

**Schriftlicher Bericht**

zum

- a) **Entwurf eines Niedersächsischen Landesvergabegesetzes (LVergabeG)**  
Gesetzentwurf der Fraktion der FDP - Drs. 17/2153
- b) **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes**  
Gesetzentwurf der Landesregierung - Drs. 17/5029

Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr - Drs. 17/5808

Berichtersteller: Abg. Stefan Klein (SPD)

Der Ausschuss für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr empfiehlt Ihnen in der Drucksache 17/5808, den Gesetzentwurf der Landesregierung mit einigen Änderungen anzunehmen und den Gesetzentwurf der FDP-Fraktion für erledigt zu erklären. Dem haben die Ausschussmitglieder der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen zugestimmt; die Ausschussmitglieder der Fraktionen von CDU und FDP haben dagegen gestimmt. Im mitberatenden Ausschuss für Rechts- und Verfassungsfragen ist mit demselben Ergebnis abgestimmt worden. Der nur beim Gesetzentwurf der FDP-Fraktion mitberatende Ausschuss für Haushalt und Finanzen hat sich insoweit der Ausschussempfehlung des federführenden Wirtschaftsausschusses mit demselben Abstimmungsverhältnis angeschlossen.

Der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion ist bereits in der Plenarsitzung am 22. Oktober 2014 eingebracht und beraten worden. Damit soll das Tariftreue- und Vergabegesetz vom 31. Oktober 2013 insgesamt durch eine andere Fassung ersetzt werden. Zur Begründung wird in der Drucksache 2153 ausgeführt, das zum 1. Januar 2014 in Kraft getretene Landesgesetz habe sich bereits nach kurzer Zeit als ungeeignet herausgestellt, und es sei auch bereits - durch Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu einer Mindestentgeltregelung des Landes Nordrhein-Westfalen - teilweise überholt. Die weitere Beratung des Gesetzentwurfs wurde vom federführenden Wirtschaftsausschuss in seiner Sitzung am 14. November 2014 zunächst aufgeschoben, um die geplante Evaluierung des neuen Landesgesetzes abzuwarten.

Der Gesetzentwurf der Landesregierung wurde am 25. Januar 2016 direkt an die Ausschüsse überwiesen und von einer Vertreterin des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr in der Sitzung des federführenden Wirtschaftsausschusses am 5. Februar 2016 eingebracht. Dabei erläuterte sie, dass sich der Gesetzentwurf auf einige Anpassungen an die Rechtsentwicklung beschränke, die sich aus dem Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes des Bundes und aus zwischenzeitlicher Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergäben. Außerdem seien zwei Klarstellungen der Regelungen zum Personennahverkehr erforderlich geworden. Zum Stand des Evaluationsverfahrens führte sie aus, dass dort die Datenerhebung gerade abgeschlossen worden sei, deren Auswertung aber noch erfolgen müsse.

Ein Sprecher der CDU-Fraktion begrüßte die Zielsetzung des Änderungsgesetzentwurfs, das Landesrecht mit dem Europarecht in Einklang zu bringen, wies aber auch auf einige Änderungen hin, die aus seiner Sicht weiterer Beratung bedürften.

Am 22. April 2016 wurde vom Wirtschaftsausschuss eine öffentliche Anhörung der betroffenen Verbände und öffentlichen Stellen durchgeführt; insgesamt haben zehn Organisationen dazu Stellungnahmen abgegeben. In die Anhörung ist auch der am 8. März 2016 eingebrachte Gesetzentwurf der CDU-Fraktion einbezogen worden, dessen weitere Beratung jedoch später auf Wunsch

der antragstellenden Fraktion bis zum Abschluss der derzeit laufenden Evaluation der derzeit geltenden Gesetzesfassung zurückgestellt wurde.

