

Projekt I C 4 – 08/13

Die Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen

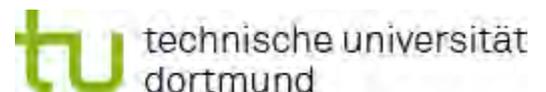
Studie im Auftrag des

Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

vorgelegt von

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.)
Universität Osnabrück
European Legal Studies Institute: Lehrstuhl
für Öffentliches Recht, Europarecht,
Völkerrecht und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Andreas Hoffjan
Technische Universität Dortmund
Lehrstuhl Unternehmensrechnung und
Controlling



März 2015

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	4
A. Zusammenfassung in Thesen	5
B. Volkswirtschaftliche Grundlagen: Notwendigkeit der PreisVO unter den heutigen Rahmenbedingungen	7
I. Ableitung der wirtschaftspolitischen Ziele als Beurteilungskriterien	7
II. Historische Rechtfertigung und Erforderlichkeit	10
III. Notwendigkeit der VO zur Aufrechterhaltung des allgemeinen Preisstands	13
IV. Mögliches Marktversagen	15
1. Marktversagen aufgrund geringer Rationalität des öffentlichen Auftraggebers	15
2. Marktversagen aufgrund von hohen Transaktionskosten bei Unsicherheit	20
3. Marktversagen infolge von Unteilbarkeit	22
4. Nachfragemonopol	25
V. Ergänzende Bewertungskriterien einer hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe	26
1. Weitere Vorteile einer hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe	26
2. Nachteile einer speziellen hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe	27
VI. Zusammenfassende volkswirtschaftliche Bewertung	28
C. Betriebswirtschaftliche Empirie	31
I. Verbreitung der Verordnung und ihre Praxisrelevanz	31
1. Methodisches Vorgehen	31
2. Empirische Ergebnisse	33
a) Struktur und Volumen öffentlicher Aufträge	33
b) Verbreitung des Preisrechts und Praxisrelevanz	37
c) Anwendungsprobleme öffentlicher Auftraggeber	41
3. Validierung der Ergebnisse durch Preisprüfer	42
4. Fazit zu Verbreitung und Praxisrelevanz	43
II. Anwendungsprobleme mit dem öffentlichen Preisrecht	43
1. Methodisches Vorgehen	43
2. Ergebnisse der Befragung	45
a) Preisrecht und Mittelstand	45
b) Marktpreise	46
c) Organisation der Preisprüfung	49
d) Dienstleistungsunternehmen	50
e) Bestimmungen der externen Rechnungslegung	51
f) Enge Fokussierung auf traditionelle Beschaffungskonzepte	53
g) Internationale Auftragsvergaben	54
3. Validierung der Ergebnisse durch Preisprüfer	58
4. Fazit zu Anwendungsproblemen	60
D. PreisVO und Bürokratieaufwand	61
I. Methodisches Vorgehen	61
1. Annahmen und Voraussetzungen	61
2. Erfassung von Informationspflichten	61
3. Standardprozesse und -aktivitäten	62
4. Ermittlung der Kostenparameter	62
II. Empirische Ergebnisse	64
1. Stichprobe	64

2. Informationspflicht 1: Vorlage Selbstkostenpreisberechnung	65
3. Informationspflicht 2: Grundsatzprüfung	67
4. Informationspflicht 3: Einzelfallprüfung	68
5. Sonstiger Aufwand und Opportunitätskosten	69
III. Validierung der Ergebnisse durch Preisprüfer	69
IV. Fazit zur Ermittlung des Bürokratieaufwands	70
E. Die Verordnung PR Nr. 30/53 im Gefüge der Rechtsordnung	71
I. Inhalt und Funktion der Verordnung Nr. 30/53	71
1. Die wesentlichen Regeln der Preisbildung	71
2. Anwendungsbereich der PreisVO	74
3. Regelungszwecke des Preisrechts	75
II. Verhältnis zum Vergaberecht	77
1. Vergaberechtliche Regelungszwecke und -strukturen im Überblick	78
2. Der Preis im Vergabeverfahren	79
3. Das Preisrecht im Vergabeverfahren	80
4. Rückwirkungen auf die Stellung der PreisVO	82
a) Selbstand des Preisbildungsrechts	82
b) Verknüpfung bei Rechtsverstößen	83
c) Zum Anwendungsbereich der PreisVO	84
5. Zwischenergebnis	88
III. Einwirkungen des EU-Beihilferechts	88
1. Inhalt und Funktion	88
2. Einwirkung auf innerstaatliche Vergabeverfahren	89
3. Rückwirkungen auf die PreisVO	90
IV. Verhältnis zum GWB-Kartellrecht	92
1. Anwendbarkeit	92
2. Spezielle Entgeltregelungen	93
3. Entgeltbezogene Missbrauchsverbote	95
4. Allgemeine Missbrauchsverbote	96
5. Zwischenergebnis	97
V. Zur Vereinbarkeit der PreisVO mit höherrangigem Recht	97
1. Verfassungsmäßigkeit	98
2. Vereinbarkeit mit dem europäischen Unionsrecht	102
VI. Das Preisrecht anderer EU-Mitgliedstaaten im Überblick	106
1. Österreich	106
2. Niederlande	107
3. Vereinigtes Königreich	107
4. Frankreich	107
5. Spanien	108
6. Italien	108
7. Schweiz	109
F. Zur Notwendigkeit und möglichen Gestaltung öffentlichen Preisrechts – Integrative Gesamtbewertung	110
I. Preisbildungsrecht in der Auftragsvergabe als staatliche Aufgabe?	110
II. Veränderungen in der Regelungsstruktur des Preisbildungsrechts	111
1. Rechtsform und Rechtsgrundlage	111
2. Verknüpfung mit dem Vergaberecht	112
III. Autonome Änderungen im Preisbildungsrecht	113
1. Mittelstandsgerechtes Preisrecht	113
2. Konsequenter Marktpreisvorrang	115

3. Reform der Preisüberwachung	120
4. Ausrichtung der LSP auf Dienstleistungen	125
5. Orientierung an der handelsrechtlichen Rechnungslegung	125
6. Angemessene Berücksichtigung moderner Beschaffungskonzepte	129
7. Gleichbehandlung internationaler Auftragsvergaben	132
Anhang 1: Verzeichnis der zitierten Studien	133
Anhang 2: Interviewleitfaden zur „Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“	135
Anhang 3: Ermittlung der gewichteten Anwendung der PreisVO und von Selbstkostenpreisen...	137
Anhang 4: Gesamtfördervolumen der Projektträger	138

Einleitung

Die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (im folgenden: PreisVO) ist ein ordnungsrechtliches Instrument des Wirtschaftsaufsichtsrechts der Nachkriegszeit. Sie wurde im November 1953 erlassen¹ und beruht auf dem Preisgesetz von 1948, das noch vor Inkrafttreten des Grundgesetzes vom Wirtschaftsrat für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet (sog. Bizone) erlassen worden war². Die PreisVO soll im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe für eine marktwirtschaftliche Preisbildung unter Wettbewerbsbedingungen sorgen und greift zu diesem Zweck in die freie Preisbildung zwischen Anbieter und Nachfrager ein, indem sie verschiedene Grundsätze der Preisbildung und -berechnung aufstellt, die von Auftraggeber und -nehmer beim Abschluss des Beschaffungsvertrages zu beachten sind.

