

Yizhou Yan

# Rechtsschutz im chinesischen und deutschen Vergaberecht

Funktionaler Vergleich und mögliche Reformansätze



**Nomos**

Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi,  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa),  
Bucerius Law School Hamburg

Band 47

Yizhou Yan

# Rechtsschutz im chinesischen und deutschen Vergaberecht

Funktionaler Vergleich und mögliche Reformansätze



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4767-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9024-9 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie ist der Ertrag meiner »Münchener Jahre« und der Auftakt meiner akademischen Laufbahn, die ich im Rahmen einer Forschungsassistentenprofessur an der Universität Nanjing fortsetzen werde.

Mein aufrichtiger Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Martin Burgi. Die Diskussionen mit ihm waren für mich Herausforderung und Inspiration zugleich. Seine Ideen und Anregungen, seine Begeisterungsfähigkeit für verwaltungsrechtliche Fragestellungen sowie nicht zuletzt seine konstruktive Kritik haben mich sehr beeindruckt und meine Arbeit bereichert. Schließlich danke ich ihm für die Aufnahme in die Schriftenreihe zum Vergaberecht, die ich als große Ehre begreife.

Ferner danke ich auch Frau Prof. Dr. Ann-Katrin Kaufhold für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Während meines Promotionsstudiums habe ich viel von ihr gelernt. Nicht nur vermittelte sie mir juristische Fachkenntnisse, sondern brachte mir in ihrem Unterricht auch die sokratische Methode näher.

Darüber hinaus bedanke ich mich ganz herzlich bei meinen Eltern, meiner Großmutter und meiner Frau, die mich während meiner Promotion immer unterstützt haben. Sie geben mir einen starken Rückhalt.

Besonders danken möchte ich meinen Freund Nicolaus Schmidt für das sorgfältige Korrekturlesen meiner Arbeit. Ohne seine Unterstützung hätte ich diese Dissertation nicht in der vorliegenden Form fertigstellen können. Mein Dank gebührt auch meinen Freunden Peter Steiner, Max Herrmann und Max Wiedemann, die mir während meines Aufenthalts in Deutschland sehr viel geholfen haben.

Für die finanzielle Unterstützung während meines LL.M.-Studiums und der Promotionszeit, sowie für den Druckkostenzuschuss danke ich dem China Scholarship Council und der Friedrich-Ebert-Stiftung.

Das Leben ist sehr kurz und man sollte jeden Moment so intensiv erleben als wäre es der Letzte. Die Kodifizierung des chinesischen Verwal-

*Vorwort*

tungsverfahrens ist meine nächste Lebensaufgabe. Ich will China verändern.

Nanjing, im Winter 2017

*Yizhou Yan*

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	27
Einführung	29
A. Anlass und Ziele dieser Untersuchung	29
B. Gang der Untersuchung	32
Kapital 1. Das materielle chinesische Vergaberecht im Überblick	34
A. Standort des Vergaberechts	34
B. Rechtsquellen und Strukturen des Vergaberechts	44
C. Zwecke und Grundsätze des Vergaberechts	48
D. Anwendungsvoraussetzungen	54
E. Verfahrensarten und Verfahrensablauf	59
Kapital 2. Selbstkorrekturmechanismus	72
A. Einwendungsverfahren im chinesischen Recht	72
B. Rügeobliegenheit im deutschen Recht	89
C. Funktionaler Vergleich	96
Kapital 3. Rechtsschutz vor Verwaltungsbehörde	100
A. Grundlagen	100
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen	120
C. Verfahren	176
D. Entscheidung	217
Kapital 4. Rechtsschutz vor Gericht	235
A. Grundlagen	235
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen	244
C. Verfahren	267

*Inhaltsübersicht*

D. Entscheidung	290
Kapitel 5. Reformansätze und Zukunftsperspektiven	306
A. Vereinheitlichung des RBG und des AG in einem Gesetz	306
B. Reform des Einwendungsverfahrens	307
C. Reform des Aufsichtsverfahrens	307
D. Reform des Verwaltungsprozesses bezüglich Vergabesachen	309
Zusammenfassung in Thesen	311
Literaturverzeichnis	323

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Einführung	29
A. Anlass und Ziele dieser Untersuchung	29
B. Gang der Untersuchung	32
Kapitel 1. Das materielle chinesische Vergaberecht im Überblick	34
A. Standort des Vergaberechts	34
I. Zweiteilung der Rechtsordnung in allgemeine Regierungsbeschaffung und Bauausschreibung	34
1. Entstehungsgeschichte des Ausschreibungsgesetzes (AG)	34
2. Entstehungsgeschichte des Regierungsbeschaffungsgesetzes (RBG)	36
3. Konflikt- und Reibungspunkte zwischen beiden Ordnungsrahmen	37
4. Ein vorläufiger terminologischer Ansatz: Abgrenzung von der allgemeinen Regierungsbeschaffung und der Bauausschreibung	39
5. Vergabe von Konzessionen	40
6. Ausblick: Der Kampf gegen die Schuldenkrise und der Beitritt zum GPA als ein möglicher Wendepunkt?	41
II. Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht?	43
B. Rechtsquellen und Strukturen des Vergaberechts	44
I. Veranschaulichung der Regelungsstruktur	44
II. Überblick über die Rechtsquellen	45
1. Gesetze	45
2. Staatsratsverordnungen	45
3. Regionale Rechtsbestimmungen	46
4. Verwaltungsverordnungen des Ministeriums	46
5. Verwaltungsverordnungen der regionalen Regierung	46
6. Normative Mitteilungen	47

