

### Schriftlicher Bericht

- a) **Entwurf eines Reformgesetzes zur Vergabe öffentlicher Aufträge in Niedersachsen**  
Gesetzentwurf der Fraktion der FDP - Drs. 18/1524
- b) **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes und der Niedersächsischen Landeshaushaltsordnung**  
Gesetzentwurf der Landesregierung - Drs. 18/3693

Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung -  
Drs. 18/5092

Berichterstattung: Abg. Karl-Heinz Bley (CDU)

Der Ausschuss für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung empfiehlt Ihnen in der Drucksache 18/5092, den Gesetzentwurf der Landesregierung mit den in der Beschlussempfehlung enthaltenen Änderungen anzunehmen und den Gesetzentwurf der FDP-Fraktion abzulehnen. Der Beschlussempfehlung haben die Ausschussmitglieder der Fraktionen der SPD, der CDU sowie der AfD-Fraktion zugestimmt. Die Ausschussmitglieder der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und der Fraktion der FDP haben dagegen gestimmt. Der mitberatende Ausschuss für Rechts- und Verfassungsfragen ist dieser Beschlussempfehlung mit gleichem Abstimmungsergebnis gefolgt. Der nur beim Gesetzentwurf der Landesregierung mitberatende Ausschuss für Haushalt und Finanzen ist der Beschlussempfehlung mit den Stimmen der Ausschussmitglieder der Fraktionen von SPD und CDU gefolgt. Das Ausschussmitglied der FDP-Fraktion hat dagegen gestimmt. Die jeweiligen Ausschussmitglieder der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen und der AfD-Fraktion haben sich der Stimme enthalten.

Der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion ist bereits in der Plenarsitzung am 12. September 2018 eingebracht und beraten worden. Damit soll das Niedersächsische Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG) vom 31. Oktober 2013 insgesamt neu gefasst werden. Zur Begründung wird in der Drucksache 18/1524 im Wesentlichen ausgeführt, dass trotz einer weitgehenden Anpassung des NTVergG an das für den Oberschwellenbereich geltende Bundesrecht im Jahr 2016 weiterhin zahlreiche verstreute Einzelregelungen des Vergaberechtes existieren, sodass das Vergabeverfahren in der Praxis nach wie vor fehleranfällig sei. Ziel des Gesetzentwurfs der FDP-Fraktion sei es, ein schlankes und verständliches Landesvergaberecht zu schaffen. Die weitere Beratung des Gesetzentwurfs wurde vom federführenden Wirtschaftsausschuss in seiner Sitzung am 3. Mai 2019 auf Wunsch des Vertreters der FDP-Fraktion zunächst aufgeschoben, um die Einbringung des Gesetzentwurfs der Landesregierung abzuwarten.

Der Gesetzentwurf der Landesregierung wurde am 10. Mai 2019 direkt an die Ausschüsse überwiesen und von einer Vertreterin des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung (Fachministerium) in der Sitzung des federführenden Wirtschaftsausschusses am 7. Juni 2019 eingebracht und im Sinne der Begründung erläutert. Dabei hob sie hervor, der Gesetzentwurf diene im Wesentlichen der Anpassung des Landesrechts an geändertes Bundesrecht, der Harmonisierung von Landesvergabevorschriften für Zuwendungsempfänger mit den zuwendungsrechtlichen Bestimmungen sowie der Entlastung der Kommunen.

Am 30. August 2019 führte der Wirtschaftsausschuss eine öffentliche Anhörung zu beiden Gesetzentwürfen durch, bei der sieben Verbände und Organisationen sowie Prof. Dr. Rüdiger Krause (Universität Göttingen) Gelegenheit zur Stellungnahme bekamen.

Die Fraktionen der SPD und der CDU haben daraufhin in der Vorlage 9 einen Änderungsvorschlag zu Artikel 1 Nrn. 1, 8, 9 und 10 (§§ 2, 13, 16 und 17) des Gesetzentwurfs der Landesregierung vorgelegt; die schriftliche Begründung dieses Vorschlags wird in den Erläuterungen zu den einzelnen

Vorschriften mitgeteilt. In der Sitzung am 2. Oktober 2019 hat ein Ausschussmitglied der Fraktion der SPD ausgeführt, der Änderungsvorschlag greife einige Anregungen aus der Anhörung auf. Der Änderungsvorschlag betrifft Regelungen zur Eingangsschwelle und zum sachlichen Anwendungsbereich des NTVerG sowie zu den Nachweisen für Nachunternehmerleistungen. Darüber hinaus sieht der Vorschlag ergänzend zum Entwurf der Landesregierung die Einführung einer Informations- und Wartepflicht vor.

In der abschließenden Beratung der Gesetzentwürfe am 1. November 2019 haben die Fraktionen der SPD und CDU einen weiteren Änderungsvorschlag als Tischvorlage vorlegt (Vorlage 11). Dieser sah vor, die sogenannte „Liquiditätsreserve“ des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung für den Bundesfernstraßenbau im Haushaltsplan 2019 von bisher 40 Mio. Euro auf künftig 100 Mio. Euro zu erhöhen; die schriftliche Begründung dieses Vorschlags wird in den Erläuterungen zu Artikel 2/1 und zu Artikel 3 wiedergegeben. Ausschussmitglieder der Fraktionen der SPD und der CDU wiesen darauf hin, dass die Erhöhung erforderlich sei, um einen kontinuierlichen Baufortschritt beim Bundesfernstraßenbau in Niedersachsen sicherzustellen. Die jeweiligen Ausschussmitglieder der Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen, der FDP und der AfD bemängelten, dass der Änderungsvorschlag in der abschließenden Beratung kurzfristig als Tischvorlage eingebracht wurde.

Das Ausschussmitglied der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen kritisierte im Übrigen, die vorgesehenen Einschränkungen des NTVerG führten insgesamt zu einer Schwächung der Arbeitnehmerrechte. Das Ausschussmitglied der FDP-Fraktion sah insbesondere die vorgesehene Einführung der Informations- und Wartepflicht als nicht ausreichend an und sprach sich im Übrigen für die Neufassung des Landesvergabegesetzes im Sinne des Entwurfs seiner Fraktion aus. Hinsichtlich der Einzelheiten wird jeweils auf die Ausführungen zu den einzelnen Artikeln und Nummern bzw. Paragraphen verwiesen.

Den Änderungsempfehlungen des federführenden Ausschusses liegen im Einzelnen folgende Überlegungen zugrunde:

#### **Zu Artikel 1 (Änderung des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes):**

Der Entwurf entspricht in Teilen einem früheren Gesetzentwurf der Landesregierung aus der 17. Wahlperiode (Drs. 17/7941), der allerdings nicht abschließend beraten wurde. Zu dem damaligen Gesetzentwurf hatte der Gesetzgebungs- und Beratungsdienst (GBD) Formulierungsvorschläge und Anmerkungen mit dem Fachministerium abgestimmt und dem federführenden Ausschuss für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr zur Beratung vorgelegt (siehe Vorlage 14 zu Drs. 17/7941 vom 31.07.2017). Die damaligen Formulierungsvorschläge und Anmerkungen wurden im Gesetzentwurf der Landesregierung bzw. in dessen Begründung weitgehend berücksichtigt. Soweit einige der damaligen Anmerkungen für die Beratung des Ausschusses über den Entwurf der Landesregierung weiterhin von Bedeutung waren, werden sie in den folgenden Erläuterungen aufgegriffen und durch entsprechende Verweisungen gekennzeichnet.