Die vorliegende Studie untersucht im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie die gegenwärtige Bedeutung der PreisVO unter ökonomischen und rechtlichen Gesichtspunkten. Es soll eine Standortbestimmung der Verordnung unter Betrachtung von Notwendigkeit, Sinn und Zweck hoheitlicher preisrechtlicher Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge erfolgen. Dabei stehen aus betriebswirtschaftlich-empirischer Perspektive der tatsächliche Anwendungsbereich und die Praxisrelevanz der Verordnung auf dem Prüfstand, während aus juristischer Sicht vor allem die Entwicklung in den Bereichen des Vergaberechts, des Beihilfe- und Kartellrechts und ihre Auswirkungen auf die Bedeutung des PreisVO zu betrachten sind. Abgerundet wird die Untersuchung zum einen durch einen Ausblick auf die Bürokratiekosten durch die Anwendung der PreisVO sowie auf die Preisrechtsvorschriften anderer EU-Mitgliedstaaten. Sie mündet in eine disziplinübergreifende Gesamtbetrachtung zur Notwendigkeit der PreisVO unter den heutigen ökonomischen und juristischen Rahmenbedingungen und zeigt mögliche Veränderungen des geltenden Rechts auf.

¹ Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21.11.1953 (BAnz. Nr. 244).

² § 2 des Übergangsgesetzes über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz) v. 10.4.1948 (WiGBl S. 27).

A. Zusammenfassung in Thesen

1. Die PreisVO erfüllt weiterhin den Zweck des Vorrangs der marktwirtschaftlichen Preisbildung, leistet unter den heutigen Rahmenbedingungen zum originären Normzweck – der Aufrechterhaltung des Preisstandes – nur noch einen geringeren Beitrag.
2. Gleichwohl kann aus volkswirtschaftlicher Perspektive die zuweilen geringe Rationalität des öffentlichen Auftraggebers eine hoheitliche preisrechtliche Vorgabe einschließlich einer neutralen Prüfungsbehörde als externes Kontrollorgan rechtfertigen.
3. Die PreisVO wird infolge der geringen Kenntnisse einiger öffentliche Auftraggeber oftmals nicht beim Beschaffungsprozess beachtet.
4. Praxisrelevanz entfaltet das Preisrecht wenn Ausschreibungen nicht zu mehreren Geboten führen oder wenn unmittelbare Vergaben stattfinden. Die größte Bedeutung erlangt es bei Forschungs- und Verteidigungsaufträgen sowie institutionell auf Bundesebene.
5. Bei der konkreten Ausgestaltung des Preisrechts sind Feinjustierungen vorzunehmen. Die Verbesserungspotentiale betreffen den Mittelstand, Dienstleistungsaufträge, alternative Beschaffungskonzepte, die Übernahme von HGB-Wertansätzen, die Marktpreisdefinition sowie die Organisation der Preisprüfung.
6. Die PreisVO verursacht einen moderaten Bürokratieaufwand, vornehmlich durch die Selbstkostenpreisberechnung und die Grundsatzprüfung. Dieser würde nicht durch eine Abschaffung reduziert, individuelle Vereinbarungen bedingen dann erhöhte Transaktionskosten.
7. Neben ihrem historischen Regelungszweck erfüllt die PreisVO infolge ihrer Inbezugnahme durch andere Teile der Rechtsordnung eine objektive Referenz- und Sicherungsfunktion, die im Falle einer Aufhebung der Verordnung nach gegenwärtiger Rechtslage unbesetzt bliebe.
8. Trotz eines identischen Bezugspunkts ihrer Regelungen stehen das Preisbildungsrecht und das Vergaberecht i.e.S. als selbständige Rechtsregime inhaltlich überschneidungsfrei nebeneinander. Sie enthalten gegenseitige Bezugnahmen aufeinander, die allerdings regelungstechnisch und inhaltlich unklar sind.
9. Die PreisVO verstößt weder gegen das EU-Beihilferecht, noch werden ihre wesentlichen Funktionen durch dieses erfüllt.
10. Die wesentlichen Funktionen der PreisVO können nicht insgesamt durch das deutsche Kartellrecht erfüllt werden, zumal sie ohnehin nur auf marktbeherrschende Anbieter anwendbar sind. Weiter finden die speziellen Entgeltregelungen des GWB nur auf die Energie- und Wasserwirtschaft Anwendung und bleiben in puncto Klarheit und Vorhersehbarkeit hinter den Regeln der LSP zurück. Die Gewährleistung der Selbstkostenpreise durch die PreisVO kann theoretisch mit dem allgemeinen Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) in Konflikt geraten.
11. Die PreisVO ist in ihrer gegenwärtigen Gestalt sowohl mit deutschem Verfassungsrecht als auch mit europäischem Unionsrecht vereinbar. Der in der neuen EU-Vergaberechtlinie 2014/24/EU enthaltene, ausdrückliche Vorbehalt zugunsten des nationalen Preisrechts der Mitgliedstaaten macht deutlich, dass dieses vom harmonisierten Vergaberecht nicht erfasst – und somit auch regelungssystematisch zu unterscheiden – ist.

12. Auch wenn das Preisbildungsrecht weiterhin einen legitimen Regelungsgegenstand des deutschen öffentlichen Wirtschaftsrechts bildet, ist das Rechtsregime der PreisVO weder durch Verfassungs- noch durch EU-Recht geboten und steht damit zur Disposition des deutschen Gesetz- und Verordnungsgebers, der hierüber nach Maßgabe der politischen Willensbildung entscheiden kann.