III. Rangstufe der Rechtsnormen	47
C. Zwecke und Grundsätze des Vergaberechts	48
I. Allgemeine Regierungsbeschaffung	48
1. Gesetzeszwecke des RBG	48
a) Schonung des öffentlichen Haushalts, Kampf gegen Korruption, Schutz der Rechte von den an der Regierungsbeschaffung Beteiligten	48
b) Ökologische und sozialpolitische Zwecke	49
2. Grundsätze des Vergabeverfahrens	50
a) Transparenzgebot, Grundsatz von Treu und Glauben und Wettbewerbsgrundsatz	50
b) Gebot der Bevorzugung heimischer Produkte	51
II. Bauausschreibung	52
1. Gesetzeszwecke des AG	52
2. Grundsätze des Vergabeverfahrens	53
D. Anwendungsvoraussetzungen	54
I. Allgemeine Regierungsbeschaffung	54
1. Auftraggeber	54
a) Auftraggeber	54
b) Beschaffungsvertretungsstelle	54
2. Auftragnehmer	55
3. Öffentlicher Auftrag	56
II. Bauausschreibung	57
1. Auftraggeber	57
2. Auftragnehmer	58
3. Öffentlicher Auftrag	58
E. Verfahrensarten und Verfahrensablauf	59
I. Allgemeine Regierungsbeschaffung	59
1. Verfahrensarten	59
a) Verfahrensarten im Überblick	59
aa) Die öffentliche Ausschreibung und die beschränkte Ausschreibung	60
bb) Wettbewerblicher Dialog, Beschaffung aus einer Hand, sowie Preisanfrage	60
b) Verhältnis der Verfahrensarten zueinander	60

2. Verfahrensablauf am Beispiel der öffentlichen Ausschreibung	61
a) Vergabebekanntmachung und Bereitstellung der Vergabeunterlagen	62
b) Angebotsphase	63
c) Phase der Angebotseröffnung	63
d) Wertungsphase	63
aa) Erster Schritt: Eignungsprüfung und formelle Angebotsprüfung	64
bb) Zweiter Schritt: materielle Angebotswertung	64
cc) Dritter Schritt: Erstellung des Bewertungsberichts	65
e) Zuschlagserteilung und Vertragsschluss	65
II. Bauausschreibung	67
1. Verfahrensarten	67
a) Verfahrensarten im Überblick	67
b) Verhältnis der Verfahrensarten zueinander	67
2. Verfahrensablauf am Beispiel der öffentlichen Ausschreibung	68
a) Vergabebekanntmachung und Bereitstellung der Vergabeunterlagen	68
b) Angebotsphase	68
c) Phase der Angebotseröffnung	69
d) Wertungsphase	69
aa) Erster Schritt : Eignungsprüfung und formelle Angebotsprüfung	69
bb) Zweiter Schritt: materielle Angebotswertung	70
cc) Dritter Schritt: Erstellung des Wertungsberichts	70
e) Zuschlagserteilung und Vertragsschluss	71
Kapital 2. Selbstkorrekturmechanismus	72
A. Einwendungsverfahren im chinesischen Recht	72
I. Grundlagen	72
1. Allgemeine Regierungsbeschaffung	72
2. Bauausschreibung	73
II. Zulässigkeitsvoraussetzungen	75
1. Eröffnung des Einwendungsverfahrens	75

2. Zuständigkeit	75
a) Auftraggeber und Beschaffungsvertretungsstelle	75
b) Bewertungsausschuss	76
3. Einwendungsbefugnis	77
4. Form, Inhalt und Frist des Einwendungsantrags	78
a) Form	78
b) Inhalt	79
c) Frist	79
aa) Allgemeines	79
bb) Abgrenzung von Kenntnis und Kennenmüssen	80
cc) Das »Kennenmüssen« in drei Konstellationen	81
(1) Rechtsverstöße bei den Beschaffungsdokumenten	81
(2) Rechtsverstöße bei dem Beschaffungsvorgang	82
(3) Rechtsverstöße bei der Zuschlagserteilung	82
III. Verfahren	83
1. Annahme des Einwendungsantrags	83
2. Begründetheitsprüfung durch den Bewertungsausschuss	84
3. Beweisproblematik	85
a) Divergierende Auffassungen über die Darlegungs- und Beweislast	85
aa) »Wer behauptet, muss beweisen«	85
bb) Beweislastumkehr im zivilrechtlichen Sinne	85
cc) Beweislast im verwaltungsrechtlichen Sinne	86
dd) Trennungstheorie	86
b) Bewertung	87
4. Einstweiliger Rechtsschutz	87
IV. Antwort	88
1. Antwort auf den Einwand	88
2. Kosten	89
B. Rügeobliegenheit im deutschen Recht	89
I. Grundlagen	89
II. Form und Inhalt der Rüge	90