#### **Zu Nummer 1 (§ 2):**

##### **Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe aa (Absatz 1 Satz 1):**

Die empfohlene Änderung geht auf den Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa) zurück und wird dort wie folgt begründet (S. 3):

*Der Eingangsschwellenwert des Gesetzes soll wie in der Koalitionsvereinbarung für die 18. Wahlperiode des Niedersächsischen Landtages angekündigt auf 20 000 Euro ohne Umsatzsteuer festgelegt werden. So werden die Kommunen entlastet, gleichzeitig werden aber auch Aufträge, die insbesondere kleine Unternehmen betreffen, nicht völlig dem Anwendungsbereich entzogen.*

Das Ausschussmitglied der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen vertrat die Auffassung, die Anhebung der bisherigen Eingangsschwelle führe zu einer Schwächung der Arbeitnehmerrechte. Auf seine Frage, welche Sachgründe für die Festlegung der Eingangsschwelle auf 20 000 Euro sprechen, wies die Vertreterin des Fachministeriums darauf hin, dass der Änderungsvorschlag der Fraktionen von SPD und CDU die Anregungen in der Anhörung aufgreife.

**Zu Buchstabe b Doppelbuchstabe bb Dreifachbuchstabe bbb (Absatz 2 Satz 2 Nummer 3):**

Die empfohlene Änderung geht auf den Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb) zurück und wird dort wie folgt begründet (S. 3):

*Vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden sollen ausschließlich die Aufträge von Zuwendungsempfängern unterhalb der EU-Schwellenwerte, nur diese Maßnahme schafft ein Nebeneinander von gesetzlichen Vergabebestimmungen und Zuwendungsbestimmungen ab und trägt so zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei.*

*Die Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB sollen allerdings auch unterhalb der EU-Schwellenwerte wie bisher im Anwendungsbereich des NTVergG verbleiben, da die Gesetzesziele des § 1 nicht in ausreichender Weise auf anderem Wege sichergestellt werden. Daher soll die im Änderungsgesetz noch vorgesehene neue Nr. 4 des Absatzes 2 Satz 2 nicht in den Gesetzeswortlaut des NTVergG aufgenommen werden. Die im Gesetzentwurf befürchteten Verschärfungen gegenüber den für die Sektorenauftraggeber oberhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Regelungen zur Auftragsvergabe können gegebenenfalls durch verfahrenserleichternde Regelungen per Verordnung ausgeglichen werden.*

Das Ausschussmitglied der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen bezweifelte, dass eine praktische Notwendigkeit dafür bestehe, sämtliche Zuwendungsempfänger nach § 99 Nr. 4 GWB generell aus dem Anwendungsbereich des NTVergG herauszunehmen. Darauf erwiderte ein Ausschussmitglied der SPD-Fraktion, in der Praxis bemängelten insbesondere ehrenamtliche Organisationen eine Überforderung durch die Vorgaben des NTVergG. Dem schloss sich die Vertreterin des Fachministeriums an. Sie ergänzte, der Gesetzwurf diene vor allem dazu, vergaberechtlichen Anforderungen für Zuwendungsempfänger nach § 99 Nr. 4 GWB künftig zum Zwecke der Rechtsklarheit und -sicherheit ausschließlich im Rahmen des Zuwendungsrechts festlegen zu können.

Das Fachministerium hat ergänzend mitgeteilt, dass bislang keine praktischen Anwendungsfälle bekannt seien, in denen sich der Auftragswert bei einer Vergabe durch öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB nach dem Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 3 GWB (verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge) richtet habe. Gleichwohl sehe der Gesetzentwurf vor, auch diese Fallkonstellation vom Anwendungsbereich auszunehmen. Dem ist der Ausschuss gefolgt.

**Zu Buchstabe c (Absatz 3):**

Die empfohlene Änderung entspricht dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe cc) und wird dort wie folgt begründet (S. 3):

*§ 2 Abs. 3 NTVergG benennt die Vorschriften des Gesetzes, die auch für Vergaben oberhalb der sogenannten EU-Schwellenwerte anzuwenden sind. Da die im neu gefassten § 16 geregelte Informations- und Wartepflicht nur im Unterschwellenbereich zur Anwendung kommen soll, ist § 16 nunmehr von der Aufzählung auszunehmen.*

**Zu Buchstabe d (Absatz 4):**

Die empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe dd) und wird dort wie folgt begründet (S. 3):

*Der Eingangsschwellenwert von 20 000 Euro soll auch für die Dienstleistungsaufträge im öffentlichen Personenverkehr auf Straße und Schiene gelten.*

**Zu Nummer 2 (§ 3):****Zu Buchstabe 0/a (Paragrafenüberschrift):**

Im Unterschied zum bisherigen Recht beschränkt sich die Verordnungsermächtigung in der Entwurfsfassung nicht mehr auf die Festlegung von Wertgrenzen, sondern enthält eine allgemeinere Ermächtigung (siehe Erläuterungen zu Absatz 3). Der Ausschuss empfiehlt daher, die Überschrift entsprechend anzupassen.

**Zu Buchstabe a (Absätze 1 bis 3):**

Der Entwurf sieht eine Neufassung der Absätze 1 bis 3 vor. Aus rechtsförmlichen Gründen sollen die Änderungsbefehle in den Buchstaben a und b entsprechend zusammenfasst werden (siehe auch die Erläuterungen zu Buchstabe b).

**Zu Absatz 1:**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund des Änderungsvorschlags der Fraktionen der SPD und der CDU in der Vorlage 9. Dieser sieht vor, dass § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 der Entwurfsfassung entfallen soll. Dies führt dazu, dass öffentliche Aufträge, die von Sektorenauftraggebern vergeben werden, im Anwendungsbereich des Gesetzes verbleiben. Der spezifische Schwellenwert für diese Aufträge ist in § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB geregelt, wird aber durch die Verweisung in Absatz 1 in der Fassung des Entwurfs nicht erfasst („Nrn. 1 und 3“). Damit die Unterschwellenvergabeordnung künftig auch für diese Aufträge zur Anwendung gelangt, empfiehlt der Ausschuss eine entsprechende Anpassung.

**Zu Absatz 2:**Zu Satz 1:

Es handelt sich um eine Folgeänderung (vgl. die Erläuterung zu Absatz 1).

Nach Auskunft des Fachministeriums muss in die Verweisung die allgemeine Ausnahme vom Anwendungsbereich in § 107 Abs. 2 GWB nicht aufgenommen werden (Aufträge, bei denen Auskünfte erteilt werden müssten, deren Preisgabe wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland widerspräche), da ausgeschlossen erscheine, dass diese Regelung für Bauaufträge im Bereich des NTVergG einschlägig sein könne (vgl. Vorlage 14 zu Drs. 17/7941, S. 8, siehe auch obige Erläuterung zu Artikel 1). Dem ist der Ausschuss gefolgt.

Zu Satz 2:

Der Abkürzung soll - wie im bisherigen Recht - die Jahreszahl „2019“ angefügt werden, weil nach Nummer 5 des Entwurfs in § 7 Sätze 1 und 2 die Abkürzung „VOB/A 2019“ verwendet werden soll.

Der im bisherigen Recht fehlende Zusatz „- Ausgabe 2019 -“ ist entbehrlich und soll daher, auch zur Angleichung an Absatz 1 des Entwurfs, gestrichen werden.

Die Streichung der Anführungszeichen am Ende ist eine redaktionelle Folgeänderung aufgrund der Zusammenfassung der Änderungsbefehle (s. obige Erläuterung zu Buchstabe a).

**Zu Absatz 3:**

Infolge der rechtsförmlichen Zusammenfassung der Änderungsbefehle soll die in Absatz 3 vorgesehene Regelung unter Buchstabe a gefasst und in Buchstabe b gestrichen werden (siehe obige Erläuterung sowie die Anmerkung zu Buchstabe b).

