO, unter bestimmten Bedingungen gegen diese Wettbewerbsverzerrungen mit Ausgleichszöllen vorzugehen. Das „Übereinkommen zur Durchführung des Art. VI GATT 1994“ (im Folgenden: Antidumpingübereinkommen – ADÜ) enthält konkretisierende Durchführungsbestimmungen zu Art. VI GATT 1994 und regelt, unter welchen Bedingungen Antidumpingmaßnahmen – zumeist Zölle – aufgrund von entsprechenden nationalen Vorschriften getroffen werden dürfen. Antidumpingmaßnahmen haben für den Welthandel enorme Bedeutung.

Antidumpingzölle machen 75% der importbeschränkenden Maßnahmen aus.⁸

Gemäß Art. 2 ADÜ liegt Dumping vor, wenn der Ausfuhrpreis einer Ware niedriger ist, als der Normalwert einer gleichartigen Ware auf dem Markt des Ausfuhrlandes. Dabei wird die Differenz zwischen dem Normalwert und dem Ausfuhrpreis als Dumpingspanne bezeichnet, welche die Obergrenze für einen Antidumpingzoll bildet, Art. 9.1 ADÜ. Das Dumping muss weiterhin eine Schädigung im Sinne des Art. 3 Fn. 9 ADÜ verursacht haben, das heißt, es muss entweder bei bestehenden inländischen Industrien wesentlicher Schaden verursacht worden sein, diesen ein wesentlicher Schaden drohen oder für den Aufbau eines inländischen Industriezweigs ein wesentliches Hindernis gebildet worden sein.

Die chinesische Antidumpingverordnung von 2001 (im Folgenden: Verordnung) löste die Antidumping- und Antisubventionsverordnung⁹ von 1997 ab und sollte die aufgrund des WTO-Beitritts der VR China erforderlich gewordene Konformität der chinesischen Vorschriften mit dem ADÜ herstellen.¹⁰

II. Die Antidumping- und Antisubventionsverordnung von 1997

Die Antidumping- und Antisubventionsverordnung von 1997 stellte die erste rechtliche Grundlage für eigene Antidumpingmaßnahmen Chinas dar. Da China seit Anfang der achtziger Jahre oft Ziel von Antidumpingmaßnahmen gewesen war und mit zunehmender Marktöffnung sich auch das Bedürfnis verstärkt hatte, die chinesische Wirtschaft vor ausländischen Dumpingangriffen zu

¹ Rechtsanwältin, die Vorarbeiten zu diesem Beitrag erfolgten während der Wahlstation des Referendariats am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft in Nanjing.

² Erlass des Staatsrats der Volksrepublik China Nr. 401 über die Änderung der „Antidumpingverordnung der Volksrepublik China“ (Zhonghua renmin gongheguo guowuyuan ling di 401 hao guowuyuan guanyu xiugai „Zhonghua renmin gongheguo fan qingxiao tiaoli“ de Guiding), Amtsblatt des Staatsrats (Guowuyuan gongbao) 2004, Heft 16, S. 12.

³ Antidumpingverordnung der Volksrepublik China (Zhonghua renmin gongheguo fan qingxiao tiaoli), Amtsblatt des Staatsrats (Guowuyuan gongbao) 2002, Heft 2, S. 4.

⁴ Zhonghua renmin gongheguo duiwai maoyi he jingji hezuo bu.

⁵ Guojia jingmao wei.

⁶ Shangwubu.

⁷ Vgl. Peter-Tobias Stoll/Frank Schorkopf, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2004, S. 117 ff.

⁸ Rudolf Dolzer in Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2004, S. 497.

⁹ Antidumping- und Antisubventionsverordnung der Volksrepublik China (Zhonghua renmin gongheguo fan qingxiao he fan butie tiaoli), Gesetzes- und Verordnungssammlung (Fagui huibian) 1997, S. 655-663.

¹⁰ In Art. 15 des WTO-Beitrittsprotokolls hatte China sich verpflichtet, diesbzgl. eine Übereinstimmung mit Art. VI GATT 1994 herzustellen.

schützen, war von Außenhandelsexperten der Erlass eines chinesischen Antidumpinggesetzes gefordert worden.¹¹ Die Verordnung von 1997 orientierte sich dabei zwar am ADÜ, jedoch waren grundlegende Begriffe wie z.B. der der Dumpingspanne oder der des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Dumping und Schädigung teils unklar, teils überhaupt nicht bestimmt worden.¹² Die Voraussetzungen für die Berechtigung, einen Antrag auf Einleitung einer Antidumpinguntersuchung zu stellen, waren sehr vage und stimmten nicht mit der WTO-Regelung überein.¹³ Weitere Probleme ergaben sich unter anderem aus der mangelnden Transparenz sowohl des Untersuchungsverfahrens nach dem chinesischen Regelwerk als auch des Untersuchungsergebnisses, - es existierte kein Erfordernis der Offenlegung der Argumente und Beweise der einzelnen Parteien, und die Entscheidungsfindung der Untersuchungsbehörden war nicht nachzuvollziehen.¹⁴

III. Die Antidumpingverordnung von 2001

1) Übereinstimmungen mit den Regelungen des ADÜ

Viele Vorschriften der Antidumpingverordnung von 2001 sind dem Wortlaut der Vorschriften des ADÜ ähnlich bzw. teilweise auch dessen wörtliche Übernahme. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der grundlegenden Maßstäbe für die Feststellung von Dumping in den §§ 2 bis 12 der Verordnung.¹⁵ Die Definitionen betreffend Dumping (§ 3), Normalwert (§ 4), Ausfuhrpreis (§ 5) und Schädigung (§ 7), inländischem Wirtschaftszweig (§ 11) und der gleichartigen Ware (§ 12), die Angaben zur Bestimmung der Dumpingspanne (§ 6), zur Feststellung der Schädigung (§ 8) oder zur kumulativen Beurteilung (§ 9) entsprechen im wesentlichen den Angaben des ADÜ.¹⁶ Auch hinsichtlich des in den §§ 13 bis 19 der Verordnung geregelten Verfahrens zur Einleitung einer Antidumpinguntersuchung lässt sich eine weitgehende Übereinstimmung mit den entsprechenden Vorschriften des ADÜ feststellen.¹⁷ Eine Verbesserung gegenüber der Antidumpingverordnung von 1997 stellen dabei insbesondere die Beweiserfordernisse des

§ 15 der Verordnung dar. Dem Antrag auf Anwendung von Antidumpingmaßnahmen sind nun Beweise bezüglich des Vorliegens von Dumping, der Schädigung eines inländischen Industriezweigs und des ursächlichen Zusammenhangs von Dumping und Schädigung beizufügen.¹⁸ Ebenfalls harmonisieren überwiegend mit dem ADÜ die Vorschriften zu vorläufigen und endgültigen Antidumpingmaßnahmen in §§ 28 bis 30¹⁹ beziehungsweise §§ 37 bis 47²⁰ der Verordnung, die Vorschriften über Preisversprechen und Aussetzung der Antidumpinguntersuchung in §§ 31 bis 36²¹ der Verordnung und die Vorschriften bezüglich der Fristen und der erneuten Überprüfung von Antidumpingzöllen und Preisversprechen in §§ 48 bis 52²² der Verordnung.

2) Abweichungen von den Regelungen des ADÜ

Besteht in den genannten Bereichen eine weitgehende Übereinstimmung mit den Vorschriften des ADÜ, so sind andere Bereiche wie vor allem die Transparenz sowohl des Untersuchungsverfahrens als auch der Entscheidungsfindung problematisch und weisen eine größere Ähnlichkeit mit der Verordnung von 1997²³ als mit dem ADÜ auf. Hinsichtlich der Transparenz des Untersuchungsverfahrens ergibt sich aus Art. 6.2 ADÜ, dass die Parteien während der Antidumpinguntersuchung die Möglichkeit zur Verteidigung ihrer Interessen haben müssen, was auf Antrag auch die Möglichkeit des Austausches von Ansichten und Argumenten mit den Gegenparteien einschließt. Gemäß Art. 6.4 ADÜ muss den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, die relevanten Informationen einzusehen und auf dieser Grundlage ihre Ansichten darzustellen, und nach Art. 6.1.2 ADÜ haben die Untersuchungsbehörden vorgebrachte Beweise der anderen Parteien mitzuteilen.

In der chinesischen Verordnung werden diese Rechte zwar grundsätzlich gewährt, allerdings fehlen die notwendigen Einzelheiten. In § 20 der Verordnung heißt es lediglich, den Parteien sei die Möglichkeit zu geben, ihre Auffassungen und Argumente vorzubringen, und gemäß § 23 haben die Untersuchungsbehörden Zugang zu den relevanten Unterlagen mit Ausnahme der als vertraulich eingestufteten Informationen zu gewähren. Wie

¹¹ FANG Xiaomin, Die erste chinesische Antidumpingverordnung, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung 2000, S. 9.

¹² Gabriele Jacobs in Heuser/Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, 2004, S. 345, S. 347.

¹³ FANG Xiaomin, a.a.O., S. 10.

¹⁴ Patrick M. Norton/Kermit W. Almstedt, China's New Anti-Dumping Rules: Battleground for a New Protectionism?, China Law & Practice, Februar 2002, S. 81ff.

¹⁵ Vgl. Art. 2 bis 4 ADÜ.

¹⁶ Siehe auch Gabriele Jacobs, a.a.O.

¹⁷ Vgl. Art. 5 & 6.2 ADÜ.

¹⁸ Vgl. auch Mitch Dudek, Alex Wang & Chenbo Zhang, Anti-dumping and Safeguards with Chinese Characteristics, China Law & Practice, July/August 2003, S. 74.

¹⁹ Vgl. Art. 7 ADÜ.

²⁰ Vgl. Art. 9, 10 ADÜ.

²¹ Vgl. Art. 8 ADÜ.

²² Vgl. Art. 11 ADÜ.

²³ Vgl. z.B. § 11 der chinesischen Verordnung von 1997.

oft und unter welchen Umständen dieser Zugang gewährt wird, ist jedoch nicht festgelegt.

Ferner beinhaltet die chinesische Verordnung im Gegensatz zum ADÜ, Art. 6.9, kein Erfordernis, Unterlagen oder Beweise so rechtzeitig den anderen Parteien zur Verfügung zu stellen, dass für diese noch die Möglichkeit besteht, ihre Interessen zu verteidigen. Hinsichtlich der Entscheidungsfindung legt Art. 12.2 ADÜ fest, dass in jeder vorläufigen oder endgültigen Entscheidung die Ergebnisse und Schlussfolgerungen, die aufgrund von Fakten und Rechtsvorschriften getroffen wurden, ausreichend detailliert darzulegen sind. Art. 3 ADÜ bestimmt genau, welche Faktoren bei der Feststellung von Schädigung und Kausalzusammenhang zu beachten sind. Diese müssen nach Art. 12.2 Abs. 4 ADÜ in der endgültigen Entscheidung genau enthalten sein. Auch diesen Anforderungen genügt die chinesische Verordnung nicht. Gemäß §§ 24 und 25 der Verordnung können vorläufige und endgültige Entscheidungen schlicht „auf Grundlage der Untersuchungen“ getroffen werden.²⁴

IV. Die Änderungen der Verordnung

Fraglich ist, ob diesen Mängeln der Verordnung durch die Änderung abgeholfen wurde.

1. Das Handelsministerium als einzig zuständige Behörde

Die ersten sechs der zwölf Punkte, welche die Änderung umfasst, sind rein organisatorischer Natur und tragen der im März 2003 erfolgten Zusammenlegung des Ministeriums für Außenwirtschaft und wirtschaftliche Zusammenarbeit und der Nationalen Kommission für Wirtschaft und Handel zum Handelsministerium Rechnung. Damit ist das Handelsministerium nun die einzig zuständige Behörde für Antidumping in China und die Unübersichtlichkeit der Zuständigkeiten für die verschiedenen Abschnitte des Untersuchungsverfahrens offenbar behoben. So war z.B. für die Untersuchung und das Feststellen von Dumping das Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit zuständig, § 3 der Verordnung, für die Untersuchung und Feststellung der Schädigung dagegen die Nationale Kommission für Wirtschaft und Handel, § 7 der Verordnung. Der Antrag auf Einleitung einer Antidumping Untersuchung war wiederum beim Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit zu stellen, § 13 der Verordnung, und der Antrag auf vertrauliche Behandlung von Informationen war schlicht bei den „Untersuchungsbehörden“ zu stellen, § 22 der Verordnung, was nach § 18 der Ver-

ordnung beide Stellen – das Ministerium und die Kommission – umfasste.

Fraglich ist allerdings, ob die Änderungen letztlich praktische Auswirkungen haben, da die Parteien auch vor der Änderung jegliche Anträge jedenfalls auch beim Außenhandelsministerium stellen konnten. Für eine Beschleunigung des Untersuchungsverfahrens spricht, dass keine Rücksprache mehr zwischen unterschiedlichen Behörden getroffen werden muss, wie es z.B. bei der Frage der Annahme oder Ablehnung eines Preisversprechens der Fall war, § 33 der Verordnung. Jedoch wird auch innerhalb des Handelsministeriums die Prüfung, ob Dumping bzw. eine Schädigung vorliegt, von unterschiedlichen Abteilungen vorgenommen. Die praktischen Auswirkungen beschränken sich demnach auf eine Glättung des Verfahrens, da die Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Abteilungen der gleichen Behörde reibungsloser abläuft als die zwischen unterschiedlichen Behörden.

2. Vorläufige Antidumpingmaßnahmen

Geändert wurden ferner die §§ 28, 29 und 45 der Verordnung, welche die Arten der vorläufigen Antidumpingmaßnahmen, die Zuständigkeit für deren Einleitung und deren Rückerstattung zum Gegenstand haben. Danach war bisher neben der Erhebung eines vorläufigen Antidumpingzolls die Forderung einer Barhinterlegung²⁵ vorgesehen. Jetzt reicht eine Sicherheitsleistung oder Bürgschaft²⁶ aus, was eine Annäherung an das ADÜ, das in diesen Fällen²⁷ eine Sicherung durch Barhinterlegung oder Obligation vorsieht, und gleichzeitig eine höhere Praktikabilität für den internationalen Wirtschaftsverkehr bedeutet.

3) Einfügung des Begriffs des „Öffentlichen Interesses“

In den §§ 33 und 37 der Verordnung, die die Voraussetzungen für die Annahme oder Ablehnung eines Preisversprechens²⁸ bzw. die Erhebung von Antidumpingzöllen regeln, wurde der Begriff des „öffentlichen Interesses“²⁹ eingefügt. Die Auflegung von Antidumpingzöllen muss dem öffentlichen Interesse entsprechen und das Handelsministerium muss das öffentliche Interesse berücksichtigen, wenn es vor der Frage steht, ob es

²⁵ Xianjin baozhengjin.

²⁶ Baozhengjin.

²⁷ Vgl. Art. 7.2, 10.4, 10.5 ADÜ.

²⁸ Während des Zeitraums der Antidumpinguntersuchung kann der Exporteur der gedumpten Einfuhrware gegenüber dem Handelsministerium die Änderung des Preises oder die Beendigung der Einfuhr zu Dumpingpreisen versprechen oder vom Handelsministerium zu einem Preisversprechen aufgefordert werden, § 31 der Verordnung.

²⁹ Gonggong liyi.

²⁴ Vgl. auch Gabriele Jacobs, a.a.O.; Norton/Almstedt, a.a.O.

ein Preisversprechen akzeptiert. Das öffentliche Interesse wird ferner als Kriterium für die Aussetzung oder Beendigung der Antidumpinguntersuchung und das Nichtergreifen von vorläufigen Antidumpingmaßnahmen oder Nichterheben eines vorläufigen Antidumpingzolls eingeführt.

Fraglich ist, wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff des „öffentlichen Interesses“ auszulegen ist und welche Konsequenz dessen Einfügung hat.

a) Auslegung nach dem Normzweck

Stellt man auf den Zweck der betreffenden Normen ab, sind die ergriffenen Maßnahmen dann als im Einklang mit dem öffentlichen Interesse stehend anzusehen, wenn sie für den betroffenen inländischen Industriezweig von Vorteil sind, da die Erhebung von Antidumpingzöllen bzw. das Preisversprechen des Exporteurs dem Schutz des inländischen Industriezweigs dienen sollen.

b) WTO-rechtskonforme Auslegung

Fraglich ist weiterhin, ob eine WTO-rechtskonforme Auslegung dieser Normen möglich bzw. geboten ist. Gemäß Art. 18.4 ADÜ hat jedes Mitglied sicherzustellen, dass seine Gesetze, sonstigen Vorschriften und Verwaltungsverfahren mit den Vorschriften des ADÜ im Einklang stehen.³⁰ In Art. 67 des Beitrittsprotokolls der VR China heißt es, dass China durch Revision bestehender und Erlass neuer Gesetze den WTO-Abkommen entsprechen wird.³¹ § 9 der Vorschriften des Obersten Volksgerichtshofs zu einigen Fragen bei der Behandlung von Verwaltungsfällen im Bereich des internationalen Handels³² enthält eine Auslegungsregel, wonach in dem Fall, dass bezüglich der von einem Gericht bei der Behandlung eines Verwaltungsfalles im Bereich des internationalen Handels angewandten konkreten Vorschriften von Gesetzen oder Verwaltungsrechtsbestimmungen zwei oder mehr nachvollziehbare Auslegungen gegeben sind und sich darunter eine Auslegung befindet, die den Vorschriften eines Vertrages, den die VR China abgeschlossen oder dem sie beigetreten ist, entspricht, diese Auslegung zu wählen ist. Das GATT-Abkommen von 1994 und seine Zusatzabkommen

zu speziellen Sachfragen wie das ADÜ sind solche internationalen Verträge. Für die Auslegung des Begriffs des „öffentlichen Interesses“ sind demnach die entsprechenden Regelungen des ADÜ heranzuziehen. Danach müssen die Behörden bei der Annahme von Preisversprechen davon überzeugt sein, dass durch diese Annahme die schädigende Wirkung des Dumpings beseitigt ist.³³ Preisversprechen müssen allerdings nicht angenommen werden, wenn die Behörden sie für undurchführbar halten, z.B. wenn die Zahl der tatsächlichen oder möglichen Exporteure zu groß ist, oder aus anderen Gründen wie solchen der allgemeinen Vorgehensweise.³⁴ Folglich ist die Annahme eines Preisversprechens dann im öffentlichen Interesse, wenn sie durchführbar ist und die Behörden überzeugt sind, dadurch die schädigende Wirkung des Dumpings zu beseitigen.

Hinsichtlich der Erhebung von Antidumpingzöllen ist nach dem ADÜ wünschenswert, dass die Zollhöhe niedriger ist als der Betrag der Dumpingspanne, sofern die niedrigeren Zölle ausreichend sind, um die Schädigung des inländischen Industriezweigs aufzuheben.³⁵ Die erhobenen Zölle sollten in im Einzelfall angemessenen Beträgen bzgl. aller Importe der gedumpten Waren von allen Quellen eingetrieben werden, hinsichtlich welcher Dumping und eine darauf beruhende Schädigung feststeht.³⁶ Hiernach ist die Erhebung und Eintreibung von Antidumpingzöllen im öffentlichen Interesse, wenn deren Höhe das für die Beseitigung der Schädigung erforderliche Maß nicht überschreitet und die Zölle ohne Unterschied von allen Schädigern, jedoch in im Einzelfall vertraglichen Beträgen eingetrieben werden.

4. Wiederaufnahme von Antidumpinguntersuchungen

Nach dem geänderten § 34 Abs. 1 der Verordnung kann das Handelsministerium nach Aussetzung oder Beendigung der Antidumpinguntersuchung die Untersuchung, ob Dumping und eine Schädigung vorliegt, wieder aufnehmen, wenn es dies für erforderlich hält und soll die Untersuchung wieder aufnehmen, wenn eine entsprechende Anfrage des Exporteurs vorliegt. In der alten Regelung hieß es auch für den Fall einer Anfrage des Exporteurs, dass die Behörde die Untersuchungen lediglich wieder aufnehmen „konnte“. Bei solchen Anfragen wird durch die Änderung somit der Entscheidungsspielraum des Handelsministeriums

³⁰ So auch generell Art. XVI Abs. 4 WTO-Errichtungsabkommen.

³¹ Grundsätzlich folgt China der monistischen Theorie, was zwar weder in der chinesischen Verfassung, noch im Gesetz über das Verfahren beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge geregelt wird, sich aber aus den Regelungen ergibt, die einzelne Gesetze über das Verhältnis von Völkervertragsrecht und innerstaatlichem Recht vorsehen, vgl. Robert Heuser in Heuser/Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 21 f.

³² Vorschriften des Obersten Volksgerichtshofs zu einigen Fragen bei der Behandlung von Verwaltungsfällen im Bereich des internationalen Handels (Zuigao renmin fayuan guanyu shenli guoji maoyi xingzheng anjian ruoguan wenti de guiding), Amtsblatt des Obersten Volksgerichtshofs (Zuigao renmin fayuan gongbao) 2002, S. 165 f.

³³ Vgl. Art. 8.1 ADÜ.

³⁴ Vgl. Art. 8.3 ADÜ.

³⁵ Vgl. Art. 9.1 ADÜ.

³⁶ Vgl. Art. 9.2 ADÜ.

zugunsten des Exporteurs eingeschränkt und so ein größerer Schutz des Exporteurs erreicht.

Diese Regelung ist der des ADÜ angenähert. Danach ist die Überprüfung von Antidumpingzöllen durch die Behörden auf deren eigene Initiative durchzuführen oder, sofern eine angemessene Zeitspanne seit der Auferlegung der endgültigen Antidumpingzölle verstrichen ist, auf Anfrage aller interessierten Parteien, die die Notwendigkeit einer Überprüfung darlegen.³⁷

5. Bestehen von Preisversprechen

Nach § 34 Abs. 2 der Verordnung müssen sowohl Dumping als auch eine Schädigung feststehen, damit ein Preisversprechen bestehen bleibt. Vor der Änderung blieb ein Preisversprechen bestehen, wenn entweder Dumping oder eine Schädigung vorlag. Damit wurden die Voraussetzungen für das Bestehen bleiben des Versprechens durch die Änderung erschwert und der Schutz für die inländische Industrie auf ein adäquates Maß reduziert. Denn weder Dumping, das keine Schädigung hervorruft, noch eine Schädigung, die nicht durch Dumping hervorgerufen wurde, rechtfertigen die Aufrechterhaltung eines Preisversprechens. Diese geänderte Regelung entspricht auch der des ADÜ, wonach bei einer Überprüfung genau wie bei Einleitung einer Antidumpinguntersuchung Dumping, Schädigung und die Kausalität des Dumpings für die Schädigung zu beweisen sind.³⁸ Dies gilt auch für Preisversprechen.³⁹

6. Rückwirkung von Antidumpingmaßnahmen

In § 44 der Verordnung, der die Rückwirkung bei vorläufigen Antidumpingmaßnahmen regelt, wurde ein zweiter Absatz zugefügt. Danach können, wenn sich nach Einleitung der Untersuchung herausstellt, dass die in Absatz 1 (1) und (2) genannten Fälle – die gedumpte Einfuhrware hat schon zuvor eine Schädigung verursacht bzw. die gedumpte Ware wird innerhalb kurzer Zeit in großen Mengen eingeführt – kumulativ vorliegen, notwendige Maßnahmen – wie zum Beispiel Importbeschränkungen der relevanten Waren – als rückwirkende Antidumpingzölle gewertet werden. Nach dem jetzigen § 44 Abs. 1 ist lediglich das Instrument der rückwirkenden Antidumpingzölle möglich, sofern einer der beiden genannten Fälle vorliegt. Der neue Absatz 2 stellt damit zusätzliche Instrumente für den Fall eines besonders schwerwiegenden Eingriffs zur Verfügung. Damit geht die chinesische Verordnung weiter als das ADÜ, das

lediglich rückwirkende Antidumpingzölle zulässt, und dies nur bei kumulativem Vorliegen einer vorherigen Schädigung und einer Einfuhr von großen Mengen der gedumpten Ware.⁴⁰

VI. Auswirkungen der Änderungen

Was bewirken die vorgenommenen Änderungen nun? Das drängendste Problem der mangelnden Transparenz von Untersuchungsverfahren und Entscheidungsfindung wurde nicht beseitigt oder auch nur gemildert. Die Gründe dafür mögen in der Scheu vor zusätzlichem Aufwand und zusätzlichen Kosten oder auch Aspekten der Geheimhaltung liegen.⁴¹ In verschiedenen Bereichen wurde eine größere Übereinstimmung mit den Regelungen der WTO und eine Glättung und höhere Praktikabilität des Verfahrens erreicht. So ist nun das Handelsministerium die einzig zuständige Behörde für Antidumping in China, und die Arten der vorläufigen Antidumpingmaßnahmen wurden an die Anforderungen des internationalen Warenverkehrs angepasst. Ferner wurde hinsichtlich der Kriterien für die Wiederaufnahme von Antidumpinguntersuchungen eine höhere Rechtssicherheit für die betroffenen Exporteure erreicht, die Voraussetzungen für das Bestehen bleiben eines Preisversprechens erschwert und damit der Schutz der inländischen Wirtschaft auf ein adäquates Maß reduziert. Und schließlich wurde durch die Einfügung des Begriffs des „öffentlichen Interesses“ gewährleistet, dass die im ADÜ vorgenommenen Wertungen Eingang in die chinesische Verordnung finden können und so das ADÜ nicht durch die Transformation und dessen innerstaatliche Auslegung möglicherweise abgewandelt werden kann, da bei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten die dem WTO-Recht entsprechende Priorität genießt. All die erfolgten Änderungen haben damit große praktische Bedeutung, sodass diese Änderungen sicherlich nicht nur reine Kosmetik darstellen, sondern einen erheblichen Schritt in Richtung WTO-Rechtskonformität der chinesischen Gesetze bewirken.