III. Rüge bei den vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannten Vergabeverstößen	91
1. Erkannte Vergabeverstöße vor Einreichen des Nachprüfungsantrags	91
2. Rügefrist	92
IV. Rüge bei erkennbaren Vergabeverstößen (§ 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB)	93
1. Erkennbarkeit des Vergabeverstößes	93
2. Rügefrist	94
V. Die Präklusion nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 S. 1 GWB	94
VI. Darlegungs- und Beweislast	95
VII. Entbehrlichkeit der Rüge	95
1. De-facto-Vergabe	95
2. Entbehrlichkeit aus anderen Gründen	95
C. Funktionaler Vergleich	96
I. Form und Inhalt	96
II. Kenntnis vom Vergabeverstoß	97
III. Nichtanwendbarkeit der Selbstkorrekturmechanismen	98
Kapital 3. Rechtsschutz vor Verwaltungsbehörde	100
A. Grundlagen	100
I. Chinesisches Recht: Aufsichtsverfahren vor der Aufsichtsbehörde	100
1. Primär- und Sekundärrechtsschutz	100
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	100
b) Bauausschreibung	101
2. Aufsichtsbehörde	102
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	102
b) Bauausschreibung	104
3. Handlungsform der Aufsichtsentscheidung	106
a) Aufsichtsentscheidung als konkretes Verwaltungshandeln	106
b) Aufsichtsentscheidung als Verwaltungsurteil	107
c) Legitimitätsfrage des Verwaltungsurteils	108
d) Gestaltung der Aufsichtsentscheidung als Verwaltungsurteil trotz der Legitimitätsfrage?	109

4. Schließung von Rechtslücken	110
a) Fehlen eines allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes	110
b) Eine gangbare vorläufige Lösung: Rückgriff auf das Zivilprozessgesetz (ZPG)	111
II. Deutsches Recht: Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer	112
1. Primär- und Sekundärrechtsschutz	112
2. Vergabekammer als Nachprüfungsbehörde	113
3. Entscheidungsform der Vergabekammer und Heranziehung des VwVfG	115
III. Funktionaler Vergleich	116
1. Primär- und Sekundärrechtsschutz	116
2. Die den Rechtsschutz gewährende Verwaltungsbehörde	117
3. Entscheidungsform	119
4. Schließung von Rechtslücken	119
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen	120
I. Chinesisches Recht	120
1. Eröffnung des Aufsichtsverfahrens	120
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	120
aa) Beschaffungszentralverzeichnis und Beschaffungsschwellenwert	120
bb) Streitigkeit über Beschaffungsdokumente, Beschaffungsvorgang oder Zuschlagserteilung	120
cc) Enumerationsprinzip?	121
dd) Aufhebung der Zuschlagserteilung bzw. des Beschaffungsvertrags	122
ee) Dienstleistungskonzession	123
ff) Rechtswegverweisung	123
b) Bauausschreibung	124
aa) Beschaffungsschwellenwert	124
bb) Ausschreibungstätigkeiten	124
bb) Vergabe gemischter Aufträge	125
dd) Rechtswegverweisung	126
2. Zuständigkeit	126
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	126
aa) Finanzbehörde als einzige zuständige Aufsichtsbehörde	126

bb) Haushaltsebene als das zentrale Kriterium der Zuständigkeitsverteilung	128
cc) Zuständigkeitsverweisung	130
b) Bauausschreibung	130
aa) Zuständigkeitskonflikt	130
bb) Das Handelszentrum für öffentliche Mittel als die einheitliche Aufsichtsbehörde?	132
cc) »in ihrem eigenen Verwaltungsgebiet«?	133
dd) Zuständigkeitsverweisung	133
3. Antragsbefugnis	134
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	134
aa) Interesse	134
(1) Erforderlichkeit der Abgabe von Angebot?	134
(2) Unmittelbares Interesse	136
(3) Bietergemeinschaft	136
(4) Wahl der unzulässigen Verfahrensart	137
(5) Der vorbeugende Vergaberechtsschutz und Rechtsschutz nach Zuschlagserteilung	138
bb) Rechtsverletzung	138
(1) Rechtsverstöße bei den Beschaffungsdokumenten, Beschaffungsvorgängen oder Zuschlagserteilung	138
(2) Anforderungen an die Darlegung einer Rechtsverletzung	140
cc) Schaden	140
b) Bauausschreibung	141
aa) Interesse	142
(1) Potentielles Interesse als ausreichend	142
(2) Bietergemeinschaft	143
(3) Wahl der unzulässigen Verfahrensart	143
(4) Der vorbeugende Vergaberechtsschutz und Rechtsschutz nach Zuschlagserteilung	144
bb) Rechtsverstoß	144
(1) Verstoß gegen Gesetz, Verordnung, oder Regionale Rechtsbestimmungen	144
(2) Anforderungen an die Darlegung eines Rechtsvorstoßes	145