Der Ausschuss empfiehlt, Absatz 3 des Entwurfs insgesamt neu zu fassen. Dem liegenden folgenden Erwägungen zugrunde:

Zu Satz 1:

Das Fachministerium hat darauf hingewiesen, dass mit der im Entwurf vorgesehenen Einführung des Begriffs „Verhandlungsvergabe“ die entsprechende Begrifflichkeit in § 8 Abs. 1 UVgO aufgegriffen wird. Damit ist zugleich ein indirekter Hinweis darauf verbunden, dass der in Satz 1 unmittelbar im Anschluss eingeführte und in den folgenden Vorschriften des Gesetzes verwandte Begriff der

„Vergabe- und Vertragsordnungen“ auch die Unterschwellenvergabeordnung erfasst (vgl. Vorlage 14 zu Drs. 17/7941, S. 8 f., siehe auch obige Erläuterung zu Artikel 1).

Satz 1 sieht - wie im geltenden Recht - nicht vor, dass Wertgrenzen in der Verordnung „abweichend von den Vergabe- und Vertragsordnungen“ festgelegt werden dürfen. Eine Abweichung liegt dann vor, wenn die Vergabe- und Vertragsordnungen für die jeweiligen Verfahrensarten keine oder andere Wertgrenzen vorsehen. Solche Abweichungen sind aber nach Auskunft des Fachministeriums beabsichtigt und bereits in der geltenden Fassung der Niedersächsischen Wertgrenzenverordnung - NWertVO - vom 19. Februar 2014 (Nds. GVBl. S. 64), zuletzt geändert durch Verordnung vom 7. Dezember 2016 (Nds. GVBl. S. 278), enthalten (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 4 Abs. 1 Satz 1 NWertVO). Daher empfiehlt der Ausschuss, die Möglichkeit zur Abweichung für die Fälle des Satzes 1 (wie in Satz 2) durch einen entsprechenden Zusatz ausdrücklich zu regeln („abweichend von den Vergabe- und Vertragsordnungen“).

#### Zu Satz 2:

Die gegenüber dem bisherigen Recht neue Ermächtigung im ersten Satzteil der Entwurfsfassung („weitere Verfahrenserleichterungen“) ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Nach Artikel 43 Abs. 1 Satz 2 der Niedersächsischen Verfassung (NV) müssen Gesetze, die die Exekutive zum Erlass von Verordnungen ermächtigen, Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmen. Unter dem Begriff „Ausmaß“ werden die vom Verordnungsgeber zu beachtenden Direktiven und Grenzen verstanden (vgl. Steinbach, in: Epping u. a. (Hrsg.), Kommentar zur NV, 2012, Art. 43, Rn. 17). Die Grenzen der Ermächtigung sind allerdings in der Entwurfsfassung nicht erkennbar, denn nach dem Wortlaut wäre es dem Verordnungsgeber gestattet, von sämtlichen in den Vergabe- und Vertragsordnungen festgelegten Verfahrensregelungen abzuweichen und damit letztlich die Absätze 1 und 2, die die Vergabe- und Vertragsordnungen in Gänze für entsprechend anwendbar erklären, insgesamt auszuhebeln.

Dies ist jedoch nach Auskunft des Fachministeriums nicht beabsichtigt (vgl. auch Begründung, S. 23 f.). Die Ermächtigung solle lediglich Verfahrenserleichterungen in Bezug auf bestimmte Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen ermöglichen. Nach Auskunft des Fachministeriums sollen im Wesentlichen Abweichungen von den Regelungen zu Verfahrensarten, Fristen, Rahmenvereinbarungen, Eignungskriterien und -nachweisen, Nebenangeboten, Auftrags- und Vergabebekanntmachungen, Teilnahmeanträgen und Angeboten, Unterrichts- und Auskunftspflichten sowie zu Auftragsänderungen ermöglicht werden.

Die Ermächtigung solle es dem Verordnungsgeber u. a. erlauben, künftige Änderungen in den Vergabe- und Vertragsordnungen gegebenenfalls in das niedersächsische Recht übernehmen zu können, soweit sie sich auf die in diesen Bestimmungen geregelten Gegenstände beziehen.

Außerdem diene die Ermächtigung auch dazu, spezifische Verfahrenserleichterungen für Aufträge von Sektorauftraggebern durch Verordnung regeln zu können, die nach dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU in Vorlage 9 - abweichend von der Entwurfsfassung - im Anwendungsbereich des NTVergG verbleiben sollen. Dadurch solle ermöglicht werden, im Unterschwellenbereich die Vorgaben der VOB/A 2019 bzw. der UVgO durch Verordnung an die zum Teil weniger strengen Vorschriften der Sektorenverordnung, die für Vergaben im Oberschwellenbereich gilt, anzugleichen (siehe Begründung zum Änderungsvorschlag in Vorlage 9, S. 3).

Schließlich diene die Ermächtigung dazu, gegebenenfalls Verfahrenserleichterungen hinsichtlich der Unterrichts- und Auskunftspflichten nach § 46 UVgO und § 19 VOB/A 2019 regeln zu können, da sich Teile dieser Regelungen infolge der Einführung der Informations- und Wartepflicht in § 16 (in der Fassung des Änderungsvorschlags der Fraktionen von SPD und CDU in Vorlage 9) in der Praxis als entbehrlich oder als zu weitgehend erweisen könnten. Auf die Anmerkung zu § 16 wird verwiesen.

Diesen Erwägungen hat sich der ist der Ausschuss angeschlossen und empfiehlt, die Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen, auf die sich die Ermächtigung beziehen soll, ausdrücklich zu benennen. Dadurch soll das Ausmaß der Ermächtigung begrenzt und den Anforderungen des Artikels 43 Abs. 1 Satz 2 NV Rechnung getragen werden.

Der Wortlaut der Entwurfsfassung könnte überdies so verstanden werden, dass in „der Verordnung weitere Verfahrenserleichterungen“ nur für solche Vergaben geregelt werden dürfen, die sich innerhalb der aufgrund des Satzes 1 festgelegten Wertgrenzen bewegen.

Das Fachministerium hat hierzu mitgeteilt, die Ermächtigung, weitere Verfahrenserleichterungen zu regeln, solle unabhängig von der in Satz 1 enthaltenen Ermächtigung zur Festlegung von Wertgrenzen gelten.

Zur Verdeutlichung dieser Regelungsabsicht empfiehlt der Ausschuss daher, auf die missverständliche Bezugnahme auf Satz 1 („In der Verordnung“) zu verzichten und die Bestimmungen in den Sätzen 1 und 2 der Entwurfsfassung in einem einzigen, durch Nummern gegliederten Satz zusammenzufassen; Satz 2 entfällt in der Folge.

Die Entwurfsfassung des Satzes 2 lässt außerdem nicht eindeutig erkennen, ob sich die (bereits in der geltenden Fassung) geregelte Möglichkeit, „weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Verfahrenserleichterungen“ (wie im bisherigen Recht) auch auf die Festlegung von Wertgrenzen nach Satz 1 beziehen soll oder ob sich diese Möglichkeit künftig nur noch auf die „weiteren Verfahrenserleichterungen“ nach Satz 2 der Entwurfsfassung bezieht.

Das Fachministerium hat hierzu mitgeteilt, die Regelung solle sich sowohl auf Satz 1 (dies entspricht dem bisherigen Recht) beziehen als auch auf den neuen ersten Satzteil des Satzes 2. Die Ermächtigung diene in der Praxis dazu, die in Satz 1 genannten Verfahrensarten für Vergaben unter Inanspruchnahme der Wertgrenzenregelungen punktuell zu verschärfen bzw. abzuwandeln, indem weitere Anforderungen geregelt werden, die in den Vergabe- und Vertragsordnungen für die jeweiligen Verfahrensarten nicht vorgeschrieben sind.

Der Begriff „Voraussetzungen“ (der dem geltenden Recht entspricht) bringt dieses Regelungsziel aber nicht zum Ausdruck. Er deutet eher darauf hin, dass zusätzlich zu den Wertgrenzen nach Satz 1 weitere „Voraussetzungen“ geregelt werden sollen, von deren Erfüllung es abhängt, ob unterhalb der Wertgrenzen die in den Vergabe- und Vertragsordnungen vorgesehenen Verfahrensarten (im Übrigen aber unverändert) zur Anwendung kommen.