³⁷ Vgl. Art. 11.2 ADÜ.

³⁸ Vgl. Art. 11.4 iVm Art. 6.1.3, 5.1, 5.2 ADÜ.

³⁹ Vgl. Art. 11.5 ADÜ.

⁴⁰ Vgl. Art. 10.6 ADÜ.

⁴¹ Vgl. *Zang Dongsheng*, Seeking Transparency in Antidumping Actions through Procedural Review: GATT/WTO Jurisprudence and Its Implications on China, Paper presented at the Conference on China and the WTO, Australian National University, Canberra, S. 11.

Das chinesische Staatshaftungsgesetz: Probleme und Reformüberlegungen

LIU Fei¹

I. Die Regelungen des Staatshaftungsgesetzes

Das Staatshaftungsgesetz der VR China² (im Folgenden: „SHG“) wurde am 12.5.1994 erlassen. Im Gegensatz zum deutschen Staatshaftungsrecht, das in wesentlichen Teilen eine Schöpfung der Rechtsprechung ist,³ wurde das chinesische Staatshaftungsgesetz vom Gesetzgeber „in einem Guss“ zur Welt gebracht. Nach dem Staatshaftungsgesetz gliedert sich die Staatshaftung grundsätzlich in zwei Kategorien: Schadensersatz in Verwaltungssachen⁴ und Schadensersatz in Strafsachen.⁵ Der Staat ist verpflichtet für rechtswidrige Handlungen der Verwaltungs- und Justizbehörden Schadensersatz zu leisten. Ziel des Staatshaftungsgesetzes ist, einen umfassenden Anspruch der Bürger auf Schadensersatz für rechtswidrige hoheitliche Tätigkeit zu gewähren und die staatlichen Behörden zu veranlassen, ihre Kompetenzen dem Recht gemäß auszuüben.⁶ In diesem Sinne wird unter Staatshaftung lediglich die „Haftung für staatliches Unrecht“ verstanden.⁷

Ausgangspunkt der Kodifikation des Staatshaftungsgesetzes war der Anspruch des Bürgers gegen

dem Staat aus Art. 41 Abs. 3 der Verfassung von 1982,⁸ wonach „Personen, die infolge der Verletzung ihrer Bürgerrechte durch Staatsorgane oder Staatsfunktionäre Verluste erleiden, das Recht auf Schadensersatz gemäß den gesetzlichen Bestimmungen haben“. In diesem Sinne dient das Staatshaftungsgesetz der Konkretisierung der Verfassungsvorschrift. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung bei der Verletzung von Bürgerrechten Schadensersatz zu leisten, wurde zwar davor durch § 121 der Grundsätze des Zivilrechts von 1986⁹ bereits umgesetzt, sie stellte sich aber noch nicht als durchsetzbares Rechtsinstitut dar.¹⁰ Erst durch die Kodifikation des Staatshaftungsgesetzes im Jahr 1994 ist eine in praxi verbindliche gesetzliche Grundlage für die Staatshaftung geschaffen worden. In dieser Hinsicht wird das Staatshaftungsgesetz üblicherweise als „ein wichtiger Meilenstein zum Aufbau der Gesetzherrschaft“ bezeichnet.¹¹

Es ist heute auch in China allgemein anerkannt, dass der Staat für das Fehlverhalten seiner Amtsträger einzustehen habe, dass er bestimmte Nachteile seiner Bürger ausgleichen und die Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns rückgängig machen solle. Davon ging der Gesetzgeber auch bei der Schaffung von § 2 Abs. 1 SHG aus: „Verletzen staatliche Behörden oder Bedienstete staatlicher Behörden in rechtswidriger Ausübung ihrer Kompetenzen die legalen Rechte und Interessen von Bürgern, juristischen Personen oder sonstigen Organisationen und wird dadurch ein Schaden verursacht, so ist der Geschädigte berechtigt, gemäß diesem Gesetz eine Ersatzleistung des Staates zu

¹ Der Verfasser ist a. o. Professor an der juristischen Fakultät der Chinesischen Universität für Politik- und Rechtswissenschaft in Beijing. E-Mail: feiliuchina@sohu.com. Für sprachliche Anregungen bin ich Kai Engelbrecht, München, sehr verbunden.

² Staatshaftungsgesetz der VR China (《中华人民共和国国家赔偿法》) v. 12.5.1994 (auf Deutsch abgedruckt in: Heuser, „Sozialistischer Rechtsstaat“ und Verwaltungsrecht in der VR China (1982-2002), 1. Aufl., Hamburg 2003, S. 299 ff.). Diese Terminologie ist allerdings unter Berücksichtigung des deutschen Staatshaftungsrechts fragwürdig, da dieses nicht nur die Haftung für hoheitliches Unrecht umfasst, sondern auch die Einstandspflicht des Staates für Rechtseinbußen infolge Ausübung öffentlicher Gewalt (vgl. dazu Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 1. Aufl., München 2000, § 1 Rn. 15). Ausnahmsweise kann noch eine öffentlich-rechtliche Ersatzleistung in Betracht kommen, selbst wenn staatliches Handeln als privatrechtlich zu qualifizieren ist (vgl. dazu Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht. Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, 1. Aufl., Heidelberg 2005, Rn. 9). In diesem Sinne sollte m.E. das chinesische Gesetz eher „Staatschadensersatzgesetz“ als „Staatshaftungsgesetz“ genannt werden. Diese Problematik wird jedoch wegen der Zielsetzung des vorliegenden Aufsatzes nicht weiter diskutiert.

³ Rüfner, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Berlin 2002, § 46 Rn. 1.

⁴ Chinesisch: 行政赔偿.

⁵ Chinesisch: 刑事赔偿.

⁶ § 1 SHG

⁷ Zum Begriff der Staatshaftung in Deutschland vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998, S. 2.

⁸ Verf. = Verfassung der VR China (《中华人民共和国宪法》) v. 4.12.1982, auf Deutsch abgedruckt in: JöR 1984, 423, zuletzt geändert am 15.3.1999, auf Deutsch abgedruckt in: Heuser, „Sozialistischer Rechtsstaat“ und Verwaltungsrecht in der VR China (1982-2002) (Fn. 2), S. 207 ff.

⁹ Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der VR China (《中华人民共和国民事诉讼法》) v. 12.4.1986, auf Deutsch abgedruckt in: China aktuell 1986, 288.

¹⁰ Vgl. YING Songnian (应松年)/MA Huaide (马怀德), Überlegungen zur Gesetzgebung eines Staatshaftungsgesetzes (《国家赔偿立法探索》), in: YING Songnian (应松年)/LUO Haoai (罗豪才) (Hrsg.), Studien zum Staatshaftungsrecht (《国家赔偿法研究》), Beijing 1991, S. 1, 2.

¹¹ Wie z.B. in XUE Ganglin (薛刚凌) (Hrsg.), Lehrbuch zum Staatshaftungsrecht (《国家赔偿法教程》), 1. Aufl., Beijing 1997, Vorwort.

erlangen“. Nach dieser Vorschrift trifft die Schadensersatzpflicht unmittelbar den Staat und die Erfüllung der Schadensersatzpflicht obliegt den in diesem Gesetz bezeichneten schadensersatzpflichtigen Organen.¹² Somit haftet der Bedienstete einer staatlichen Behörde selbst nicht unmittelbar. Während das Handeln der Beamten in China unmittelbar dem Staat zugerechnet wird (unmittelbare Staatshaftung), wird die Haftung in Deutschland nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG auf den Staat übergeleitet. Obwohl die chinesischen Juristen bei der Kommentierung des chinesischen Modells nicht ausdrücklich auf das deutsche Modell Bezug nehmen, wird das (deutsche) Modell, dass der Staat lediglich ersatzweise eine mittelbare Haftung (Amtshaftung) übernimmt, als rückständig bezeichnet.¹³

II. Die Durchführung des Staatshaftungsgesetzes

Die Durchführung des Staatshaftungsgesetzes lässt sich unterschiedlich beurteilen. Auf der einen Seite hat das Staatshaftungsgesetz ein einheitliches Staatshaftungssystem festgelegt. Im Vergleich zu der vorherigen Rechtswirklichkeit hat das System, das geradezu aus dem Nichts entstanden ist, schon beachtliche Erfolge erzielt. Bis zum November 2004 wurden z.B. im ganzen Land 7.823 Fälle von den Staatsanwaltsbehörden angenommen.¹⁴ Davon hatten die Geschädigten in 3.167 Fällen Erfolg und erhielten insgesamt über 58 Mio. Yuan staatliche Ersatzleistung.¹⁵ Bis Ende 2003 wurden insgesamt 15.315 Fälle von den Volksgerichten angenommen und verhandelt. In 5.442 Fällen wurde den Anträgen von Gerichten stattgegeben.¹⁶ Laut Zeitungsberichten sind die Peking Richter im Hinblick auf diese Tatsache überwiegend der Meinung, dass das Staatshaftungsgesetz ein dem Ziel des Menschenrechtsschutzes verpflichtetes Gesetz darstelle; es habe sich „unschätzbare Verdienste“ erworben „um die legalen Rechte und Interessen der Bürger, der juristischen Personen und der sonstigen Organisationen zu schützen und dazu beigetragen, dass die Verwaltungsbehörden ihre Kompetenzen

gemäß dem Recht ausüben, die Gerichte unparteiisch urteilen, die sozialen Widersprüche entschärft und die soziale Stabilität bewahrt wird“.¹⁷

Auf der anderen Seite lässt sich jedoch feststellen, dass die Durchführung des Staatshaftungsgesetzes noch weit davon entfernt ist befriedigend zu sein. Es wurde deshalb im Schrifttum zum Teil an dem Gesetz vehemente Kritik geübt. Kritisiert werden etwa (a) der zu geringe Umfang der staatlichen Ersatzleistungen, (b) der zu niedrig angesetzte Berechnungsmaßstab, (c) das zu komplizierte Verfahren sowie (d) Defizite bei der Vollstreckung. Hinsichtlich der Tatsache, dass die staatlichen Ersatzleistungen nur sehr schwer durchsetzbar sind, werfen einige Autoren dem Staatshaftungsgesetz vor, dass es in praxi ein „Staatsnichthaftungsgesetz“¹⁸ oder eine „Arabeske“¹⁹ sei.

Diese Situation wurde vom Gesetzgeber schon erkannt. Laut Medienberichten wurde die Revidierung des Staatshaftungsgesetzes in das Arbeitsprojekt des Ständigen Ausschusses des 10. NVK aufgenommen.²⁰ Im Folgenden sollen die Ursachen für diese Kritik bzw. die Reformüberlegungen näher analysiert werden.

III. Reformüberlegungen zum Staatshaftungsgesetz

1. Umfang der Staatshaftung

Der Umfang der Staatshaftung wird in den §§ 3-5, 15-17 sowie 30 f. SHG beschrieben. In diesen Vorschriften werden die ersatzpflichtigen rechtswidrigen Handlungen der staatlichen Verwaltungsbehörden sowie der Gerichte und der Staatsanwaltsbehörden aufgezählt. So ist z. B. der Geschädigte berechtigt, gemäß dem Staatshaftungsgesetz eine staatliche Ersatzleistung zu verlangen, wenn eine rechtswidrige Handlung der Verwaltungsbehörden eine Körperverletzung oder den Tod eines Bürgers herbeigeführt oder Vermögensschäden verursacht hat (§§ 3 f. SHG). Mit diesen Vorschriften sind Ansprüche wegen rechtmäßigen Handelns des Staates sowie Ansprüche auf Ausgleich und Wiederherstellung von der Staatshaftung ausge-

¹² § 2 Abs. 2 SHG.

¹³ Vgl. etwa YANG Haikun (杨海坤) (Hrsg.), Die in das 21. Jahrhundert eingetretene chinesische Verwaltungswissenschaft (跨入二十一世纪的中国行政法学), 1. Aufl., Beijing 2000, S. 594 ff.

¹⁴ Als ersatzpflichtige Behörde i.S.v. § 19 SHG hat die Staatsanwaltschaft gemäß § 20 SHG auf der Grundlage der rechtlichen Feststellung, dass eine der in §§ 15, 16 SHG bestimmten Situationen gegeben ist, Ersatz zu leisten.

¹⁵ CAO Haidong (曹海东), Das Staatshaftungsgesetz beinhaltet zahlreiche Fehler und wurde in das Revidierungsprojekt des laufenden NVK gebracht (国家赔偿漏洞百出、已列入本届人大修改规划), Quelle: <http://news.sohu.com/20050225/n224431735.shtml> (besucht am 10.06.2005).

¹⁶ CUI Li (崔丽), Das zehnjährige Staatshaftungsgesetz benötigt dringende Revidierung (国家赔偿法颁布十年亟需修改), Tageszeitung für Chinas Jugend (中国青年报) vom 12.05.2004.

¹⁷ „Das zehnjährige Staatshaftungsgesetz wurde von den Peking Richter als mit klarem Menschenrechtsschutz geprägt identifiziert (国家赔偿法颁行十年, 北京法官指其人权特色鲜明)“, Quelle: <http://news.anhui-news.com/system/2004/05/10/000640662.shtml> (besucht am 10.06.2005).

¹⁸ Chinesisch: 国家不赔法; so YING Songnian (应松年), in: LI Aiqin (李爱芹), Das Handeln der Regierung soll vom Gesetz geregelt werden (政府行为法该管), Quelle: <http://www.mzyfz.com/zzxd/2001/2001-14/tbch1.htm> (besucht am 04.08.2005).

¹⁹ Chinesisch: 花瓶; so ZHANG Shuyi (张树义), in: N.N., Die Revidierung des Staatshaftungsgesetzes unter Betrieb (国家赔偿法修改启动), Quelle: <http://gov.finance.sina.com.cn/zsyfz/2004-08-05/19828.html> (besucht am 10.06.2005).

²⁰ Siehe hierzu CAO Haidong (曹海东), a.a.O. (Fn 14).

schlossen. Andere Ansprüche, die im Zusammenhang mit dem Staatshaftungsrecht stehen, wie z.B. Unterlassungsansprüche des Bürgers gegen den Staat, Ersatzansprüche des Staates gegen den Bürger oder Ansprüche auf eine Entschädigung aus sozialen Gründen usw. werden ebenfalls nicht berücksichtigt. Im Schrifttum wurde vorgeschlagen, dass der Gesetzgeber entweder parallel zum Staatshaftungsgesetz ein Staatsentschädigungsgesetz oder ein revidiertes Staatshaftungsgesetz erlassen müsse, das auch Ansprüche wegen rechtmäßigen Handelns des Staates umfasst.²¹

Nicht vom Staatshaftungsgesetz erfasst sind diejenigen Schäden, welche durch öffentliche Einrichtungen wie z.B. durch öffentliche Straßen, Gebäude, Wasserstraßen, Spielplätze, usw. verursacht wurden. Für diesen Bereich gilt nach wie vor lediglich das Zivilrecht. Danach ist grundsätzlich der Eigentümer oder Verwalter der öffentlichen Einrichtung ersatzpflichtig und nicht der Staat. Deshalb ist es häufig der Fall, dass der durch eine öffentliche Einrichtung Geschädigte keinen zahlungsfähigen Schuldner finden kann.²² Gleichzeitig kann das öffentlich-rechtliche Handeln des Staates, die Sicherung der öffentlichen Einrichtungen in hoheitsrechtlicher Form pflichtgemäß zu überwachen, nicht dem Rechtsträger, nämlich dem Staat, zugerechnet werden. Diese Situation wurde zwar schon lange im Schrifttum kritisiert,²³ bisher aber noch nicht vom Gesetzgeber berücksichtigt. Die Situation wird zusätzlich undurchsichtiger dadurch gemacht, dass der Begriff der „öffentlichen Einrichtung“ in der Rechtsprechung bisher nicht klar konturiert ist.

Des weiteren sind die Handlungen der Parteior-gane sowie der anderen „quasi-staatlichen Behörden“ nicht vom Staatshaftungsgesetz erfasst, wie z.B. die Handlungen des Volkskongresses, der Öffentlichen Institutionen,²⁴ Staatsbetriebe²⁵ und Fachverbände,²⁶ die zum Teil auch regelmäßig Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.²⁷ Es wurde zwar gelegentlich im Schrifttum

gefordert, dass der Umfang der Staatshaftung auf diese Bereiche erstreckt werden sollte. Es ist aber wenig wahrscheinlich, dass es zu einer derartig durchgreifenden Reform des chinesischen Staatshaftungsgesetzes unter den gegebenen politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen kommen kann.²⁸

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Umfang der Staatshaftung in China im Vergleich zu dem in Deutschland wesentlich geringer ist.²⁹ Gewissermaßen entspricht die chinesische Staatshaftung der deutschen Amtshaftung. Dabei werden jedoch noch einige Bereiche ausgespart.

2. Über das Verfahren nach dem Staatshaftungsgesetz

Das bisherige Verfahren gemäß dem Staatshaftungsgesetz wird in zweifacher Hinsicht stark kritisiert. Zum einen richtet sich die Kritik gegen das so genannte Feststellungsverfahren. Nach § 9 Abs. 2 und § 20 Abs. 2 SHG hat der Geschädigte seinen Ersatzanspruch zuerst bei der ersatzpflichtigen Behörde geltend zu machen. Die ersatzpflichtige Behörde soll die Rechtswidrigkeit ihrer Handlung feststellen. Erst wenn dies nicht der Fall ist, kann der Geschädigte Verwaltungswiderspruch oder Verwaltungsklage erheben (§ 9 Abs. 2 SHG) oder Beschwerde³⁰ einlegen (§ 20 Abs. 2 SHG). Dabei ist der weitere Verlauf des Verfahrens davon abhängig, ob die (möglicherweise) ersatzpflichtige Behörde die Rechtswidrigkeit ihres eigenen Handelns zugibt. In der Rechtsprechung, insbesondere der zum Schadensersatz in Strafsachen,³¹ wurde dieses so genannte Feststellungsverfahren häufig von den in Anspruch genommenen Behörden als „Schutzschild“³² benutzt, um ihre Ersatzleistung zu

²¹ MO Yuchuan (莫于川), Die Kodifikation des Menschenrechts in der Verfassung und die Entwicklung des Verwaltungsentschädigungsrechts im Festland China (人权入宪与大陆行政赔偿法制的发展), in: Gesellschaft für Verwaltungsrecht (中国法学会行政法学研究会) (Hrsg.), Das chinesische Verwaltungsrecht nach der Verfassungsrevidierung (修宪之后的中国行政法), Beijing 2005, S. 125, 135.

²² Vgl. MA Huaide (马怀德)/GAO Chennian (高晨年), Entwicklung und Verbesserung des Staatshaftungsgesetzes (国家赔偿法的发展与完善), in: Gesellschaft für Verwaltungsrecht (Fn. 21) S. 3, 7.

²³ Vgl. etwa LIU Fei (刘飞), Die durch die öffentlichen Einrichtungen entstehenden Schäden sollten zum Umfang der Staatshaftung gelegt werden (应将公有公共设施致害赔偿纳入国家赔偿范畴), in: Post-Graduate Law Review (研究生法学), 1995 Bd. 2, S. 19 ff.

²⁴ Chinesisch: 事业单位.

²⁵ Chinesisch: 国营企业.

²⁶ Chinesisch: 行业组织.

²⁷ Vgl. Heuser, Einführung in die chinesische Rechtskultur, Hamburg 1999, S. 306 f. Ausführlich über die Rolle der Kommunistischen Partei Chinas und die Öffentlichen Institutionen (事业单位), Staatsbetriebe (国营企业) und Fachverbände (行业组织) bei der Staatsverwaltung vgl. LIU Fei (刘飞), Die gerichtliche Verwaltungskontrolle als Entwicklungsfaktor des chinesischen Verwaltungsrechts. Eine vergleichende Untersuchung zwischen China und Deutschland, Frankfurt 2003, S. 110 ff.

²⁸ Vgl. dazu Heuser, Einführung in die chinesische Rechtskultur (Fn. 27), S. 306 f.

²⁹ Hier bezieht sich die vorliegende Arbeit hauptsächlich auf Schadensersatz in Verwaltungssachen. Die Darstellung der entsprechenden Ansicht hinsichtlich des Schadensersatzes in Strafsachen bedarf einer eigenständigen Ausführung.

³⁰ Chinesisch: 申诉.

³¹ Im Verfahren zum Schadensersatz in Verwaltungssachen geraten die Geschädigten in andere Schwierigkeiten. Wenn die (potenziell) ersatzpflichtige Behörde die Feststellung der Rechtswidrigkeit ihrer Handlung verweigert, kann der Geschädigte Verwaltungsklage erheben. Gegenstand einer Verwaltungsklage kann aber lediglich die Frage der Rechtswidrigkeit eines konkreten Verwaltungsaktes sein. Wenn aber der Schaden u. a. durch einen Realakt, der nicht unter dem Begriff „konkreter Verwaltungsakt“ fallen kann, entstanden ist, besteht für den Geschädigten auch keine Möglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz mehr. Näher dazu vgl. Heuser, „Sozialistischer Rechtsstaat“ und Verwaltungsrecht in der VR China (1982-2002) (Fn. 2), S. 124 ff.

³² Chinesisch: 挡箭牌.

umgehen oder zu verzögern.³³ Im Schrifttum wurde vorgeschlagen das Schadensersatzverfahren von der Ansicht der (potentiell) ersatzpflichtigen Behörde zu lösen.³⁴ In der Gerichtspraxis wurde auch schon versucht, eine Feststellungskammer³⁵ einzurichten, um das Feststellungsverfahren justizförmig auszugestalten und transparenter zu machen.³⁶ In einem Entwurf zu den Ausführungsvorschriften zum Staatshaftungsgesetz der regierungsunmittelbaren Stadt Chongqing steht bereits ausdrücklich, dass „der Geschädigte das Feststellungsverfahren überspringen kann“.³⁷

Die Kritik richtet sich zum anderen gegen das Verfahren bei der Staatshaftungskommission des Volksgerichts. Vom Staatshaftungsgesetz (§ 22 SHG) ausgehend lässt sich nicht feststellen, ob das von der Staatshaftungskommission des Volksgerichts zu leitende Verfahren justizförmig ausgestaltet ist. Im Schrifttum wurde fast einstimmig gefordert dieses Verfahren ausführlich, und zwar als ein gerichtliches Verfahren, neu zu fassen.³⁸

3. Inhalt des Staatshaftungsanspruchs

Der Inhalt des Staatshaftungsanspruchs richtet sich nach § 25 ff. SHG. Der Staatshaftungsanspruch gewährt in der Regel nur einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld (§ 25 Abs. 1 SHG). Werden Bürger ihrer Freiheit beraubt, wird der Ersatzbetrag für einen Tag nach dem vorjährigen durchschnittlichen staatlichen Tageslohn für einen Beschäftigten berechnet (§ 26 SHG). Zwar ist es möglich, dass einem Anspruch auch auf Naturalrestitution stattgegeben wird (§ 25 Abs. 2 SHG), der Schadensersatz wird aber hauptsächlich in Geld geleistet. Dass der Schadensersatz an den vorjährigen Tagesdurchschnittslohn von Staatsangestellten angelegt wird, wurde im Schrifttum als zu niedrig beanstandet.³⁹

Nicht vom Gesetz als Inhalt der Staatshaftung vorgesehen ist der Ersatz des immateriellen Schadens (精神损害). Es ist in den Paragraphen §§ 3-5, 15-17 SHG ausdrücklich normiert, dass sich die

Staatshaftung ausschließlich auf „die Körperverletzung oder den Tod eines Bürgers“ oder auf „Vermögensschäden“ bezieht. Wenn die Ehre oder der gute Ruf eines Geschädigten Schaden erlitten hat, soll der Staat lediglich dafür sorgen, dass die Rechtsverletzung beseitigt, die Ehre des Geschädigten wiederhergestellt und eine Entschuldigung ausgesprochen wird (§ 30 SHG). Nach dem Staatshaftungsgesetz besteht auch dann kein Anspruch auf die Zahlung von Schmerzensgeld, wenn das Persönlichkeitsrecht eines Bürgers in schwerer Weise verletzt worden ist. Diese Gesetzeswirklichkeit wurde im Schrifttum stark kritisiert.⁴⁰ Eine Reihe jüngst relevant gewordener Fälle hat diese Problematik wieder in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.⁴¹ Im Schrifttum ist man sich dahingehend einig, dass Schadensersatz wegen immaterieller Schäden auch im Rahmen der Staatshaftung gewährt werden sollte.⁴² In einem wissenschaftlichen Entwurf zur Revidierung des Staatshaftungsgesetzes wurde auch der Schadensersatz wegen immaterieller Schäden eingefügt. Nach diesem Entwurf soll Schadensersatz gewährt werden, wenn das Persönlichkeitsrecht in schwerer Weise verletzt worden ist.⁴³

IV. Ausblick

Mit dem Inkrafttreten des Staatshaftungsgesetzes im Jahre 1994 ist zwar ein Rechtsinstitut für den Ersatz von durch den Staat verursachten Schäden in China geschaffen worden. Dieses System erweist sich aber als sehr problematisch. Wie auch die anderen Rechtsinstitute Chinas ist das chinesische Staatshaftungsgesetz nur vor dem Hintergrund chinesischer Rechtsentwicklung verständlich und erklärbar. Ein revidiertes bzw. verbessertes Staatshaftungsgesetz ist zwar wünschenswert, weil dadurch u. a. die oben aufgeführten Mängel zumindest teilweise behoben werden könnten. Es ist aber nicht zu erwarten, dass dadurch der Rechtszustand

³³ PI Zongtai (皮宗泰)/GUO Xiaoli (郭晓丽), Moderne Gedanken zur Justiz und einige Probleme über Schadensersatz in Strafsachen (现代司法理念与我国司法赔偿制度的几个问题的研究), in: Gesellschaft für Verwaltungsrecht (Fn. 21) S. 37, 39.