4. Die über den Einwand hinausgehenden Ansprüche	145
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	145
b) Bauausschreibung	147
5. Form, Inhalt und Frist des Aufsichtsantrags	148
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	148
aa) Form	148
bb) Inhalt des Antrags nach § 8 Abs. 2 VAR	149
cc) Einheitliches Muster für Antrag seit 2015	149
dd) Frist	150
b) Bauausschreibung	151
aa) Form	151
bb) Inhalt des Antrags	152
cc) Frist	153
(1) Fristbeginn ab Kenntnis oder Kennenmüssen der Rechtsverstöße	153
(2) 10-Tage-Frist	153
(3) Verhältnis zum Einwendungsverfahren	153
II. Deutsches Recht	154
1. Eröffnung des Nachprüfungsverfahrens	154
a) Die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren oberhalb des Schwellenwertes	154
b) »Flucht in den Zuschlag«?	155
c) Dienstleistungskonzession	156
d) Rechtswegverweisung	156
2. Zuständigkeit der angerufenen Vergabekammer	157
a) Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Vergabekammern des Bundes und der Länder	157
b) Verweisung	157
3. Richtige Antragsart	158
a) Erledigung des Nachprüfungsverfahrens	158
c) Besonderes Feststellungsinteresse	158
4. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit gem. §§ 11 und 12 VwVfG	159
5. Antragsbefugnis	159
a) Interesse am Auftrag	159
b) Rechtsverletzung	161
aa) Verletzung in bieterschützenden Vergabevorschriften	161

bb) Geltendmachung	161
c) Schaden	162
6. Beachtung der Rügeobliegenheiten	162
7. Form, Inhalt und Frist des Antrags	163
a) Form	163
b) Inhalt	164
aa) Bestimmtes Begehren	164
bb) Begründung	164
(1) Mussvorschriften	164
(2) Sollvorschrift	165
c) Frist	166
III. Funktionaler Vergleich	167
1. Eröffnung des Rechtswegs	167
a) Möglichkeit zur Anfechtbarkeit jeder Entscheidung des Auftraggebers	167
b) Dienstleistungskonzession	168
c) Rechtswegverweisung	168
2. Zuständigkeit der den Rechtsschutz gewährenden Verwaltungsbehörde	169
a) Zuständigkeitsabgrenzung	169
3. Antragsbefugnis	171
a) Interesse am Auftrag	171
b) Rechtsverletzung und Rechtsverstöße	172
c) Schaden	173
4. Verhältnis mit dem vorgeschalteten Selbstkorrekturmechanismus	174
5. Form, Inhalt und Frist des Antrags	175
a) Form	175
b) Inhalt	175
c) Frist	176
C. Verfahren	176
I. Chinesisches Recht	176
1. Beteiligte	176
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	176
b) Bauausschreibung	177

2. Annahme des Antrags	178
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	178
aa) Rechtsweg- oder Zuständigkeitsverweisung: Nichteröffnung des Rechtswegs oder fehlende Zuständigkeit	178
bb) Einmalige Korrekturmöglichkeit: Mängel von Form oder Inhalt des Antrags	178
cc) Direkte Nichtannahme-Entscheidung: Nichterfüllung der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen	179
b) Bauausschreibung	179
aa) Unterrichtung über die zuständige Behörde des zulässigen Rechtsweges	180
bb) Nichtannahme-Entscheidung	180
3. Übermittlung des Antrags	181
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	181
b) Bauausschreibung	182
4. Erwidern und Vorlage der einschlägigen Beweise	183
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	183
b) Bauausschreibung	184
5. Kein Recht auf Akteneinsicht	185
6. Schriftliches Verfahren als Regelfall	186
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	186
b) Bauausschreibung	187
7. Amtsermittlung	188
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	188
aa) Grundlagen der Amtsermittlung	188
bb) Umfang der Amtsermittlung	189
cc) Verwaltungszwang gegenüber Hindernissen der Amtsermittlung?	191
dd) Sonstige beweisrechtliche Einzelheiten	192
(1) Beweismittel	192
(2) Beweisverbot	193
(3) Beweislast	193
(4) Beweiswürdigung und Beweismaß	194
b) Bauausschreibung	195
aa) Grundlagen der Amtsermittlung	195
bb) Umfang der Amtsermittlung	195