Aus diesem Grunde empfiehlt der Ausschuss, den Begriff „weitere Voraussetzungen“ durch die Formulierung „weitere Anforderungen an die Durchführung dieser Verfahren“ zu ersetzen und auf die Fälle des Satzes 1 (Wertgrenzen) zu beschränken. Für die neue Ermächtigung in Satz 2 der Entwurfsfassung ist die Regelung indes entbehrlich, weil diese die Regelung von Voraussetzungen für die Inanspruchnahme „weiterer Verfahrenserleichterungen“ bereits beinhaltet.

Die Ermächtigungen in den Sätzen 1 und 2 dienen insgesamt dem Zweck der Beschleunigung und Vereinfachung von Vergabeverfahren. Aus diesem Grund empfiehlt der Ausschuss, den Wortlaut durch Voranstellung dieses (in der Entwurfsfassung doppelt genannten) Zwecks zu straffen.

#### **Zu Buchstabe b (Absatz 3 des Entwurfs):**

Der Ausschuss empfiehlt eine redaktionelle Folgeänderung infolge der Zusammenfassung der Änderungsbefehle (s. obige Anmerkung zu Buchstabe a).

#### **Zu Nummer 6 (§ 8 Abs. 1):**

§ 8 Abs. 1 gilt auch für Vergaben im Oberschwellenbereich (§ 2 Abs. 3). In der geltenden Fassung ist nicht eindeutig geregelt, ob die Vorschrift auch Aufträge über Liefer- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich erfasst. Denn die Präqualifikation für diese Aufträge ist nicht (mehr) in den Vergabe- und Vertragsordnungen geregelt, auf die der Wortlaut bislang verweist („gemäß den Vergabe- und Vertragsordnungen“), sondern in der Vergabeverordnung (vgl. § 48 Abs. 8 VgV). Das Fachministerium hat hierzu mitgeteilt, dass auch diese Aufträge erfasst sein sollen. Aus Gründen der Klarstellung empfiehlt der Ausschuss daher, den bisherigen Wortlaut um eine ausdrückliche Verweisung auf die Vergabeverordnung zu ergänzen.

**Zu Nummer 7 (§ 9 Abs. 2):**

§ 9 Abs. 2 enthält eine soll-Bestimmung, wonach kleinere und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Nach dem Entwurf soll die Regelung künftig für Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb nicht mehr gelten. Die Begründung (S. 9) geht auf diese Einschränkung nicht ein.

Das Fachministerium hat hierzu mitgeteilt, nach den Vergabe- und Vertragsordnungen dürfe der Auftraggeber geeignete kleinere und mittlere Unternehmen (nur) in Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb gezielt zur Angebotsabgabe auffordern. Demgegenüber sei eine derartige Steuerung des Anteils kleinerer und mittlerer Unternehmen in Verfahren mit Teilnahmewettbewerb nach den Vergabe- und Vertragsordnungen unzulässig. Eine Auswahl der Unternehmen, die nach Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, dürfe sich ausschließlich nach Eignungskriterien (Fachkunde und Leistungsfähigkeit) sowie nach etwaigen Ausschlussgründen richten (§ 31 Abs. 1, § 37 Abs. 1, § 36 Abs. 1 UVgO, § 3b Abs. 2 Sätze 3 und 4 VOB/A 2019). Die Eigenschaft als kleines oder mittleres Unternehmen sei jedoch kein Eignungskriterium, sodass eine etwaige Privilegierung nach § 9 Abs. 2 nicht in Betracht komme. Dies entspreche auch der Praxis nach geltendem Recht. Vor diesem Hintergrund sei die Einschränkung beabsichtigt. Der GBD hat hiergegen keine rechtlichen Bedenken erhoben.

**Zu Nummer 8 (§ 13 Abs. 2 Satz 1):**

Die empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe b) und wird dort wie folgt begründet (S. 3):

*Die Landesregierung hat in der Begründung zu ihrem Gesetzentwurf (Drs. 18/3693) ausgeführt, dass die Vorlage eines Verzeichnisses der Leistungen, die durch Nachunternehmer ausgeführt werden sollen, gleichlautend mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A 2019 in das Ermessen der Auftraggeber gestellt wird. Es soll jedoch an der Verpflichtung zur Vorlage eines Verzeichnisses über die Nachunternehmerleistungen bereits bei Angebotsabgabe festgehalten werden.*

Allerdings soll die Geltung des Absatzes 2 - insoweit übereinstimmend mit der Entwurfsfassung - auf den Bereich der Bauleistungen beschränkt werden. Laut Begründung des Gesetzentwurfs (S. 25) ist die Regelung des Absatzes 2 für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungen nicht mehr erforderlich, weil § 26 UVgO eine einschlägige Regelung enthalte. Deshalb solle - auch im Sinne der Anwenderfreundlichkeit - von einer „Überlagerung“ des § 26 UVgO durch das NTVergG abgesehen werden.

Der GBD hat darauf hingewiesen, dass die in § 26 UVgO getroffenen Regelungen den Regelungen in Absatz 2 des geltenden Rechts nicht (vollständig) entsprechen. In § 26 UVgO fehlen Regelungen entsprechend denjenigen in den Sätzen 3 und 4 des geltenden Rechts völlig.

Auf Nachfrage hat das Fachministerium bestätigt, dass es die Regelungen in § 26 UVgO für den Liefer- und Dienstleistungsbereich für sachgerecht und inhaltlich ausreichend hält. Die Probleme, denen mit den Regelungen in Absatz 2 des geltenden Rechts Rechnung getragen werden sollte, spielten sich vornehmlich im Bereich der Bauaufträge ab (vgl. Vorlage 14 zu Drs. 17/7941, S. 9, siehe auch obige Erläuterung zu Artikel 1); dem ist der Ausschuss gefolgt.

**Zu Nummer 9 (§ 16):**

Der Ausschuss empfiehlt, in § 16 eine Informations- und Wartepflicht der öffentlichen Auftraggeber einzuführen. Die empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe c) und wird dort wie folgt begründet (S. 3 ff.):

*Die Koalitionsvereinbarung für die 18. Wahlperiode des Niedersächsischen Landtages führt zum Vergaberecht unter anderem aus, dass ein Unterschwellenrechtsschutz ermöglicht werden soll. Diesbezüglich ist nunmehr beabsichtigt, Informations- und Wartepflichten mit der Neufassung des § 16 einzuführen. Hierdurch wird insbesondere der Vergabegrundsatz der Transparenz gestärkt, so dass die bereits bestehenden Rechtsschutzverfahren wirksamer genutzt werden können. Dies unterstützt insbesondere auch kleine und mittlere Unternehmen, die aufgrund ihrer begrenzten Ressourcen auf die Geltendmachung von Ansprüchen nach der Zuschlagerteilung häufig verzichtet haben. Die Informations- und Wartepflichten stellen sicher, dass ein unterlegener Bieter bereits vor Zuschlagerteilung umfangreiche Informationen erhält. Dieser kann somit rechtzeitig prüfen, ob er sich in einem Vergabeverfahren benachteiligt fühlt und die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen sollte. Neue Nachprüfungsbehörden werden nicht eingeführt, sodass der Aufbau zusätzlicher Bürokratie auf ein Mindestmaß, im Detail auf die Erstellung einer Vorabinformation an die unterlegenen Bieter sowie die Einhaltung einer Wartefrist, reduziert ist. Es handelt sich somit um ein schnell umsetzbares und effizientes Verfahren, welches die Vergabeverfahren im Anwendungsbereich dieses Gesetzes aufgrund der Wartefrist zwar um wenige Kalendertage verzögert, gleichzeitig jedoch die Vergabegrundsätze der Transparenz, des Wettbewerbs und der Nichtdiskriminierung stärkt. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen wird die Verlängerung der Vergabeverfahren um wenige Tage bei Schaffung eines Ausnahmetatbestandes in Fällen besonderer Dringlichkeit als verhältnismäßig angesehen.*

Der Wortlaut des § 16 orientiert sich weitgehend an § 134 GWB, der für Vergaben im Oberschwellenbereich eine vergleichbare Regelung enthält. Das Fachministerium hat hierzu mitgeteilt, dass diese weitgehend parallele Regelung zum Zwecke einer einheitlichen Rechtspraxis sachgerecht sei.