³⁴ So PI Zongtai/GUO Xiaoli (Fn. 33), S. 37, 39.

³⁵ Chinesisch: 国家赔偿确认合议庭.

³⁶ MAO Lei (毛蕾), Eine Feststellungskammer zum Schadensersatz wurde in Nanking eingerichtet (国家赔偿南京成立“确认合议庭”), Quelle: <http://www.sznews.com/szwb/20040914/ca1159092.htm> (besucht am 10.06.2005).

³⁷ QIN Liwen (秦力文), Volkskongress der Stadt Chongqing revidiert die Ausführungsvorschriften zum SHG (重庆市人大修改国家赔偿法在渝实施办法), Quelle: www.scol.com.cn/domestic/dfbb/20031015/20031015142516.htm (besucht am 04.08.2005).

³⁸ So z.B. bei LI Xinsheng (李新生), Einige Probleme über die Revidierung des Staatshaftungsgesetzes (关于国家赔偿法修改的几个问题), in: Gesellschaft für Verwaltungsrecht (Fn.21) S. 29, 35.

³⁹ Vgl. etwa MA Huaide/GAO Chennian (Fn. 22) S. 3, 14 f.

⁴⁰ Vgl. z.B. MA Huaide (马怀德)/Zhang Hong (张红), Über Schadensersatz wegen immaterieller Schäden (论国家侵权精神损害赔偿), in: Fachzeitschrift der Tianjiner Verwaltungshochschule (天津行政学院学报), 2005, Bd. 1, S. 63 ff.; CHEN Baoheng (陈宝成), Das Staatshaftungsgesetz soll ein Gesetz zum Schutz des Menschenrechts sein (国家赔偿法应是人权保障法), in: Neue Pekingische Tageszeitung (新京报) am 11.09.2005, S. A04.

⁴¹ Wie z.B. beim bekannten MA Dandan-Fall (麻旦旦案件): Das 19-jährige Mädchen MA wurde am 08.01.2001 von Polizisten unter Anwendung von Folter verhört und aufgefordert, zuzugeben, dass sie sich an einen Mann verkauft habe. Danach wurde gegen Ma wegen Prostitution eine 15-tägige Haftstrafe verhängt. Nachdem sie beweisen konnte, dass sie bisher noch Jungfrau ist, erhielt sie gemäß dem Staatshaftungsgesetz eine Ersatzleistung in Höhe von 74.66 Yuan (umgerechnet etwa 7,5 €). Ihre Forderung auf 5.000.000 Yuan (umgerechnet etwa 500.000 €) Schadensersatz wegen immaterieller Schäden wurde vom Gericht abgelehnt.

⁴² Wie z.B. bei MA Huaide/GAO Chennian (Fn. 22) S. 3, 15 f.

⁴³ SHEN Kaiju (沈开举) u.a., Das Staatshaftungsgesetz der VR China (Revidierungsentwurf) mit Erläuterungen (《中华人民共和国国家赔偿法》(修改建议稿)及理由说明), in: Gesellschaft für Verwaltungsrecht (Fn. 21) S. 18, 19.

hinsichtlich der Staatshaftung erheblich verbessert werden kann, da das System des Staatshaftungsgesetzes Teil einer Rechtsordnung ist, die sich nicht kurzfristig von Grund auf verändern lässt. Die in der vorliegenden Arbeit aufgelisteten Mängel lassen sich deshalb auch durch eine Korrektur beseitigen, die auf das System des Staatshaftungsgesetzes selbst beschränkt bleibt. Vielmehr bedarf es einer Verbesserung des Rechtssystems insgesamt. Angesichts der gegenwärtigen Situation Chinas ist aber nicht zu erwarten, dass das gesamte Rechtssystem durchgreifend verändert wird, um eine Optimierung der Rechtslage hinsichtlich des Staatshaftungsgesetzes zu erzielen. Dennoch ist eine Novelle von großer Bedeutung, denn sie würde dazu beitragen die chinesische Rechtsordnung vorwärts zu bringen, damit das Staatshaftungsgesetz vielleicht doch nicht mehr als ein „Staatsnichthaftungsgesetz“ erscheint.

Zur Neuregelung des Direktvertriebs in China

Björn Ahl¹

I. Einleitung

Das klassische Warenvertriebssystem der neuzeitlichen Industriegesellschaft ist der indirekte Vertrieb. Dabei werden die von ihren Herstellern erzeugten Produkte von rechtlich selbständigen Vertriebsunternehmen stationär in Ladengeschäften einem größeren Verbraucherkreis zum Erwerb angeboten. Der indirekte Vertrieb ist vor allem für Markt-Newcomer wegen erheblicher Investitions- und Vorhaltekosten wenig effizient und kostspielig.² Aus diesem Grund sind weltweit zahlreiche Herstellerunternehmen zum Direktvertrieb als der eigentlichen Urform des Warenhandels zurückgekehrt. Dabei erfolgt der Vertrieb von Waren direkt ohne Zwischenstufen vom Hersteller, Importeur oder Versandhaus an den Endabnehmer, Konsumenten und Verbraucher. Dazu können neben betriebsangehörigen Angestellten auch selbständige Absatzmittler, wie etwa Berater und Handelsvertreter, eingesetzt werden.³ Diese Vertriebsform bietet neben größerer Kundenfreundlichkeit vor allem eine größere Gewinnspanne. Im Direktvertrieb werden weltweit etwa 90 Mrd. US-Dollar jährlich umgesetzt, die Hälfte davon in den U.S.A. und Japan.⁴

Eine besondere Form des Direktvertriebs ist das Multi-Level-Marketing, auch als Network-Marketing bezeichnet, das in Deutschland unter dem Begriff des Strukturvertriebs bekannt geworden ist. Darunter wird ein progressives Vertriebssystem verstanden, das sich dadurch von herkömmlichen Vertriebsmethoden unterscheidet, dass es verkaufswillige Endabnehmer und Verbraucher und auch andere Dritte aktiv in die Absatzstrategie des Unternehmens einbezieht. Dadurch entsteht ein Multiplikatoreffekt, der durch leistungsbezogene Anreize noch verstärkt wird und durch den der

Umsatz nachhaltig gesteigert werden kann.⁵ Multi-Level-Marketing-Systeme sind unterschiedlich ausgestaltet, weisen aber durchgehend die Merkmale der Produktbindung, der stufenmäßig gegliederten Organisation, des Einsatzes von Laien, einer erfolgsbezogenen Vergütung sowie der Werbung neuer Mitarbeiter auf.⁶

Aufgrund dieser Merkmale ähneln sie aber auch so genannten Schneeball- oder Pyramidensystemen. Letztere verfolgen als Hauptzweck allerdings nicht den Verkauf eines Produktes an den Endabnehmer, sondern den Verkauf von Waren in die Struktur selbst und damit den Aufbau einer Käuferlawine oder -pyramide. Sie füllen mit den Waren ihre eigene Struktur auf. Dieses „pipe-filling“ wird durchweg verprovisioniert und kann deshalb zunächst für die nah am Unternehmer stehenden Organisationsangehörigen ein lukratives Geschäft sein, das sich mit dem weiteren Ausbreiten der Pyramide nach unten allerdings nicht mehr realisieren lässt. Die gesamte Vertriebsstruktur dient folglich als ein Mantel für die Installierung eines „Schwindelunternehmens“.⁷

II. Entwicklung des Direktvertriebs in China

Bereits zu Beginn der neunziger Jahre hatten das dynamische Wirtschaftswachstum verbunden mit einer langsam bedeutender werdenden Mittelschicht in China gute Bedingungen für Direktvertriebsunternehmen entstehen lassen. Nach der Einführung dieser neuen Vertriebsform hatte sich aber auch innerhalb kürzester Zeit in weitem Umfang das Risiko der Errichtung von Pyramidensystemen zu betrügerischen Zwecken verwirklicht. Dies führte schließlich zu einem Verbot aller

¹ Stellvertretender Direktor am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing.

² Joerg Brammsen/Stefan Leible, Multi-Level-Marketing im System des deutschen Lauterkeitsrechts, in: Betriebs-Berater, Beilage 10 zu Heft 32 (1997), 1.

³ Karl-Heinz Thume, in: Wolfram Küstner/Karl-Heinz Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 3 Vertriebsrecht, Heidelberg 1998, Rn. 1997 ff.

⁴ U.S. Commercial Service, Direct Sales in China, im Internet unter: www.buyusainfo.net/docs/x_5677683.pdf (aufgerufen am 12.1.2006).

⁵ Karl-Heinz Thume, Multi-Level-Marketing, ein stets sittenwidriges Vertriebssystem?, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (1999), 281.

⁶ Dazu im Einzelnen Karl-Heinz Thume, in: Wolfram Küstner/Karl-Heinz Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 3 Vertriebsrecht, Heidelberg 1998, Rn. 2041 ff.; vgl. ferner Frank Ebbing, Strukturvertrieb oder Schneeballsystem? Zur Zulässigkeit des Multilevel Marketing im U.S.-amerikanischen Recht, in: GRURInt 1998 Heft 1, 15 ff.; Stefan Leible, Multi-Level-Marketing ist nicht wettbewerbswidrig!, in: Wettbewerb in Recht und Praxis 1998 Heft 1, 18 ff.; Eva-Maria Kieninger, Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages?, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1998, 277 ff.

⁷ Karl-Heinz Thume, Multi-Level-Marketing, ein stets sittenwidriges Vertriebssystem?, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (1999), 283.

Direktvertriebsaktivitäten und dem Vertrieb in Pyramidenstrukturen im Jahr 1998. Da sich die VR China beim Beitritt zur WTO dazu verpflichtet hatte, Marktzugang für „wholesale or retail trade services away from a fixed location“ zu erlauben,⁸ wartete man bereits seit einiger Zeit gespannt auf die Wiedereröffnung des Direktvertriebssektors. An sich hätte diese WTO-Verpflichtung bis zum 11.12.2004 umgesetzt werden müssen. Der Staatsrat hat allerdings erst am 10.8.2005 die Verwaltungsverordnung über den Direktvertrieb⁹ (Direktvertriebsverordnung) und die Verordnung über den Strukturvertrieb¹⁰ (Strukturvertriebsverordnung) angenommen, die am 1.12.2005 bzw. am 1.11.2005 in Kraft getreten sind.¹¹ Im Folgenden werden nach einem Überblick über die bisherige Rechtslage die neuen Regelungen kurz vorgestellt.

III. Die bisherige Rechtslage

Im Jahr 1990 kam Avon als erstes großes ausländisches Direktvertriebsunternehmen auf den chinesischen Markt. Aufgrund rasch steigender Verkaufszahlen schlossen sich weitere amerikanische Unternehmen, wie Mary Kary, Amway und Sunrider an. Auch folgten Direktvertriebsunternehmen aus Taiwan, Hongkong und Malaysia. Gleichzeitig wurden immer mehr Fälle von betrügerischen Vertriebsaktivitäten bekannt, was im August 1994 das staatliche Verwaltungsamt für Industrie und Handel dazu veranlasste, eine Mitteilung über die Verhinderung rechtswidriger Handlungen bei Aktivitäten im Mehrebenenvertrieb zu erlassen.¹² Die Mitteilung verfolgte nicht das Ziel eines umfassenden Verbots des Strukturvertriebs, sondern erklärte lediglich die Beteiligung bestimmter Personen sowie die Vornahme bestimmter Handlungen für rechtswidrig. Etwa wurde es den Mitarbeitern von Partei- oder Staatsorganen untersagt, sich an Strukturvertriebsaktivitäten zu beteiligen. Im Rahmen des Strukturvertriebs war es beispielsweise verboten, dass Organisationsangehörige hauptsächlich Mitglieder werben, wenn ihre

Einkünfte überwiegend aus den Beitrittsgeldern neuer Mitglieder stammen. Außerdem wurden verschiedene Formen irreführender Werbung untersagt wie auch der Vertrieb von Produkten zu überhöhten Preisen.

Ein Jahr später wurde von der Kanzlei des Staatsrats verfügt, dass keine neuen Strukturvertriebsunternehmen zugelassen und die bestehenden Unternehmen überprüft werden.¹³ Begründet wurde dies mit dem Vollzugsdefizit bei der Umsetzung der Mitteilung vom August 1994. Außerdem wurde als Begründung angeführt, dass die Normierung und Überwachung von Strukturvertriebsaktivitäten sehr schwierig sei und es der Mehrzahl der Verbraucher an einer „entwickelten Verbrauchermentalität“ mangle. Betrügerische Handlungen verletzen die Interessen der Verbraucher, die wirtschaftlichen Verluste einer großen Zahl von Mitgliedern der Vertriebsorganisationen führten zu gesellschaftlichen Problemen und störten die Wirtschaftsordnung.

Im Januar 1997 wurden Verwaltungsvorschriften über den Strukturvertrieb erlassen.¹⁴ Danach wurde der Strukturvertrieb auf Unternehmen mit einem Mindeststammkapital von RMB 50 Mio. Yuan beschränkt, die nur in China hergestellte Produkte vertreiben durften.¹⁵ Da der Direktverkauf nur von in China gegründeten Unternehmen betrieben werden durfte, war es ausländischen Unternehmen untersagt, vom Ausland aus unmittelbar privates Verkaufspersonal für den Direktverkauf in China unter Vertrag zu nehmen.¹⁶ Das Vertriebspersonal wurde insoweit durch die Verwaltungsvorschriften geschützt, als die Zahlung eines Beitrittsgeldes untersagt wurde, Mindestabnahmeverpflichtungen für unwirksam erklärt wurden und nicht verkaufte Warenbestände an den Unternehmer zurückverkauft werden konnten.¹⁷

Im April 1998 wurden alle Direktvertriebsaktivitäten und der Vertrieb in Pyramidenstrukturen verboten.¹⁸ Als Begründung für diese einschneidende Maßnahme führte der Staatsrat an, dass das

⁸ Report of the Working Party on the Accession of China, Addendum, Schedule CLII – The People's Republic of China, Part II – Schedule of Specific Commitments on Services, List of Article II MFN Exemptions, WT/ACC/CHN/49/Add.2.

⁹ Verwaltungsverordnung über den Direktvertrieb (直销管理条例) vom 10.8.2005, in: Amtsblatt des Staatsrats der VR China (中华人民共和国国务院公报) (2005) 29, 16 ff.

¹⁰ Verordnung über das Verbot des Strukturvertriebs (禁止传销条例) vom 10.8.2005, in: Amtsblatt des Staatsrats der VR China (中华人民共和国国务院公报) (2005) 29, 22 ff.

¹¹ Vgl. die Dokumentation in diesem Heft. Ferner: David Livdahl/Zhongda Wu, China's Milestone Direct selling Regulations: A Victory for Single-level Selling over Multi-level Selling, in: China Law and Practice, October 2005, 19 ff.

¹² Mitteilung über die Verhinderung rechtswidriger Handlungen bei Aktivitäten im Strukturvertrieb (关于制止多层次传销活动中违法行为的通告) vom 10.8.1994, im Internet unter: http://www.pt.fjaic.gov.cn/law_show.asp?law_type=GSXZ1371 (Aufruf am 13.1.2006).

¹³ Mitteilung der Staatsratskanzlei über die Beendigung der Entwicklung von Strukturvertriebsunternehmen (国务院办公厅关于停止发展多层次传销企业的通知) vom 22.9.1995, im Internet unter <http://law.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/slc.asp?db=chl&gid=13458> (Aufruf am 13.1.2006).

¹⁴ Verwaltungsmethode über den Strukturvertrieb (传销管理办法) vom 10.1.1997, im Internet unter: <http://www.sjzyhd.gov.cn/g4.htm> (Aufruf am 13.1.2006).

¹⁵ § 6 Ziff. 2 und 3 der Verwaltungsmethode.

¹⁶ Jörg-Michael Scheil, Neue Vertriebsformen, insbesondere Franchising, im Einzelhandel der VR China, in: GRURInt 1998 Heft 10, 784.

¹⁷ §§ 15 und 16 der Verwaltungsvorschriften.

¹⁸ Mitteilung des Staatsrats über das Verbot von Geschäftsaktivitäten im Strukturvertrieb (国务院关于禁止传销经营活动的通知) vom 18.4.1998, im Internet unter: http://www.saic.gov.cn/gpjy/flfg/flfg_detail.asp?flfgid=1312 (Aufruf am 13.1.2006).

Geschäftsmodell des Direkt- und Strukturvertriebs nicht zum Entwicklungsstand Chinas passe und bereits schwerwiegende Schäden verursacht habe. Ferner wurde das Verbot mit der Intransparenz der Organisation und der Transaktionen sowie der dezentralen Verkaufsstruktur begründet. Das Geschäftsmodell werde auch für die Verbreitung von Irrlehren und Aberglauben, die Störung des Unterrichtsbetriebs in Schulen, Preisbetrug, die Verbreitung gefälschter und minderwertiger Produkte, Schmuggel und Steuerhinterziehung missbraucht.

Kurz nach dem generellen Verbot des Direktvertriebs erließen das Staatsamt für Industrie und Handel gemeinsam mit dem damaligen Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit und der staatlichen Kommission für Wirtschaft und Handel eine Mitteilung über die Änderung des Verkaufsmodus ausländisch investierter Direktvertriebsunternehmen, wonach ausländische Direktvertriebsunternehmen den Vertrieb nur noch über Ladengeschäfte abwickeln durften.¹⁹ Die Voraussetzungen für ausländische Direktvertriebsunternehmen für eine Zulassung nach dem geänderten Vertriebsmodus waren relativ hoch. Sie erforderten Gesamtinvestitionen in China in Höhe von 10 Mio. US-Dollar, Vertreter des Unternehmens konnten in einer Stadt nur unter der Bedingung Produkte vertreiben, dass das Unternehmen in der betreffenden Stadt ein Ladengeschäft unterhielt. Nur zehn ausländische Direktvertriebsunternehmen bekamen die Zulassung gemäß diesen Vorschriften, darunter Avon und Amway.²⁰ Trotz des Verbots des Direktvertriebs erzielten diese großen ausländischen Direktvertriebsunternehmen etwa im Jahr 2003 Umsatzsteigerungen von circa 50%.²¹

IV. Die Neuregelung des Direktvertriebs

Wie die bisherige Entwicklung des rechtlichen Rahmens für den Direktvertrieb in China erwarten lässt, hat dieser Sektor eine zurückhaltende und vorsichtige Neuregelung erfahren, die den Struk-

turvertrieb ganz verbietet und den erlaubten Direktvertrieb an hohe Voraussetzungen knüpft.

1. Unterscheidung zwischen Direktvertrieb und Strukturvertrieb

Bislang hatte die Gesetzessprache die Begriffe des Direktvertriebs²² und des Strukturvertriebs²³ nicht klar definiert. In der Mitteilung des Staatsrats, welche Direktvertriebsaktivitäten insgesamt verboten hatte, wurden mit Strukturvertrieb sowohl die klassische Form des Direktvertriebs als auch rechtswidrige Pyramidenstrukturen bezeichnet.²⁴ Nunmehr wird der Direktvertrieb als einzig erlaubte Absatzform als ein Geschäftsmodell beschrieben, bei dem ein Unternehmen Mitarbeiter²⁵ akquiriert, welche die in Eigenproduktion des Unternehmens oder von der Mutter- oder Holdinggesellschaft hergestellten Produkte unmittelbar an den Endverbraucher absetzen.²⁶ Die Vergütung der Mitarbeiter darf nur von ihren durch den Verkauf von Produkten an Endabnehmer stammenden Verkaufseinnahmen abhängig gemacht werden und darf 30% der Verkaufseinnahmen nicht überschreiten.²⁷ Um einen verbotenen Strukturvertrieb handelt es sich dann, wenn Mitarbeiter zur Akquirierung weiterer Mitarbeiter veranlasst werden und sich die Vergütung nach der Anzahl neu angeworbener Mitarbeiter bemisst.²⁸ Ferner dann, wenn von neuen Mitarbeitern Eintrittsgebühren verlangt werden, wenn sie Warenabnahmeverpflichtungen eingehen müssen oder wenn der Vertrieb in einem Mehrstufenverhältnis organisiert wird, bei dem die Vergütung von Mitarbeitern einer höheren Stufe sich am Verkaufsumsatz auf der jeweils untergeordneten Stufe bemisst.²⁹ Der Begriff des Strukturvertriebs umfasst danach nicht nur Pyramiden- und Schneeballsysteme, sondern alle Formen von stufenmäßig gegliederten progressiven Vertriebsorganisationen.

2. Voraussetzungen für die Errichtung eines Direktvertriebsunternehmens

Der Direktvertrieb ist auf Unternehmen beschränkt, die in der VR China registriert sind.³⁰ Für die Zulassung als Direktvertriebsunternehmen

¹⁹ Mitteilung über die Probleme bei der Umstellung des Verkaufsmodus ausländisch investierter Direktvertriebsunternehmen (关于外商投资传销企业转变销售方式有关问题的通知) vom 18.6.1998, im Internet unter: http://www.lawyerwu.com/data/2003/0728/article_591.htm (Aufruf am 13.1.2006); vgl auch die Bestimmungen über Probleme beim Vollzug der Mitteilung über die Probleme bei der Umstellung des Verkaufsmodus ausländisch investierter Direktvertriebsunternehmen (关于《关于外商投资传销企业转变销售方式有关问题的通知》执行中有关问题的规定), vom 4.2.2002, im Internet unter: <http://www.ccf.org.cn/end.jsp?id=2955> (Aufruf am 13.1.2006).

²⁰ David Livdahl/Zhongda Wu, China's Milestone Direct selling Regulations: A Victory for Single-level Selling over Multi-level Selling, in: China Law and Practice, October 2005, 20.

²¹ U.S. Commercial Service, Direct Sales in China, im Internet unter: www.buyusainfo.net/docs/x_5677683.pdf (aufgerufen am 12.1.2006).

²² Chinesisch: 直销.

²³ Chinesisch: 传销.

²⁴ Mitteilung der Staatsratskanzlei über die Beendigung der Entwicklung von Strukturvertriebsunternehmen (国务院办公厅关于停止发展多层次传销企业的通知) vom 22.9.1995, im Internet unter <http://law.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/slc.asp?db=chl&gid=13458> (Aufruf am 13.1.2006).

²⁵ Die Direktvertriebsverordnung spricht von直销员, was in der Dokumentation mit "Direktvertriebspersonal" übersetzt wird.

²⁶ §§ 3 Abs. 1, 4 Direktvertriebsverordnung.

²⁷ § 24 Direktvertriebsverordnung.

²⁸ § 7 Ziff. 1 Strukturvertriebsverordnung.

²⁹ § 7 Ziff. 2 und 3 Strukturvertriebsverordnung.

³⁰ § 4 Abs. 1 Direktvertriebsverordnung.

muss über die Handelsabteilungen der Provinzen beim Handelsministerium ein Antrag gestellt werden. Das Handelsministerium entscheidet unter Mitwirkung der Staatsratsabteilung für Industrie und Handel innerhalb von 90 Tagen über den Antrag. Antragsvoraussetzung ist neben dem guten Geschäftsruf des Investors, dass er sich innerhalb der letzten fünf Jahre keine rechtswidrige Geschäftstätigkeit hat zuschulden kommen lassen. Für ausländische Investoren ist zusätzlich vorgeschrieben, dass sie eine mindestens dreijährige Erfahrung im Direktvertrieb aus dem Ausland mitbringen.³¹ Das registrierte Einlagekapital des Unternehmens muss mindestens RMB 80 Mio. Yuan betragen und es muss bei der Errichtung eines Direktvertriebsunternehmens eine Sicherheitsleistung von RMB 20 Mio. Yuan erbracht werden.³²

3. Regelung von Direktvertriebsaktivitäten

a. Produkte

Der Kreis der Produkte, die im Direktvertrieb verkauft werden dürfen, wird nach Maßgabe der Entwicklung des Direktvertriebssektors und der Verbrauchernachfrage staatlich bestimmt.³³ Das Unternehmen darf nur in Eigenproduktion oder von seiner Mutter- oder Holdinggesellschaft hergestellte Produkte vertreiben.³⁴

b. Akquirierung und Ausbildung von Mitarbeitern

Werden Mitarbeiter für den Direktvertrieb akquiriert, so darf nicht mit der Vergütung der Mitarbeiter geworben werden, es dürfen keine Warenabnahmevereinbarungen getroffen oder eine Eintrittsgebühr verlangt werden.³⁵ Es ist verboten, Mitarbeiter für den Direktvertrieb zu rekrutieren, die formelle Angestellte des Direktvertriebsunternehmens sind. Minderjährigen, Vollzeitstudenten, Lehrern, medizinischem Personal, Beamten, Personen des aktiven Militärdienstes und Ausländern ist die Tätigkeit als Mitarbeiter im Direktvertrieb untersagt.³⁶ Die für den Direktvertrieb akquirierten Mitarbeiter müssen mit dem Direktvertriebsunternehmen einen Absatzförderungsvertrag³⁷ abschließen.³⁸

Bevor ein Mitarbeiter für ein Direktvertriebsunternehmen im Direktvertrieb tätig wird, hat das Unternehmen eine kostenlose Schulung und Prüfung durchzuführen und dem Mitarbeiter ein Prüfungszertifikat auszustellen.³⁹ An die Qualifikation des bei den Schulungen zum Einsatz kommenden Lehrpersonals werden hohe Anforderungen gestellt: Es muss sich beim Lehrpersonal um formell beim Unternehmen angestellte Personen mit einem Universitätsabschluss handeln, die über Rechts- und Marketingkenntnisse verfügen, und es muss bereits ein Jahr im Unternehmen beschäftigt sein. Ausländern ist die Durchführung von Schulungen verboten.⁴⁰

c. Direktvertriebsaktivitäten

Produkte dürfen nur in denjenigen Städten oder Gebieten vertrieben werden, in denen ein so genanntes Dienstleistungsnetzwerk errichtet wurde. Ferner sind Zweigniederlassungen des Direktvertriebsunternehmens in den Provinzen zu gründen, auf deren Gebiet Direktvertriebsaktivitäten vorgenommen werden.⁴¹ Bei der Anbahnung eines Verkaufs von Produkten im Direktvertrieb müssen die Mitarbeiter ihren Direktvertriebsausweis und den mit dem Direktvertriebsunternehmen abgeschlossenen Absatzförderungsvertrag vorzeigen. Sie müssen über das Warenrücknahmesystem informieren und nach dem Verkauf eine Quittung und einen Beleg ausstellen, auf dem unter anderem über die Warenrücknahme, die Adresse des lokalen Dienstleistungsnetzwerkes sowie des Direktvertriebsunternehmens informiert wird. Produkte dürfen nur zum ausgezeichneten Preis verkauft werden, der mit dem im Dienstleistungsnetzwerk angezeigten Preis übereinstimmen muss.⁴²

d. Mitarbeitervergütung

Die Vergütung der im Direktvertrieb eingesetzten Mitarbeiter muss mindestens einmal monatlich erfolgen. Die Vergütung darf sich nur an dem durch den Mitarbeiter in eigener Person erzielten Verkaufsumsatz bemessen und 30% des Verkaufsumsatzes nicht überschreiten.⁴³

4. Schutz von Mitarbeitern und Verbrauchern

Der Gesetzgeber verfolgt nebeneinander drei Ansätze, um die Mitarbeiter von Direktvertriebsunternehmen und die Endabnehmer der Produkte zu schützen: durch die Errichtung eines Warenrücknahme- und Warentauschsystems, den Aufbau

³¹ § 7 Ziff. 1 Direktvertriebsverordnung.

