



August 2022

## Rolle der Staatsunternehmen und Buy Chinese Policy – Zur Novelle des chinesischen Government Procurement Law

Am 16. Juli 2022 hat das Ministerium für Finanzen der Volksrepublik China („MOF“) einen zweiten Entwurf („Entwurf“) zur geplanten Novelle des PRC Government Procurement Laws („GPL“) vorgelegt. Vorausgegangen war ein erster Entwurf Ende 2020 („Vorentwurf“), der von der Mehrheit ausländischer Kommentatoren für seine mangelnde Vereinbarkeit mit den Forderungen des sogenannten Government Procurement Agreements der Welthandelsorganisation („WTO-GPA“) gerügt wurde.

Der vorliegende Entwurf präsentiert sich zwar als ein in sich geschlossenes Gesetzeswerk zur Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens. Internationale Erwartungen, die in die Modernisierung des GPL gesetzt wurden, werden aber nur bedingt erfüllt.

### 1. Öffentlicher Auftraggeber

Dies betrifft zum Ersten die Definition des Begriffs „öffentlicher Auftraggeber“. Lange Jahre bestand die Hoffnung, China würde in dieser Beziehung seine staatseigene Industrie dem Anwendungsbereich des GPL unterstellen. Dies hätte nicht nur einen Quantensprung für das öffentliche Beschaffungswesen chinesischer SOEs bedeutet, welches dadurch verrechtlicht und transparenter geworden wäre. Die Einbeziehung von SOEs würde auch im Einklang mit den Forderungen des WTO-GPA stehen, dem China seit seiner Aufnahme in die WTO im Jahr 2001 beitreten sollte, was es aber seit zwei Jahrzehnten durch mehr oder minder unbedeutende Beitrittsangebote geschickt hinauszögert. Nach Art. 12 des Entwurfs ist das neue GPL auf staatliche Organe (wie z.B. Ämter und Behörden), öffentliche Versorgungsanstalten (wie Krankenhäuser und Universitäten), soziale Organisationen (wie die kommunistische Jugendorganisation und Handelskammern) und sonstige „Beschaffungseinheiten“ anzuwenden. Als letztere gelten nach dem Entwurf diejenigen Staatsbetriebe, die in Verfolgung öffentlicher Aufgaben zum Allgemeinwohl öffentliche Infrastruktur bewirtschaften oder öffentliche Netzwerkdienstleistungen erbringen. Der genaue Umfang dieser Definition lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht absehen. Allem Anschein nach ist damit jedoch der Betrieb von Wasser-, Energie-, Verkehrs-, Telekommunikation- und Internetnetzwerken in Form von Staatsbetrieben gemeint.

Dies würde im Vergleich zum Vorentwurf zwar ein merkliches Plus darstellen. Gerade im Eisenbahn- und Flug(hafen)bereich ist nämlich zurzeit ein Trend festzustellen, nach dem staatliche Aufgaben an SOEs ausgelagert werden, die ihrerseits nicht dem GPL unterliegen. Ob dieser Trend von der Bestimmung des Art. 12 wirksam durchbrochen wird, wird im Einzelnen von Ausführungsvorschriften abhängen. In der Praxis ist jedoch zu befürchten, dass der Kreis der Beschaffungseinheiten eng gezogen wird und sich kaum von der Legaldefinition des Art. 12 unterscheidet.

---

## 2. Buy-Chinese Policy

Gemäß Art. 23 des Entwurfs hat die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung grundsätzlich zu dem Ergebnis zu führen, dass chinesische Waren, Projekte und Dienstleistungen bezogen werden. Eine Ausnahme greift nur ein, wenn Waren, Dienstleistungen und Projekte in China nicht erhältlich sind, oder nur zu unververtretbaren Bedingungen bezogen werden können. Dies war bis dato bereits geltendes Recht und ist auch im Vorentwurf so vorgesehen. Der Entwurf setzt allerdings noch „*eins drauf*“, indem er bestimmt, dass bei Erreichen der entsprechenden Mehrwertrelationen sowie Erfüllung aller sonst anwendbarer Bedingungen in China hergestellte Waren, gleichsam zwingend, mit Vorrang zu bewerten sind. Eine abschließende Definition des Begriffes „*chinesischer*“ bzw. „*in China hergestellter Waren*“ ist nach wie vor nicht in dem Entwurf enthalten. Damit bleibt unklar, ob Waren und Dienstleistungen ausländisch investierter Unternehmen in China völlige Gleichberechtigung bei Ausschreibungen genießen. Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass die Unklarheit bereitwillig zu Lasten ausländischer und ausländisch-investierter Unternehmen ausgelegt werden. Das Vorhandensein der Buy-Chinese Policy relativiert natürlich in gewisser Weise den Wunsch ausländischer Regierungen nach Einbeziehung chinesischer SOEs in den Anwendungsbereich des GPL. Denn man muss sich fragen, ob SOEs ausserhalb des GPL nicht die Freiheit besäßen, ausländische Waren und Dienstleistungen nach freiem Ermessen zu beschaffen und zu importieren. Diese Spekulation ist gedanklich sicherlich richtig. Sie vernachlässigt unseres Erachtens aber, dass chinesische SOEs in der Regel auch außerhalb des Anwendungsbereichs des GPL den Vorgaben der genannten policy aus freien Stücken folgen oder ähnlichen Geboten aufgrund spezialgesetzlicher oder lokaler Vorschriften verpflichtet sind. Durch die Nichteinbeziehung von SOEs in den Anwendungsbereich des GPL alleine ist die Phalanx der Buy-Chinese Policy daher wohl nicht wirksam zu brechen.

## 3. Nichtanwendbarkeit des GPL aus Gründen der Staatssicherheit und zum Schutz von Staatsgeheimnissen

Eine entsprechende Ausnahme war im Vorentwurf in Art. 142 enthalten. Sie findet sich im vorliegenden Entwurf zwar nicht mehr. Vielmehr legt Art. 24 fest, dass im Falle von Vertraulichkeitsbedenken einem nicht öffentlichen Verfahren der Vorzug zu geben ist. Das Erfordernis einer Sicherheitsprüfung ist aber nach wie vor in Art. 24 enthalten. Allerdings bestimmt die Vorschrift nicht, wie zu verfahren ist, falls die besagte Sicherheitsprüfung zur Annahme von Sicherheitsbedenken führt. Vorbehaltlich ausdrücklicher Regelung ist zu vermuten, dass in diesem Fall die Durchführung eines öffentlichen Bieterverfahrens nach wie vor unterbleibt.

## 4. Gesamtbewertung

Insgesamt stellt der Entwurf für ausländische und ausländisch-investierte Unternehmen lediglich eine geringfügige Verbesserung dar. Ausländische und ausländisch-investierte Anbieter kommen nicht darum herum, ihre öffentlichen Absatzkanäle zu überdenken und den institutionalisierten Gegebenheiten Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang beraten wir Sie natürlich gerne.

Bitte zögern Sie nicht uns zu kontaktieren, falls Sie Fragen zu den oben dargestellten Themen haben: [snb@snblaw.com](mailto:snb@snblaw.com)