Das Ausschussmitglied der FDP-Fraktion im federführenden Ausschuss begrüßte die Einführung einer Informations- und Wartepflicht zwar grundsätzlich, ging aber davon aus, dass der Änderungsvorschlag angesichts der hohen Belastung der Zivilgerichtsbarkeit gegenüber dem Entwurf seiner Fraktion zu erheblichen Verzögerungen führen werde. Auf Nachfrage des Ausschussmitglieds der FDP-Fraktion hat der GBD im federführenden Ausschuss die bestehenden Möglichkeiten der unterlegenen Unternehmen erläutert, innerhalb der Wartefrist nach Absatz 2 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten eine Zuschlagserteilung auch über die Wartefrist nach Absatz 2 hinaus zu verhindern.

Im mitberatenden Ausschuss für Rechts- und Verfassungsfragen teilte die Vertreterin des Fachministeriums auf Nachfrage des Ausschussmitglieds der FDP-Fraktion mit, dass es seitens des Fachministeriums mit Blick auf etwaige Mehrbelastungen der Zivilgerichte keine Abstimmung mit dem Justizministerium gegeben habe. Etwaige Mehrbelastungen der Gerichte seien schwer vorherzusehen, zumal sie davon ausgehe, dass Vergabefehler in vielen Fällen auch ohne Beteiligung der Gerichte behoben werden könnten. Die vom Ausschussmitglied der FDP-Fraktion angenommene Verfahrensdauer von zehn bis zwölf Monate halte sie zumindest für die Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz für zu hoch gegriffen; die Verfahrensdauer von Hauptsachverfahren hänge vom jeweiligen Einzelfall ab. Ein Ausschussmitglied der CDU-Fraktion verwies auf die praktische Notwendigkeit der Regelung und sprach sich dafür aus, die Leistungsfähigkeit der Justiz nachträglich anzupassen, sofern etwaige Mehrbelastungen dies tatsächlich erforderten.

Rechtstechnisch sieht der Änderungsvorschlag vor, die in § 16 Abs. 1 der geltenden Fassung enthaltenen Übergangsbestimmungen unverändert in § 17 Abs. 1 und 2 zu verschieben. Die im Gesetzentwurf zusätzlich vorgesehene neue Übergangsbestimmung in § 16 Abs. 3 soll nach der Empfehlung des Ausschusses in § 17 Abs. 3 verschoben werden (siehe dortige Erläuterung).

**Zu Absatz 1:**

Die empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe c) und wird dort wie folgt begründet (S. 3 f.):

*Mit der jetzt beabsichtigten Regelung werden öffentliche Auftraggeber im Anwendungsbereich dieses Gesetzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vor Zuschlagserteilung verpflichtet, den Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, in Textform (vgl. § 126b BGB)*

- *den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,*
- *die wesentlichen Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung sowie*
- *die Wartefrist bis zur Zuschlagserteilung gemäß Absatz 2*

*mitzuteilen. Dies gilt auch für Bewerber, die zuvor noch keine Informationen über die Ablehnung ihrer Bewerbung erhalten haben.*

*Die Einführung dieser Informations- und Wartepflicht ermöglicht es den unterlegenen Bietern, bei (vermuteten) Benachteiligungen und Verstößen gegen vergaberechtliche Vorschriften rechtzeitig vor Zuschlagserteilung tätig zu werden und z. B. Verfahren vor den Zivilgerichten einzuleiten. Auch können öffentliche Auftraggeber rechtzeitig vor Zuschlagserteilung auf Fehler im Vergabeverfahren hingewiesen werden, sodass diese ihrerseits die Möglichkeit haben, darauf zu reagieren. Im Vergleich zu möglichen alternativen Regelungen handelt es sich um ein bürokratiearmes Verfahren, da keine neuen Kontrollinstanzen geschaffen, sondern vielmehr die bereits bestehenden rechtlichen Möglichkeiten wirksamer genutzt werden können.*

*Wenn der geschätzte Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 GWB erreicht oder überschreitet, gelten insbesondere die §§ 134 und 135 GWB. Für diese Sachverhalte ist das Nachprüfungsverfahren im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt. Zur Klarstellung wird der Bezug zu den Schwellenwerten, ergänzend zur Anpassung von § 2 Abs. 3 (siehe oben unter Nr. 1 Buchstabe a) Doppelbuchstabe cc)), auch in § 16 aufgenommen.*

*Zur Sicherstellung einer einheitlichen Dokumentation des gesamten Vergabeverfahrens und unter Beachtung der Regelungen im Oberschwellenbereich, wird für die Vorabinformation an die unterlegenen Bieter die Textform vorgegeben.*

**Zu Satz 1:**

Die Informations- und Wartepflicht dient nach der o. g. Begründung der Effektivierung bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten vor Zuschlagserteilung. Sie soll also zusätzlich zu den Unterrichts- und Auskunftspflichten nach § 19 VOB/A 2019 und § 46 UVgO gelten, die im Wesentlichen nach Zuschlagserteilung zum Zwecke der (ex-post-)Transparenz eine Unterrichtung der unterlegenen Unternehmer und - auf deren Antrag - die Erteilung bestimmter Auskünfte vorschreiben. Das Fachministerium hat hierzu mitgeteilt, dass diese nachträglichen Unterrichts- und Auskunftspflichten aus fachlicher Sicht weiterhin grundsätzlich sachgerecht seien, weil sie gegenüber der Vorabinformation nach § 16 Abs. 1 Satz 1 zusätzliche Informationen vorsehen (den Namen des - letztlich - obsiegenden Unternehmens sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots, vgl. § 19 Abs. 2 VOB/A 2019 und § 46 Satz 3 UVgO). Speziell für Bauaufträge bestimmt § 19 Abs. 1 Satz 1 VOB/A 2019 außerdem, dass frühzeitig ausgeschiedene Bieter über ihr Ausscheiden „unverzüglich“ - also in der Regel noch vor dem Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 - unterrichtet werden sollen und in diesem Fall ebenfalls bestimmte Auskünfte nach § 19 Abs. 2 VOB/A 2019 verlangen können. Auch diese Regelung ist nach Auskunft des Fachministeriums - neben § 16 Abs. 1 Satz 1 - weiterhin grundsätzlich sachgerecht, weil sie dazu diene, den Unternehmen frühzeitig Planungssicherheit zu verschaffen.

Der GBD hat darauf hingewiesen, dass sich die o. g. Auskunftspflichten teilweise mit der Informationspflicht nach § 16 Abs. 1 Satz 1 überschneiden. Die öffentlichen Auftraggeber müssten - zumindest nach dem Wortlaut der Bestimmungen - die unterlegenen Unternehmen über die Gründe der Nichtberücksichtigung ihrer Angebote in bestimmten Fällen zweimal informieren, nämlich wenn die

unterlegenen Unternehmen die o. g. Auskunftsanträge stellen (auf Antrag nach § 19 Abs. 2 VOB/A 2019 bzw. § 46 Satz 3 UVgO und von Amts wegen nach § 16 Abs. 1 Satz 1).