³² § 7 Ziff. 2 und 3 Direktvertriebsverordnung.

³³ § 2 Abs. 2 Direktvertriebsverordnung.

³⁴ § 4 Abs. 1 Direktvertriebsverordnung.

³⁵ § 14 Direktvertriebsverordnung.

³⁶ § 15 Ziff. 1, 3-6 Direktvertriebsverordnung.

³⁷ Chinesisch: 推销合同.

³⁸ § 16 Direktvertriebsverordnung.

³⁹ § 18 Abs. 1 und 2 Direktvertriebsverordnung.

⁴⁰ § 19 Abs. 1 Ziff. 1 und 2, Abs. 4 Direktvertriebsverordnung.

⁴¹ §§ 10 Abs. 1 und 2, 16 Direktvertriebsverordnung.

⁴² §§ 22 Ziff. 1, 2 und 4, 23 Direktvertriebsverordnung.

⁴³ § 24 Direktvertriebsverordnung.

von Dienstleistungsnetzwerken und durch eine vom Direktvertriebsunternehmen zu hinterlegende Sicherheitsleistung.

a. Warenrücknahme- und Warenumtauschsystem

Verbraucher können innerhalb von 30 Tagen das im Direktvertrieb erworbene Produkt bei dem Direktvertriebsunternehmen, seinen Zweigniederlassungen oder den Standorten der Dienstleistungsnetzwerke zurückgeben oder umtauschen, wenn das Produkt nicht geöffnet und die Quittung oder der Beleg vorgelegt werden. Das Unternehmen muss die Rücknahme oder den Umtausch zu dem auf der Quittung oder dem Beleg ausgewiesenen Preis innerhalb von sieben Tagen abwickeln. Gleiches gilt für die durch die Mitarbeiter vom Unternehmen gekauften Produkte.⁴⁴

b. Dienstleistungsnetzwerke

Die einzurichtenden Dienstleistungsnetzwerke haben zur Aufgabe, die Verbraucher und Mitarbeiter über die Produktpreise zu informieren und bei der Warenrücknahme oder dem Warenumtausch zu unterstützen.⁴⁵ Mit den Dienstleistungsnetzwerken sollen die beim Direktvertrieb typischerweise bei den Endverbrauchern vorliegenden Informationsdefizite ausgeglichen werden.

c. Sicherheitsleistung

Dienstleistungsunternehmen müssen eine Sicherheitsleistung hinterlegen, die 15% der monatlichen Verkaufseinnahmen aus dem Direktvertrieb beträgt und dabei RMB 20 Mio. Yuan nicht unterschreitet und RMB 100 Mio. Yuan nicht überschreitet. Der Staatsrat kann die Sicherheitsleistung verwenden, wenn Direktvertriebsunternehmen den Mitarbeitern ihre Vergütung vorenthalten, wenn an Verbraucher oder Mitarbeiter nach der Rückgabe von Produkten keine Rückgewähr des Kaufpreises erfolgt oder wenn das Produkt beim Verbraucher einen Schaden verursacht und das Unternehmen unberechtigtweise die Zahlung von Schadenersatz verweigert.⁴⁶

V. Fazit

Die Schwelle für den Eintritt in das Direktvertriebsgeschäft ist mit einer Mindestinvestition von RMB 100 Mio Yuan hoch. Der chinesische Markt bleibt damit kleinen und mittleren Direktvertriebsunternehmen verschlossen. Das Zusatzerfordernis der dreijährigen Erfahrung mit Direktvertrieb für

ausländische Investoren ist unter dem Aspekt der Inländerbehandlung bedenklich. Das strikte Verbot von stufenmäßig organisierten Vertriebsformen mag einerseits aufgrund schwerer Betrugsfälle, in denen jeweils eine große Anzahl von Personen geschädigt wurde, gerechtfertigt erscheinen. Andererseits bringt die Regelung auch ein übertriebenes Misstrauen der parteistaatlichen Führung gegenüber dem Strukturvertrieb zum Ausdruck, wie insbesondere an der Begründung des Verbots von 1998 zu sehen ist, welche den Strukturvertrieb mit religiösen Untergrundbewegungen etc. in Verbindung bringt und als Gefährdung der gesellschaftlichen Stabilität darstellt.

⁴⁴ § 25 Abs. 2 und 3 Direktvertriebsverordnung.

⁴⁵ § 10 Abs. 2 Direktvertriebsverordnung.

⁴⁶ §§ 29 Abs. 2, 30 Direktvertriebsverordnung.

DOKUMENTATIONEN

Verwaltungsverordnung zum Direktvertrieb

中华人民共和国国务院令
第 443 号

“直销管理条例”已经 2005 年 8 月 10 日国务院第 101 次常务会议通过，现予公布，自 2005 年 12 日起施行。
总理 温家宝
2005 年 8 月 23 日

直销管理条例¹

第一章 总则

第一条 为规范直销行为，加强对直销活动的监管，防止欺诈，保护消费者的合法权益和社会公共利益，制定本条例。

第二条 在中华人民共和国境内从事直销活动，应当遵守本条例。

直销产品的范围由国务院商务主管部门会同国务院工商行政管理部门根据直销业的发展状况和消费者的需求确定、公布。

第三条 本条例所称直销，是指直销企业招募直销员，由直销员在固定营业场所之外直接向最终消费者（以下简称消费者）推销产品的经销方式。

本条例所称直销企业，是指依照本条例规定经批准采取直销方式销售产品的企业。

本条例所称直销员，是指在固定营业场所之外将产品直接推销给消费者的有关人员。

Erlass des Staatsrats der VR China
Nr. 443

Die „Verwaltungsverordnung zum Direktvertrieb“ wurde auf der 101. Sitzung des Staatsrats am 10.8.2005 angenommen, hiermit verkündet und vom 1.12.2005 an durchgeführt.

Ministerpräsident WEN Jiabao
23.8.2005

Verwaltungsverordnung zum Direktvertrieb

1. Kapitel: Allgemeine Regeln

§ 1 [Regelungszweck] Diese Verordnung wurde erlassen, um Direktvertriebshandlungen zu normieren, die Überwachung von Direktvertriebsaktivitäten zu verstärken, Betrug vorzubeugen sowie die legitimen Rechte und Interessen der Verbraucher und das öffentliche Interesse der Gesellschaft zu schützen.

§ 2 [Anwendungsbereich, Produktkatalog] Bei der Durchführung von Direktvertriebsaktivitäten innerhalb des Gebietes der VR China ist diese Verordnung einzuhalten.

Der Kreis der Produkte, die im Direktvertrieb vertrieben werden können, werden durch die zuständige Abteilung des Staatsrats für Handel gemeinsam mit der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel entsprechend dem Entwicklungsstatus der Direktvertriebsbranche und der Nachfrage der Verbraucher bestimmt und veröffentlicht.

§ 3 [Definitionen] Als Direktvertrieb im Sinne dieser Verordnung wird ein Geschäftsmodell bezeichnet, bei dem Direktvertriebsunternehmen Direktvertriebspersonal rekrutieren und das Direktvertriebspersonal Produkte direkt an Endverbraucher (nachfolgend als Verbraucher bezeichnet) außerhalb eines festen Geschäftssitzes verkauft.

Direktvertriebsunternehmen im Sinne dieser Verordnung sind Unternehmen, die ihre Produkte im Wege des Direktvertriebs mit einer Genehmigung nach dieser Verordnung verkaufen.

Als Direktvertriebspersonal im Sinne dieser Verordnung wird Personal bezeichnet, das die Produkte außerhalb eines festen Geschäftssitzes direkt an Verbraucher verkauft.

¹ Amtsblatt des Staatsrats der VR China (中华人民共和国国务院公报) (2005) 29, 16 ff.

第四条 在中华人民共和国境内设立的企业（以下简称企业），可以依照本条例规定申请成为以直销方式销售本企业生产的产品以及其母公司、控股公司生产产品的直销企业。

直销企业可以依法取得贸易权和分销权。

第五条 直销企业及其直销员从事直销活动，不得有欺骗、误导等宣传和推销行为。

第六条 国务院商务主管部门和工商行政管理部门依照其职责分工和本条例规定，负责对直销企业和直销员及其直销活动实施监督管理。

第二章 直销企业及其分支机构的设立和变更

第七条 申请成为直销企业，应当具备下列条件：

（一）投资者具有良好的商业信誉，在提出申请前连续 5 年没有重大违法经营记录；外国投资者还应当有 3 年以上在中国境外从事直销活动的经验；

（二）实缴注册资本不低于人民币 8000 万元；

（三）依照本条例规定在指定银行足额缴纳了保证金；

（四）依照规定建立了信息报备和披露制度。

第八条 申请成为直销企业应当填写申请表，并提交下列申请文件、资料：

（一）符合本条例第七条规定条件的证明材料；

（二）企业章程，属于中外合资、合作企业的，还应当提供合资或者合作企业合同；

（三）市场计划报告书，包括依照本条例第十条规定拟定的经当地县级以上人民政府认可的从事直销活动地区的服务网点方案；

（四）符合国家标准的产品说明；

§ 4 [Antragserfordernis; Handels- und Vertriebsrechte] Ein Unternehmen, welches in der VR China errichtet wurde (nachfolgend als Unternehmen bezeichnet), kann gemäß dieser Verordnung einen Antrag stellen, als Direktvertriebsunternehmen zugelassen zu werden, welches in Eigenproduktion hergestellte Produkte einschließlich der von seiner Mutter- oder Holdinggesellschaft produzierten Produkte im Wege des Direktvertriebs verkauft.

Ein Direktvertriebsunternehmen kann nach dem Recht Handels- und Vertriebsrechte erhalten.

§ 5 [Verbot betrügerischer und irreführender Werbung] Einem Direktvertriebsunternehmen und seinem Direktvertriebspersonal ist es im Rahmen von Direktvertriebsaktivitäten nicht erlaubt, betrügerische oder irreführende Werbe- und Absatzförderungshandlungen vorzunehmen.

§ 6 [Aufsichtsbehörden] Die zuständige Abteilung des Staatsrats für Handel und die Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel sind entsprechend der Aufteilung ihrer Geschäftsbereiche und nach dieser Verordnung für die Überwachung und Verwaltung von Direktvertriebsunternehmen, Direktvertriebspersonal und ihren Direktvertriebsaktivitäten verantwortlich.

2. Kapitel: Errichtung und Änderung von Direktvertriebsunternehmen und ihren Zweigniederlassungen

§ 7 [Errichtungsvoraussetzungen] Der Antrag auf Zulassung als Direktvertriebsunternehmen hat die folgenden Voraussetzungen:

1. Der Investor besitzt einen guten Geschäftsruf, es sind keine während der letzten fünf Jahre vor Antragstellung begangenen schweren Rechtsverstöße durch Geschäftstätigkeit aktenkundig; ein ausländischer Investor muss außerdem außerhalb des chinesischen Gebietes mehr als drei Jahre Erfahrungen im Direktvertrieb gesammelt haben;

2. das registrierte Einlagekapital beträgt mindestens RMB 80 Mio. Yuan;

3. die Sicherheitsleistung wurde gemäß dieser Verordnung vollständig an die festgelegte Bank gezahlt;

4. es wurde gemäß den Bestimmungen ein Informationsberichts- und Offenlegungssystem eingerichtet.

§ 8 [Antragsunterlagen] Der Antrag auf die Zulassung als Direktvertriebsunternehmen setzt neben einem ausgefüllten Antragsformular die folgenden Antragsdokumente und -materialien voraus:

1. Beweismaterial, dass den Voraussetzungen des § 7 dieser Verordnung entsprochen wird;

2. die Satzung des Unternehmens, wobei bei Gemeinschaftsunternehmen mit chinesischer und ausländischer Kapitalbeteiligung und bei chinesisch-ausländisch kooperativ betriebenen Unternehmen zusätzlich der entsprechende Unternehmensvertrag einzureichen ist;

3. ein Marktplanungsbericht, der den Entwurf für ein geplantes Dienstleistungsnetzwerk nach § 10 dieser Verordnung enthält, mit dem die Direktvertriebsaktivitäten in dem Verwaltungsbezirk durchgeführt werden, und das von der betreffenden Volksregierung auf oder über Kreisebene anerkannt wurde;

4. den staatlichen Standards entsprechende Gebrauchsanweisungen für die Produkte;

(五) 拟与直销员签订的推销合同样本;

(六) 会计师事务所出具的验资报告;

(七) 企业与指定银行达成的同意依照本条例规定使用保证金的协议。

第九条 申请人应当通过所在地省、自治区、直辖市商务主管部门向国务院商务主管部门提出申请。省、自治区、直辖市商务主管部门应当自收到申请文件、资料之日起7日内,将申请文件、资料报送国务院商务主管部门。国务院商务主管部门应当自收到全部申请文件、资料之日起90日内,经征求国务院工商行政管理部门的意见,作出批准或者不予批准的决定。予以批准的,由国务院商务主管部门颁发直销经营许可证。

申请人持国务院商务主管部门颁发的直销经营许可证,依法向工商行政管理部门申请变更登记。

国务院商务主管部门审查颁发直销经营许可证,应当考虑国家安全、社会公共利益和直销业发展状况等因素。

第十条 直销企业从事直销活动,必须在拟从事直销活动的省、自治区、直辖市设立负责该行政区域内直销业务的分支机构(以下简称分支机构)。

直销企业在其从事直销活动的地区应当建立便于并满足消费者、直销员了解产品价格、退换货及企业依法提供其他服务的服务网点。服务网点的设立应当符合当地县级以上人民政府的要求。

直销企业申请设立分支机构,应当提供符合前款规定条件的证明文件和资料,并应当依照本条例第九条第一款规定的程序提出申请。获得批准后,依法向工商行政管理部门办理登记。

5. einen Mustertext des mit dem Direktvertriebspersonal abzuschließenden Absatzförderungsvertrages;

6. einen Kapitalprüfungsbericht, der von einem Wirtschaftsprüfungsbüro ausgestellt wurde;

7. eine zwischen dem Unternehmen und der festgelegten Bank über die gemäß dieser Verordnung vorzunehmende Verwendung der Sicherheitsleistung abgeschlossene Vereinbarung.

§ 9 [Genehmigungsverfahren; Beurteilungskriterien] Der Antragsteller muss seinen Antrag durch die für Handel zuständige Abteilung der Provinz, der Autonomen Region oder der regierungsunmittelbaren Stadt bei der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats einreichen. Die für Handel zuständige Abteilung der Provinz, der Autonomen Region oder der regierungsunmittelbaren Stadt muss innerhalb von sieben Tagen nach dem Erhalt der Antragsdokumente und -materialien diese der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats vorlegen. Die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats muss innerhalb von 90 Tagen nach dem Erhalt der Antragsdokumente und -materialien die Ansicht der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel einholen und entscheiden, ob eine Genehmigung erteilt wird oder nicht. Wird eine Genehmigung erteilt, so erteilt die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats eine Direktvertriebslizenz.

Hat der Antragsteller von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats eine Direktvertriebslizenz erteilt bekommen, stellt er nach dem Recht einen Antrag auf Änderung der Registrierung bei der Verwaltungsabteilung für Industrie- und Handel.

Die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats muss bei der Prüfung der Erteilung einer Direktvertriebslizenz Faktoren wie die nationale Sicherheit, das öffentliche Interesse der Gesellschaft und die Entwicklung des Direktvertriebssektors einbeziehen.

§ 10 [Zweigniederlassungen; Dienstleistungsnetz] Ein Direktvertriebsunternehmen hat bei der Ausführung von Direktvertriebsgeschäften Zweigniederlassungen zu errichten, die für die Direktvertriebsaktivitäten innerhalb der Verwaltungsregion der Provinzen, der Autonomen Regionen und der regierungsunmittelbaren Städte verantwortlich sind, in welchen das Unternehmen die Durchführung von Direktvertriebsaktivitäten plant (im folgenden als Zweigniederlassung bezeichnet).

Das Direktvertriebsunternehmen muss innerhalb des Gebietes, in welchem es seine Direktvertriebsaktivitäten ausführt, ein Dienstleistungsnetzwerk errichten, das den Verbraucher und das Direktvertriebspersonal bei der Information über Produktpreise, die Warenrückgabe und den Warenumtausch unterstützt und zufrieden stellt und andere Dienstleistungen des Unternehmens bereit hält. Die Errichtung solcher Zweigniederlassungen muss den Anforderungen der lokalen Volksregierung auf oder über der Kreisebene zu entsprechen.

Direktvertriebsunternehmen, die einen Antrag auf Errichtung von Zweigniederlassungen stellen, müssen die im vorherigen Absatz festgelegten Voraussetzungen durch Dokumente sowie Materialien nachweisen und gleichzeitig in Übereinstimmung nach dem Verfahren in § 9 Abs. 1 dieser Verordnung einen Antrag stellen. Nach Erteilung der Genehmigung ist nach dem Recht bei der Verwaltungsabteilung für Industrie- und Handel die Registrierung vorzunehmen.

第十一条 直销企业有关本条例第八条所列内容发生重大变更的,应当依照本条例第九条第一款规定的程序报国务院商务主管部门批准。

第十二条 国务院商务主管部门应当将直销企业及其分支机构的名单在政府网站上公布,并及时进行更新。

第三章 直销员的招募和培训

第十三条 直销企业及其分支机构可以招募直销员。直销企业及其分支机构以外的任何单位和个人不得招募直销员。

直销员的合法推销活动不以无照经营查处。

第十四条 直销企业及其分支机构不得发布宣传直销员销售报酬的广告,不得以缴纳费用或者购买商品作为成为直销员的条件。

第十五条 直销企业及其分支机构不得招募下列人员为直销员:

- (一) 未满 18 周岁的人员;
- (二) 无民事行为能力或者限制民事行为能力的人员;
- (三) 全日制在校学生;
- (四) 教师、医务人员、公务员和现役军人;
- (五) 直销企业的正式员工;
- (六) 境外人员;
- (七) 法律、行政法规规定不得从事兼职的人员。

第十六条 直销企业及其分支机构招募直销员应当与其签订推销合同,并保证直销员只在其一个分支机构所在的省、自治区、直辖市行政区域内已设立服务网点的地区开展直销活动。未与直销企业或者其分支机构签订推销合同的人员,不得以任何方式从事直销活动。

§ 11 [Genehmigung von Änderungen] Kommt es zu erheblichen Abweichungen von den in § 8 dieser Verordnung aufgeführten Inhalten, muss das Direktvertriebsunternehmen diese nach dem Verfahren des § 9 Abs. 1 dieser Verordnung der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats mitteilen und um eine Genehmigung nachsuchen.

§ 12 [Bekanntgabe der Direktvertriebsunternehmen] Die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats muss eine Liste der Direktvertriebsunternehmen und ihrer Zweigniederlassungen auf der Regierungswebsite veröffentlichen und Aktualisierungen unverzüglich vornehmen.

3. Kapitel: Rekrutierung und Ausbildung von Direktvertriebspersonal

§ 13 [Rekrutierung; legale Absatzförderung; illegale Rekrutierungsmethoden] Direktvertriebsunternehmen und ihre Zweigniederlassungen können Direktvertriebspersonal rekrutieren. Einheiten und Personen, die nicht zu Direktvertriebsunternehmen und deren Zweigniederlassungen gehören, ist die Rekrutierung von Direktvertriebspersonal untersagt.

Gegen rechtmäßige Absatzförderungsaktivitäten des Vertriebspersonals wird nicht deshalb ermittelt, weil sie ohne Lizenz vorgenommen wurden.

§ 14 [Werbebeschränkungen] Direktvertriebsunternehmen oder ihren Zweigniederlassungen ist es nicht erlaubt, mit den Einkünften des Direktvertriebspersonals zu werben, die Zahlung von Gebühren oder die Abnahme von Produkten zur Voraussetzung für die Einstellung von Direktvertriebspersonal zu machen.

§ 15 [Rekrutierungsverbote] Direktvertriebsunternehmen oder ihren Zweigniederlassungen ist es nicht erlaubt, die folgenden Personen als Direktvertriebspersonal zu rekrutieren:

1. Personen, die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben;
2. Personen, die geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sind;
3. Vollzeitstudenten;
4. Lehrer, medizinisches Personal, Beamte und Personen des aktiven Militärdienstes;
5. formelle Mitarbeiter des Direktvertriebsunternehmens;
6. Personen von außerhalb des [chinesischen Gebietes];
7. Personen, denen es nach Gesetz oder Verwaltungsrechtsvorschriften nicht gestattet ist, gleichzeitig mehrere Ämter auszuüben.

§ 16 [Absatzförderungsvertrag; Gebietsbeschränkung] Direktvertriebsunternehmen oder ihre Zweigniederlassungen müssen mit dem rekrutiertem Direktvertriebspersonal einen Absatzförderungsvertrag abschließen und sicherstellen, dass die Direktvertriebsgeschäfte des Direktvertriebspersonals nur innerhalb eines Gebietes der Provinz, der autonomen Region oder der regierungsunmittelbaren Stadt ausgeübt werden, in der sich der Sitz einer Zweigniederlassung befindet und ein Dienstleistungsnetzwerk errichtet wurde. Personen, die mit Direktvertriebsunternehmen oder seiner Zweigstelle keinen Absatzförderungs-

vertrag abgeschlossen haben, ist es nicht erlaubt, in irgendeiner Form Direktvertriebsgeschäfte durchzuführen.

第十七条 直销员自签订推销合同之日起 60 日内可以随时解除推销合同; 60 日后, 直销员解除推销合同应当提前 15 日通知直销企业。

§ 17 [Kündigung des Absatzförderungsvertrags] Innerhalb von 60 Tagen nach der Unterschrift kann das Direktvertriebspersonal den Absatzförderungsvertrag jederzeit kündigen; nach Ablauf von 60 Tagen muss das Direktvertriebspersonal das Direktvertriebsunternehmen 15 Tage vor der Kündigung benachrichtigen.

第十八条 直销企业应当对拟招募的直销员进行业务培训和考试, 考试合格后由直销企业颁发直销员证。未取得直销员证, 任何人不得从事直销活动。

§ 18 [Ausbildung; Direktvertriebszertifikat] Das Direktvertriebsunternehmen muss gegenüber dem rekrutierten Direktvertriebspersonal die berufliche Ausbildung sowie Prüfungen durchführen und dem Direktvertriebspersonal nach erfolgreicher Prüfung ein Zertifikat verleihen. Personen, die kein Direktvertriebszertifikat erworben haben, ist es nicht gestattet, Direktvertriebsgeschäfte auszuführen.

直销企业进行直销员业务培训和考试, 不得收取任何费用。

Direktvertriebsunternehmen ist es nicht erlaubt, Gebühren für die berufliche Ausbildung und Prüfung des Direktvertriebspersonals zu erheben.

直销企业以外的单位和个人, 不得以任何名义组织直销员业务培训。

Einheiten und Personen, die nicht zu Direktvertriebsunternehmen gehören, ist es nicht erlaubt, Direktvertriebspersonal in wessen Namen auch immer beruflich auszubilden.

第十九条 对直销员进行业务培训的授课人员应当是直销企业的正式员工, 并符合下列条件:

§ 19 [Lehrpersonal] Das Lehrpersonal, welches die berufliche Ausbildung des Direktvertriebspersonal durchführt, muss aus formellen Mitarbeitern des Direktvertriebsunternehmens bestehen und muss die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- (一) 在本企业工作 1 年以上;
- (二) 具有高等教育本科以上学历和相关的法律、市场营销专业知识;
- (三) 无因故意犯罪受刑事处罚的记录;
- (四) 无重大违法经营记录。

- 1. Es arbeitet seit mehr als einem Jahr im Unternehmen;
- 2. es besitzt einen Hochschulabschluss oder hat ein Studium von mindestens vier Jahren abgeschlossen und hat entsprechende Kenntnisse auf den Gebieten des Rechts und des Marketings;
- 3. es sind keine vorsätzlichen Straftaten aktenkundig;
- 4. es sind keine schweren Rechtsverstöße durch Geschäftstätigkeiten aktenkundig.