13. Sollte letztere für eine grundsätzliche Beibehaltung des Preisbildungsrechts ausfallen, so empfehlen sich eine Reihe von Veränderungen in bezug auf seine grundsätzliche Regelungsstruktur und seine Verknüpfung mit dem Vergaberecht i.e.S. Hinsichtlich letzterer sollte vor allem die Bedeutung des Beachtensgebots in § 2 Abs. 4 VOL/A, § 2 EG Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV sowie der Auftragsbegriff des Preisbildungsrechts klargestellt werden. Eine Ausdehnung des Preisbildungsrechts auf öffentlich finanzierte, aber privatrechtlich organisierte Auftraggeber entspräche seinem originären Regelungszweck.

14. Sollte ein autonomes Preisbildungsrechts beibehalten werden, empfehlen sich u.a. folgende inhaltlichen Modernisierungen:

- Für die Kalkulation der Selbstkostenpreise von KMU sind größenabhängige Vereinfachungen vorzusehen.
- Die Marktpreisbildung muss bei Ausschreibungen und Vorliegen echter Konkurrenzangebote erleichtert werden.
- Die Preisprüfung orientiert sich an verbindlichen Prüfungsstandards sowie -fristen und richtet mit einer zentralen Schiedsstelle eine zweite Instanz ein.
- Für Dienstleistungsaufträge werden spezielle Kalkulationsschemata anerkannt.
- LSP-Kostenpositionen werden stärker in Höhe der handelsrechtlichen Ansätze übernommen, insb. bei den Pensionsrückstellungen.
- Bei wesentlichen Unterauftragnehmeranteilen (>80%) ist die VO PR 30/53 verpflichtend anzuwenden.

B. Volkswirtschaftliche Grundlagen: Notwendigkeit der PreisVO unter den heutigen Rahmenbedingungen

I. Ableitung der wirtschaftspolitischen Ziele als Beurteilungskriterien

Das Gutachten soll Aussagen über die Rechtfertigung und Erforderlichkeit einer speziellen hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterbreiten. Die PreisVO stellt eine solche hoheitliche preisrechtliche Vorgabe dar und regelt im speziellen die Preisbildung im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge. Sie ist als klassisches Preisrecht Bestandteil des Wirtschaftsrechts, speziell des Lenkungsrechts,³ und gestaltet die Rahmenbedingungen des öffentlichen Auftragswesens mit. Die Gestaltung der Rahmenbedingungen von ökonomischen Aktivitäten ist die Aufgabe der Wirtschaftspolitik und erfolgt immer im Hinblick auf bestimmte Ziele.⁴ Charakteristikum dabei ist, dass bei der Bestimmung der Ziele Werturteile zur Anwendung kommen, die selbst nicht wissenschaftlich beweisbar sind, die aber mutmaßlich von der Allgemeinheit geteilt werden.⁵ Ein Urteil über die Erforderlichkeit einer speziellen hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge bedarf daher zunächst einer Offenlegung der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, die den Maßstab zur Beurteilung bilden.

Die Grundordnung des Wirtschaftsgeschehens der Bundesrepublik Deutschland ist (sozial-) marktwirtschaftlich geprägt und basiert auf der Erkenntnis, „dass die Koordination über Märkte zu besseren Ergebnissen führt als ein System staatlich-bürokratischer Lenkung.“⁶ Als Ausgangspunkt dieser Erkenntnis kann „die klassische Dichotomie“ von Konkurrenz und Monopol angesehen werden.⁷ Das Modell der vollkommenen Konkurrenz stellt das Standardmodell der ökonomischen Theorie dar.⁸ Unter der Annahme der vollständigen Konkurrenz auf allen Märkten kann gezeigt werden, dass auf der Basis eines totalen Konkurrenzgleichgewichts die maximale Wohlfahrt erlangt wird. Diese Effizienz des Marktes wird durch den Begriff der Pareto-Optimalität präzisiert.⁹ Pareto-optimal (oder Pareto-effizient) bedeutet hierbei, dass durch eine Reallokation von Produktionsfaktoren oder Gütern „kein Individuum mehr besser gestellt werden kann, ohne dass dadurch ein

³ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, Einführung Rn. 1; *Rittner*, Wirtschaftsrecht, 1987, S. 488 ff.

⁴ Vgl. *Ahrms/Feser*, Wirtschaftspolitik: Problemorientierte Einführung, 1997, S. 2.

⁵ Vgl. *Breyer/Kolmer*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, 2010, S. 21.

⁶ *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 8. Aufl. 2011, S. 1; vgl. auch die Erklärung der Neubegründung der Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland von *Erhard* (1948): Die neuen Tatsachen, in: *Stützel/Watrin/Willgerodt/Homann* (Hrsg.), Grundtexte der sozialen Marktwirtschaft 1981.

⁷ Vgl. *Borchert/Grossekettler*, Preis und Wettbewerbstheorie, 1985, S. 26; *Bartling*, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, 1980, S. 12.

⁸ Vgl. *Borchert/Grossekettler*, a.a.O., S. 26; vgl. zum Modell der vollständigen Konkurrenz z. B. *Varian*, Mikroökonomie, 3. Aufl. 2001, S. 215ff; *Schumann/Meyer/Ströbele*, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 9. Aufl. 2011, S. 215 ff.

⁹ Vgl. *Schumann/Meyer/Ströbele*, a.a.O, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 9. Aufl. 2011, S. 276.

anderes schlechter gestellt würde.“¹⁰ Eine Eigenschaft des Marktgleichgewichts ist also die optimale Allokation der Produktionsfaktoren, wobei die Lenkung über den Preis erfolgt.