Hierzu hat das Fachministerium mitgeteilt, es sei zum jetzigen Zeitpunkt nicht sicher vorhersehbar, inwieweit sich infolge der Einführung der Informations- und Wartepflicht nach § 16 einzelne Regelungen in § 19 VOB/A 2019 bzw. nach § 46 UVgO in der Praxis als entbehrlich oder zu weitgehend herausstellen könnten. Sollte sich in der Praxis künftig ein Änderungsbedarf ergeben, sei es möglich, durch Verordnung nach § 3 Abs. 3 entsprechende Abweichungen von § 19 VOB/A 2019 bzw. § 46 UVgO zu regeln (siehe die Anmerkung zu § 3 Abs. 3). Der GBD hat hiergegen keine rechtlichen Bedenken erhoben. Der Ausschuss ist dieser Erwägung des Fachministeriums gefolgt.

Der erste Satzteil (Einschränkung auf Vergaben im Unterschwellenbereich) ist als bloßer Hinweis rechtlich entbehrlich, weil sich bereits im Umkehrschluss aus § 2 Abs. 3 in der Fassung des Änderungsvorschlags ergibt, dass § 16 (neben anderen Vorschriften) nur für Vergaben im Unterschwellenbereich gilt. Die anderen Vorschriften des NTVergG, die nur im Unterschwellenbereich zur Anwendung gelangen, enthalten aus diesem Grund keine solchen Hinweise (vgl. § 8 Abs. 2 und § 9). Der Ausschuss empfiehlt jedoch, aus Gründen der Anwenderfreundlichkeit an der Formulierung festzuhalten. Der GBD hat hiergegen keine zwingenden rechtlichen Bedenken erhoben.

Die Formulierung des Änderungsvorschlags weicht zum Teil von der im NTVergG üblichen Begrifflichkeit ab („dessen Angebot angenommen werden soll“). Das Gesetz stellt bislang - rechtlich gleichbedeutend - auf die Erteilung des Zuschlages ab (siehe z. B. § 13 Abs. 2 Sätze 2 und 3). Auch in Satz 1 in der Fassung des Änderungsvorschlags ist im Übrigen von der „Zuschlagserteilung“ die Rede. Der Ausschuss empfiehlt daher, die Formulierung an das geltende Recht anzugleichen.

#### Zu Satz 2:

Die Verweisung auf Satz 1 („Dies gilt auch...“) ist ungenau, denn Bewerber, die unter Satz 2 fallen, sind bereits im Teilnahmewettbewerb ausgeschieden und haben daher auch kein „Angebot“ abgegeben, über dessen Nichtberücksichtigung sie informiert werden könnten. Der Ausschuss empfiehlt daher, durch eine Ergänzung der Verweisung klarzustellen, dass an die Stelle des Angebots die Bewerbung tritt („Dies gilt entsprechend auch...“).

Die in Satz 2 verwendeten Merkmale „betroffenen“ und „bietenden“ in Bezug auf die Unternehmen werden in Satz 1 nicht genannt. Das Merkmal „bietende“ enthält einen Hinweis darauf, dass die Unternehmen nach Satz 1 gemeint sind, weil diese - im Unterschied zu den Unternehmen nach Satz 2 - ein Angebot abgegeben haben. Das Merkmal „betroffene“ entspricht der Formulierung im Bundesrecht (§ 134 Abs. 1 Satz 2 GWB). Im Bundesrecht dient dieses Merkmal dazu, die Informations- und Wartepflicht auf solche Unternehmen zu beschränken, deren Angebote noch nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden, d. h. deren Ausschluss keiner (gegebenfalls weiteren) Überprüfung in einem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (vgl. Dreher/Hoffmann, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 134 GWB, Rn. 14 f.). Da das Landesrecht jedoch im Unterschwellenbereich ein dem Oberschwellenbereich entsprechendes Nachprüfungsverfahren nicht vorsieht und somit ein endgültiger Ausschluss im o. g. Sinne nicht erfolgt, empfiehlt der Ausschuss, das Merkmal der „Betroffenheit“ zur Vermeidung von Auslegungsfragen zu streichen. Stattdessen empfiehlt der Ausschuss die Formulierung „an Unternehmen nach Satz 1“, um den Bezug zu Satz 1 zu verdeutlichen.

#### **Zu Absatz 2:**

Die empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe c) und wird dort wie folgt begründet (S. 4 f.):

*Öffentliche Auftraggeber sowie beteiligte Unternehmen haben in der Regel ein großes Interesse daran, dass die Vergabeverfahren zügig durchgeführt und abgeschlossen werden und die erforderliche Beschaffung einer Bau-, Dienst- oder Lieferleistung vollzogen werden kann. Gleichzeitig soll bei Verstößen gegen vergaberechtliche Regelungen jedenfalls die Möglichkeit bestehen, ein Primärrechtsschutzverfahren einzuleiten. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information über die vorgesehene Nichtberücksichtigung geschlossen werden, im Falle einer Versendung auf elektronischem Weg oder per Fax verkürzt sich*

die Frist auf zehn Kalendertage. Die Regelung ist vergleichbar mit der Fristenregelung im Oberschwellenbereich nach § 134 GWB. Mit der Informations- und Wartepflicht von 15 bzw. 10 Kalendertagen erhalten unterlegene Bieter Kenntnis von einer beabsichtigten Zuschlagserteilung, ohne dass sich die Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes im erheblichen Umfang verlängern. Durch die Formulierung wird klargestellt, dass am 15. bzw. 10. Kalendertag nach Absendung der Information der Zuschlag erteilt werden darf.

Der Fristbeginn ist identisch mit der Berechnung oberhalb der EU-Schwellenwerte in § 134 Absatz 2 Satz 3 GWB. Dieses im Ober- und Unterschwellenbereich einheitliche Verfahren soll den Aufwand und die Gefahr von fehlerhaften Berechnungen so weit wie möglich reduzieren.

Der Ausschuss empfiehlt, in Satz 2 anstelle des im Änderungsvorschlag verwendeten Begriffs „Fax“ den im Landesrecht gebräuchlicheren Begriff „Telefax“ zu verwenden (vgl. z. B. § 29 Abs. 1 Satz 2 NJVollzG) und die Regelung auch im Übrigen sprachlich an das Landesrecht anzupassen („durch“ statt „per“).

### **Zu Absatz 3:**

Die empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe c) und wird dort wie folgt begründet (S. 5):

*In Fällen besonderer Dringlichkeit soll die Einhaltung der Informations- und Wartepflicht nicht zu unverhältnismäßigen Verzögerungen bei der Beschaffung von Leistungen, der Lieferung von Waren, der Ausführung von Bauleistungen oder der Erbringung von Dienstleistungen führen und daher gänzlich entfallen. An die besondere Dringlichkeit werden jedoch hohe Anforderungen vergleichbar mit den Regelungen in § 8 Absatz 4 Nummer 9 Unterschwellenvergabeordnung bzw. § 3a Absatz 3 Nummer 2 VOB/A 2019 gestellt. Folglich sollte bei Inanspruchnahme dieses Ausnahmetatbestandes eine entsprechende Dokumentation in den Vergabeunterlagen erfolgen.*

*Im Fall verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge und aus Gründen der Geheimhaltung können Umstände vorhanden sein, in denen eine vollumfängliche Informationspflicht zu nicht mit dieser Regelung beabsichtigten Nachteilen führt. Daher sollen für diese Sachverhalte ebenfalls Ausnahmemöglichkeiten geschaffen werden.*

Der in Satz 2 des Änderungsvorschlags verwendete Begriff der „verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträge“ ist in § 104 GWB legal definiert. Der Ausschuss empfiehlt daher, zu Klarstellungszwecken durch einen Klammerzusatz auf diese Legaldefinition hinzuweisen.

Anstelle der Formulierung „können (...) beschließen“ empfiehlt der Ausschuss die Formulierung „können (...) darauf verzichten“, um klarzustellen, dass die Regelung keine förmliche Beschlussfassung des Auftraggebers voraussetzt.