直销企业应当向符合前款规定的授课人员颁发直销培训员证, 并将取得直销培训员证的人员名单报国务院商务主管部门备案。国务院商务主管部门应当将取得直销培训员证的人员名单, 在政府网站上公布。

Direktvertriebsunternehmen müssen Lehrpersonal, das den Bestimmungen des vorherigen Absatzes entspricht, ein Ausbildungszertifikat für die Ausbildung von Direktvertriebspersonal verleihen, und müssen die Namensliste dieses Personals, die solch ein Zertifikat zum Direktvertriebsausbilder erhalten hat, der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats zur Eintragung in die Akten melden. Die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats muss die Namensliste der Ausbilder, die ein Zertifikat als Direktvertriebsausbilder erhalten haben, auf der Regierungswebsite veröffentlichen.

境外人员不得从事直销员业务培训。

Personen von außerhalb des [chinesischen] Gebiets ist es nicht erlaubt, Direktvertriebspersonal auszubilden.

第二十条 直销企业颁发的直销员证、直销培训员证应当依照国务院商务主管部门规定的式样印制。

§ 20 [Form der Zertifikate] Die von dem Direktvertriebsunternehmen ausgestellten Direktvertriebspersonalzertifikate sowie die Direktvertriebsausbilderzertifikate müssen in der Form gedruckt werden, wie sie von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats festgelegt wird.

第二十一条 直销企业应当对直销员业务培训的合法性、培训秩序和培训场所的安全负责。

§ 21 [Haftung] Das Direktvertriebsunternehmen muss für die Rechtmäßigkeit der beruflichen Ausbildung des Direktvertriebspersonals, die Ausbildungsordnung und für die Sicherheit am Ausbildungsplatz haften.

直销企业及其直销培训员应当对直销员业务培训授课内容的合法性负责。

直销员业务培训的具体管理办法由国务院商务主管部门、国务院工商行政管理部门会同有关部门另行制定。

第四章 直销活动

第二十二条 直销员向消费者推销产品，应当遵守下列规定：

- (一) 出示直销员证和推销合同；
- (二) 未经消费者同意，不得进入消费者住所强行推销产品，消费者要求其停止推销活动的，应当立即停止，并离开消费者住所；
- (三) 成交前，向消费者详细介绍本企业的退货制度；
- (四) 成交后，向消费者提供发票和由直销企业出具的含有退货制度、直销企业当地服务网点地址和电话号码等内容的售货凭证。

第二十三条 直销企业应当在直销产品上标明产品价格，该价格与服务网点展示的产品价格应当一致。直销员必须按照标明的价格向消费者推销产品。

第二十四条 直销企业至少应当按月支付直销员报酬。直销企业支付给直销员的报酬只能按照直销员本人直接向消费者销售产品的收入计算，报酬总额（包括佣金、奖金、各种形式的奖励以及其他经济利益等）不得超过直销员本人直接向消费者销售产品收入的 30%。

第二十五条 直销企业应当建立并实行完善的换货和退货制度。

Das Direktvertriebsunternehmen und sein Direktvertriebsausbildungspersonal müssen für die Rechtmäßigkeit des Inhalts der Ausbildung des Direktvertriebspersonals haften.

Die konkreten Verwaltungsmethoden für die berufliche Ausbildung des Direktvertriebspersonals werden von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats, der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie- und Handel zusammen mit den betreffenden Abteilungen gesondert festgelegt.

4. Kapitel: Direktvertriebsaktivitäten

§ 22 [Verbraucherschutz] Das Direktvertriebspersonal hat die folgenden Bestimmungen beim Vertrieb von Produkten an Verbraucher einzuhalten:

1. Das Direktvertriebspersonalzertifikat und der Absatzförderungsvertrag werden vorgezeigt;
2. ohne Einwilligung des Verbrauchers darf kein Zutritt zum Wohnsitz des Verbrauchers zum Zweck der erzwungenen Absatzförderung von Produkten erfolgen; bei Aufforderung des Verbrauchers, die Absatzförderungsaktivitäten zu beenden, muss das Direktvertriebspersonal diese sofort einstellen und den Wohnsitz des Verbrauchers verlassen;
3. vor Vertragsabschluss wird dem Verbraucher das Warenrücknahmesystem des Unternehmens detailliert vorgestellt;
4. nach Vertragsabschluss werden dem Verbraucher eine vom Direktvertriebsunternehmen ausgestellte Quittung sowie ein Beleg über die verkaufte Ware ausgehändigt, welcher das System der Warenrücknahme, die Adresse des lokalen Dienstleistungsnetzwerkes des Direktvertriebsunternehmens und dessen Telefonnummer etc. beinhaltet.

§ 23 [Preisauszeichnung] Das Direktvertriebsunternehmen muss seine Direktvertriebsprodukte mit Preisen auszeichnen, wobei dieser Preis mit dem Produktpreis, welcher im Dienstleistungsnetzwerk angezeigt ist, übereinstimmen muss. Das Direktvertriebspersonal hat die Produkte entsprechend dem ausgezeichneten Preis zu verkaufen.

§ 24 [Vergütung des Direktvertriebspersonals; Obergrenze] Ein Direktvertriebsunternehmen muss an sein Direktvertriebspersonal wenigstens einmal monatlich eine Vergütung zahlen. Die Vergütung, welche von dem Direktvertriebsunternehmen an das Direktvertriebspersonal gezahlt wird, darf nur auf der Basis der Einnahmen berechnet werden, die das Direktvertriebspersonal in eigener Person durch den Verkauf von Direktvertriebsprodukten an die Verbraucher erzielt hat. Die Höhe der Gesamtvergütung (inklusive Provisionen, Prämien, verschiedene Arten der Belohnung und anderer materieller Vorteile, etc.) darf 30% des Werts der Einnahmen nicht überschreiten, welche das Direktvertriebspersonal in eigener Person durch den Verkauf von Direktvertriebsprodukten an Verbraucher erzielt hat.

§ 25 [Warenumtausch und -rückgabe] Direktvertriebsunternehmen müssen ein komplettes Warenumtauschs- und Warenrücknahmesystem errichten und durchführen.

消费者自购买直销产品之日起 30 日内, 产品未开封的, 可以凭直销企业开具的发票或者售货凭证向直销企业及其分支机构、所在地的服务网点或者推销产品的直销员办理换货和退货; 直销企业及其分支机构、所在地的服务网点和直销员应当自消费者提出换货或者退货要求之日起 7 日内, 按照发票或者售货凭证标明的价款办理换货和退货。

直销员自购买直销产品之日起 30 日内, 产品未开封的, 可以凭直销企业开具的发票或者售货凭证向直销企业及其分支机构或者所在地的服务网点办理换货和退货; 直销企业及其分支机构和所在地的服务网点应当自直销员提出换货或者退货要求之日起 7 日内, 按照发票或者售货凭证标明的价款办理换货和退货。

不属于前两款规定情形, 消费者、直销员要求换货和退货的, 直销企业及其分支机构、所在地的服务网点和直销员应当依照有关法律法規的规定或者合同的约定, 办理换货和退货。

第二十六条 直销企业与直销员、直销企业及其直销员与消费者因换货或者退货发生纠纷的, 由前者承担举证责任。

第二十七条 直销企业对其直销员的直销行为承担连带责任, 能够证明直销员的直销行为与本企业无关的除外。

第二十八条 直销企业应当依照国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门的规定, 建立并实行完备的信息报备和披露制度。

Verbraucher können im Direktvertrieb erworbene Produkte innerhalb von 30 Tagen ab Erwerbszeitpunkt unter der Voraussetzung, dass das Produkt nicht geöffnet wurde, bei dem Direktvertriebsunternehmen oder seinen Zweigniederlassungen, den Standorten seiner Dienstleistungsnetzwerke oder dem Direktvertriebspersonal auf Grund der durch das Direktvertriebsunternehmen ausgestellten Quittung oder des Warenverkaufsbelegs umtauschen oder zurückgeben. Das Direktvertriebsunternehmen und seine Zweigniederlassungen, die Dienstleistungsnetzwerksstandorte sowie das Direktvertriebspersonal müssen innerhalb von sieben Tagen nachdem der Verbraucher den Umtausch oder die Rückgabe der Produkte verlangt hat, den Umtausch oder die Rückgabe des Produkts entsprechend dem in der Quittung oder dem Warenverkaufsbeleg festgelegten Preis abwickeln.

Direktvertriebspersonal kann Direktvertriebsprodukte innerhalb von 30 Tagen ab Erwerbszeitpunkt unter der Voraussetzung, dass das Produkt nicht geöffnet wurde, bei dem Direktvertriebsunternehmen oder seinen Zweigniederlassungen oder den Standorten seiner Dienstleistungsnetzwerke aufgrund der durch das Direktvertriebsunternehmen ausgestellten Quittung oder des Warenverkaufsbelegs umtauschen oder zurückgeben. Das Direktvertriebsunternehmen und seine Zweigniederlassungen oder die Dienstleistungsnetzwerksstandorte müssen innerhalb von sieben Tagen nachdem das Direktvertriebspersonal den Umtausch oder die Rückgabe der Produkte verlangt hat, den Umtausch oder die Rückgabe des Produkts entsprechend dem in der Quittung oder dem Warenverkaufsbeleg festgelegten Preis abwickeln.

Verlangt ein Verbraucher oder das Direktvertriebspersonal den Umtausch oder die Rückgabe eines Produkts, ohne dabei die Voraussetzungen der beiden vorherigen Absätze zu erfüllen, müssen die Direktvertriebsunternehmen oder ihre Zweigniederlassungen, die Standorte der Dienstleistungsnetzwerke und das Direktvertriebspersonal den Umtausch oder die Rückgabe des Produkts entsprechend den Bestimmungen der einschlägigen Gesetze und Rechtsnormen oder den vertraglichen Vereinbarungen abwickeln.

§ 26 [Beweislastverteilung] Entstehen aufgrund des Warenumtauschs oder der Warenrückgabe zwischen dem Direktvertriebsunternehmen und seinem Direktvertriebspersonal oder zwischen Direktvertriebsunternehmen oder seinem Direktvertriebspersonal auf der einen Seite und den Verbrauchern auf der anderen Seite Streitigkeiten, so tragen die erstgenannten die Beweislast.

§ 27 [Gesamtschuldnerische Haftung] Das Direktvertriebsunternehmen übernimmt für die Direktvertriebsaktivitäten seines Direktvertriebspersonals die gesamtschuldnerische Haftung, es sei denn, das Direktvertriebsunternehmen kann beweisen, dass die Direktvertriebsaktivitäten des Direktvertriebspersonals mit dem Unternehmen nichts zu tun haben.

§ 28 [Informationspflichten; Ermächtigung] Entsprechend den Bestimmungen der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats und der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel, muss das Direktvertriebsunternehmen ein komplettes System für den Bericht zu den Akten und für die Offenlegung von Informationen errichten und durchführen.

直销企业信息报备和披露的内容、方式及相关要求，由国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门另行规定。

第五章 保证金

第二十九条 直销企业应当在国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门共同指定的银行开设专门账户，存入保证金。

保证金的数额在直销企业设立时为人民币 2000 万元；直销企业运营后，保证金应当按月进行调整，其数额应当保持在直销企业上一个月直销产品销售收入 15% 的水平，但最高不超过人民币 1 亿元，最低不少于人民币 2000 万元。保证金的利息属于直销企业。

第三十条 出现下列情形之一，国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门共同决定，可以使用保证金：

（一）无正当理由，直销企业不向直销员支付报酬，或者不向直销员、消费者支付退货款的；

（二）直销企业发生停业、合并、解散、转让、破产等情况，无力向直销员支付报酬或者无力向直销员和消费者支付退货款的；

（三）因直销产品问题给消费者造成损失，依法应当进行赔偿，直销企业无正当理由拒绝赔偿或者无力赔偿的。

第三十一条 保证金依照本条例第三十条规定使用后，直销企业应当在 1 个月内将保证金的数额补足到本条例第二十九条第二款规定的水平。

第三十二条 直销企业不得以保证金对外担保或者违反本条例规定用于清偿债务。

Der Inhalt, die Art und Weise sowie die entsprechenden Anforderungen an den Bericht zu den Akten und die Offenlegung von Informationen werden von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats und der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel gesondert bestimmt.

5. Kapitel: Sicherheitsleistung

§ 29 [Konto; Betrag der Sicherheitsleistung] Das Direktvertriebsunternehmen muss ein spezielles Konto bei einer von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats gemeinsam mit der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel bestimmten Bank eröffnen, um [dort] die Sicherheitsleistung zu hinterlegen.

Die Sicherheitsleistung beträgt bei Errichtung eines Direktvertriebsunternehmens RMB 20 Mio. Yuan. Nachdem das Direktvertriebsunternehmen seine Geschäfte aufgenommen hat, muss eine monatliche Adjustierung der Sicherheitsleistung durchgeführt werden. Der Betrag muss 15% aus den Verkaufseinnahmen der Direktvertriebsprodukte des vorherigen Monats betragen, dabei aber RMB 100 Mio. Yuan nicht überschreiten und RMB 20 Mio. Yuan nicht unterschreiten. Die Zinsen aus der Sicherheitsleistung stehen dem Direktvertriebsunternehmen zu.

§ 30 [Verwendung der Sicherheitsleistung] Beim Eintritt der folgenden Voraussetzungen können die für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats und die Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel [auf Grund eines] gemeinsamen Beschlusses die Sicherheitsleistung verwenden:

1. Ein Direktvertriebsunternehmen hat ohne berechtigten Grund keine Vergütung an das Direktvertriebspersonal gezahlt oder hat kein Geld für die zurückgegebenen Produkte an das Direktvertriebspersonal oder die Verbraucher gezahlt;

2. das Direktvertriebsunternehmen wird geschlossen, fusioniert, aufgelöst, veräußert, wird insolvent usw., und das Unternehmen ist außerstande, an das Direktvertriebspersonal die Vergütung zu zahlen oder es ist nicht in der Lage, Geld für die zurückgegebenen Produkte an das Direktvertriebspersonal oder die Verbraucher zu zahlen;

3. aufgrund von Problemen des Direktvertriebsprodukts wird ein Schaden beim Verbraucher verursacht, so dass das Direktvertriebsunternehmen nach dem Recht Schadensersatz zu leisten hat; aber das Direktvertriebsunternehmen verweigert ohne berechtigten Grund die Schadensersatzleistung oder ist außerstande, Schadensersatz zu leisten.

§ 31 [Nachschusspflicht] Wird die Sicherheitsleistung entsprechend den Bestimmungen des § 30 dieser Verordnung verwendet, muss das Direktvertriebsunternehmen innerhalb eines Monats die Sicherheitsleistung bis zur Höhe, die dem in § 29 Abs. 2 dieser Verordnung festgelegten Niveau entspricht, vervollständigen.

§ 32 [Verbot der Nutzung der Sicherheitsleistung] Direktvertriebsunternehmen ist es nicht erlaubt, die Sicherheitsleistung für eine Bürgschaft nach außen oder unter Verstoß gegen die Bestimmungen dieser Verordnung für die Schuldentilgung zu nutzen.

第三十三条 直销企业不再从事直销活动的,凭国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门出具的凭证,可以向银行取回保证金。

第三十四条 国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门共同负责保证金的日常监管工作。

保证金存缴、使用的具体管理办法由国务院商务主管部门、国务院工商行政管理部门会同有关部门另行制定。

第六章 监督管理

第三十五条 工商行政管理部门负责对直销企业和直销员及其直销活动实施日常的监督管理。工商行政管理部门可以采取下列措施进行现场检查:

- (一) 进入相关企业进行检查;
- (二) 要求相关企业提供有关文件、资料和证明材料;
- (三) 询问当事人、利害关系人和其他有关人员,并要求其提供有关材料;
- (四) 查阅、复制、查封、扣押相关企业与直销活动有关的材料和非法财物;
- (五) 检查有关人员的直销培训员证、直销员证等证件。

工商行政管理部门依照前款规定进行现场检查时,检查人员不得少于2人,并应当出示合法证件;实施查封、扣押的,必须经县级以上工商行政管理部门主要负责人批准。

第三十六条 工商行政管理部门实施日常监督管理,发现有关企业有涉嫌违反本条例行为的,经县级以上工商行政管理部门主要负责人批准,可以责令其暂时停止有关的经营活动。

§ 33 [Zurückforderung der Sicherheitsleistung] Führt ein Direktvertriebsunternehmen keine Direktvertriebsgeschäfte mehr aus, so kann es aufgrund einer von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats und der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie- und Handel ausgestellten Bescheinigung die Sicherheitsleistung von der Bank zurückbekommen.

§ 34 [Aufsichtsbehörde; Ermächtigung] Die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats und die Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel sind gemeinsam für die laufende Überwachung der Sicherheitsleistung verantwortlich.

Die konkrete Methode für die Hinterlegung und den Gebrauch der Sicherheitsleistung werden von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats und der Verwaltungsabteilung des Staatsrats für Industrie und Handel gemeinsam mit den betreffenden Abteilungen festgelegt.

6. Kapitel: Überwachung und Verwaltung

§ 35 [Zuständigkeit; Befugnisse] Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel sind verantwortlich für die laufende Überwachung und Verwaltung der Direktvertriebsunternehmen, des Direktvertriebspersonals und deren Direktvertriebsaktivitäten. Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel können die folgenden Inspektionsmaßnahmen an Ort und Stelle durchführen:

1. Zutritt zum betroffenen Unternehmen, um Inspektionen durchzuführen;
2. Aufforderung an das betroffene Unternehmen, relevante Dokumente, Materialien und Beweisunterlagen herauszugeben;
3. Befragen der Parteien, der interessierten Parteien und anderer betroffener Personen und Aufforderung an die Genannten, entsprechende Unterlagen zur Verfügung zu stellen;
4. Akteneinsicht, Duplikatserstellung, Versiegelung und Beschlagnahme von relevantem Material und rechtswidrigen Vermögensgegenständen des betroffenen Unternehmens, welches in Beziehung zu den Direktvertriebsaktivitäten steht;
5. Überprüfung der Zertifikate des Direktvertriebsausbildungspersonals, der Ausweise und anderer Zertifikate des Direktvertriebspersonals.

Wenn eine Untersuchung an Ort und Stelle entsprechend dem vorstehenden Absatz durchgeführt wird, so ist diese durch mindestens zwei Inspektoren der Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel auszuführen. Die Inspektoren müssen sich durch rechtmäßige Papiere ausweisen. Die Durchführung von Versiegelung und Beschlagnahme bedarf der Genehmigung des Hauptleiters der Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel auf oder über der Kreisebene.

§ 36 [Anordnung der vorläufigen Einstellung der Geschäftsaktivitäten] Wenn die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel bei der laufenden Überwachung und Verwaltung feststellen, dass das betroffene Unternehmen im Verdacht steht, gegen diese Verordnung zu verstoßen, können sie mit der Genehmigung des Hauptleiters der Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel auf oder über der Kreisebene eine vorläufige Einstellung der Geschäftsaktivitäten anordnen.

第三十七条 工商行政管理部门应当设立并公布举报电话, 接受对违反本条例行为的举报和投诉, 并及时进行调查处理。

工商行政管理部门应当为举报人保密; 对举报有功人员, 应当依照国家有关规定给予奖励。

第七章 法律责任

第三十八条 对直销企业和直销员及其直销活动实施监督管理的有关部门及其工作人员, 对不符合本条例规定条件的申请予以许可或者不依照本条例规定履行监督管理职责的, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员, 依法给予行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。对不符合本条例规定条件的申请予以的许可, 由作出许可决定的有关部门撤销。

第三十九条 违反本条例第九条和第十条规定, 未经批准从事直销活动的, 由工商行政管理部门责令改正, 没收直销产品和违法销售收入, 处 5 万元以上 30 万元以下的罚款; 情节严重的, 处 30 万元以上 50 万元以下的罚款, 并依法予以取缔; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

第四十条 申请人通过欺骗、贿赂等手段取得本条例第九条和第十条设定的许可的, 由工商行政管理部门没收直销产品和违法销售收入, 处 5 万元以上 30 万元以下的罚款, 由国务院商务主管部门撤销其相应的许可, 申请人不得再提出申请; 情节严重的, 处 30 万元以上 50 万元以下的罚款, 并依法予以取缔; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

§ 37 [Beschwerdetelefon] Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel müssen ein Anzeigentelefon einrichten und dies bekannt machen, um Meldungen und Beschwerden über Verstöße gegen diese Verordnung entgegenzunehmen und müssen unverzüglich Ermittlungen durchführen.

Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel müssen [die Identität von] Anzeigeerstatlern geheim halten und [die Anzeigeerstatler] bei verdienstvollem Beitrag gemäß den einschlägigen [zentral]staatlichen Bestimmungen finanziell belohnen.

7. Kapitel: Rechtliche Haftung

§ 38 [Disziplinarstrafen gegen Personal der Aufsichtsbehörden] Wenn die betreffende Abteilung und ihr Dienstpersonal, welches die Überwachung und Verwaltung der Direktvertriebsunternehmen und des Direktvertriebspersonals und deren Direktvertriebsaktivitäten durchführt, eine Lizenz genehmigt, obwohl die Voraussetzungen dieser Verordnung für eine Lizenzerteilung nicht vorliegen oder die Amtspflichten der Überwachung und Verwaltung nicht gemäß dieser Verordnung erfüllt wird, wird gegen den direkt Zuständigen und gegen andere unmittelbar verantwortliche Personen nach dem Recht eine Verwaltungsdisziplinarstrafe verhängt; bilden die Umstände eine Straftat, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung ermittelt. Wird eine Lizenz erteilt, ohne dass der Antrag den Voraussetzungen dieser Verordnung entspricht, so hat die Abteilung, welche die Lizenz erteilt hat, die Lizenz zu widerrufen.

§ 39 [Direktvertriebsaktivitäten ohne Genehmigung] Wenn ein Direktvertriebsunternehmen gegen die § 9 und § 10 der vorliegenden Bestimmungen verstößt und Direktvertriebsaktivitäten ohne Genehmigung ausführt, ordnet die Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel eine Korrektur an, zieht die Direktvertriebsprodukte und die rechtswidrigen Vertriebseinnahmen ein und verhängt eine Geldstrafe von RMB 50.000 bis 300.000 Yuan. In schwerwiegenden Fällen werden Geldstrafen von RMB 300.000 bis 500.000 Yuan verhängt und [die Handlungen] werden nach dem Recht unterbunden; bilden die Umstände eine Straftat, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung ermittelt.

§ 40 [Illegales Erlangen der Genehmigung] Wenn ein Antragssteller die nach den § 9 und § 10 dieser Verordnung erforderliche Genehmigung im Wege des Betrugs, der Bestechung usw. erhält, zieht die Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel die Direktvertriebsprodukte und die rechtswidrigen Vertriebseinnahmen ein und verhängt eine Geldstrafe von RMB 50.000 bis 300.000 Yuan. Die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats widerruft die betroffene Lizenz und der Antragssteller darf keinen neuen Antrag einreichen; in schwerwiegenden Fällen sind Geldstrafen von RMB 300.000 bis 500.000 Yuan zu verhängen und [die Handlungen] werden nach dem Recht unterbunden; bilden die Umstände eine Straftat, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung ermittelt.

第四十一条 直销企业违反本条例第十一条规定的,由工商行政管理部门责令改正,处3万元以上30万元以下的罚款;对不再符合直销经营许可条件的,由国务院商务主管部门吊销其直销经营许可证。

第四十二条 直销企业违反规定,超出直销产品范围从事直销经营活动的,由工商行政管理部门责令改正,没收直销产品和违法销售收入,处5万元以上30万元以下的罚款;情节严重的,处30万元以上50万元以下的罚款,由工商行政管理部门吊销有违法经营行为的直销企业分支机构的营业执照直至由国务院商务主管部门吊销直销企业的直销经营许可证。

第四十三条 直销企业及其直销员违反本条例规定,有欺骗、误导等宣传和推销行为的,对直销企业,由工商行政管理部门处3万元以上10万元以下的罚款;情节严重的,处10万元以上30万元以下的罚款,由工商行政管理部门吊销有违法经营行为的直销企业分支机构的营业执照直至由国务院商务主管部门吊销直销企业的直销经营许可证。对直销员,由工商行政管理部门处5万元以下的罚款;情节严重的,责令直销企业撤销其直销员资格。

第四十四条 直销企业及其分支机构违反本条例规定招募直销员的,由工商行政管理部门责令改正,处3万元以上10万元以下的罚款;情节严重的,处10万元以上30万元以下的罚款,由工商行政管理部门吊销有违法经营行为的直销企业分支机构的营业执照直至由国务院商务主管部门吊销直销企业的直销经营许可证。

§ 41 [Verstoß gegen § 11] Verletzt ein Direktvertriebsunternehmen § 11 dieser Verordnung, ordnet die Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel die Korrektur an und verhängt eine Geldstrafe von RMB 30.000 bis 300.000 Yuan. Liegen die Voraussetzungen für eine Genehmigung von Direktvertriebsgeschäften nicht mehr vor, zieht die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats die Direktvertriebsgeschäftslizenz ein.

§ 42 [Vertrieb von Nicht-Direktvertriebsprodukten] Verstößt ein Direktvertriebsunternehmen gegen die Verordnung, indem es den Kreis der Produkte, die im Direktvertrieb vertrieben werden können, überschreitet, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur an, ziehen die Direktvertriebsprodukte und die rechtswidrigen Vertriebseinnahmen ein und verhängen Geldstrafen von RMB 50.000 bis 300.000 Yuan; in schwerwiegenden Fällen werden Geldstrafen von RMB 300.000 bis 500.000 Yuan verhängt und die Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel zieht die Geschäftslizenz der Zweigniederlassung des Direktvertriebsunternehmens ein, welche die rechtswidrigen Geschäftshandlungen vorgenommen hat, oder die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats zieht die Direktvertriebslizenz des Direktvertriebsunternehmens ein.