cc) Verwaltungszwang gegenüber Hindernissen der Amtsermittlung?	196
dd) Sonstige beweisrechtliche Einzelheiten	196
8. Einzelne Regelungen für Verfahrensbeschleunigung	197
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	197
b) Bauausschreibung	197
9. Einstweiliger Rechtsschutz	198
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	198
b) Bauausschreibung	198
II. Deutsches Recht	199
1. Beteiligte	199
2. Vorprüfung durch die Vergabekammer	200
3. Die Übermittlung des Antrags	201
4. Die Vorlage der Vergabeakten	202
5. Die Erforschung des Sachverhalts durch die Vergabekammer	203
6. Akteneinsicht	205
7. Mündliche Verhandlung als Regelfall	206
8. Beschleunigungsgrundsatz	207
9. Einstweiliger Rechtsschutz	208
III. Funktionaler Vergleich	209
1. Beteiligte	209
2. Vorprüfung des Antrags	210
3. Die Übermittlung des Antrags	211
4. Aktenvorlage	212
5. Akteneinsicht	212
6. Schriftliches Verfahren und mündliche Verhandlung	213
7. Amtsermittlung	214
8. Verfahrensbeschleunigung	215
9. Einstweiliger Rechtsschutz	216
D. Entscheidung	217
I. Chinesisches Recht	217
1. Entscheidung der Aufsichtsbehörde	217
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	217
aa) Entscheidungsinhalt und Prüfungsmaßstab	217
bb) Maßnahmen je nach der Phase der Regierungsbeschaffung	218
(1) Der Zuschlag ist noch nicht erteilt	218

(2) Der Zuschlag ist bereits erteilt, aber der Beschaffungsvertrag ist noch nicht abgeschlossen	218
(3) Der Beschaffungsvertrag ist bereits abgeschlossen, aber noch nicht erfüllt	219
(4) Der Beschaffungsvertrag ist erfüllt	219
cc) Entscheidungsform	220
dd) Entscheidungsfrist	221
ee) Zustellung der Entscheidung	222
b) Bauausschreibung	222
aa) Entscheidungsinhalt und Prüfungsmaßstab	222
bb) Maßnahmen je nach Schwere der Vergabeverstöße	223
(1) Leichte Vergabeverstöße	223
(2) Schwere Vergabeverstöße	223
cc) Entscheidungsform	224
dd) Entscheidungsfrist	224
ee) Zustellung der Entscheidung	225
2. Kosten	225
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	225
b) Bauausschreibung	226
3. Vollstreckung	226
a) Allgemeine Regierungsbeschaffung	226
b) Bauausschreibung	226
II. Deutsches Recht	227
1. Entscheidung der Vergabekammer	227
2. Kosten	229
3. Vollstreckung	230
III. Funktionaler Vergleich	230
1. Entscheidung	230
a) Entscheidungsinhalt und Prüfungsmaßstab	230
b) Maßnahmen	231
c) Entscheidungsform	232
d) Entscheidungsfrist	233
e) Zustellung der Entscheidung	233
2. Kosten	233
3. Vollstreckung	234

Kapital 4. Rechtsschutz vor Gericht	235
A. Grundlagen	235
I. Chinesisches Recht: Verwaltungsklage vor dem Gericht	235
1. Wegen ihrer funktional-rechtsvergleichenden Natur soll sich die Darstellung auf das Gerichtsverfahren konzentrieren.	235
2. Verwaltungsklage als Rechtsbehelf gegen Aufsichtsentscheidung	235
3. Verwaltungssenat und Kollegialspruchkörper	237
4. Die anwendbaren Normen	238
5. Exkurs: Das chinesische Verwaltungsprozessrecht »rudert« gerade durch die tiefen »Drei Schluchten« (三峡)	238
II. Deutsches Recht: Sofortige Beschwerde vor dem OLG	240
1. Andrängende Sonderzuweisung	240
3. Die anwendbaren Normen	241
III. Funktionaler Vergleich	242
1. Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der den Vergaberechtsschutz gewährenden Verwaltungsbehörde	242
2. Spruchkörper	243
3. Die anwendbaren Normen	244
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen	244
I. Chinesisches Recht	244
1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	244
2. Zuständigkeit	246
a) Sachliche Zuständigkeit	246
aa) Untergericht	246
bb) Mittelgericht	247
cc) Obergericht und das Oberste Gericht	248
b) Örtliche Zuständigkeit	248
c) Verweisung	249
3. Klagebefugnis	249
a) Die Entwicklung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozess	249
aa) § 41 Nr. 1 VwPG i.d.F. 1989: Geltendmachung der Rechtsverletzung	250
bb) § 12 Auslegung des VwPG i.d.F. 2000: Rechtliche Beziehung	250