Zur abschließenden Beratung der Gesetzentwürfe am 27. Mai 2016 legten die Ausschussmitglieder der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen einen schriftlichen Änderungsvorschlag zu den §§ 2 bis 4, 7 und 14 des Regierungsentwurfs vor; die schriftliche Begründung dieses Vorschlags wird in den Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften mitgeteilt. Zusammenfassend führte ein Ausschussmitglied der SPD-Fraktion dazu aus, dass mit den vorgeschlagenen Änderungen insbesondere einige Anregungen aus der Anhörung aufgegriffen würden. Der Anlass für die Änderungen zu den §§ 2 und 3 liegt hingegen im Inkrafttreten einer umfassenden Neuregelung des Vergaberechts auf Bundesebene im April 2016 mit erheblichen rechtssystematischen Änderungen, deren Umfang und Tragweite dazu Anlass gegeben haben, die ursprüngliche Lösung des Gesetzentwurfs, im Landesgesetz auf das Bundesrecht in seiner bisherigen Fassung („statisch“) zu verweisen und die Überarbeitung im Hinblick auf das nun geänderte Bundesrecht einem späteren Gesetzgebungsverfahren vorzubehalten, zu überdenken.

Ein Ausschussmitglied der CDU-Fraktion trug vor, seine Fraktion habe Bedenken gegen das abschließende Beratungsverfahren, weil der Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen erst kurz vor der Sitzung vorgelegt worden sei und daher nicht mehr gründlich habe geprüft werden können. In einigen Punkten führe der Gesetzentwurf zwar zu Verbesserungen, etwa bei der Berücksichtigung des Mindestlohngesetzes und der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Tariftreue-Erklärung. An anderen Stellen - nämlich bei den Kontrollpflichten der Vergabestellen (§ 14), auch beim Nachunternehmereinsatz und bei der Arbeitnehmerüberlassung - gehe der Gesetzentwurf nicht weit genug. Ergänzend wies das Ausschussmitglied der CDU-Fraktion auf die abweichenden Eckpunkte des von seiner Fraktion vorgelegten Entwurfs hin (Anwendungsbereich des Landesgesetzes erst ab einem Auftragswert von 20 000 Euro, Ausnahme des öffentlichen Personennahverkehrs, Anwendung des Landesgesetzes auf Aufträge von gemeinnützigen Vereinen erst ab 100 000 Euro, Einführung eines Nachprüfungsverfahrens für den Unterschwellenbereich).

Den Änderungsempfehlungen zu den einzelnen Vorschriften des Artikels 1 liegen im Einzelnen folgende Überlegungen zugrunde:

Zu Nummer 2 (§ 2):

Die im NTVergG enthaltenen Verweisungen auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Vergabeverordnung sollen grundsätzlich (vgl. aber sogleich zu Nummer 3) aktualisiert, d. h. an die neue Rechtslage nach Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes und der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung zum 18.04.2016 angepasst und weiterhin als dynamische Verweisungen gefasst werden.

Diese Änderung geht auf den Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen (Vorlage 12 zu Drs. 17/5029, dort unter Nummern 1 und 2) zurück und wird dort wie folgt begründet (S. 3):

*Zum Zeitpunkt der Erstellung des Gesetzentwurfs waren die genauen Änderungen der in Bezug genommenen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) inhaltlich sowie strukturell noch nicht bekannt. Inzwischen ist das neue Bundesrecht in Kraft getreten und die Verweise können aktualisiert werden. Ein statischer Verweis auf außer Kraft getretenes Recht ist daher nicht mehr erforderlich und vor dem Hintergrund des zu erwartenden Zeitpunkts des Inkrafttretens des geänderten NTVergG auch nicht anwenderfreundlich, denn seit dem 18.04.2016 müssen die Anwender des Gesetzes ohnehin den dynamischen Verweisen in das neue GWB und seinen Verordnungen folgen.*

Im Einzelnen wird in Absatz 1 Satz 1 weiterhin auf die Definition des öffentlichen Auftrags (bislang § 99 GWB a. F., jetzt § 103 GWB) verwiesen, wobei die verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträge (bislang § 99 Abs. 7 GWB a. F.) nunmehr in einer eigenen Vorschrift (§ 104 GWB) geregelt sind.

Im neuen Absatz 2 Nr. 1 soll die Regelung über die Ausnahme der Auslobungen und Baukonzessionen vom Anwendungsbereich sowohl an den Sprachgebrauch des GWB n. F. angepasst (s. „Wettbewerbe“ und „Konzessionen“) als auch hinsichtlich der Verweisungen aktualisiert werden.