Die PreisVO stellt wie zuvor gesagt verschiedene Grundsätze der Preisbildung und -berechnung auf, die von Auftraggeber und -nehmer beim Abschluss des Beschaffungsvertrages zu beachten sind. Diese Regeln können in bestimmten Fällen die freie Preisbildung durch Angebot und Nachfrage korrigieren. Sofern allerdings die Marktkoordination als der prinzipiell überlegene Steuerungsmechanismus angesehen wird, folgt daraus, dass Korrekturen der Preisfindung im Markt zu rechtfertigen sind.¹¹ Daher muss belegt werden, dass der Markt in dem betreffenden Bereich versagt. Dies ist der Fall, wenn das Wirken der freien Marktkräfte ohne einen hoheitlichen Eingriff zu einem schlechteren Ergebnis führt als mit diesem Eingriff.¹²

Es werden zwei Arten von Marktversagen unterschieden. Zum einen können Bedingungen vorliegen, unter denen die Funktionsfähigkeit einzelner Märkte beeinträchtigt ist. Die Folge ist, dass keine optimale Ressourcenallokation erreicht wird. Ziel einer Preisadministration ist in diesem Fall, in den Bereichen, in denen der Markt- und damit der Preismechanismus eingeschränkt ist, durch geeignete Maßnahmen eine optimale Allokation der Produktionsfaktoren zu erreichen.¹³ Ursachen für ein solches Marktversagen können externe Effekte, Informationsmängel, Anpassungsmängel bei Strukturkrisen, natürliche Monopole und überhöhte Transaktionskosten sein.¹⁴ Zur Beurteilung der Rechtfertigung und Erforderlichkeit einer Preisvorgabe bei öffentlichen Aufträgen sind insbesondere die zwei zuletzt genannten Punkte relevant, so dass auf eine Erörterung der anderen Arten von Marktversagen nachfolgend verzichtet wird. Zum anderen liegt ein makroökonomisches Marktversagen vor, wenn staatliche Eingriffe notwendig sind, um das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht sicherzustellen. Diese Eingriffe werden unter dem Begriff der Stabilitätspolitik subsumiert. Zielsetzung dieser ist zu verhindern, dass resistente Ungleichgewichte im ökonomischen System entstehen oder fortbestehen.¹⁵ Die Stabilitätspolitik ist als Staatsaufgabe in Art. 109 Abs. 2 GG festgeschrieben und wurde durch das Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StabG) im Jahr 1967 auch gesetzlich konkretisiert. Die vier Ziele der Stabilitätspolitik sind Preisniveaustabilität, hoher Beschäftigungsstand und außenwirtschaftliches Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum. Eine weitere Aufgabe einer staatlichen Preisregulierung ist daher, den unerwünschten Begleiterscheinungen Arbeitslosigkeit, Inflation, Wachstumsschwäche und außenwirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken.¹⁶

¹⁰ *Stocker*, Moderne Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2009, S. 146. Diese Aussage entspricht dem ersten Hauptsatz der paretianischen Wohlfahrtsökonomie, der zufolge das Marktgleichgewicht bei vollständiger Konkurrenz Pareto-optimal ist.

¹¹ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 1.

¹² Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 1.

¹³ Vgl. *Canmer*, Die Kostenrechnung als Instrument der staatlichen Preisregulierung in der Abfallwirtschaft, 1997, S. 5.

¹⁴ Vgl. *Hauptkorn*, Preisrecht: Ökonomische Rationalität und praktische Vernunft des allgemeinen und besonderen Rechts der Bildung und Verlautbarung von Preisen, 2000, S. 173.

¹⁵ Vgl. *Wagner*, Stabilitätspolitik, 9. Aufl. 2011, S. 1.

¹⁶ Vgl. *Canmer* (Fn. 13), S. 7.

Die Theorie des Marktversagens stellt eine normative Grundlage dar, um die Erforderlichkeit einer hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe zu beurteilen.¹⁷ Die PreisVO kann daher als erforderlich angesehen werden, wenn sie zur Erreichung der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen der optimalen Ressourcenallokation und des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts einen Beitrag leistet. Ein solches Marktversagen stellt den natürlichen Ausnahmbereich des Wettbewerbs dar.¹⁸

Von diesen rein ökonomischen Zielen sind politische Ziele zu unterscheiden, welche den politischen Ausnahmbereich des Wettbewerbs darstellen. Hierzu zählen insbesondere Distributionsaspekte, welche ein inhärentes Problem rein marktwirtschaftlicher Systeme ansprechen: Die Ungleichheit der Verteilung von Einkommen und Vermögen.¹⁹ Aus ungleicher Verteilung können dauerhafte gesellschaftliche Konflikte entstehen, die nicht nur politische sondern auch ökonomische Gleichgewichte in Frage stellen, so dass Eingriffe zur Korrektur marktwirtschaftlicher Ergebnisse begründet erscheinen.²⁰ Die (Re-)Distribution erfolgt mit der Intention, soziale Gerechtigkeit herzustellen, sozialen Frieden zu sichern und soziale Sicherheit zu gewährleisten.²¹ Die Kombination aus dem Prinzip der Allokation über Märkte mit staatlichen Umverteilungsmechanismen ist gerade Kennzeichen der sozialen Marktwirtschaft.²² Daher kann eine hoheitliche Preisvorgabe auch unter Distributionsaspekten gerechtfertigt sein. Eine preisrechtliche Begrenzung öffentlicher Aufträge kann in Verbindung mit vertraglichen Regelungen (Höchstpreisbegrenzung) dazu führen, dass eine Umverteilung vom Kreis der öffentlichen Auftragnehmer hin zur Allgemeinheit stattfindet, welche über Steuermittel die Finanzierung der öffentlichen Beschaffung tragen. Neben den drei genannten wirtschaftspolitischen Zielen wird in der Literatur als generelles Ziel der staatlichen Preisregulierung die Erzielung von Einnahmen genannt bzw. hinsichtlich der VO PR Nr. 30/53 die Verringerung von Ausgaben.²³ Im Fall der Preisregulierung öffentlicher Aufträge sind Distributionsziele grundsätzlich synonym zu finanzwirtschaftlichen Zielen, sodass zwischen diesen beiden Zielen im Folgenden nicht differenziert werden muss.

Ergänzend sei angemerkt, dass das Modell der vollkommenen Konkurrenz heutzutage nicht mehr das (alleinige) Leitbild der Wettbewerbspolitik darstellt, da dieses die wettbewerbliche Dynamik vernachlässigt.²⁴ Die Notwendigkeit der Erweiterung der statischen Theorie um eine dynamische Betrachtungsweise basiert dabei insbesondere auf der These von Schumpeter, dass gerade die Aussicht auf Gewinne die Voraussetzung für technischen Fortschritt und wirtschaftliches Wachstum ist.²⁵ Dies entspricht dem Wettbewerbsverständnis als Entdeckungsverfahren (das

¹⁷ Vgl. zum Marktversagen als normative Theorie der Regulierung *Schmidt*, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, 9. Aufl. 2012, S. 44 ff.

¹⁸ Vgl. *Hauptkorn*, a.a.O., S. 173.

¹⁹ Vgl. *Ahrns/Feser* (Fn. 4), S. 21.