cc) § 25 Abs. 1 VwPG i.d.F. 2014: Beziehung	251
b) Klagebefugnis im Verwaltungsprozess bezüglich Vergabesachen	251
aa) Klagebefugnis von Antragssteller	252
bb) Klagebefugnis von Antragsgegner	252
(1) Hindernisse aus dem Prozessmodell »Bürger gegen Staat«?	252
(2) Spezielle Regelungen in § 58 RBG, § 25 VABA	253
(3) Vergabepaxis	253
cc) Klagebefugnis von dritten Unternehmen	254
4. Form, Inhalt und Frist der Klage	254
a) Form	254
b) Inhalt	255
b) Frist	256
5. Wiederspruchverfahren	257
II. Deutsches Recht	258
1. Beschwerdegegenstand	258
2. Zuständigkeit	259
3. Beschwerdebefugnis	259
4. Form, Inhalt und Frist der Beschwerde	260
a) Form	260
b) Inhalt	261
c) Frist	262
III. Funktionaler Vergleich	263
1. Gegenstand des Gerichtsverfahrens	263
2. Zuständigkeit	263
3. Klagebefugnis und Beschwerdebefugnis	264
4. Form, Inhalt und Frist	265
a) Form	265
b) Inhalt	265
c) Frist	266
C. Verfahren	267
I. Chinesisches Recht	267
1. Beteiligte	267
a) Kläger	267
b) Beklagte	267
c) Beigeladene	268

d) Kein Anwaltszwang	268
2. Untersuchungsgrundsatz und Verfügungsgrundsatz	268
a) Untersuchungsgrundsatz	268
b) Verfügungsgrundsatz	269
c) Verhältnis zwischen dem Verfügungsgrundsatz und dem Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess bezüglich Vergabesachen	270
3. Die Annahme der Klage	271
4. Die Übermittlung der Klageschrift an dem Beklagten und die Aufforderung zur Stellungnahme	272
5. Akteneinsicht	273
a) Akteneinsichtsberechtigte	273
aa) Beteiligte	273
bb) Rechtsanwälte	273
cc) Sonstige Prozessvertreter für Beteiligte	274
b) Geheimschutz	274
6. Mündliche Verhandlung	274
a) Mündliche Verhandlung als Regelfall	274
b) Öffentlichkeit	275
c) Vorbereitung und Durchführung der mündlichen Verhandlung	275
7. Einstweiliger Rechtsschutz	277
II. Deutsches Recht	278
1. Beteiligte	278
a) Geborene Beteiligte	278
b) Beiladung durch das Beschwerdegericht	278
c) Vertretung durch einen Rechtsanwalt	278
2. Untersuchungsgrundsatz und Verfügungsgrundsatz	279
a) Untersuchungsgrundsatz	279
b) Verfügungsgrundsatz	279
c) Verhältnis zwischen dem Untersuchungsgrundsatz und dem Verfügungsgrundsatz im Beschwerdeverfahren	280
3. Unterrichtung über die Beschwerde	280
4. Akteneinsicht	281
5. Mündliche Verhandlung	282
6. Einstweiliger Rechtsschutz	283
a) Aufschiebende Wirkung	283
b) Vorabgestattung des Zuschlags	284

III. Funktionaler Vergleich	284
1. Beteiligte	284
2. Untersuchungsgrundsatz und Verfügungsgrundsatz	285
3. Übermittlung der Klageschrift/der Beschwerdeschrift	286
4. Akteneinsicht	287
5. Mündliche Verhandlung	288
6. Einstweiliger Rechtsschutz	288
D. Entscheidung	290
I. Chinesisches Recht	290
1. Entscheidung des Gerichts	290
a) Entscheidungsmöglichkeiten	290
aa) Erfolgreiche Klage	290
bb) Begründete Klage	290
(1) Anfechtungsurteil	290
(2) Verpflichtungsurteil	292
(3) Feststellungsurteil	292
b) Form und Frist der Entscheidung	295
2. Kosten	296
3. Rechtsmittel	296
4. Vollstreckung	297
II. Deutsches Recht	297
1. Beschwerdeentscheidung	297
a) Entscheidungsmöglichkeiten	297
aa) Erfolgreiche Beschwerde	297
bb) Begründete Beschwerde	298
(1) Eigene Sachentscheidung des Beschwerdegerichts	298
(2) Zurückverweisung an die Vergabekammer	298
cc) Feststellungsentscheidung	299
b) Form und Frist der Beschwerdeentscheidung	299
2. Kosten	300
3. Rechtsmittel	300
4. Vollstreckung	301
III. Funktionaler Vergleich	301
1. Entscheidung des Gerichts	301
a) Entscheidungsmöglichkeiten	301
b) Form und Frist der Entscheidung	303
2. Kosten	304

3. Rechtsmittel	304
4. Vollstreckung	305
Kapitel 5. Reformansätze und Zukunftsperspektiven	306
A. Vereinheitlichung des RBG und des AG in einem Gesetz	306
B. Reform des Einwendungsverfahrens	307
C. Reform des Aufsichtsverfahrens	307
D. Reform des Verwaltungsprozesses bezüglich Vergabesachen	309
Zusammenfassung in Thesen	311
Literaturverzeichnis	323



## Abkürzungsverzeichnis

Hinweise : Für die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen des deutschen Rechts wird auf Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 8. Aufl., Berlin 2015, verwiesen. Bei den folgenden Abkürzungen handelt es sich um solche des chinesischen Rechts.