Die Ausnahmeregelung für die freiberuflichen Leistungen in Absatz 2 Nummer 2 soll an dieser Stelle gestrichen und stattdessen in einen neuen Satz 2 aufgenommen werden. Dabei soll sie nach dem Willen der Ausschussmehrheit auch inhaltlich an die neue Rechtslage nach der Vergaberechtsreform angepasst werden. Ein Ausschussmitglied der CDU-Fraktion hatte dagegen in der Beratung für seine Fraktion eine auch schon im Gesetzentwurf vorgesehene Erweiterung des Anwendungsbereichs des NTVergG abgelehnt und sich dafür ausgesprochen, insoweit die bislang geltende Rechtslage der Sache nach beizubehalten. Die mit der Ausschussmehrheit beschlossene Änderung ist im Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen (Vorlage 12 zu Drs. 17/5029, dort unter Nummer 1 Buchst. b) enthalten und wird dort wie folgt begründet (S. 4):

*Auch die Ausnahme für freiberufliche Leistungen muss an den Sprachgebrauch der am 18.04.2016 in Kraft getretenen neuen Regelungen angepasst werden. Der Gesetzentwurf in der Drs. 17/5029 übernimmt unter Nummer 2 im Wortlaut die Regelungen und Definitionen für „freiberufliche Leistungen“ oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte, also der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - VOL/A - 1. Abschnitt und der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen - VOF. Während der 1. Abschnitt der VOL/A auch nach dem 18.04.2016 Anwendung findet, ist die VOF aufgehoben und inhaltlich in der neuen Vergabeverordnung - VgV - aufgegangen. Daher ist auch hier der Wortlaut an die neuen Regelungen anzupassen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird in dem neuen Satz 2 unter Nrn. 1 und 2 nach Leistungen unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte getrennt. Bei nationalen Vergaben gelten die Vergaberegeln nach § 1 Satz 2, 2. Spiegelstrich VOL/A nicht für Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden (Satz 2 Nr. 1). Oberhalb der EU-Schwellenwerte unterfallen freiberufliche Leistungen nunmehr grundsätzlich dem Vergaberegime für Dienstleistungen und damit der VgV. Nur für öffentliche Aufträge über Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, eröffnet die VgV ein Sonderregime (vgl. §§ 73 ff. VgV). Auch mit der Formulierung unter Satz 2 Nr. 2 wird damit der Gedanke der Drs. 17/5029, dass Leistungen von Freiberuflern dann nicht dem NTVergG unterfallen sollen, wenn sie vergaberechtlich keinen oder besonderen Regelungen unterliegen, fortgesetzt. Der Anwendungsbereich des NTVergG wird damit um die der neuerdings der VgV uneingeschränkt unterfallenden freiberuflichen Dienstleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte erweitert.*

Im neuen Absatz 3 (vormals Absatz 2) sowie im neuen Absatz 5 (vormals Absatz 4) sollen die Verweise in das Bundesrecht ebenfalls der aktuellen Fassung des GWB angepasst werden. Außerdem wird im neuen Absatz 3 noch eine aufgrund der neuen Absatzzählung in § 2 erforderliche Folgeänderung nachgetragen.

Zu Nummer 3 (§ 3):

Vgl. zunächst die Erläuterungen zu Nummer 2 (§ 2) am Anfang. In § 3 Abs. 1 soll nur die Verweisung auf die GWB-Vorschrift zu den Schwellenwerten aktualisiert werden. Hinsichtlich der bundesrechtlichen Regelungen zu den Allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens und zum sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts hingegen soll weiterhin auf die alte, vor Inkrafttreten des Vergabemodernisierungsgesetzes geltende Fassung verwiesen werden. Dies geht auf den Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen (Vorlage 12 zu Drs. 17/5029, dort unter Nummer 2 Buchst. a) zurück und wird dort wie folgt begründet (S. 5):

*Mit § 3 wird die Vergabe öffentlicher Aufträge, bei denen die EU-Schwellenwerte nicht erreicht werden, dem „Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte“ unterworfen. In diesem Bereich haben die GWB-Novelle und die umfassenden Änderungen der Verordnungen keinen unmittelbaren Einfluss, denn das nationale Vergaberecht unterliegt grundsätzlich dem Haushaltsrecht des Bundes und der Länder. Derzeit prüfen Bund und Länder, inwieweit das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte ebenfalls zu ändern ist. Bis dieser umfangreiche Prozess*