²⁰ Vgl. *Ahrns/Feser* (Fn. 4), S. 22.

²¹ Vgl. *Canmer* (Fn. 13), S. 8.

²² Vgl. *Welfens*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, 2010, S. 113.

²³ Vgl. *Canmer* (Fn. 13), S. 5.

²⁴ Vgl. *Stegemann*, in: Ortlieb, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht 1962, S. 240; *Bartling* (Fn. 7), S. 15 f.

²⁵ Vgl. *Stegemann*, a.a.O., S. 242 f.

ständige Bemühen, besser als der Mitbewerber zu sein) von Hayek (1944).²⁶ „Die Antriebskraft dieses fortlaufenden Entdeckungsprozess ist die Aussicht auf einen Gewinn, in strikt ökonomischer Terminologie: die Aussicht auf eine zumindest temporäre Monopolrente: Eine Monopolrente ist eine über die Opportunitätskosten hinausgehende Entlohnung und damit ein Gewinn im ökonomischen Sinne.“²⁷ Das Besondere der dynamischen Betrachtungsweise ist, dass diese „Pioniergewinne“ nicht nur eine Folge, sondern auch Voraussetzung für den technischen Fortschritt sind.²⁸ Sie führen damit letztlich zu einer Steigerung des Wohlstandes. Ein ökonomischer Gewinn ist daher im Gegensatz zu den Implikationen des Modells der vollständigen Konkurrenz nicht nur vertretbar, sondern sogar erwünscht.²⁹ Dies gilt so lange, wie solche Pioniergewinne im Zeitablauf durch den nachfolgenden Wettbewerb wieder bedroht, abgebaut und ggfs. überflügelt werden.³⁰ Die mangelnde Berücksichtigung der Dynamik im neoklassischen Modell führte auch in Deutschland in den 1960er Jahren zu einer Berücksichtigung der Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs in der Wettbewerbspolitik.³¹ Im deutschsprachigen Raum erfuhr insbesondere das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs durch *Erhard Kantzenbach* große Bedeutung, indem es zum Beispiel auch als eine Begründung für die Änderung des GWB von 1973 diente.³² Eine Konsequenz für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe ist, dass mögliche Eingriffe zur Beseitigung von unerwünschten Ergebnissen des freien Wettbewerbs nur erforderlich sind, wenn diese dauerhaft entstehen und nicht durch einen möglichen nachfolgenden Wettbewerb beseitigt werden.

II. Historische Rechtfertigung und Erforderlichkeit

Da die Notwendigkeit der PreisVO explizit unter den heutigen Rahmenbedingungen beurteilt werden soll, ist es zunächst sinnvoll, die historische Rechtfertigung und Erforderlichkeit der PreisVO zu beleuchten. Die in der Präambel definierte Zielsetzung der PreisVO ist die verstärkte Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens. In der Literatur und Rechtsprechung wird analog betont, dass die PreisVO den Grundsatz der marktwirtschaftlichen Preisbildung als verbindliche Richtschnur für die Vertragsparteien bei öffentlichen Aufträgen definiert.³³ Dieser Grundsatz stellt zugleich ein Paradoxon der PreisVO dar. Denn einer marktwirtschaftlichen Preisbildung würde entsprechen, dass sich für alle öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträge der Preis zwischen dem Angebot der privaten Unternehmen und der Nachfrage der öffentlichen Hand ohne eine hoheitliche preisrechtliche Vorgabe bildet. Vor diesem Hintergrund stellt nicht nur der Marktpreisvorrang des § 4 PreisVO einen Eingriff in die marktwirtschaftliche Preisbildung dar. Jedoch wird eine marktwirtschaftliche Preisbildung durch

²⁶ Vgl. *Stocker* (Fn. 10), S. 67; Primärquelle: *Hayek*, *The Road to Serfdom*, 1944.

²⁷ *Stocker* (Fn. 10), S. 67 f.

²⁸ Vgl. *Tolksdorf*, *Dynamischer Wettbewerb*, 1994, S. 47.

²⁹ Vgl. *Bartling* (Fn. 7), S. 20; vgl. für die Vereinbarkeit der dynamischen und statischen Betrachtung auch *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, 3. Aufl. 2008, S. 6.

³⁰ Vgl. *Bartling* (Fn. 7), S. 20; *Tolksdorf*, a.a.O., S. 47.

³¹ Vgl. *Tolksdorf*, a.a.O., S. 61.

³² Vgl. *Tolksdorf*, a.a.O., S. 58 ff.

³³ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 1 Rn. 31.

die heutige herrschende Auslegung der VO PR Nr. 30/53 als geschlossenes Preissystem eingeschränkt.³⁴ Bei der Erörterung dieser Feststellung empfiehlt es sich, den Wortlaut der Nr. 22 b der Richtlinien für öffentliche Auftraggeber vom 1. Juli 1955 in der Fassung vom 6. März 1961, geändert am 18. Juli 1962 zur Anwendung der VO PR Nr. 30/53 zum besseren Verständnis vorzuschicken:

„Vereinbaren Auftraggeber und Auftragnehmer einen Festpreis, obwohl die Voraussetzungen zum Abschluss eines Selbstkostenvertrages gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 erfüllt sind, so kann dieser vereinbarte Preis einer Selbstkostenprüfung auf Grund der §§ 9 und 10 der Verordnung nicht unterzogen werden. Deshalb trägt der öffentliche Auftraggeber beim Abschluss solcher Festpreisverträge eine besondere Verantwortung dafür, dass die Wirtschaftlichkeit der Beschaffungen gewahrt bleibt.“

Ein solcher Festpreis entspräche gerade der Regel der marktwirtschaftlichen Preisbildung, der Vereinbarung eines festen Preises zwischen den Vertragsparteien.³⁵ In der preisrechtlichen Literatur hingegen hat sich aufgrund der zitierten Richtlinie hingegen zunächst ein Streitgespräch entwickelt, nämlich

- a) ob durch Nr. 22 b ein dritter Preistyp für öffentliche Aufträge angesprochen wird, der außerhalb der PreisVO steht und daher auch einer Preisprüfung nach ihren Vorschriften nicht zugänglich ist oder
- b) ob jede Preisvereinbarung und jedes Preisangebot - weil alle öffentlichen Aufträge grundsätzlich den Preisvorschriften der PreisVO unterliegen - entweder unter die Vorschriften für Marktpreise oder unter die Vorschriften für Selbstkostenpreise fallen müssen, womit sie auch nachprüfbar sind.³⁶