AG	Ausschreibungsgesetz (招标投标法)
AG-Entwurf	Entwurf des Ausschreibungsgesetzes (招标投标法草案)
BEBV	Bestimmungen über Einwandverfahren vor Beschaffungsvertretungsstellen auf zentraler Ebene (中央国家机关政府采购中心质疑处理办法)
BOBV	Bestimmungen des Obersten Volksgerichtes über den Beweis im Verwaltungsprozess (最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定)
CRBC	China Road and Bridge Corporation (中国路桥工程有限责任公司)
CRCC	China Railway Construction Corporation (中国铁路建设股份有限公司)
GGG	Gesetzgebungsgesetz (立法法)
GIZ	Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (德国技术合作公司)
GPA	Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (政府采购协定)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (法院组织法)
KER	Kommission für Entwicklung und Reform (发展和改革委员会)
KP Chinas	Kommunistische Partei Chinas (中国共产党)
NVK	Nationaler Volkskongress (全国人大)
RBAG-Hunan	Rechtsbestimmungen zum Ausschreibungsgesetz in der Provinz Hunan (湖南省实施《中华人民共和国招标投标法》办法)
RBG	Regierungsbeschaffungsgesetz (政府采购法)
RBG-Entwurf	Entwurf des Regierungsbeschaffungsgesetzes (政府采购法草案)
RV-RBG	Rechtsverordnung zum Regierungsbeschaffungsgesetz (政府采购法实施条例)
RV-AG	Rechtsverordnung zum Ausschreibungsgesetz (招标投标法实施条例)
RV-WSG	Rechtsverordnung zum Widerspruchsgesetz (行政复议法实施条例)
SKER	Staatliche Kommission für Entwicklung und Reform (国家发展和改革委员会)

## Abkürzungsverzeichnis

VAAGB	Vorläufige Verordnung über Aufsichtsverfahren für Ausschreibung von großen Bauaufträgen (国家重大建设项目招标投标监督暂行办法)
VABA	Verordnung über das Aufsichtsverfahren für Bauausschreibung (工程建设项目招标投标活动投诉处理办法)
VAB-Hubei	Verordnung der Provinz Hubei über Ausschreibungen (湖北省招标投标管理办法)
VAR	Verordnung über Aufsichtsverfahren für die Regierungsbeschaffung (政府采购供应商投诉处理办法)
VAAB-Hunan	Verordnung der Provinz Hunan über das Aufsichtsverfahren für Aususschreibung (湖南省招标投标活动投诉处理办法)
VBA	Verordnung über Bauausschreibung (工程建设项目施工招标投标办法)
VERB-Sichuan	Verordnung der Provinz Sichuan über das Einwandverfahren bei der Regierungsbeschaffung (四川省政府采购供应商质疑处理办法)
VKÖV	Verordnung über Konzessionen der öffentlichen Versorgungsbetriebe (基础设施和公用事业特许经营管理办法)
VRGKS	Verordnung über die Registrierung von gesellschaftlicher Körperschaften (社会团体登记管理条例)
VRoA	Verordnung über die Regierungsbeschaffung ohne Ausschreibung (政府采购非招标采购方式管理办法)
VRVD	Verordnung über Regierungsbeschaffung von Dienstleistungen (政府购买服务管理办法)
VRWD	Verordnung über die Regierungsbeschaffung von Waren und Dienstleistungen (政府采购货物和服务招标投标管理办法)
VUSB	Verordnung über Umfang und Schwellenwert von Bauausschreibungen (工程建设项目招标范围和规模标准规定)
VVROI	Vorläufige Verordnung über Registrierung von öffentlichen Institutionen (事业单位登记管理暂行条例)
VwPG	Verwaltungsprozessgesetz (行政诉讼法)
VwZwG	Verwaltungszwangsgesetz (行政强制法)
WSG	Widerspruchsgesetz (行政复议法)
ZPG	Zivilprozessgesetz (民事诉讼法)

# Einführung

## *A. Anlass und Ziele dieser Untersuchung*

Der chinesische Markt ist für öffentliche Aufträge ein großer und schmackhafter Kuchen. Abgesehen von öffentlichen Unternehmen<sup>1</sup> erreichten die im Jahr 2015 durch Staatsorgane sowie durch öffentliche Institutionen und gesellschaftliche Körperschaften vergebenen Aufträge eine Höhe von 2107 Mrd. RMB (284.9 Mrd. Euro)<sup>2</sup>. Das entspricht einem Anteil von rund 3,1 % des chinesischen Bruttoinlandsprodukts (BIP)<sup>3</sup>. Wirtschaftlich motiviert, wollen dabei immer mehr deutsche Unternehmen an den öffentlichen Ausschreibungen in China partizipieren. Ein gutes Beispiel dafür ist die Siemens AG mit ihrer Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen am Bau der U-Bahn in vielen bedeutenden chinesischen Städten (Shanghai, Hangzhou, Guangzhou, Shenzhen usw.)<sup>4</sup>. Es steht außer Frage, dass ein deutscher Unternehmer große wirtschaftliche Chancen verpasst, wenn er seine Augen vor dem riesigen chinesischen öffentlichen Beschaffungsmarkt verschließen würde.