§ 43 [Betrügerische oder irreführende Werbungs- oder Vertriebs-handlungen] Wenn ein Direktvertriebsunternehmen oder sein Direktvertriebspersonal gegen diese Verordnung durch die Vornahme von betrügerischen oder irreführenden Werbungs- oder Vertriebsförderungshandlungen verstößt, verhängen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel gegenüber dem Direktvertriebsunternehmen eine Geldstrafe von RMB 30.000 bis 100.000 Yuan; in schwerwiegenden Fällen wird eine Geldstrafe von RMB 100.000 bis 300.000 Yuan verhängt und die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel ziehen die Geschäftslizenz der Zweigniederlassung des Direktvertriebsunternehmens, welche die illegalen Geschäftshandlungen vorgenommen hat, ein oder die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats zieht die Direktvertriebslizenz des Direktvertriebsunternehmens ein. Die Verwaltungsabteilung für Industrie und Handel verhängt gegenüber dem Direktvertriebspersonal eine Geldstrafe von bis zu RMB 50.000 Yuan; in schwerwiegenden Fällen ordnet sie gegenüber dem Direktvertriebsunternehmen an, die Qualifikation des Personals für den Direktvertrieb zu widerrufen.

§ 44 [Illegale Rekrutierung] Verstößt ein Direktvertriebsunternehmen oder eine seiner Zweigniederlassungen bei der Rekrutierung von Direktvertriebspersonal gegen diese Verordnung, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur an und verhängen eine Geldstrafe von RMB 30.000 bis 100.000 Yuan. In schwerwiegenden Fällen wird eine Geldstrafe von RMB 100.000 bis 300.000 Yuan verhängt und die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel ziehen die Geschäftslizenz der Zweigniederlassung des Direktvertriebsunternehmens ein, welche die illegalen Geschäftshandlungen vorgenommen hat, oder die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats nimmt die Direktvertriebslizenz des Direktvertriebsunternehmens zurück.

第四十五条 违反本条例规定，未取得直销员证从事直销活动的，由工商行政管理部门责令改正，没收直销产品和违法销售收入，可以处2万元以下的罚款；情节严重的，处2万元以上20万元以下的罚款。

第四十六条 直销企业进行直销员业务培训违反本条例规定的，由工商行政管理部门责令改正，没收违法所得，处3万元以上10万元以下的罚款；情节严重的，处10万元以上30万元以下的罚款，由工商行政管理部门吊销有违法经营行为的直销企业分支机构的营业执照直至由国务院商务主管部门吊销直销企业的直销经营许可证；对授课人员，由工商行政管理部门处5万元以下的罚款，是直销培训员的，责令直销企业撤销其直销培训员资格。

直销企业以外的单位和个人组织直销员业务培训的，由工商行政管理部门责令改正，没收违法所得，处2万元以上20万元以下的罚款。

第四十七条 直销员违反本条例第二十二条规定的，由工商行政管理部门没收违法销售收入，可以处5万元以下的罚款；情节严重的，责令直销企业撤销其直销员资格，并对直销企业处1万元以上10万元以下的罚款。

第四十八条 直销企业违反本条例第二十三条规定的，依照价格法的有关规定处理。

§ 45 [Direktvertrieb ohne Direktvertriebspersonalzertifikat] Wird dadurch gegen diese Verordnung verstoßen, dass Direktvertriebsaktivitäten ohne das erforderliche Direktvertriebspersonalzertifikat ausgeführt werden, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur an; ziehen die Direktvertriebsprodukte und die rechtswidrigen Vertriebsereinnahmen ein und können eine Geldstrafe von bis zu RMB 20.000 Yuan verhängen; in schwerwiegenden Fällen wird eine Geldstrafe von RMB 20.000 bis 200.000 Yuan verhängt.

§ 46 [Verstoß gegen Ausbildungspflichten] Verstößt ein Direktvertriebsunternehmen im Rahmen der beruflichen Ausbildung seines Direktvertriebspersonals gegen diese Verordnung, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur an, ziehen die rechtswidrigen Einkünfte ein und verhängen eine Geldstrafe von RMB 30.000 bis 100.000 Yuan, in schwerwiegenden Fällen ist eine Geldstrafe von RMB 100.000 bis 300.000 Yuan zu verhängen und die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel ziehen die Geschäftslizenz der Zweigniederlassung des Direktvertriebsunternehmens ein, welche die rechtswidrigen Geschäftshandlungen vorgenommen hat, oder die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats zieht die Direktvertriebslizenz des Direktvertriebsunternehmens ein; die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel verhängen gegenüber Ausbildern eine Geldstrafe bis zu RMB 50.000 Yuan und ordnen gegenüber dem Direktvertriebsunternehmen an, die Qualifizierung des Direktvertriebsausbilders zu widerrufen.

Wenn eine Einheit oder eine Person, die nicht zum Direktvertriebsunternehmen gehört, die Ausbildung von Direktvertriebspersonal organisiert, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur an, ziehen die rechtswidrigen Einkünfte ein und verhängen eine Geldstrafe von RMB 20.000 bis 200.000 Yuan.

§ 47 [Verstoß gegen § 22 (Verbraucherschutz)] Wenn Direktvertriebspersonal gegen § 22 dieser Verordnung verstößt, ziehen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel das illegale Vertriebsereinnahmen ein und können eine Geldstrafe bis zu RMB 50.000 Yuan verhängen; in schwerwiegenden Fällen ordnen sie gegenüber dem Direktvertriebsunternehmen an, die Qualifizierung des Direktvertriebspersonals zu widerrufen, und gegen das Direktvertriebsunternehmen wird eine Geldstrafe von RMB 10.000 bis 100.000 Yuan verhängt.

§ 48 [Verstoß gegen § 23 (Preisauszeichnungspflicht)] Ein Direktvertriebsunternehmen, welches gegen § 23 dieser Verordnung verstößt, ist nach den einschlägigen Bestimmungen des Preisgesetzes² zu bestrafen.

² 中华人民共和国价格法 [Preisgesetz der VR China] v. 29.12.1997, Amtsblatt des Staatsrats der VR China (中华人民共和国国务院公报) (1997) 39, 1670 ff.; deutsche Übersetzung in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 29.12.97/1.

第四十九条 直销企业违反本条例第二十四条和第二十五条规定的,由工商行政管理部门责令改正,处5万元以上30万元以下的罚款;情节严重的,处30万元以上50万元以下的罚款,由工商行政管理部门吊销有违法经营行为的直销企业分支机构的营业执照直至由国务院商务主管部门吊销直销企业的直销经营许可证。

第五十条 直销企业未依照有关规定进行信息报备和披露的,由工商行政管理部门责令限期改正,处10万元以下的罚款;情节严重的,处10万元以上30万元以下的罚款;拒不改正的,由国务院商务主管部门吊销其直销经营许可证。

第五十一条 直销企业违反本条例第五章有关规定的,由工商行政管理部门责令限期改正,处10万元以下的罚款;拒不改正的,处10万元以上30万元以下的罚款,由国务院商务主管部门吊销其直销经营许可证。

第五十二条 违反本条例的违法行为同时违反《禁止传销条例》的,依照《禁止传销条例》有关规定予以处罚。

第八章 附则

第五十三条 直销企业拟成立直销企业协会等社团组织,应当经国务院商务主管部门批准,凭批准文件依法申请登记。

第五十四条 香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的投资者在境内投资建立直销企业,开展直销活动的,参照本条例有关外国投资者的规定办理。

§ 49 [Verstöße gegen die §§ 24, 25 (Gehalt des Direktvertriebspersonals, Warenumtausch- und -rückgabe)] Wenn ein Direktvertriebsunternehmen gegen die Bestimmungen der § 24 und § 25 dieser Verordnung verstößt, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur an und verhängen eine Geldstrafe von RMB 50.000 bis 300.000 Yuan; in schwerwiegenden Fällen wird eine Geldstrafe von RMB 300.000 bis 500.000 Yuan verhängt und die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel ziehen die Geschäftslizenz der Zweigstelle des Direktvertriebsunternehmens ein, welche die rechtswidrigen Geschäftshandlungen vorgenommen hat oder die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats zieht die Direktvertriebslizenz des Direktvertriebsunternehmens ein.

§ 50 [Verstoß gegen Informationspflichten, § 28] Wenn ein Direktvertriebsunternehmen nicht gemäß den einschlägigen Bestimmungen Berichte zu den Akten und die Offenlegung von Informationen durchführt, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur innerhalb eines festgesetzten Zeitraums an und verhängen eine Geldstrafe von bis zu RMB 100.000 Yuan; in schwerwiegenden Fällen wird eine Geldstrafe von RMB 100.000 bis 300.000 Yuan verhängt; wird die Korrektur verweigert, nimmt die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats die Direktvertriebslizenz des Direktvertriebsunternehmens zurück.

§ 51 [Verstoß gegen Pflichten zur Sicherheitsleistung] Wenn ein Direktvertriebsunternehmen gegen die Bestimmungen des 5. Kapitels dieser Verordnung verstößt, ordnen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel eine Korrektur innerhalb eines festgesetzten Zeitraums an und verhängen eine Geldstrafe bis zu RMB 100.000 Yuan; wird die Korrektur verweigert, wird eine Geldstrafe von RMB 100.000 bis 300.000 Yuan verhängt und die für Handel zuständige Abteilung des Staatsrats zieht die Direktvertriebslizenz des Direktvertriebsunternehmens ein.

§ 52 [Verbot des Strukturvertriebs] Wenn eine rechtswidrige Handlung sowohl gegen diese Verordnung als auch gegen die „Verordnung zum Verbot des Strukturvertriebs“ verstößt, werden [Verwaltungs]sanktionen gemäß den einschlägigen Bestimmungen der „Verordnung zum Verbot des Strukturvertriebs“ verhängt.

8. Kapitel: Ergänzende Regeln

§ 53 [Interessenverbände] Wenn ein Direktvertriebsunternehmen plant, einen Verband für Direktvertriebsunternehmen oder eine andere Organisation [in Form] gesellschaftlicher Körperschaften³ zu gründen, muss dies von der für Handel zuständigen Abteilung des Staatsrats genehmigt werden, und auf Grundlage der Genehmigungsdokumente muss nach dem Recht die Registrierung beantragt werden.

§ 54 [Hongkong-Macao-Taiwan-Klausel] Die Bestimmungen dieser Verordnung, die ausländische Investoren betreffen, sind entsprechend auf Investoren aus den Sonderverwaltungsgebieten Hongkong und Macao sowie aus dem Gebiet Taiwan anzuwenden, die Investitionen in

³ Gemeint sind mitgliedschaftlich organisierte Körperschaften wie Vereine.

die Errichtung von Direktvertriebsunternehmen tätigen oder Direktvertriebsaktivitäten innerhalb Chinas durchführen.

第五十五条 本条例自 2005 年 12 月 1 日起施行。

§ 55 [Inkrafttreten] Diese Verordnung tritt am 01.12.2005 in Kraft.

Übersetzt von *Björn Ahl*; Paragraphenüberschriften in eckigen Klammern von *Knut B. Pißler*.

Verordnung über das Verbot des Strukturvertriebs

中华人民共和国国务院令
第 444 号

《禁止传销条例》已经 2005 年 8 月 10 日国务院第 101 次常务会议通过，现予公布，自 2005 年 11 月 1 日起施行。

总理 温家宝
2005 年 8 月 23 日

Erlass des Staatsrats der VR China
Nr. 444

Die „Verordnung über das Verbot des Strukturvertriebs“ wurde am 10.8.2005 auf der 101. Sitzung des Staatsrats angenommen, sie wird hiermit verkündet und tritt am 1.11.2005 in Kraft.

Ministerpräsident WEN Jiabao
23.8.2005

禁止传销条例¹

第一章 总则

第一条 为了防止欺诈，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护社会主义市场经济秩序，保持社会稳定，制定本条例。

第二条 本条例所称传销，是组织者或者经营者发展人员，通过对被发展人员以其直接或者间接发展的人员数量或者销售业绩为依据计算和给付报酬，或者要求被发展人员以交纳一定费用为条件取得加入资格等方式牟取非法利益，扰乱经济秩序，影响社会稳定的行为。

第三条 县级以上地方人民政府应当加强对查处传销工作的领导，支持、督促各有关部门依法履行监督管理职责。

县级以上地方人民政府应当根据需要在，建立查处传销工作的协调机制，对查处传销工作中的重大问题及时予以协调、解决。

第四条 工商行政管理部门、公安机关应当依照本条例的规定，在各自的职责范围内查处传销行为。

Verordnung über das Verbot des Strukturvertriebs

1. Kapitel: Allgemeine Regeln

§ 1 [Regelungszweck] Um Betrug vorzubeugen, die legalen Rechte und Interessen von Bürgern, juristischen Personen und anderen Organisationen zu schützen, die Ordnung der sozialistischen Marktwirtschaft zu wahren und um die Stabilität der Gesellschaft aufrechtzuerhalten, werden diese Bestimmungen erlassen.

§ 2 [Definition] Strukturvertrieb im Sinne dieser Verordnung bezeichnet eine Handlung, bei welcher Organisatoren oder Betreiber Personal aufnehmen, um nach rechtswidrigen Vorteilen zu streben, indem beispielsweise das Gehalt des aufgenommenen Personals auf der Grundlage der Anzahl des von ihm [weiter] mittelbar oder unmittelbar aufgenommenen Personals oder aufgrund des Verkaufserfolgs berechnet und ausgezahlt wird, oder indem gefordert wird, dass das aufgenommene Personal unter der Voraussetzung der Zahlung einer bestimmten Gebühr die Qualifikation für den Eintritt erwirbt, und dadurch die Wirtschaftsordnung stören und die Stabilität der Gesellschaft beeinträchtigen.

§ 3 [Politische Aufsicht] Die lokalen Volksregierungen auf und über der Kreisebene müssen die Führung und Unterstützung für die Arbeit der Untersuchung des Strukturvertriebs verstärken und alle betroffenen Abteilungen bei der Erfüllung ihrer Pflicht zur Verwaltungsaufsicht nach dem Recht anleiten.

Die lokalen Volksregierungen auf und über der Kreisebene müssen entsprechend des Bedarfs Koordinationsmechanismen für die Arbeit der Untersuchung des Strukturvertriebs errichten und die bei der Arbeit der Untersuchung des Strukturvertriebs auftretenden schwerwiegenden Probleme unverzüglich koordinieren und lösen.

§ 4 [Aufsicht] Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel und die Organe für öffentliche Sicherheit müssen gemäß den Bestimmungen dieser Verordnung in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich Strukturvertriebshandlungen untersuchen.

¹ Amtsblatt des Staatsrats der VR China (中华人民共和国国务院公报) (2005) 29, 22 ff.

第五条 工商行政管理部门、公安机关依法查处传销行为，应当坚持教育与处罚相结合的原则，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。

第六条 任何单位和个人有权向工商行政管理部门、公安机关举报传销行为。工商行政管理部门、公安机关接到举报后应当立即调查核实，依法查处，并为举报人保密；经调查属实的，依照国家有关规定对举报人给予奖励。

第二章传销行为的种类与查处机关

第七条 下列行为，属于传销行为：

（一）组织者或者经营者通过发展人员，要求被发展人员发展其他人员加入，对发展的人员以其直接或者间接滚动发展的人员数量为依据计算和给付报酬（包括物质奖励和其他经济利益，下同），牟取非法利益的；

（二）组织者或者经营者通过发展人员，要求被发展人员交纳费用或者以认购商品等方式变相交纳费用，取得加入或者发展其他人员加入的资格，牟取非法利益的；

（三）组织者或者经营者通过发展人员，要求被发展人员发展其他人员加入，形成上下线关系，并以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬，牟取非法利益的。

第八条 工商行政管理部门依照本条例的规定，负责查处本条例第七条规定的传销行为。

第九条 利用互联网等媒体发布含有本条例第七条规定的传销信息的，由工商行政管理部门会同电信等有关部门依照本条例的规定查处。

§ 5 [Prinzipien bei der Aufsicht] Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel und die Organe für öffentliche Sicherheit müssen bei der Untersuchung von Strukturvertriebshandlungen nach dem Recht an dem Prinzip der Verbindung von Erziehung und Bestrafung festhalten und Bürger, juristische Personen oder andere Organisationen dazu erziehen, die Gesetze aus eigenem Antrieb heraus einzuhalten.

§ 6 [Anzeigen] Jede Einheit und jede Einzelperson ist berechtigt, Strukturvertriebshandlungen bei den Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel und den Organen für öffentliche Sicherheit anzuzeigen. Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel und die Organe für öffentliche Sicherheit müssen nach Erhalt einer Anzeige eine Untersuchung und Überprüfung sowie nach dem Recht die Ermittlung und Verfolgung einleiten sowie gleichzeitig [die Identität des] Anzeigeeerstatters geheim halten; bei erfolgreicher Untersuchung wird der Anzeigeeerstatter nach den [zentral-] staatlichen Bestimmungen belohnt.

2. Kapitel: Arten von Strukturvertriebshandlungen und Ermittlungs- und Verfolgungsorgane

§ 7 [Arten von Strukturvertriebshandlungen] Die folgenden Handlungen sind den Strukturvertriebshandlungen zuzuordnen:

1. Organisatoren oder Betreiber erstreben rechtswidrige Vorteile, indem sie Personal aufnehmen und vom aufgenommenen Personal fordern, dass es weiteres Personal für den Beitritt aufnimmt, und indem sie das Gehalt (einschließlich Sachbelohnungen und anderer wirtschaftlicher Vorteile) des aufgenommenen Personals auf Grundlage der Anzahl des unmittelbar oder mittelbar immer weiter aufgenommenen Personals berechnen und auszahlen.

2. Organisatoren oder Betreiber erstreben rechtswidrige Vorteile, indem sie Personal aufnehmen und vom aufgenommenen Personal die Zahlung von Gebühren oder die Abnahme von Waren oder die Zahlung von anderen versteckten Gebühren fordern, damit sie die Qualifikation für den Beitritt oder für die Aufnahme weiteren Personals für den Beitritt erlangen.

3. Organisatoren oder Betreiber erstreben rechtswidrige Vorteile, indem sie Personal aufnehmen und vom aufgenommenen Personal fordern, dass es weiteres Personal für den Beitritt aufnimmt und sich ein Mehrstufenverhältnis bildet, in dem das Gehalt der oberen Stufe auf der Grundlage des Verkaufserfolgs der unteren Stufe berechnet und ausgezahlt wird.

§ 8 [Zuständigkeit für Ermittlungen] Die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel sind nach den Bestimmungen dieser Verordnung für die Ermittlung und Verfolgung der in § 7 dieser Verordnung geregelten Strukturvertriebshandlungen zuständig.

§ 9 [Ermittlungen bei Verbreitung von Informationen über Medien] Werden das Internet oder andere Medien dazu verwendet, um Informationen zu veröffentlichen, die sich auf den in § 7 dieser Verordnung geregelten Strukturvertrieb beziehen, so führen die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel gemeinsam mit den Abteilungen für Telekommunikation und anderen betroffenen Abteilungen gemäß den Bestimmungen dieser Verordnung die Ermittlungen und die Verfolgung durch.

第十条 在传销中以介绍工作、从事经营活动等名义欺骗他人离开居所地非法聚集并限制其人身自由的，由公安机关会同工商行政管理部门依法查处。

第十一条 商务、教育、民政、财政、劳动保障、电信、税务等有关部门和单位，应当依照各自职责和有关法律、行政法规的规定配合工商行政管理部门、公安机关查处传销行为。

第十二条 农村村民委员会、城市居民委员会等基层组织，应当在当地人民政府指导下，协助有关部门查处传销行为。

第十三条 工商行政管理部门查处传销行为，对涉嫌犯罪的，应当依法移送公安机关立案侦查；公安机关立案侦查传销案件，对经侦查不构成犯罪的，应当依法移交工商行政管理部门查处。

第三章 查处措施和程序

(...)

第四章 法律责任

(...)

第五章 附则

第三十条 本条例自 2005 年 11 月 1 日起施行。

§ 10 [Ermittlungen bei Freiheitsberaubung] Werden im Rahmen des Strukturvertriebs andere unter dem Vorwand der Arbeitsvermittlung oder Ausführung von Geschäftsaktivitäten usw. dazu verleitet, ihre Wohnungen zu verlassen und sich rechtswidrig zu versammeln und wird ihre persönliche Freiheit beschränkt, so nehmen die Organe der öffentlichen Sicherheit gemeinsam mit den Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel nach dem Recht die Ermittlung und Verfolgung auf.

§ 11 [Zusammenarbeit verschiedener Organe] Die Abteilungen für Handel, Erziehung, Zivilverwaltung, Finanzverwaltung, Arbeit und soziale Sicherheit, Telekommunikation, Steuerverwaltung und andere betroffene Abteilungen und Einheiten müssen entsprechend ihrer jeweiligen Amtspflichten und den Vorschriften der einschlägigen Gesetze und Verwaltungsrechtsbestimmungen mit den Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel und den Organen für öffentliche Sicherheit bei der Ermittlung und Verfolgung von Strukturvertriebshandlungen zusammenarbeiten.

§ 12 [Zusammenarbeit mit Basisorganisationen] Die Dorfausschüsse auf dem Land, die Straßenausschüsse in den Städten und weitere Basisorganisationen müssen unter der Führung der örtlichen Volksregierungen den entsprechenden Abteilungen bei der Ermittlung und Verfolgung von Strukturvertriebshandlungen helfen.

§ 13 [Strafrechtliche Ermittlungen] Die bei der Ermittlung und Verfolgung von Strukturvertriebshandlungen durch die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel einer Straftat verdächtigten Personen müssen nach dem Gesetz an die Organe für öffentliche Sicherheit zur Registrierung und zu strafrechtlichen Ermittlungen überführt werden; lässt sich nach den Ermittlungen in einem bei den Organen für öffentliche Sicherheit zur strafrechtlichen Ermittlung registrierten Strukturvertriebsfall die Verwirklichung einer Straftat nicht feststellen, muss der Fall nach dem Recht an die Verwaltungsabteilungen für Industrie und Handel zur Ermittlung und Verfolgung abgegeben werden.

3. Kapitel: Maßnahmen und Verfahren der Ermittlung und Verfolgung

(...)

4. Kapitel: Rechtliche Haftung

(...)

5. Kapitel: Ergänzende Regeln

§ 30 Diese Verordnung tritt am 01.11.2005 in Kraft.

Übersetzung von *Björn Ahl*, Paragraphenüberschriften in eckigen Klammern von *Knut B. Piffler*

BUCHBESPRECHUNGEN

Hao Gui/Gerd G. Kopper/Kristin Kupfer, Massenmedien in der Volksrepublik China, Arbeitshefte Internationaler Journalismus/Working Papers in International Journalism, Bd. 2004/3, projektverlag Bochum 2004, 95 S.

Markus Grabmeier¹

Meldungen über Zensur und politische Propaganda in Printmedien, Rundfunk und Fernsehen der Volksrepublik China rücken das chinesische Mediensystem immer wieder in den Blickpunkt westlicher Berichterstattung. Doch diese Reduktion auf Negativschlagzeilen wird der Vielschichtigkeit des chinesischen Medienwesens wohl kaum gerecht. Allein die Anzahl der Periodika, Radio- und Fernsehstationen und entsprechend auch der Journalisten sprengt bei weitem die üblichen westlichen Dimensionen und seit Beginn der Reform- und Öffnungspolitik 1978/79 befindet sich dieses komplexe Mediensystem in einem Spannungsfeld zwischen staatlicher Kontrolle auf der einen und wirtschaftlicher Öffnung und Reformen auf der anderen Seite. Trotz dieser wissenschaftlich interessanten Konstellation finden sich dazu bis jetzt nur wenige ausführliche deutschsprachige Untersuchungen.

Das 2004 in der Reihe „Working Papers in International Journalism“ erschienene Arbeitsheft „Massenmedien in der Volksrepublik China“ nimmt sich nun dieses komplexen Themas an. Damit setzt der Herausgeber Gerd G. Kopper, Professor für Politik, Recht und Ökonomie der Massenmedien am Institut für Journalistik der Universität Dortmund, seine langjährige Beschäftigung mit Fragen der Transformation von Mediensystemen mit einem Blick auf China fort.

Den Besonderheiten des chinesischen Systems begegnet das Arbeitsheft durch eine Zweiteilung. Kristin Kupfer, Bochumer Sinologin und ehemalige Mitarbeiterin im Pekinger Büro von ZEIT und taz, gibt im ersten Abschnitt eine fachlich-analytische Beurteilung aus der Außenperspektive. Im zweiten weitgehend deskriptiven Abschnitt des Working Papers befasst sich Hao Gui, ehemaliger Mitarbeiter des chinesischen Staatsfernsehens CCTV und derzeitiger Redakteur bei der Deutschen Welle,

mehr mit der Thematik aus der Sicht der Volksrepublik China.

Im ersten, analytischen Teil „Zwischen Parteilogik und Marktgesetz – Entwicklungstendenzen des chinesischen Mediensektors“ beschreibt Kristin Kupfer auf vier Seiten institutionelle Rahmenbedingungen der chinesischen Medienbranche und nennt einige Grundlagen der Berichterstattung. Abrissartig geht die Autorin auf den Kontrollanspruch der Partei- und Staatsorgane ein und zeigt, wie dieser teilweise mit marktwirtschaftlichen Entwicklungen kollidiert. So sei eine Einschränkung der Berichterstattung durch staatliche Organe umso schwieriger, je wirtschaftlich erfolgreicher ein chinesisches Medienorgan sei. Insgesamt sieht die Bochumer Sinologin in China einen Bewusstseinsprozess für eine freie und kritische Presse in Gang gesetzt, der durch westliche Journalisten und Wissenschaftler kritisch beobachtet werden sollte.