Gestützt auf die Rechtsprechung des OLG Hamm, Urteil vom 10.7.1961 und des bayerischen OLG, Beschluss vom 22.9.1971, und zusätzlich bestärkt durch das *argumentum e contrario* aus der Regelung des früheren § 12 VO PR Nr. 1/72, geht die Praxis der Preisprüfung allerdings von der Geschlossenheit der Regelung der PreisVO aus.³⁷ Der Ausschluss von Festpreisvereinbarungen durch die PreisVO widerspricht zunächst dem Grundsatz der marktwirtschaftlichen Preisbildung. Diese Feststellung wirft die Frage auf, welche möglichen Rahmenbedingungen den Verordnungsgeber zum Erlass der PreisVO im Jahr 1953 und ihrer Prinzipien bewegt haben könnten.³⁸ Ein wesentlicher Beweggrund hierfür dürfte gewesen sein, dass die Richtlinien für die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen (RPÖ) und die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund der Selbstkosten bei Leistungen für öffentliche Auftraggeber (LSÖ) bis zum Erlass der PreisVO geltendes Recht für die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen darstellten. Diese mit der VO PR 30/53 und den LSP korrespondierenden Vorgängervorschriften sind während des Dritten Reiches erlassen worden und beruhen auf der Vorstellung des „volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises“.³⁹ In der letztgültigen Fassung vom 11.08.1943 mussten nach der RPÖ vorrangig Einheits-

³⁴ Nicht eingeschränkt ist die Preisbildung im Grunde nur, sofern Preise vereinbart werden, die unter den zulässigen Höchstpreis der VO PR Nr. 30/53 liegen. Denn jede Unterschreitung des preisrechtlichen Höchstpreises entspricht dem Prinzip einer marktwirtschaftlichen Preisbildung.

³⁵ Vgl. zum Wesen des Marktpreises *Fettel*, Marktpreis und Kostenpreis, 1962, S. 64.

³⁶ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 1 Rn. 81.

³⁷ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 1 Rn. 85.

³⁸ Angemerkt werden kann, dass neben den historischen Beweggründen auch die heute wie damals bestehenden Besonderheiten der öffentlichen Beschaffung für den Erlass der VO PR Nr. 30/53 eine Rolle gespielt haben könnten. Diese werden allerdings gesondert in den nachfolgenden Kapiteln erläutert.

³⁹ Vgl. *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, 2001, S. 189ff.

und Gruppenpreise⁴⁰ angewendet werden, welche als allgemeine Preise für sämtliche Betriebe einer bestimmten Fertigungsart festgesetzt wurden.⁴¹ Sofern keine Einheits- oder Gruppenpreise vorlagen oder andere allgemeine oder besondere Preisvorschriften bestanden, waren Selbstkostenpreise zu bestimmen.⁴² Entsprechend unterlagen vor Erlass der PreisVO alle öffentlichen Aufträge entweder staatlich fixierten Preisen oder es mussten Selbstkostenpreise angewendet werden. Selbstkostenpreise unterliegen allerdings einer ganzen Reihe von Nachteilen.⁴³ Erstens eine mögliche Fehlleitung von Produktionsfaktoren, da die Lenkungsfunction von Preisen ausgeschaltet ist. Zweitens besteht bei Selbstkostenpreisen kein Leistungsanreiz, welcher gerade Wesen eines funktionierenden dynamischen Wettbewerbs ist. Drittens bedürfen Selbstkostenpreise einer intensiven Preisprüfung auf Kostenbasis. Viertens können Preisprüfungen Kostenüberhöhungen bei Selbstkostenpreisen nicht völlig verhindern. Denn grundsätzlich besteht bei der Ermittlung der Vollkosten eines Unternehmens die Frage, welche Kosten überhaupt berücksichtigungsfähig sind, da Selbstkostenpreise auf künstlich aufgeblähten Kosten bzw. Ineffizienzen beruhen könnten,⁴⁴ wobei aber gemäß dem Grundsatz wirtschaftlicher Betriebsführung normalerweise Auslastung und Wirtschaftlichkeit im Rahmen einer Preisprüfung untersucht werden. Ein Vergleich von Preisen und Kosten zur Ermittlung von Wettbewerbsverstößen wird insbesondere aus zuletzt genanntem Nachteil – möglicherweise in Unkenntnis der Prüfungsinhalte – in der wettbewerbsrechtlichen Literatur auch kritisch gesehen.⁴⁵

Ein gänzlicher Verzicht auf eine hoheitliche preisrechtliche Vorgabe für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge wäre historisch gesehen allein deswegen nicht sinnvoll gewesen, da die Gefahr einer gewohnheitsmäßigen Anwendung von volkswirtschaftlich grundsätzlich nachteiligen Selbstkostenpreisen im Sinne der RPÖ und LSÖ bestanden hätte. Dieser Zweck deckt sich mit dem Wortlaut von § 5 PreisVO, dass Selbstkostenpreise nur ausnahmsweise angewendet werden dürfen, und steht im Einklang mit dem Preisgesetz als Übergangsgesetz, welches „den Übergang zu normalen Preisverhältnissen in Aussicht nahm und ermöglichen sollte. Unter „normalen Preisverhältnissen“ wurden – damals wie heute – wirtschaftliche Verhältnisse verstanden, die es erlauben, der Preisbildung auf dem Markt nach Angebot und Nachfrage den Vorrang einzuräumen vor der Bindung der Preise durch staatliche Anordnungen.“⁴⁶ Als ein historischer Zweck der PreisVO kann entsprechend gesehen werden, dass diese den Anstoß für eine marktwirtschaftliche Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen geben sollte.

Die Begrenzung durch einen höchstzulässigen Selbstkostenpreis stellt auch heute noch eine Funktion der PreisVO dar. Einen empirischen Beleg dafür liefern *Hoffjan/Strickmann/Hövelborn* (2013), die aufzeigen, dass Preisprüfer selten bis gelegentlich feststellen, dass die Vertragsparteien

⁴⁰ Vgl. RPÖ, § 4.

⁴¹ Vgl. *Grau* (Fn. 39), S. 193.

⁴² Vgl. RPÖ, § 6.

⁴³ Vgl. zu den Nachteilen *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 1 Rn. 35ff; *Diederich*, Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen 1961, S. 36ff.

⁴⁴ Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, S. 171.

⁴⁵ Vgl. *Emmerich* a.a.O., S. 171; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, GWB § 19, Rn. 80.