*abgeschlossen ist, gelten die bisherigen haushaltsrechtlichen oder landesvergabegesetzlichen Vorgaben weiter. Daher wird weiterhin auf die Anwendung der 1. Abschnitte der Vergabe- und Vertragsordnungen verwiesen. Diese Regelungen bauen auf der Struktur und den Begrifflichkeiten des bis zum 17.04.2016 geltenden Bundesrechts auf, sodass konsequenterweise hier auf die alte Fassung der §§ 97 Abs. 1 bis 5 und 100 Abs. 2 GWB verwiesen werden soll.*

Auch in Absatz 2 soll die Verweisung auf die bundesrechtliche Vorschrift zu den Schwellenwerten aktualisiert werden. Außerdem soll an dieser Stelle die aktuelle Fassung des ersten Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A 2016) für entsprechend anwendbar erklärt werden. Dies ist zunächst vom Fachministerium mit Blick auf die Praxis angeregt worden, weil sich diese - zum Zeitpunkt der Entwurfserstellung noch nicht existierende - Fassung nunmehr bundesweit in der Anwendung befindet und insbesondere auch den in den Vergabeverfahren verwendeten Formblättern zugrunde liegt. Die Änderung ist im Folgenden in den Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen (Vorlage 12 zu Drs. 17/5029, dort unter Nummer 2 Buchst. b) aufgenommen worden und wird dort wie folgt begründet (S. 5):

*Der Schwerpunkt der Überarbeitung der VOB/A lag in Abschnitt 2 (für Bauvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte), dort wurden die Vorgaben des europäischen Rechts umgesetzt, soweit sie nicht auf gesetzlicher Ebene im 4. Teil des GWB oder in übergreifend geltenden Vorschriften der VgV geregelt sind. Der Abschnitt 2 der VOB/A ist wesentlich umfangreicher geworden. Auch die Struktur wurde geändert. Um die Einheitlichkeit innerhalb der VOB/A zu bewahren, wurde diese neue Struktur auch auf die Abschnitte 1 und 3 übertragen.*

*Eine umfassende Überprüfung des Abschnitts 1 auf Änderung zur Bewahrung eines möglichst weitgehenden Gleichlaufs mit dem Abschnitt 2 wird erst nach Abschluss der Vergaberechtsreform beginnen, d. h. strukturell bleibt das nationale Vergaberegime auch bei den Bauleistungen zunächst unverändert. Wo Angleichungen punktuell ohne tiefergehende Erörterung möglich und sinnvoll erschienen, sind sie vorgenommen worden, z. B. bei der Signatur von elektronischen Angeboten. Daher soll im NTVergG die aktuelle Fassung der VOB/A 2016 in Bezug genommen werden.*

Zu Nummer 4 (§ 4):

Die Regelung des Absatzes 1 soll hinsichtlich des Inhalts der den Unternehmen abzuverlangenden schriftlichen Erklärung insoweit präziser gefasst - und zu diesem Zweck in zwei Nummern untergliedert - werden, als klargestellt wird, dass die von den Unternehmen mittels der schriftlichen Erklärung zu übernehmende Zahlungsverpflichtung auch im Hinblick auf die Begünstigten mit den jeweiligen gesetzlichen Pflichten zur Zahlung eines Mindestentgelts deckungsgleich sein muss. Nach der Entwurfsfassung bezieht sich die Verpflichtungserklärung über die Zahlung eines Mindestentgelts nach den Vorgaben des Mindestlohngesetzes oder den Vorgaben der nach § 1 Abs. 3 MiLoG vorgehenden Regelungen hingegen nur auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer i. S. d. § 22 MiLoG, und zwar unabhängig davon, ob die nach § 1 Abs. 3 MiLoG den Regelungen des MiLoG ggf. vorgehenden Regelungen einen anderweitigen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen (vgl. die Einschränkung in § 22 Abs. 2 MiLoG; wenigstens missverständlich auch im Hinblick auf § 22 Abs. 4 MiLoG).