Im zweiten Teil des Arbeitsheftes gibt Hao Gui einen weitgehend deskriptiven Überblick über die aktuelle Situation in allen Medienbereichen der VR China. In einem kurzen Abriss werden Hintergrundinformationen zu Staat und Recht, Parteien, Geschichte und Wirtschaft gegeben, um anschließend auf 42 Seiten die Grundlagen und verschiedenen Organisationen des Journalismus in China zu beschreiben.

Kurz zeigt der Autor die rechtlichen Grundlagen des Journalismus in China und nennt dabei sowohl Verordnungen der Exekutive, verfassungsrechtliche und andere rechtliche Bestimmungen als auch die zuständigen Aufsichtsinstitutionen. Weit ausführlicher sind Hao Guis Ausführungen zu Nachrichtenagenturen und Printmedien. Einzeln werden die historische Entwicklung, Auflage, Leserschaft und Leitlinien der Berichterstattung der wichtigsten landesweiten Zeitungen und Verlagsgruppen beschrieben. Schließlich geht er auf allgemeine Fragen der inneren Organisation sowie der geografischen Verteilung und Entwicklungstendenzen im Bereich der Verlagsgruppen ein. Auf ähnliche Weise stellt er die historische Entwicklung und aktuelle Struktur des chinesischen Rundfunk- und Fernsehwesens dar. Exemplarische Ausführungen zu Sendern und Programmen ergänzen diesen Teil.

Die abschließenden Kapitel geben einen kurzen Einblick in den Online-Journalismus und die Journalistenausbildung in der Volksrepublik. Eine Auflistung der deutschen Korrespondenten in China,

¹ Praktikant am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft.

Verordnungen zur Regulierung der Medienmärkte und exemplarische Fernsehsendepläne als Anhang sowie ein aktuelles Literaturverzeichnis runden das Arbeitsheft ab.

Der große Vorzug des Arbeitshefts ist der sehr komprimierte Überblick zu Organisationen und Strukturen der chinesischen Fernseh-, Rundfunk- und Printmedien wie er in dieser Form bisher in deutscher Sprache nicht zu finden war. Ebenso bietet das Heft dem Leser die Möglichkeit sich schnell über grundlegende institutionelle und rechtliche Rahmenbedingungen des Mediensektors der Volksrepublik zu informieren.

Allerdings ist eine Reihe von Unzulänglichkeiten anzumerken. Der Zielsetzung eine möglichst knappe Einführung zu geben, fallen zeitweise notwendige Informationen zum Opfer. Insbesondere der Versuch Land, Staat und Geschichte der VR China in einem kurzen Abriss auf zwei Seiten darzustellen, ist gewagt und wirkt eher misslungen. So erfährt der Leser, dass es in China neben der Kommunistischen Partei Chinas noch weitere acht Organisationen gibt, die „als demokratische Parteien bezeichnet werden“. Hao Gui erwähnt jedoch nicht, dass es sich dabei weniger um konkurrierende Parteien und mehr um der KPC untergeordnete Organisationen handelt.

Angeführte Daten sind teilweise nicht nachvollziehbar oder fehlerhaft. Beispielsweise schreibt Gerd Kopper in seiner Einführung, ohne eine Quelle nachzuweisen, China verfüge derzeit über mehr als 27.000 Zeitungen und sonstige Periodika, während bei Hao Gui 25 Seiten später von 2.000 Zeitungen die Rede ist. Worum handelt es sich also bei den anderen 25.000 Periodika und woher stammen diese Statistiken? Ein weiteres Beispiel massiver Ungenauigkeit liegt in der Behauptung von Gui auf Seite 60 vor, wenn er für die Stadt Wuxi 7 Mio. Einwohner angibt; tatsächlich zählt Wuxi derzeit ca. 4.3 Mio. Einwohner.²

Das Arbeitsheft erhebt nicht den Anspruch einer ausführlichen wissenschaftlichen Analyse des chinesischen Mediensystems, sondern will eine grundlegende Einführung in das System der Massenmedien bieten und praktische journalistische Arbeit in der Volksrepublik unterstützen. Trotz einiger Schwächen ist der gestellte Anspruch erfüllt. Das Working Paper eignet sich daher insbesondere für Journalisten und Medieninteressierte, aber auch für Wissenschaftler als eine gute und bisher in dieser Form noch nicht vorhandene Grundlage für einen Einstieg in die Beschäftigung mit dem Mediensystem der Volksrepublik China.

²Laut Angaben des Wuxi Municipal People's Government (www.wuxi.gov.cn; Zugriff am 11.01.2005).

TAGUNGSBERICHTE

Symposium zum chinesischen Finanzierungsleasingrecht

Andreas Obst/Lena Kilee¹

Der Entwurf eines Gesetzes zum Finanzierungsleasing, für dessen Ausarbeitung nach dem Gesetzgebungsplan der Finanz- und Wirtschaftsausschuss (FEC) des Nationalen Volkskongresses der VR China zuständig ist, war am 16. und 17. August 2005 Gegenstand eines internationalen Symposiums in Beijing. Der inhaltliche Schwerpunkt des in Kooperation des FEC mit dem GTZ-Rechtsberatungsbüro in Peking organisierten Symposiums lag auf Fragen der Regulierung des Leasingsektors.

I. Notwendigkeit und Reichweite einer Regulierung

In die Thematik der Regulierung des Leasingsektors in China und dessen Entwicklung seit den Achtziger Jahren leitete Herr *GUO Shuyan* in seiner Funktion als Leiter der Gesetzgebungsgruppe zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Finanzierungsleasinggesetzes und Vize-Vorsitzender des FEC ein. Anschließend erläuterte Herr *AN Gang*, Rechtsanwalt bei der *Yihong Law Firm*, die zurzeit in China im Bereich des Finanzierungsleasings existierenden Regelungsmechanismen. Die Beziehung der Parteien zueinander werde durch das allgemeine Vertragsrecht geregelt. Vorschriften zur Gründung, zum Betrieb und zur Regulierung von Auslandskapitalgesellschaften im Finanzierungsleasingsektor enthielten die "Vorläufigen Vorschriften zur Prüfung und Regelung von ausländischen Leasingunternehmen". Darüber hinaus gebe es Buchhaltungsstandards und Besteuerungsvorschriften, die von den im Bereich des Finanzierungsleasings tätigen Unternehmen beachtet werden müssten.

Herr *Dr. Alexander Moseschus* vom Bundesverband Deutscher Leasingunternehmen e.V., äußerte sich kritisch gegenüber einer Regulierung des Finanzierungsleasingsektors. Er wies darauf hin, dass der deutsche Leasingmarkt grundsätzlich nicht reguliert werde. Ausnahme seien Konstellationen, in denen der Hauptanteilseigner des Lea-

singunternehmens eine Bank sei. Solche Fälle unterlägen der generellen Bankaufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Zwar habe es Diskussionen gegeben, die Aufsicht der BaFin auf alle Leasingunternehmen auszuweiten. Man sei jedoch zu der Überzeugung gelangt, dass hierfür kein Bedarf bestehe. Der deutsche Leasingmarkt reguliere sich weitgehend selbst. Ein entscheidender Beitrag werde dabei vom Bundesverband Deutscher Leasingunternehmen geleistet. Dessen Hauptaufgabe sei die Interessenvertretung deutscher Leasingunternehmen gegenüber dem Staat. Die Bildung eines Leasingverbandes könne auch in China zu einer erfolgreichen Selbstregulierung des Marktes führen.

Herr *ZHANG Xuesong*, Mitarbeiter des Wirtschaftsbüros des FEC, merkte an, dass Einigkeit darüber herrsche, dass der Finanzierungsleasingsektor in China reguliert werden müsse. Ungeklärt sei aber, wie genau die Regulierung aussehen und welche Institution die Aufsicht übernehmen solle. Entscheidend sei, dass der Markt zurückhaltend reguliert werde, die bestehenden Regelungen vereinheitlicht würden und, um die Selbstregulierung des Marktes zu fördern, die Bildung von Leasingverbänden unterstützt werde.

Für eine strenge Regulierung ähnlich der deutschen Bankaufsicht sprach sich *Prof. Dr. Hans-Jürgen Lwowski*, Leiter der Rechtsabteilung Commerzbank Hamburg, aus. Nur so könne gewährleistet werden, dass die Banken dem Leasingmarkt vertrauen und den Leasingunternehmen die notwendigen Kredite gewähren.

Herr *SUN Lu*, Referatsleiter bei der Kommission für Bankenaufsicht, wies auf die derzeit bestehende unterschiedliche Behandlung von lokalen und ausländischen Unternehmen hin. Jede Führungskraft eines chinesischen Leasingunternehmens müsse ein strenges Zulassungsverfahren durchlaufen. Mit ausländischem Kapital finanzierte Unternehmen müssten hingegen nur die Voraussetzung erfüllen, dass die "risk assets" nicht das Zehnfache des Eigenkapitals übersteigen.

Herr *Murat Sultanov*, Rechtsberater der International Finance Corporation (IFC), forderte dazu auf, während der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs die unterschiedlichen Erfahrungen anderer Länder zu berücksichtigen und einzubeziehen. Die Frage der Förderung des Leasingsektors hänge nicht unbedingt von der Dichte der Regulierung ab. Es

¹Rechtsanwalt beim Rechtskooperationsbüro der GTZ in Peking/
Rechtsreferendarin beim Rechtskooperationsbüro der GTZ in Peking;
www.gtz-legal-reform.org.cn.

gebe sowohl Länder mit einem streng regulierten Leasingmarkt, wie z.B. Frankreich, als auch Länder mit einem wenig regulierten Leasingmarkt, wie z.B. Deutschland, die einen erfolgreichen Leasingsektor hätten. Im Falle einer Regulierung sei es entscheidend, nur eine Institution mit sämtlichen Aufsichtsmaßnahmen zu betrauen. Nur so könne eine effektive Aufsicht gewährleistet werden.

II. Registrierung und Versicherung von Leasinggütern

Im Rahmen der Frage der Regulierung wurde auch die Einführung eines Registrierungssystems für Leasinggüter besprochen. Herr *Dr. Moseschus* berichtete, dass in Deutschland in den letzten Jahren die Einführung eines Registrierungssystems für Leasinggegenstände zwar diskutiert worden sei. Man sei aber zu dem Ergebnis gekommen, dass sowohl Einführung als auch Verwaltung eines solchen Systems unverhältnismäßig hohe Kosten produzieren würden.

Prof. Dr. Lwowski erklärte, dass zurzeit auf internationaler Ebene erörtert werde, ob das bereits bestehende Registrierungssystem für Flugzeuge und Zugwaggons auf alle Arten von Leasinggegenständen erweitert werden solle. Er schlug vor, mit der Entscheidung für oder gegen ein chinesisches Registrierungssystem die internationalen Entwicklungen abzuwarten. Wünschenswert wäre es aber, in den Gesetzesentwurf die gesetzliche Verpflichtung der Vertragsparteien zur Versicherung des Leasinggutes aufzunehmen.

Gegen eine derartige Versicherungspflicht des Leasinggutes wurde eingewendet, dass es in China für Leasinggeber aufgrund fehlender gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten sehr schwierig sei, im Falle eines Vertragsbruches durch den Leasingnehmer den Leasinggegenstand zurückzuerhalten. Aufgrund dieses hohen Risikos seien unverhältnismäßig hohe Versicherungsbeiträge zu befürchten. Den Vertragsparteien könne daher nicht zugemutet werden, gesetzlich zum Abschluss einer Versicherung verpflichtet zu werden.

III. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien eines Leasingvertrages

Auch die Ausgestaltung der unterschiedlichen Rechte und Pflichten der Parteien im neuen Gesetz war Gegenstand des Symposiums. Übereinstimmung bestand dahingehend, dass der Entwurf diesbezüglich keine detaillierten Regelungen enthalten solle. Den Parteien müsse ein möglichst großer Spielraum belassen werden, im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit selbst die Folgen von Leistungsstörungen zu regeln. Das Gesetz solle dabei allenfalls als Leitfaden dienen.

IV. Verbraucherleasing

Abschließend wurde die Frage aufgeworfen, ob neben dem Unternehmerleasing auch das Verbraucherleasing im Gesetz geregelt werden solle. Frau *HAN Tongxu*, Justitiarin bei Volkswagen Finance (China) Co. Ltd., befürwortete insoweit die gesetzliche Regelung und Zulassung des Abschlusses von Leasingverträgen durch Verbraucher. Dazu müsse das Gesetz aber Definitionen für den Begriff des Unternehmers und den des Verbrauchers bereitstellen. Weiterhin müsse entschieden werden, ob die Einordnung als Unternehmerleasing vom Inhalt des Vertrages oder der Stellung der Vertragsparteien abhängen solle. Entscheide man sich für die Stellung der Vertragsparteien, sei zu bedenken, dass ein Gewerbetreibender einen Gegenstand auch für den ausschließlich privaten Gebrauch leasen könne.

Insoweit wurde angemerkt, dass in der derzeitigen Praxis die Gerichte in China sowohl den Inhalt des Vertrages als auch die Funktion der Vertragsparteien zur Auslegung und Einstufung heranziehen würden. Des Weiteren sei auch das chinesische Verbraucherschutzgesetz zu berücksichtigen. Dieses müsse in Fragen des Verbraucherschutzes Vorrang vor dem Gesetz zum Finanzierungsleasing haben.

V. Fazit

Als Ergebnis der Veranstaltung lässt sich festhalten, dass bis zur Verabschiedung des Gesetzes noch eine Reihe von Entscheidungen zu Rechts- und Wertungsfragen getroffen werden müssen. Die Aufgabe der Gesetzgebungsgruppe wird es sein, auf den Ergebnissen des Symposiums aufbauend entsprechende Lösungen auszuarbeiten. Die Chancen und Wichtigkeit des Leasingsektors für die wirtschaftliche Entwicklung, insbesondere auch für kleinere und mittlere Unternehmen, hat der chinesische Gesetzgeber in jedem Fall erkannt. Abzuwarten bleibt, wie schnell und in welcher Form er den bestehenden Regelungsbedarf ausfüllen wird.

Seminar: „Wandel und Stabilität durch Recht. Antworten der Rechtsordnung auf ökonomische und soziale Herausforderungen“

Tobias Huinink¹

1. Einleitung

In Nanjing fand vom 11. bis zum 14. November 2005 die vom Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft veranstaltete Konferenz zum Thema „Wandel und Stabilität durch Recht. Antworten der Rechtsordnung auf ökonomische und soziale Herausforderungen“ statt. Hierzu wurden insgesamt neun Vorträge präsentiert, daneben aber auch zahlreiche Diskussionen, sowie diverse Arbeitsgruppen durchgeführt. Das Seminar fand im Rahmen eines Alumni-Treffens statt und diente neben den fachlichen Zielen dazu, erstmalig sämtliche Absolventen des Instituts zu versammeln. Diese waren an dem Seminar mit insgesamt etwa 60 Personen aus Forschung und Praxis auch zahlreich vertreten. Zu den Teilnehmern gehörten Wissenschaftler, Anwälte und andere Rechtspraktiker, sowie Studenten verschiedener Universitäten. Die Finanzierung wurde vom Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) übernommen. Es wurde eine Auswahl von relevanten Themenbereichen behandelt, welche die verschiedenen Facetten der Auswirkungen sich entwickelnder Rechtsordnungen aus vielfältigen Perspektiven beleuchten und zur Debatte über Entwicklungskonzepte und Lösungsvorschläge anregen sollten. Mit Beiträgen zur Internationalisierung des Rechts, Beratung der chinesischen Gesetzgebung und zum globalen Schutz des geistigen Eigentums wurden generelle Fragestellungen zu Voraussetzungen für stabile Rechtsordnungen aufgegriffen. Als für ökonomische aber auch soziale Gesichtspunkte relevante Gesetzgebung wurde die bevorstehende Reform des chinesischen Sachenrechts vorgestellt und das Potential des Kartellrechts in der Bekämpfung von Monopolen erläutert. Weitere Schwerpunkte waren das chinesische Stiftungsrecht und die Wirtschaftsgesetzgebung in der Sonderwirtschaftszone Shenzhen. Schließlich wurden auch praxisrelevante Abhandlungen einbezogen, vertreten durch Beiträge über die Geschäftspraktiken chinesischer Anwälte und Investitionen chinesischer Unternehmer in Deutschland.

2. Vorträge und Diskussionen

Der erste Vortrag, gehalten von *Prof. Dr. Christiane Wendehorst*, beschäftigte sich mit dem Thema „Europäisierung und Internationalisierung des Rechts: Entwicklungen der letzten 10 Jahre in Deutschland“. Die Rednerin zeichnete ein Bild des Rechtswandels, der sich im Zuge der Europäisierungs- und Internationalisierungsprozesse der letzten 10 Jahre vollzog. Er habe sich am gravierendsten im Bereich des Wirtschafts- und Verwaltungsrechts, aber auch in bedeutender Weise im Zivil- und Verfassungsrecht manifestiert.

Anhand aktueller Beispiele hob sie die einschneidende Bedeutung dieser Veränderungen hervor und hielt zu einer kritischen Mitgestaltung dieser Prozesse an. Einem Überblick über die Internationalisierung des Rechts durch Staatsverträge und der Rolle des UN-Kaufrechts für die Kaufrechtsentwicklung in Europa folgte eine Darstellung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft und deren Einfluss, vornehmlich auf das deutsche Zivilrecht. Besonders die EG-Richtlinien, die die Mitgliedsstaaten verpflichten, ihre Rechtsordnung entsprechend der verfolgten Ziele auszugestalten, hätten das Bild des BGB verändert.

Dies sei geschehen durch die Vorschriften zur Umsetzung der Haustürgeschäfte-Richtlinie im Jahre 1986, diejenigen des Verbraucherkreditgesetzes von 1990, zur Anpassung des Reisevertragsrechts in §§ 651 a bis k BGB und auch des AGB-Gesetzes nach der Klauselrichtlinie. Durch die Einfügung der §§ 675a bis 676g BGB zur Umsetzung der Richtlinien zur Überweisung und zur Zahlungssicherung habe der Einfluss des EG-Rechts auf das BGB eine neue Dimension erreicht, die sich auf seine Regelungsstruktur selbst auswirke. Probleme entstünden durch die veränderten Regelungstechniken, lange und detaillierte Vorschriften und durch die häufig nicht nachvollziehbare Platzierung der Regelungen im Gesamtzusammenhang, welches zu einer systematischen Inkonsistenz führe. Weitere Eingriffe in das BGB waren die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie und die Einfügung des § 241a BGB über unbestellte Leistungen zur Verzahnung des - vorher in Nebengesetzen geregelten - Verbraucherprivatrechts mit dem BGB. Diese Veränderungen riefen weitere Kritik hervor bezüglich der Komplexität des Zusammenspiels unterschiedlicher Rechtsblöcke sowie der dem BGB eher fremden, oft unklaren Terminologie. Ein weiterer Quantensprung auf dem Weg zu einem europäischen Zivilrecht sei die Schuldrechtsmodernisierung mit der Umgestaltung großer Teile des zweiten Buches und des Verjährungsrechts gewesen. Die Inkorporierung der verbraucherfreundlichen Nebengesetze habe das Gesetz verkompliziert.

¹Praktikant am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft.

ziert, da nun bei der Anwendung des Verbraucher-vertragsrechts drei Regelungskomplexe (die spezielle Regelung des Vertragstyps, die allgemeinen Regelungen in §§ 355 ff, BGB-InfoVO) heran gezogen werden müssten. Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie schließlich habe zu einer Neukonzeption des gesamten Kaufrechts geführt. In Folge dieser Vorgänge und der damit verbundenen neu eingeführten Regelungstechnik von detaillierten Vorschriften sowie dem weit reichenden Gebot der richtlinienkonformen Auslegung habe sich das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Erscheinungsform verändert und sei nun ein europäisiertes und – über Verbindungsstücke wie das UN-Kaufrecht – ein internationalisiertes Zivilrecht geworden. Kritisch betrachtet wurde eine zunehmende Unterwanderung der Konsistenz im Sinne der Einheit einer Rechtsordnung. So seien bei Rezeptionsvorgängen Zufallsprodukte und Patchwork-Lösungen zu vermeiden, die den Wechselwirkungsmechanismen nicht gerecht würden.

Als Ausblick kamen geplante Maßnahmen auf europäischer Ebene zur Sprache, die einem kohärenteren deutschen Zivilrecht zu Gute kommen könnten. Die generell zu beobachtende Praxis nur einzelne Sektoren zu regeln, würde wohl nicht so schnell aufgegeben. Die Auswirkungen des beabsichtigten gemeinsamen Referenzrahmens der Gemeinschaft, welcher einheitliche Prinzipien und Begriffe des Vertragsrechts in Europa etablieren soll, blieben noch abzuwarten.

Prof. Dr. Shao Jiandong referierte zum Thema: „Monopole als Gefährdung wirtschaftlichen Gleichgewichts – die Rolle des Kartellrechts“. Er unterschied hierbei zwei Formen von Wettbewerbsbeschränkungen: „Machtmonopole“ und „Monopole internationaler Konzerne“. Zum ersten Themenkomplex wurden Einzelheiten zum Entwurf eines neuen chinesischen Anti-Monopolgesetzes ausgeführt. Unter dem Begriff des „Machtmonopols“, welches der Natur nach eine Beschränkung des freien Wettbewerbs sei, werde der Vollzug der Wettbewerbsbeschränkungen durch Missbrauch seitens der Staatsgewalt oder durch Befugnisse der öffentlichen Verwaltung verstanden. Er umfasse vor allem, aber nicht ausschließlich, das Verwaltungsmonopol, worunter man den Missbrauch von Verwaltungsbefugnissen verstehe. Der Entwurf fand zwar die generelle Zustimmung des Redners. Seiner Einschätzung nach sei jedoch eine nicht unbedenkliche Beschränkung des Subjektes durch Verwaltungsorgane zu konstatieren, da durchaus auch andere Staatsorgane wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen träfen. Diesbezüglich sei der Gesetzesentwurf noch einmal zu überdenken.

Der zweite Themenkomplex handelte von Wettbewerbsbeschränkungen durch multinationale Konzerne und den Missbrauch ihrer Marktstellungen mittels ihrer Rechte am geistigen Eigentum, technologischer Überlegenheit und Kapitalstärke. Untermauert wurden diese Thesen mit Beispielen aus den verschiedenen Branchen des chinesischen Marktes und den jeweiligen Marktanteilen der einzelnen Konzerne. Zu den Methoden gehörten die Festsetzung von übermäßig hohen Preisen für alltägliche Verbrauchsgüter oder von die Konkurrenz verdrängenden Dumpingpreisen, differenzierte Abnehmerbehandlung in Form von Preisdiskriminierung, Geschäftsverweigerung und anderen Missbräuchen wie Patentbündnisse. Sie ließen weitergehende Kontrollmechanismen notwendig erscheinen. Auch inländische Konzerne seien an wettbewerbsbeschränkenden Handlungen beteiligt. Aufgrund mangelnder Markterfahrung und Kapitalstärke seien diese jedoch den großen, internationalen Konzernen meist unterlegen.

In seinem Vortrag zum Thema „Der globale Schutz des geistigen Eigentums“ vertrat Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll die These, dass das Ausmaß des Schutzes von geistigem Eigentum eng mit der wirtschaftlichen Entwicklungsstärke eines Landes sowie den Beziehungen zu anderen Staaten verknüpft sei. Weiterhin skizzierte er den geschichtlichen Verlauf der Entwicklung des Systems zum Schutz geistigen Eigentums. Dabei verwies er auf die anfänglichen Mindeststandards im Zuge der Internationalen Zivilrechtskoordinierung, auf die durch fortschrittliche Kopierverfahren und sich vereinfachende Technologie hervorgerufene Krise in den 70er Jahren und auf den Abschluss des Vertragswerkes TRIPS im Jahre 1994. Im Anschluss daran erläuterte er Bedingungen für einen stabilen, erfolgreichen Schutz geistigen Eigentums, der auf Durchsetzbarkeit, auf der Fähigkeit zur Konfliktlösung und Innovation und besonders auf einer Anpassungsfähigkeit an neue Situationen beruhe. Der schätzungsweise bei nur 20 bis 30 Prozent angesiedelte internationale Schutz geistigen Eigentums liege noch deutlich hinter dem durchschnittlich mit 80 bis 90 Prozent bezifferten Eigentumschutz zurück. Im Rahmen eines abschließenden Ausblicks unterstrich Stoll die Notwendigkeit, ausgeweitete Praktiken zur Lizenzierung und ein „Intellectual Rights Management“ einzuführen, welches schon während der Entwicklung, Herstellung und des Marketing eingreifen müsse. Großes Interesse weckten Fragen nach den Voraussetzungen für Zwangslizenzen, sowie nach Patentierungen von traditionellem Wissen und Methoden durch ausländische Unternehmen.