⁴⁶ BVerfGE 8, 274 (312).

zu Unrecht Selbstkostenpreisvereinbarungen treffen.⁴⁷ Kritisch muss allerdings zu diesen empirischen Ergebnissen angemerkt werden, dass die Preisprüfer noch häufiger bei einem vereinbarten Marktpreis den preisrechtlich zulässigen Höchstpreis auf Basis der Selbstkosten des Auftragnehmers bestimmen.⁴⁸ Jedoch muss im Ergebnis eine Preisprüfung dazu führen, dass seltener dem Marktpreisvorrang und somit der Intention der PreisVO entsprochen wird, da der Auftraggeber zunächst den behaupteten Marktpreis akzeptieren muss. Allerdings erschwert eine nachträgliche Feststellung die Selbstkostenpreisprüfung. Des Weiteren geht eine nachträgliche Änderung des Preistyps aufgrund des Höchstpreiskarakters der PreisVO grundsätzlich zu Lasten des Auftragnehmers. Ein Grund für die häufige Korrektur der Preistypen dürften empirisch festgestellte Verständnisschwierigkeiten bei der Marktpreisdefinition sein.

III. Notwendigkeit der VO zur Aufrechterhaltung des allgemeinen Preisstands

Bevor auf mögliche Gründe eingegangen wird, warum die PreisVO oder allgemein eine hoheitliche Preisvorgabe auch unter den heutigen Rahmenbedingungen volkswirtschaftlich sinnvoll sein könnte, soll der heutige Beitrag der PreisVO hinsichtlich der Aufrechterhaltung des allgemeinen Preisstandes diskutiert werden. Diese Aufgabe bildet gerade den Normzweck der Rechtsgrundlage der PreisVO, von § 2 des Preisgesetzes. Der Rahmen, innerhalb dessen § 2 Abs.1 des Preisgesetzes nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend definiert und mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in Einklang steht, ist durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 12. November 1958 bestimmt worden.⁴⁹ Dieses führt aus, dass die Ermächtigung des Preisgesetzes § 2 darauf abzielt, „den Preisstand für alle Preise, den Preisstand insgesamt zu halten, also das allgemeine Preisniveau zu stabilisieren.“⁵⁰ Insbesondere aber nicht ausschließlich soll verhindert werden, dass die Preise unangemessen steigen, dass sie „davonlaufen“.⁵¹ Daher stellt § 2 des Preisgesetzes die Mittel zur Verfügung, „um die Auswirkungen von Störungen und Krisen des wirtschaftlichen Lebens auf die Preisentwicklung in Grenzen zu halten und durch Einwirkung auf die Preise Gefahren abzuwehren, die dem gesamten wirtschaftlichen, sozialen und politischen Leben durch eine ungestüme Preisentwicklung drohen können.“⁵² Zusammenfassend lässt es daher nur Maßnahmen zu, „die unerlässlich sind, um Gefährdungen und ernsthafte Störungen des gesamten Preisstandes abzuwehren.“⁵³ Wie im juristischen Teil dargestellt, bestehen seitens der Rechtsprechung bisher keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der PreisVO und an ihrer Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung des Preisstandes. Begründet wird dies zum einen damit, dass sich die Verhältnisse des öffentlichen Auftragswesens gegenüber 1953 nicht grundlegend verändert hätten. Zum anderen könnten aufgrund der umfangreichen öffentlichen Aufträge überhöhte Preise zu einer Gefährdung des gesamten Preisstandes führen, wobei die Gefahr überhöhter Preise

⁴⁷ Vgl. *Hoffjan/Hövelborn/ Strickmann*, Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen – Status quo und empirische Befunde vor dem Hintergrund aktueller Reformbemühungen, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen* 36 (2013), 3 (11).

⁴⁸ Vgl. *Hoffjan/Hövelborn/Strickmann*, a.a.O., S. 12.

⁴⁹ Vgl. *H.-W. Moritz*, *Betriebs-Berater* 1994, 1871.

⁵⁰ BVerfGE 8, 274 (308).

⁵¹ BVerfGE 8, 274 (309).

⁵² BVerfGE 8, 274 (310).

⁵³ BVerfGE 8, 274, (313).

insbesondere durch die monopolartigen Strukturen auf Auftragnehmer- und -geberseite gegeben ist.⁵⁴ Diese Ansicht muss allerdings bei einer genauen Prüfung relativiert werden.

Erstens lässt sich das tatsächliche Beschaffungsvolumen nach der VO PR 30/53 nur schwer bestimmen und scheint historisch bedingt anteilmäßig überschätzt. Beispielsweise wird das Gesamtvolumen öffentlicher Aufträge für das Jahr 2006 auf grob 260 Mrd. €/Jahr geschätzt.⁵⁵ Die nunmehr vorliegenden empirischen Ergebnisse deuten allerdings daraufhin, dass das nach PreisVO tatsächlich beschaffte Volumen mit ca. 64 Mrd. € im Jahr 2011 deutlich geringer ist. Ein Grund dafür könnte neben der Nichtbeachtung der PreisVO sein, dass die bezifferten 260 Mrd. € auch Aufträge von Bauleistungen und privaten öffentlichen Auftraggebern einschließen, welche allerdings nicht der PreisVO unterliegen. Der Anteil der öffentlichen Aufträge am nationalen BIP von 2.570 Mrd. €⁵⁶, die tatsächlich unter der Beachtung der VO PR 30/53 beschafft werden, beträgt somit nur etwa 2,5%. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die tatsächlichen Rechnerkürzungen noch wesentlich geringer sind. Die 2012 im Bundesgebiet vorgenommenen 1.741 Prüfungen eines Auftragsvolumens von 1,285 Mrd. € haben zu Rechnerkürzungen im Umfang von 26,5 Mio. € beigetragen. Hinzu kommen noch 661 Prüfungen von Zuwendungen bei einem Volumen von 747 Mio. € die weitere Rechnerkürzungen in Höhe von 12,7 Mio. € nach sich zogen. Dass das Ausmaß der Kürzungen im Verhältnis zum gesamten öffentlichen Beschaffungsvolumen relativ klein ist liegt sicherlich auch daran, dass Rechnerkürzungen per se kein Ziel der PreisVO sind. Vielmehr betrifft die präventive Wirkung des Preisrechts das gesamte öffentliche Beschaffungswesen, da die Möglichkeit der Beauftragung zur Einleitung einer Preisprüfung grundsätzlich gegeben ist. Daher dürfte die Wirkung einer drohenden Initiativprüfung den unmittelbaren Einspareffekt von zusammen 39,2 Mio. € deutlich übersteigen.