Spiegelbildlich braucht auch China einen offenen Marktzugang im europäischen öffentlichen Beschaffungswesen. Denn zurzeit bereiten China Überkapazitäten und unzureichender Konsum von heimischen Produkten große Probleme. Insofern beabsichtigen chinesische Unternehmen ihre Geschäfte auf globale Märkte zu expandieren. Einen kurzen Einblick in dieses Bestreben geben die nachstehenden zwei Beispiele: 2005 wurde das Bauprojekt einer türkischen Hochgeschwindigkeitsbahn an die China Railway Construction Corporation (CRCC) vergeben<sup>5</sup>. 2012 übertrug die Re-

---

1 Näher dazu unten Kap. 1 D I 1.

2 Li, People's Daily (人民日报) 13. 18. 2016, S. 2..

3 Li, People's Daily (人民日报) 13. 18. 2016, S. 2.

4 Dazu Siemens AG, Geschäftsbereiche der Siemens AG in China, [http://w1.siemens.com.cn/about\\_us/our\\_businesses/sustainable\\_cities.asp](http://w1.siemens.com.cn/about_us/our_businesses/sustainable_cities.asp), Erstellung am 08. 09. 2010 (zuletzt abgerufen am. 14. 11. 2017).

5 China Xinhua News, Zusammenarbeit zwischen China und Türkei in der Bau von Hochgeschwindigkeitsstreck (土耳其盼拓展与华高铁领域合作), [http://news.xinhuanet.com/world/2014-02/28/c\\_119550793.htm](http://news.xinhuanet.com/world/2014-02/28/c_119550793.htm), Erstellung am 28. 02. 2014 (zuletzt abgerufen am. 14. 11. 2017).

publik Kenia das Bauprojekt einer 485 km langen Eisenbahn an die China Road and Bridge Corporation (CRBC)<sup>6</sup>. In jüngster Zeit versuchen auch eine Vielzahl von chinesischen Unternehmen öffentliche Aufträge insbesondere im EU-Sektorenbereich zu erhalten. Dies liegt daran, dass der europäische Beschaffungsmarkt sehr groß ist und außerdem, dass die politischen und finanziellen Risiken in anderen asiatischen Staaten oder in afrikanischen Staaten deutlich höher sind, als in Europa<sup>7</sup>. Vor diesem Hintergrund betrachtet, ist der deutsche Beschaffungsmarkt – als wichtiger Bestandteil des europäischen Beschaffungsmarkts – ein logisches strategisches Ziel für chinesische Unternehmen. Auch die Rechtspraxis greift diesen Trend auf, was beispielsweise die Veranstaltung der Wirtschaftskanzlei Kanzlei Bird & Bird vom 17. 11. 2016 mit dem Titel »Markteintritt in Deutschland & Europa: Vergaberecht als Eintrittskarte für chinesische Unternehmen« illustriert. Mehr als 30 chinesische Politiker und Unternehmer haben an dieser Veranstaltung teilgenommen<sup>8</sup>. Diese und andere Veranstaltungen sind ein klares Signal dafür, dass sich viele chinesische Unternehmen derzeit am deutschen Beschaffungsmarkt beteiligen wollen.

Ein weiterer, nicht zu vernachlässigender, Faktor ist der angestrebte Beitritt Chinas zum Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (engl. Government Procurement Agreement, kurz GPA). Im Jahr 2007 begann China als WTO-Mitglied offiziell mit den GPA-Parteien den Beitritt zum GPA zu verhandeln. Bedauerlicherweise sind die Verhandlungen, aufgrund der großen Meinungsunterschiede über die Anzahl der für den Beschaffungsmarkt geöffneten chinesischen Provinzen, die Einbeziehung der öffentlichen Unternehmen als Auftraggeber und die Eröffnung des chinesischen Beschaffungsmarkts für ausländische Bauunternehmen bisher noch nicht abgeschlossen<sup>9</sup>. Dennoch ist der Beitritt Chinas zum

---

6 Sina News, China errichtet neue Bahnstrecke in Kenia (中方承建肯尼亚蒙内铁路), <http://finance.sina.com.cn/world/20140513/024219083689.shtml>, Erstellung am 13. 05. 2014 (zuletzt abgerufen am. 14. 11. 2017).

7 Vgl. Wang, China Government Procurement News (中国政府采购报) 02. 06. 2015, S. 4; Li (Hrsg.), Praxiskommentar zur RV-AG (招标投标法实施条例条文理解与案例适用),..

8 Haiwainet, Veranstaltung der Bird & Bird LLP: China Hour – das deutsche Vergaberecht (鸿鹤律所成功举办«德国政府采购法»专题讲座), <http://de.haiwainet.cn/n/2016/1216/c457016-30575341.html>, Erstellung am 16. 12. 2016 (zuletzt abgerufen am. 14. 11. 2017).

9 Vgl. zuletzt Li/Yuan, Forschung über die Regierungsbeschaffung Chinas (中国政府采购制度与运行机制研究), S. 181 ff.