Der zudem in der neuen Nummer 2 nach der Verweisung auf die Regelungen nach § 1 Abs. 3 MiLoG eingefügte und diese erläuternde Zusatz geht auf den Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen (Vorlage 12 zu Drs. 17/5029, dort unter Nummer 3) zurück und wird dort wie folgt begründet (S. 5):

*Der Änderungsvorschlag hebt hervor, dass Regelungen nach § 1 Abs. 3 MiLoG insbesondere auch die branchenspezifischen Mindestlöhne aus Tarifverträgen erfassen, die nach dem Arbeitnehmerentendegesetz für die gesamte Branche verbindlich sind.*

Zu Nummer 6 (§ 7):

Die Ergänzung in der Überschrift soll den im Vergleich zur bisherigen Fassung nunmehr begrenzten Anwendungsbereich der Regelung verdeutlichen.

In der Vorschrift selbst soll im Sinne einer besseren Verständlichkeit der in ihr vorausgesetzte Rechtsrahmen der untergesetzlichen Regelung im Gesetzestext benannt und die Reihenfolge der Sätze zu diesem Zweck umgestellt werden.

Zudem soll eine Anregung aus der Anhörung aufgegriffen werden, die Vorschrift stärker an die bisherige Formulierung anzulehnen. Die auf den vorgenannten Überlegungen aufbauende, von dem Ausschuss einstimmig empfohlene Fassung der Vorschrift ist im Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen enthalten (Vorlage 12 zu Drs. 17/5029, dort unter Nummer 4) und wird dort insoweit wie folgt begründet (S. 5 f.):

*Die vorgeschlagene Änderung nimmt die bislang schon in § 7 Satz 4 NTVergG enthaltene Regelung zum Ausschluss vom Vergabeverfahren, aus Gründen der Klarstellung, wieder mit auf. Die direkte Bezugnahme auf § 16d Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016 am Anfang von Satz 2 soll verdeutlichen, dass das Vorliegen der 10-Prozent-Abweichung zu einer Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber führt, die Angemessenheit des Angebotspreises zu prüfen.*

Zu Nummer 7 (§ 13):

Im Sinne einer besseren Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der Regelung in Absatz 1 soll die zweite Variante des Satzes 1 Nr. 1, deren Tatbestand sich in nahezu allen Merkmalen von dem des restlichen Satzes 1 unterscheidet, in einen eigenständigen - neuen - Satz 2 ausgegliedert werden und die Nummerierung in Satz 1 entsprechend entfallen. Die Ergänzung am Ende des Satzes 1 passt die Regelung an die auch sonst im Gesetz verwandte Begrifflichkeit an. Im Übrigen handelt es sich um Folgeänderungen.

In Absatz 2 soll in Satz 3 die Zeitangabe „nach Zuschlagserteilung“ an den Anfang des Satzes vorgezogen und damit klargestellt werden, dass sie sich nicht nur auf den Wechsel, sondern auch auf die Einschaltung eines Nachunternehmens bezieht. „Einschaltung“ meint nach Auskunft des Fachministeriums dabei sowohl den Fall, dass für eine Leistung, die in einem Verzeichnis nach Satz 1 als durch ein Nachunternehmen zu erbringende Leistung gekennzeichnet wurde, erst nachträglich ein konkretes Nachunternehmen benannt werden muss, als auch den Fall, dass erst nach Zuschlagserteilung deutlich wird, dass entgegen vorheriger Einschätzung Leistungen durch Nachunternehmen erbracht werden müssen. Ist ein konkretes Nachunternehmen bereits bei Angebotsabgabe als einzuschaltendes Nachunternehmen angegeben, so liegt die Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers in der Zuschlagserteilung. Der Ausschuss hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

Zu Nummer 8 (§ 14):

Die mit den Stimmen der Koalitionsfraktionen, der FDP-Fraktion sowie eines Ausschussmitglieds der CDU-Fraktion empfohlene Ersetzung des Wortes „können“ durch den Begriff „sind gehalten“ geht auf den Änderungsvorschlag der Koalitionsfraktionen zurück (Vorlage 12 zu Drs. 17/5029, dort unter Nummer 5) und wird dort wie folgt begründet (S. 6):

*Der Änderungsvorschlag geht zurück auf die alte Form des § 14 Abs. 1 Satz 1 NVergG. Die Appellfunktion gegenüber den öffentlichen Auftraggebern, Kontrollen durchzuführen, soll erhalten werden.*

Zu Nummer 9 (§ 15):

Bei der Änderung in Absatz 4 handelt es sich um eine Folgeänderung zu der Änderung in Nummer 4 (§ 4 Abs. 2).