Aus aktuellem Anlass widmete sich *Dr. Mario Feuerstein* dem Thema „Die Reform des Sachenrechts - Grundentscheidungen für soziale Stabilität“. Nach einer Darstellung des bisherigen chinesischen Sachenrechts gab er einige allgemeine Erläuterungen zu einem neuen Entwurf, seiner Struktur sowie zu einigen ausgewählten Bereichen. Der Entwurf sieht ein aus fünf Büchern bestehendes Sachenrecht vor. Im ersten Buch finden sich die allgemeinen Grundsätze, wie die Absolutheit des Sachenrechts (§ 7 des Entwurfes) und die Verpflichtung zur Berücksichtigung der „Gemeininteressen“ und der „Gesellschaftlichen Moral“ (§ 5). Im zweiten Buch sollen die verschiedenen Eigentumsformen geregelt werden. Der Neuregelung des „gutgläubigen Erwerbs“ (§ 111) und der Enteignungsproblematik wurde besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Letztere weise, so Feuerstein, nach wie vor brisante Probleme auf, was die Feststellung der Entschädigungssummen oder das Vorliegen des unbestimmten Begriffes des „allgemeinen Interesses“ anbelange. In seinem Vortrag behandelte Feuerstein weiterhin Abhandlungen zu den Sicherungsrechten und zum Fund, bei dessen Regelungen das Eigentum nach Fristablauf auf den Staat und nicht etwa den Finder übergehe. Ein Streitpunkt in der anschließenden Diskussion bezog sich besonders auf die Frage, inwieweit der Entwurf dem Abstraktionsprinzip des deutschen Rechts folge.

Wang Chengyi widmete sich in seinem Vortrag der Wirtschaftsgesetzgebung in der Sonderwirtschaftszone Shenzhen. Mit dem Ziel von Erfahrungen ausländischer Wirtschaftsentwicklung zu lernen und die „Reform und Öffnung nach außen“ zu erproben, wurde 1980 die heute größte Außenhandelsstadt Chinas gegründet. So habe sich aus einem kleinen Fischerdorf eine Metropole mit 5 Millionen Einwohnern und einem Außenhandelsvermögen von 150 Milliarden USD im Jahre 2004 entwickelt. Mit erweiterten Gesetzgebungskompetenzen sollten 1992 durch einen Beschluss des Ständigen Ausschusses den Bedürfnissen Rechnung getragen werden, vermehrt und auf schnellerem Wege Gesetze erlassen zu können. So bedurfte es in Shenzhen dringend der Schließung von Gesetzeslücken, vor allem im Bereich des Gesellschafts- und Versicherungsrechtes. Schon 264 wirksame Gesetze seien verabschiedet worden. Bei der systematischen Einordnung dieser Gesetzgebungsbefugnis sei aber umstritten, ob es sich um eine lokale oder eine staatliche, weil vom Volkskongress delegierte Gesetzgebungsmacht handle. Die Gesetzgebung spiele eine große Rolle für die wirtschaftliche Entwicklung und die soziale Verwaltung der Stadt. Sie diene zudem als eine Art Testlauf im Aufbau eines allgemeinen chinesischen Rechtssystems, weswe-

gen die konkreten Auswirkungen von Normen auch eine Vorbildfunktion für die nationale Gesetzgebung entfalten könnten.

Frau Dr. Sun Jing sprach in ihrem Vortrag über „Investitionen chinesischer Unternehmer in Deutschland“. Anhand verschiedener Beispiele stellte sie die Situation verschiedener chinesischer Unternehmen in Deutschland dar und ging danach auf einige generelle Schwierigkeiten solcher Investitionen ein. Deutschland ziehe als Investitionsstandort zunehmend Aufmerksamkeit auf sich. Die Bereitschaft chinesischer Investoren steige, von den attraktiv erscheinenden Bedingungen in Deutschland Gebrauch zu machen. Es würden, vornehmlich zu Vertriebszwecken, Unternehmen - meist in Form von GmbHs - gegründet oder übernommen. Obwohl die möglichen neuen Arbeitsplätze und zusätzlichen Investitionen einen hohen Anreiz auf deutsche Behörden ausüben sollten, gebe es zahlreiche Probleme auf der deutschen Seite, die vor allem Formalien und den bürokratischen Ablauf betreffen. Allein schon die Beantragung einer Aufenthaltsgenehmigung für den chinesischen Geschäftsführer stelle ein entscheidendes Hindernis dar, weil für die nach § 21 des Aufenthaltsgesetzes geforderten „besonderen Bedürfnisse“ in der Regel ein Investitionsvolumen von mindestens 1 Millionen Euro und die Neuschaffung von 10 Arbeitsplätzen vorausgesetzt werde. Auch eine schlechte Zusammenarbeit zwischen deutschen Behörden (wie z.B. unterschiedliche Formulare in Konsulaten und Ausländerbehörden) verhindere chinesische Investitionen in Deutschland. Allerdings scheitere ein Investitionsvorhaben teilweise auch an der unzureichenden Vorbereitung und Planung chinesischer Unternehmen bzw. mangelnder Erfahrung und schlechter Englischkenntnisse.

Für viele bis dahin wohl weitgehend unbekannte Einblicke in die Geschäftspraktiken der Anwaltschaft in China und ihre Zukunftsperspektiven eröffnete *Dr. Hans Au*. Er berichtete über Praxiserfahrungen aus der Schulung von und der Zusammenarbeit mit chinesischen Anwälten. Traditionell hätten Anwälte in China ein eher geringes Ansehen. Erst seit etwa 10 Jahren sei jedoch ein Wandel im Gange, der zunehmende Achtung der Interessenwahrnehmung von Mandanten mit sich bringe. Mittlerweile gebe es insgesamt ca. 11.700 Kanzleien. In einem Kanzleibetrieb trage jeder Partner die Kosten generell eigenständig. Dies gelte auch für Fortbildungsmaßnahmen und Marketing. Nur Zuschüsse zum Bürobetrieb oder Lizenzzahlungen für die Nutzung des Kanzleinamens würden gemeinschaftlich getragen. Als nachteilige Folgen ergäben sich hieraus eine geringe Zusammenarbeit, mangelnde Kapazitäten für große, lang

andauernde Mandate sowie ein starker Kostendruck. Das führe unter Umständen zu erheblichen Qualitätsproblemen. Diese unternehmerische Anwaltskultur begünstige diejenigen, die geschicktes Marketing betrieben, aber deswegen nicht unbedingt auch die kompetenteren Anwälte seien. Eine große Stärke dagegen stelle das „Networking“ zu ehemaligen Kommilitonen, zu Kollegen oder öffentlichen Stellen etc. dar. Für die zukünftige Entwicklung würde neben einer starken Internationalisierung ein Wettbewerb prognostiziert, der zunehmend auf Kompetenz und weniger auf den Preis ausgerichtet sei. Einzelkämpfertum und personenbezogenes Marketing würde auf diese Weise zugunsten eines Bedeutungsgewinns der Kanzlei in den Hintergrund treten.

Der von Prof. Dr. Hinrich Julius gehaltene Vortrag zum Thema „Beratung der chinesischen Gesetzgebung - Impulse zum Wandel“ hatte die Arbeitsweisen der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), die im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung arbeitet, zum Gegenstand. Dazu wurde die Tätigkeit anderer gesetzgebungsberatender Institutionen beleuchtet. Nach Schwerpunkten im Bereich der „Institutionenbildung“ in den 1980er Jahren und der volkswirtschaftlichen Beratung während der Neunziger Jahre, erstreckte sich die Arbeit der GTZ seitdem auch auf die direkte Rechtsberatung. Im Zuge der Wirtschaftsreformen kam es in China seit dem Jahr 2000 zum Erlass bedeutender Gesetze. Dabei wurde eine Umsetzungsquote von 30 bis 50 Prozent errechnet. Allerdings könne durch einen Vergleich des Beratungsreports (der Beratung aller beteiligten Institutionen) mit dem entstandenen Gesetz kein strikt kausaler Nachweis für eine gelungene Beratung im Sinne einer Kausalität geführt werden. Generell finde keine „rein deutsche“ Gesetzesberatung statt, sondern diese erfolge in Kooperation mit anderen Institutionen. Umgesetzt werde der Beratungsverlauf nach Einschätzung der Bedürfnisse durch Workshops und mit Hilfe deutscher und internationaler Experten des jeweiligen Rechtsgebietes. Die Ergebnisse dieser Beratungen würden dann den verschiedenen Entscheidungsträgern präsentiert. Da meist keine den Beratern völlig unbekannten Argumente eingebracht werden könnten, gehe es vielmehr darum, durch die Stärkung bestimmter Positionen Einfluss zu nehmen. In Aussicht stehe neben der bisherigen kooperativen Gesetzesberatung auch die Mitarbeit bei der Erstellung von Konzepten für ein chinesisches Richterreferendariat, von Ausbildungskonzepten für Beamte und von Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums.

Dr. Knut Benjamin Pißler sprach über das neue chinesische Stiftungsrecht im Hinblick auf Chancen für private Initiativen. Nach § 1 des 2004 reformierten Stiftungsrechts bestehe die Funktion von Stiftungen in der Förderung mit Privatvermögen. Im Unterschied zum deutschen Recht sei diese lediglich auf „allgemein nützliche Zwecke“ beschränkt. Damit blieben Familienstiftungen ausgeschlossen. Der Begriff der Allgemeinnützigkeit sei leider nicht klar bestimmt und auch Fragen wie beispielsweise die der Zweckänderung seien nicht berücksichtigt worden. Nach wie vor gebe es, stellvertretend für ein generelles Problem in der VR China, noch immer kein Recht auf die Gründung einer Stiftung, da eine Genehmigung nicht gerichtlich erwirkt werden könne. Das reformierte Recht sehe weiterhin eine aufwendige Organisationsstruktur mit einem dualen Aufsichtssystem von lokalen Behörden und Paten vor. Letztere hätten generell eine dominante Stellung. Sie müssten ein bestimmtes Grundstockvermögen vorweisen (bei Fundraising-Stiftungen landesweit 8 Millionen RMB, bei anderen 2 Millionen RMB), wobei auf schon bestehende Stiftungen, die diesen Voraussetzungen nicht genügen, nicht eingegangen werde. Es bestünden desweiteren Beschränkungen der Anzahl von Stiftungen bezogen auf einen Zweck, sodass pro Zweck und Provinz jeweils nur eine Stiftung zulässig sei. Im Ergebnis scheine die Eröffnung neuer Chancen durch private Stiftungen wohl eher fraglich. Pißler bemängelte eine starke staatliche Kontrolle und sieht in der Einrichtung von Repräsentantenbüros für ausländische Stiftungen neue Hindernisse.

In Arbeitsgruppensitzungen und während der Abschlussdiskussion wurden einige offen gebliebene Fragen aus den Vorträgen aufgegriffen und vertieft. Besonderer Diskussionsbedarf bestand bei den Themen zur Neugestaltung des Sachenrechts, dem Schutz geistigen Eigentums und der Monopolproblematik. In Bezug auf die Konsequenzen der Internationalisierung des Rechts und ihrer Beurteilung fand ebenfalls ein reger Meinungs Austausch statt. Neben den fachlichen Diskussionen brachten die intensiven Gespräche über praktische Angelegenheiten des Instituts im weitesten Sinne viele innovative Ideen und Zukunftsperspektiven. So wurde die Etablierung eines Alumni-Netzwerkes, die vertiefte Einbeziehung der Ehemaligen sowie die regelmäßige Wiederholung von Alumni-Treffen in Aussicht gestellt. Es kam sogar zu Vorschlägen wie der Gründung einer von Institutsabsolventen getragenen Kanzlei. Von Seiten vieler Absolventen kamen Verbesserungsvorschläge bezüglich des Lehrprogramms des Institutes, die kontrovers diskutiert wurden.

3. Fazit

Insgesamt wurde die Tagung als ausgesprochen gelungen bewertet und die Vielfalt an anregenden Beiträgen gelobt. Auch kam es in den Gesprächsrunden und Diskussionen sowohl zu konkreten Ergebnissen als auch zu Aussichten für die Weiterentwicklungen von Rechtsordnungen als stabilisierendem Faktor. Insgesamt wurde wiederholt die Bedeutung klarer Vermögensverhältnisse für ökonomische und gesellschaftliche Stabilität erwähnt. Exemplarisch für den kontroversen und fruchtbaren Meinungsstreit zwischen chinesischen und deutschen Beteiligten ist die Debatte über unterschiedliche Bodennutzungsrechte in den städtischen und ländlichen Gebieten. Im Rahmen der Debatte zur Sachenrechtsreform wurden klare Worte zum Umgang mit der heiklen und überaus aktuellen Enteignungsproblematik in China laut. Desweiteren wurden Voraussetzungen für Zwangslizenzen von Patenten für bestimmte Technologien diskutiert. Auch das Ausmaß der Gefährdung der einheimischen chinesischen Wirtschaft durch multinationale Unternehmen wurde erörtert. Weitere Einsichten ergaben sich aus der Debatte über Internationalisierungsprozesse in den Rechtsordnungen. Der Einfluss des deutschen Rechtes auf die chinesische Rechtsordnung sollte gut überlegt sein und nicht undifferenziert verfolgt werden. Eine Übernahme deutschen Rechts sei für die chinesische Rechtskultur mitunter nicht sinnvoll oder die Umsetzbarkeit nicht gegeben. Das Seminar wurde durch eine rundum angenehme Atmosphäre und eine offene und konstruktive Diskussionskultur geprägt. Ursächlich dafür war wohl besonders der herzliche, sogar etwas feierliche Charakter des Seminars, der durch das Wiedersehen und gegenseitige Kennenlernen der Absolventen aus 15 Jahren aufkam. Man sprach von einem während der Tagung entstandenen „gemeinsamen Geist der Absolventen“ und der Wunsch wurde geäußert, eine beständige Verbindung und gegenseitige Unterstützung unter den Jahrgängen aufrechtzuerhalten und auszubauen.

SACHVERZEICHNIS

Sachverzeichnis ZChinR 2005

Antidumpingverordnung	329	Politisches System	164
Antisezessionsgesetz	115, 161	Preservation of Evidence	218
Arbeitsrecht	23	Public Institution Reform	71, 167, 241, 245
Arbitration Law	218		
Ausländische Investitionen	33, 58, 177	Real Estate Law	177
Auslegung des Ständigen Ausschuss	8, 233	Rechtsordnung	365
Außenhandelsrecht	58		
		Sachenrecht	169
Bankaufsichtsgesetz	241, 245, 304	Schutzklauseln	1, 39
Bankenreform	304	Sozialversicherungsrecht	55, 64
Basic Law	8, 233	Staatshaftungsgesetz	334
Berufsethik	30, 46	Staatsunternehmen	167
Bibliographie zum chinesischen Recht 2004	122	Staatsvermögensrecht	167
		Strukturvertrieb	358
China Securities Regulatory Commission, CSRC	196	Todesstrafe	256
Chinese Green Cards	238	Trade in Goods	297
Direktvertrieb	339, 344	Wertpapiergesetz	196
		Wertpapierinvestmentfondsgesetz	196
Elektronische Signaturen	90, 142		
Erneuerbare Energien	110, 151	WTO	1, 23, 39, 56, 297, 329
Finanzierungsleasingrecht	363		
Foreign Wholesalers	33		
Geldwäsche	101		
Gesellschaftsrecht	62		
Gesetzeserlasse 2004	35		
Investmentfonds	196		
Justizreform	30, 46		
Kapitalmarktrecht	196, 241		
Labour Standards and Rights	23		
Land-Use Rights	177		
Legal Orientalism	269		
Massenmedien	361		
Non-Profit Organizations	71		
Offenlegung von Verwaltungsinformationen	258		

ADRESSEN

Beijing

Baker & McKenzie

Suite 3401, China World Tower
China World Trade Center
Jianguomen Wai Avenue 1
100004 Beijing, VR China

Tel.: 010 65050591; Fax: 010 65052309; 65050378

Ansprechpartner: *GE Xiangyang, BING Ho*

美国贝克麦肯斯国际律师事务所北京办事处
中国国际贸易中心国贸大厦 2526 室
建国门外大街 1 号
100004 北京 中华人民共和国

Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Beijing Representative Office

Suite 3130, 31st Floor, South Office Tower
Beijing Kerry Centre, 1 Guanghua Road
100020 Beijing, VR China

Tel.: 010 8529 8110; Fax: 010 8529 8123; e-mail: bblaw-beijing@bblaw.de

Ansprechpartner: *Dr. Björn Etgen*

百达律师事务所北京代表处
北京嘉里中心南楼 31 层 3130 室
北京市朝阳区光华路 1 号
100020 北京 中华人民共和国

Clifford Chance LLP Beijing Office

3326 China World Tower I
No. 1 Jianguomenwai Avenue
100004 Beijing, PR China

Tel.: 010 6505 9018; Fax: 010 6505 9028; e-mail: michelle.wang@cliffordchance.com

Ansprechpartner: *Michelle Wang*

高伟绅律师事务所北京办事处
中国国际贸易中心国贸大厦 3326 室
建国门外大街 1 号
100004 北京 中华人民共和国

Coudert Brothers

Jing Guang Center, 27th Floor
Hu Jia Road, Chao Yang Qu
100020 Beijing, VR China

Tel.: 010 65973851 ext. 225; Fax: 010 65978856; e-mail: fischera@coudert.com

Ansprechpartner: *TAO Jingzhou, Laetitia Tjoa, Alexander Fischer*

高特兄弟律师事务所北京办事处
京广中心 27 层
朝阳区
100020 北京 中华人民共和国

Freshfields Bruckhaus Deringer

3705 China World Tower Two
1 Jianguomenwai Avenue
Beijing 100004, VR China

Tel: 010 6505 3448; Fax: 010 6505 7783; e-mail: douglas.markel@freshfields.com;

melissa.thomas@freshfields.com

Ansprechpartner: *Douglas Markel, Melissa Thomas, Mirko Wormuth*

富而德律师事务所
中国国际贸易中心国贸大厦 3705 室
建国门外大街 1 号
100004 北京 中华人民共和国

Guo & Partners

Suite 411, Jing Guang Center Office Building
P.O.Box Beijing 8806-411
Chaoyang District
100020 Beijing, VR China

Tel: 010 8454 1888; Fax: 010 6597 4149; e-mail: holger.hanisch@gp-legal.com

Ansprechpartner: *Holger Hanisch*

天睿律师事务所
京广中心商务楼 411 室
(北京 8806 信箱 -411 室)
100020 北京市 中华人民共和国

Linklaters

Unit 29

Level 25 China World Tower 1

No 1 Jian Guo Men Wai Avenue

100004 Beijing, VR China

Tel: 010 6505 8590; Fax: 010 6505 8582; e-mail: zili.shao@linklaters.com

Ansprechpartner: *Zili Shao*

Lovells

Level 2 Office Tower C2

The Towers Oriental Plaza

1 East Chang An Avenue

100738 Beijing, VR China

Tel.: 010 85184000; Fax: 010 85181656; e-mail: hans.au@lovells.com

Ansprechpartner: *Hans Au*

Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison

Unit 3601, Fortune Plaza Office Tower A

Chao Yang District

No. 7 Dong Sanhuan Zhonglu

100020 Beijing, VR China

Tel: 010 5828 6300; Fax: 010 6530 9070/9080; e-mail: jchan@paulweiss.com/cyu@paulweiss.com

Ansprechpartner: *Jeanette K. Chan, Corinna Yu*

PricewaterhouseCoopers

26/F Office Tower A, Beijing Fortune Plaza

Chao Yang District

No. 7 Dong Sanhuan Road

100020 Beijing, VR China

Tel: 010 6533 8888; Fax: 010 6533 8800

Ansprechpartner: *Dirk Bongers*

路伟律师事务北京办事处

东方广场东方经贸城中二办公楼 2 层

东城区东长安街 1 号

100738 北京 中华人民共和国

Shanghai

Baker & McKenzie

Unit 1601, Jin Mao Tower
88 Century Boulevard, Pudong
200121 Shanghai, VR China

Tel.: 021 5047 8558; Fax: 021 5047 0020

Ansprechpartner: *Dr. Andreas Lauffs, Zhang Danian*

金茂大厦

上海市浦东新区世纪大道 88 号
200121 上海 中华人民共和国

Beiten Burkhardt Rechtsanwälts-gesellschaft mbH Shanghai**Representative Office**

Suite 3503, The Center
989 Chang Le Road, Xuhui District
200031 Shanghai, VR China

Tel.: 021 6288 3336; Fax: 021 6288 3337; e-mail: bblaw-shanghai@bblaw.de

Ansprechpartner: *Susanne Rademacher*

Clifford Chance LLP

Suite 730, Shanghai Centre
Nanjing West Road 1376
200040 Shanghai, VR China

Tel.: 021 62798461; Fax: 021 62798462

Ansprechpartner: *Stephen Harder*

英国高伟绅律师事务所上海办事处

上海商城 730 室
南京西路 1376 号
200040 上海 中华人民共和国

Freshfields Bruckhaus Deringer

34 floor, Jin Mao Tower
88 Century Boulevard
Pudong New Area
Shanghai 200121, VR China

Tel.: 021 5049 1118; Fax: 021 3878 0099; e-mail: norman.givant@freshfields.com, carl.cheng@freshfields.com

Ansprechpartner: *Norman Givant, Carl B. Cheng*

富而德律师事务所

金茂大厦 34 楼
上海市浦东新区世纪大道 88 号
200121 上海 中华人民共和国

Gleiss Lutz in association with Herbert Smith and Stibbe

38F Bund Center
222 Yan An Road East
200002 Shanghai, VR China

Tel.: 021 6335 1144; Fax: 021 6335 1145; e-mail: gary.lock@herbertsmith.com

Ansprechpartner: *Gary Lock*

格来思 - 鲁茨 - 胡茨 - 赫施

律师事务所上海办事处
延安东路 222 号
外滩中心 38 楼
200002 上海 中华人民共和国

Haarmann Hemmelrath & Partner

Room 2308, Jinmao Building
88 Centennial Boulevard
200121 Shanghai, VR China

Tel.: 021 5049 8176/8305/8560/8816; Fax: 021 50475122; e-mail:

bernd-uwe.stucken@haarmannhemmelrath.com

Ansprechpartner: *Dr. Bernd-Uwe Stucken*

德国法合联合律师事务所

金茂大厦 2308 室
上海市浦东新区世纪大道 88 号
200121 上海 中华人民共和国

Linklaters

28th Floor, HSBC Tower
101 Zin Cheng East Road
Pudong New Area
200120 Shanghai, VR China

Tel: 021 6841 5858; Fax: 021 68415656; e-mail: zili.shao@linklaters.com

Ansprechpartner: *Zili Shao*

Lovells

Rm.1107, Kerry Center
1515 Nanjing West Road
200040 Shanghai, VR China

上海市南京西路 1515 号
嘉里中心 1107 室
200040 上海 中华人民共和国

Tel.: 021 6279 3155; Fax: 021 6279 2695; e-mail: douglas.clark@lovells.com

Ansprechpartner: *Douglas Clark*

PricewaterhouseCoopers

11/F PricewaterhouseCoopers Center
202 Hu Bin Road
200021 Shanghai, VR China

Tel.: 021 6123 8888; e-mail: titus.bongart@cn.pwc.com

Ansprechpartner: *Titus von dem Bongart, Christoph Hezel*

Rödl & Partner

28/F POS Plaza
1600 Century Avenue
Shanghai 200122, VR China

罗德律师事务所上海代表处
浦项商务广场 28 楼
上海浦东新区世纪大道 1600 号
200122 上海 中华人民共和国

Tel. 021 5830 0708 Fax: 021 5820 1218; e-mail: philip.lazare@roedl.com.cn

Ansprechpartner: *Philip Lazare*

Schulz Noack Bärwinkel

Suite 2302 International Trade Center
2201 Yan An Road (W)
200336 Shanghai, VR China

德国律师事务所上海办事处
国际贸易中心 2302 室
延安西路 2201 号
200336 上海 中华人民共和国

Tel.: 021 62198370; Fax: 021 62196849; e-mail: jm.scheil@snblaw.com

Ansprechpartner: *Dr. Jörg-Michael Scheil*

Taylor Wessing

15th Floor United Plaza, Unit 1509
No. 1468, Nanjing West Road
200040 Shanghai, VR China

泰乐信律师事务所驻上海代表处
中欣大厦 15 楼 1509 单元
南京西路 1468 号
200040 上海 中华人民共和国

Tel. 021 6247 7247; Fax 021 6247 7248; e-mail: r.koppitz@taylorwessing.com

Ansprechpartner: *Ralph Vigo Koppitz*

White & Case, LL.P.

218 Shanghai Bund No. 12 Building
12 Zhongshan Dong Yi Road
200002 Shanghai, VR China

伟凯律师事务所上海代表处
外滩 12 号 218 室
中山东一路 12 号
200002 上海 中华人民共和国

Tel. 021 6321 2200; Fax: 021 6323 9252; e-mail: jleary@whitecase.com;

Ansprechpartner: *John Leary*

IMPRESSUM

Herausgeber: Deutsch-Chinesische Juristenvereinigung e.V. **ISSN 1613-5768**
Prof. Dr. Uwe Blaurock, Präsident
E-Mail: blaurock@dcjv.org
Homepage: <http://www.dcjv.org>

Schriftleitung: Björn Ahl
Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaft
der Universitäten Göttingen und Nanjing
Hankou Lu 22
210093 Nanjing VR China
南京大学中德法学研究所
汉口路 22 号
210093 南京 VR China
Tel. / Fax: +86 25 8663 7892
E-Mail: dcifw@public1.ptt.js.cn
Homepage: <http://www.jura.uni-goettingen.de/kontakte>

Mitarbeit: Dr. Knut Benjamin Pißler
Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht, Hamburg
E-Mail: pissler@mpipriv-hh.mpg.de
Homepage: <http://www.mpipriv-hh.mpg.de>

Über die Zeitschrift:

Die Zeitschrift für Chinesisches Recht (ZChinR) erscheint vierteljährlich und ist über die Deutsch-Chinesische Juristenvereinigung zu beziehen. Eine Mitgliedschaft in der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung kann online unter <http://www.ZChinR.de/> beantragt werden.

Die Jahrgänge 1-10 (1994-2003) sind unter dem Titel Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V.“ erschienen. Die älteren Jahrgänge stehen im Internet unter <http://www.ZChinR.de/> im Volltext kostenfrei zum Abruf bereit. Hinweise für Autoren finden sich auch unter dieser Adresse bei Unterpunkt ZChinR/Archiv.