Es soll klargestellt werden, dass Satz 2 - wie § 16 insgesamt - nur für die Information vor der Zuschlagserteilung gilt (siehe obige Anmerkung zu § 16). Deshalb empfiehlt der Ausschuss, das Wort „vorgesehene“ einzufügen.

Dass die Regelung auch für „den Abschluss von Rahmenvereinbarungen“ gilt, ergibt sich bereits aus § 2 Abs. 1 Satz 2 der Entwurfsfassung. Hiernach gelten für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen, soweit nichts anderes bestimmt ist, dieselben Vorschriften dieses Gesetzes wie für die Vergabe entsprechender öffentlicher Aufträge. Diese Regelung verfolgt den Zweck, eine erneute Nennung der Rahmenvereinbarungen in allen nachfolgenden Vorschriften entbehrlich zu machen (Begründung, S. 14 f.). Vor diesem Hintergrund ist die Nennung auch hier entbehrlich und soll nach der Empfehlung des Ausschusses zur Vermeidung von Auslegungsfragen gestrichen werden.

**Zu Nummer 10 (§ 17):**

Die empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 1 Buchstabe d) und wird dort wie folgt begründet (S. 5):

*Die Übergangsbestimmungen werden nunmehr in § 17 geregelt. In Absatz 3 des § 17 wird nun mit dem 1. Januar 2020 ein fester Termin des Inkrafttretens eingeführt. Auf Vergaben, die vorher begonnen haben, findet das Gesetz in seiner bisherigen Fassung Anwendung.*

Rechtstechnisch sieht der Änderungsvorschlag vor, die Übergangsbestimmungen in § 16 Abs. 1 und 2 der geltenden Fassung sowie § 16 Abs. 3 der Entwurfsfassung insgesamt in den § 17 zu verschieben, dessen bisherige Regelung sich erledigt hat und der daher entbehrlich ist. Zusätzlich ist in Absatz 3 das im Änderungsvorschlag vorgesehene Inkrafttreten dieses Änderungsgesetzes am 1. Januar 2020 berücksichtigt (siehe Artikel 3).

Der Ausschuss empfiehlt darüber hinaus, in Absatz 4 eine weitere Übergangsregelung zu schaffen. Das Fachministerium hatte in den Beratungen darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der in der Unterschwellenvergabeordnung enthaltenen Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren aus Sicht der Praxis Bedarf für eine weitere Übergangsregelung bestehe. Denn nach § 38 Abs. 3 UVgO müssten öffentliche Auftraggeber bereits ab 1. Januar 2020 grundsätzlich vorgeben, dass die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform ausschließlich mithilfe elektronischer Mittel übermitteln dürfen („E-Vergabe“, vgl. Begründung, S. 12 f.). Nach Auskunft des Fachministeriums haben jedoch viele öffentliche Auftraggeber die hierfür erforderlichen technischen und organisatorischen Voraussetzungen mit Blick auf das noch laufende Gesetzgebungsverfahren bislang nicht geschaffen. Um die Umstellung zu ermöglichen und den Vollzug des Gesetzes sicherzustellen, hat das Fachministerium daher eine sechsmonatige Übergangsfrist angeregt. Gleiches gelte für die Regelung in § 38 Abs. 2 UVgO, wonach die öffentlichen Auftraggeber - ebenfalls ab Inkrafttreten dieses Gesetzes - elektronisch eingereichte Teilnahmeanträge und Angebote grundsätzlich auch dann zu akzeptieren hätten, wenn sie für das Vergabeverfahren andere Kommunikationsmittel (z. B. den Postweg) vorgegeben haben. Der GBD hat hiergegen keine rechtlichen Bedenken erhoben. Der Ausschuss ist den Erwägungen des Fachministeriums gefolgt.

**Zu Artikel 2/1 (Änderung eines Haushaltsvermerks im Haushaltsplan für das Haushaltsjahr 2019):**

Die Empfehlung beruht auf einem weiteren Änderungsvorschlag der Fraktionen von SPD und CDU (Vorlage 11, dort Nummer 1), der dem federführenden Ausschuss in der abschließenden Beratung am 1. November 2019 als Tischvorlage vorgelegt und von einem Ausschussmitglied der Fraktion der CDU in seinen Grundzügen erläutert wurde. Die Begründung des Änderungsvorschlags lautet wie folgt (S. 1 f.):

*Derzeit ist im Haushaltsplan 2019 im Einzelplan 08 bei Kapitel 0820 Titel 982 01 folgender verbindlicher Haushaltsvermerk ausgebracht: „Der MW ist berechtigt, Verpflichtungen bis zum Betrag von 40 Mio. Euro einzugehen und entsprechende Zahlungen zu leisten. Rückzahlungen und Erstattungen sind durch Absetzen von der Ausgabe bis spätestens zum Rechnungsabschluss des jeweiligen Haushaltsjahres zu vereinnahmen“.*

*Die Ermächtigung soll auf 100 Mio. Euro angehoben werden, um den Bundesfernstraßenbau reibungslos und ohne Verzögerungen im Haushaltsjahr 2019 voranzubringen. Insgesamt besteht 2019 in Niedersachsen für den Bundesfernstraßenbau ein Mittelbedarf in Höhe von 1,033 Mrd. Euro.*

*Inklusive der Inanspruchnahme der durch den Haushaltsvermerk im Einzelplan 08 Kapitel 0820 Titel 982 01 bisher eingeräumten Liquiditätsreserve von 40 Mio. Euro sowie Rückläufern aus anderen Bundesländern stehen für 2019 voraussichtlich Gesamtmittel in Höhe von 979 Mio. Euro zur Verfügung. Mit der Erhöhung der Liquiditätsreserve auf 100 Mio. Euro könnte die Deckungslücke geschlossen werden. Die Liquiditätsreserve ist ein Instrument zur unterjährigen Zwischenfinanzierung (hier 2019), der Ausgleich erfolgt durch Mittel aus dem Bundeshaushalt des Folgejahrs (hier 2020). Die Bundesmittel werden im Jahresabschluss dem jeweiligen Vorjahr (hier 2019) wirtschaftlich zugeordnet und durch Absetzen von der*

*Ausgabe vereinnahmt. In der Folge wird bei dem betreffenden Titel in der Haushaltsrechnung (hier 2019) keine Ausgabe nachgewiesen.*

*Dieses Verfahren ist geübte Praxis und dient der Sicherung eines kontinuierlichen Baufortschrittes und ermöglicht ein flexibles Reagieren auf unerwartete Entwicklungen.*

*Bei der Anpassung des Haushaltsvermerks zur Erhöhung der Liquiditätsreserve handelt es sich nicht um einen Nachtragshaushalt, da hierdurch weder die Ausgaben im Haushaltsplan 2019 noch die Haushaltsübersicht im Gesamtplan für das Haushaltsjahr 2019 verändert werden.*

Als Gründe für den zusätzlichen Finanzbedarf nannte das Ausschussmitglied der CDU-Fraktion u. a. die unerwartet guten Baufortschritte aufgrund guter Witterung sowie Preissteigerungen im Baubereich. Auf Nachfrage des Ausschussmitglieds der FDP-Fraktion teilte ein Vertreter des Wirtschaftsministeriums mit, die Erhöhung der Liquiditätsreserve diene dazu, drohende Unterbrechungen von laufenden Baumaßnahmen zu verhindern und zusätzliche Bundesmittel aus dem Bundeshaushalt 2020 für den Bundesfernstraßenbau in Niedersachsen zu erhalten.

Der GBD hat in der Sitzung des federführenden Ausschusses am 1. November 2019 darauf hingewiesen, dass er bis dahin keine Kenntnis von dem Änderungsvorschlag gehabt habe, sodass ihm eine rechtliche Prüfung der Tischvorlage vorab nicht möglich gewesen sei. Der federführende Ausschuss hat den Änderungsvorschlag gleichwohl abschließend beraten und ihm mehrheitlich zugestimmt.

In der Sitzung des mitberatenden Ausschusses für Haushalts und Finanzen am 6. November 2019 hat der GBD ergänzend ausgeführt, dass dem betreffenden Haushaltsvermerk entsprechende Haushaltsvermerke in Niedersachsen bereits seit über 30 Jahren in den Haushaltsplänen ausgebracht werden (vgl. Drs. 17/4915 und Drs. 17/3004, jeweils S. 2 zu Frage 4.). Ihre haushaltsrechtliche Zulässigkeit sei zwar bisher, soweit ersichtlich, nicht bestritten worden, jedoch nicht selbstverständlich. Denn durch diese Form des Haushaltsvermerks zu einem sogenannten Leertitel werden nicht alle Ausgaben des Landes, die in dem betreffenden Haushaltsjahr voraussichtlich zu leisten seien, im Haushaltsplan veranschlagt (vgl. Artikel 65 Abs. 1 Satz 1 NV, § 11 Abs. 2 Nr. 2 der Landeshaushaltsordnung - LHO -). Außerdem werden Ausgaben und Einnahmen nicht nach Zwecken getrennt veranschlagt (sogenanntes Bruttoprinzip; vgl. ebenfalls Artikel 65 Abs. 1 Satz 1 NV sowie § 15 Abs. 1 Satz 1 LHO und § 12 Abs. 1 Satz 1 des Haushaltsgrundsätzegesetzes - HGrG -, zu möglichen Ausnahmen allerdings auch § 15 Abs. 1 Satz 3 LHO und § 12 Abs. 1 Satz 3 HGrG). Stattdessen sollen die im nächsten Haushaltsjahr erwarteten Ist-Einnahmen mit den Ist-Ausgaben in diesem Haushaltsjahr saldiert (von diesen abgesetzt) werden. Ferner werden die Ausgaben nicht durch Einnahmen im selben Haushaltsjahr ausgeglichen (vgl. Artikel 65 Abs. 1 Satz 2 NV). Vielmehr werde davon ausgegangen, dass die Ausgaben in diesem Haushaltsjahr durch Einnahmen (Erstattungen) aus Bundesmitteln im nächsten Haushaltsjahr gedeckt werden.

Allerdings sei das Instrument des Leertitels dem Grunde nach haushaltsrechtlich anerkannt. Nummer 2 der Verwaltungsvorschriften (VV) zu § 11 LHO (entsprechend Nummer 2 der VV zu § 12 der Bundeshaushaltsordnung - BHO -) definiere einen Leertitel als einen Titel mit Titelnummer, Zweckbestimmung und ohne Ansatz. Aus einem solchen Titel können Ausgaben geleistet werden. Diese seien dann aber grundsätzlich überplanmäßige Ausgaben (Nummer 1 der VV zu § 37 LHO; ausdrücklich zu der entsprechenden Regelung des Bundes Nummer 7 der VV zu § 37 BHO). Für überplanmäßige Ausgaben gelten an sich Artikel 67 NV und § 37 LHO. Danach seien überplanmäßige Ausgaben bei einem unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedarf mit Einwilligung des Finanzministeriums zulässig und bedürfen nach § 37 Abs. 4 Satz 1 LHO der nachträglichen Billigung des Landtages.

Im vorliegenden Fall solle nun der Landtag gewissermaßen vorab eine überplanmäßige Ausgabe bewilligen, ohne dass die Voraussetzungen der Unvorhersehbarkeit und Unabweisbarkeit vorliegen. Eine eindeutige verfassungsrechtliche Einordnung des betreffenden Haushaltsvermerks sei nach Auffassung des GBD nicht möglich. Ob eine solche „überplanmäßige Ausgabe eigener Art“ verfassungsrechtlich zulässig sei, könne daher - zumal in der Kürze der Zeit - nicht eindeutig beantwortet werden. Allerdings spreche aus Sicht des GBD für die Zulässigkeit einer solchen Regelung, dass die wesentliche Funktion der o. g. Haushaltsgrundsätze, nämlich die Wahrung der

Budgethoheit des Parlaments und die Herstellung von Transparenz im Wesentlichen gewahrt werden. Denn durch die Beteiligung des Landtages vor Leistung der betreffenden Ausgaben habe es der Haushaltsgesetzgeber in der Hand, über die zu erteilende Ermächtigung zu entscheiden. Außerdem werde durch die Erläuterungen im Haushaltsvermerk deutlich, wie die zu tätige Ist-Ausgabe im Haushalts-Ist gedeckt werden solle, nämlich durch Ist-Einnahmen vom Bund im nächsten Haushaltsjahr (zur Zulässigkeit überplanmäßiger Ausgaben aus Leertiteln unabhängig von einer Unabweisbarkeit vgl. auch Aprill, in: Heuer/Scheller, Kommentar zum Haushaltsrecht, Stand: 69. Ergänzungslieferung Mai 2019, Rn. 12 zu § 11 BHO).

Letztlich verbleibe aus Sicht des GBD nur das Risiko, dass die entsprechenden Bundesmittel im nächsten Haushaltsjahr tatsächlich nicht vereinnahmt werden. Auf Nachfrage des GBD haben das Finanz- und das Wirtschaftsministerium mitgeteilt, dass dieses Risiko dort nicht gesehen werde und dass es in der Vergangenheit insoweit nie zu Problemen gekommen sei.

Eine Vertreterin des Finanzministeriums vertrat in der Sitzung des mitberatenden Ausschusses für Haushalt und Finanzen die Auffassung, die vorgeschlagene Erhöhung der Liquiditätsreserve stelle rechtlich keine Ausgabe des Landes dar, weil die auf Grundlage des Haushaltsvermerks geleisteten Zahlungen oder eingegangenen Verbindlichkeiten im Rahmen des Jahresabschlusses - und damit noch innerhalb des Haushaltsjahres 2019 - durch Erstattungen des Bundes ausgeglichen werden und somit in der Haushaltsrechnung 2019 im Ergebnis keine Ausgabe nachgewiesen werde.

Im mitberatenden Ausschuss für Haushalt und Finanzen bemängelten die jeweiligen Ausschussmitglieder der Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen und der AfD, dass der erhebliche zusätzliche Bedarf an Liquiditätsmitteln nicht früher erkannt und mitgeteilt worden sei. Ein Ausschussmitglied der CDU-Fraktion verwies darauf, dass sich aus den Ausführungen des GBD keine gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken ergeben haben und sprach sich unter Hinweis auf die zu erwartende Erstattung der verauslagten Mittel durch den Bund dafür aus, sich dem Votum des federführenden Ausschusses anzuschließen; dem ist der Ausschuss mehrheitlich gefolgt.

### **Zu Artikel 3 (Inkrafttreten):**

Die in Satz 1 empfohlene Änderung beruht auf dem Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 9, dort Nummer 2), der den 1. Januar 2020 als Datum des Inkrafttretens der Artikel 1 und 2 des Gesetzes vorsieht.

Satz 2 beruht auf dem weiteren Änderungsvorschlag der Fraktionen der SPD und der CDU (Vorlage 11, dort Nummer 2) zu Artikel 2/1 und sieht - abweichend von Satz 1 - ein rückwirkendes Inkrafttreten des Artikels 2/1 mit Wirkung vom 1. November 2019 vor. Die Begründung des Änderungsvorschlags führt dazu aus (S. 2):

*Das Inkrafttreten des geänderten Haushaltsvermerks zum 01.11.2019 sichert einen kontinuierlichen Baufortschritt.*

Die vom Ausschuss aufgrund eines Hinweises des GBD empfohlenen Änderungen sind lediglich redaktioneller Natur („mit Wirkung vom 1. November 2019“ statt „am 01.11.2019“).