Zweitens beruht der Erlass der PreisVO auf Basis der Ermächtigung des § 2 des Preisgesetzes auf der Annahme, dass Preissteigerungen bei öffentlichen Aufträgen grundsätzlich Auswirkungen auf den allgemeinen Preisstand haben. Diese Gefahr besteht zweifelsfrei, wenn zunehmende Staatsausgaben durch Staatsverschuldung und eine expansive Geldpolitik finanziert werden, wie geschehen während beider Weltkriege.⁵⁷ Unter den heutigen Rahmenbedingungen ist eine solche Ausgabenfinanzierung allerdings kaum möglich. Denn durch die Unabhängigkeit der Zentralbanken und die im Grundgesetz verankerte Schuldenbremse könnten steigende Beschaffungspreise hauptsächlich nur durch ein gesteigertes Steueraufkommen finanziert werden.⁵⁸ Inflationäre Entwicklungen werden allerdings vornehmlich durch kreditfinanzierte Staatsausgaben ausgelöst.⁵⁹ Daher dürften Preissteigerungen bei öffentlichen Aufträgen allein systembedingt nur einen geringen Einfluss auf den allgemeinen Preisstand besitzen. Betrachtet man allerdings die Preisstandswahrung

⁵⁴ Vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 11.01.1999; OVG Weimar, Beschluss vom 13.04.1999.

⁵⁵ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), Einführung, Rn. 7.

⁵⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt (2012).

⁵⁷ Vgl. zur Kriegsfinanzierung durch Geldschöpfung, *Homburg*, ifo Schnelldienst 2011, S. 17.

⁵⁸ Angemerkt sei, dass die Bank deutscher Länder bereits 1951 ihre Unabhängigkeit erlangte. Daher könnte argumentiert werden, dass dies keine Änderung von heute zum Jahr 1953 darstellt. Dennoch konnte wahrscheinlich 1953 vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit den bis dahin weisungsgebundenen Notenbanken nicht beurteilt werden, ob das System einer unabhängigen Zentralbank wirksam das Preisniveau stabilisieren kann.

⁵⁹ Vgl. *Borchert*, Geld und Kredit, 8. Aufl. 2003, S. 215.

nicht nur allgemein volkswirtschaftlich, sondern auch branchendifferenziert für einzelne Teilmärkte, so kann sektoral das Ziel der Preisstandswahrung durchaus gefährdet sein. Dies gilt besonders für öffentliche Aufträge im Verteidigungssektor.⁶⁰

Drittens lassen sich auch grundlegende Änderungen im öffentlichen Auftragswesen im Gegensatz zum Jahr 1953 feststellen. Erstens, ebenso die Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens schmälern, welches der PreisVO unterliegt, sind wesentliche öffentliche Auftraggeber (Bundespost, Bundesbahn, Bundesanstalt für Flugsicherung) in den 90iger Jahren privatisiert worden. Zweitens ist *Moritz* (1994) Recht zu geben, dass für die Abwehr ernsthafter Preisstand relevanter Störungen der Gesetzgeber andere gesetzliche Maßnahmen beschlossen hat.⁶¹ Zum einen ist das seit 1958 geltende GWB zu nennen, welches Wettbewerbsbeschränkungen und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unterbinden soll und damit in Teilbereichen eine ähnliche Schutzwirkung wie die PreisVO entfalten könnte.⁶² Zum anderen ist das Stabilitätsgesetz zu nennen, welches ein umfangreiches Instrumentarium zur Sicherung der Preisstabilität bereitstellt.⁶³

Zusammenfassend gilt daher, dass die nach PreisVO beschafften öffentlichen Aufträge nur eine kleinere volkswirtschaftliche Bedeutung als gemeinhin angenommen haben. Des Weiteren ist eine Gefährdung des allgemeinen Preisstandes aufgrund des öffentlichen Auftragswesens bereits durch andere institutionelle Vorkehrungen möglicherweise eingeschränkt. Insgesamt dürfte daher der Beitrag der PreisVO zur Abwehr ernsthafter Störungen des gesamten Preisstandes eine geringere Bedeutung zukommen.

IV. Mögliches Marktversagen

1. Marktversagen aufgrund geringer Rationalität des öffentlichen Auftraggebers

Eine Grundannahme der wohlfahrtsökonomischen Theorie ist, dass alle Marktteilnehmer rational handeln. Unter rationalem Handeln wird allgemein das ökonomische Prinzip verstanden: Dies besagt, dass Individuen entweder mit gegebenen Mitteln ein möglichst hohes Ergebnis (Maximalprinzip) oder ein gegebenes Ergebnis mit möglichst geringen Mitteln (Minimalprinzip) zu erreichen versuchen. Diese Annahme wird allgemein bei Individuen und Unternehmen aufgrund des menschlichen Egoismus und der Knappheit der Ressourcen als erfüllt angesehen.⁶⁴ Im Gegensatz dazu ist sie beim öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nicht begründet.⁶⁵ Vielmehr lässt sich dort zuweilen eine gewisse Leichtfertigkeit im Umgang mit fremdem Geld beobachten. Diese Aussage kann im Wesentlichen auf drei Unterschiede zwischen der privaten und öffentlichen

⁶⁰ Vgl. VG München, Beschl. v. 19.06.2012 (Az. M 16 K 11.3887), Rn. 27.

⁶¹ Vgl. *Moritz* (Fn. 49), 1872.

⁶² Vgl. *Moritz* (Fn. 49), 1872.

⁶³ Vgl. ausführlich *Moritz* (Fn. 49), 1872.

⁶⁴ Vgl. *Basedow*, in: *Blaurock* (Hrsg.), *Der Staat als Nachfrager*, 2008, S. 62. Streng genommen stellen das Eigennutzstreben und eine gegebene (knappe) Ressourcenausstattungen weitere Annahmen des Modells der vollständigen Konkurrenz dar.

⁶⁵ Vgl. *Basedow*, a.a.O., S. 62.

Nachfrage zurückgeführt werden. Erstens beschafft der öffentliche Auftraggeber nicht mit eigenen, selbsterwirtschafteten Mitteln und im eigenen ökonomischen Interesse.⁶⁶ Dies führt dazu, dass der öffentliche Auftraggeber als Sachverwalter der Allgemeinheit keinem finanziellen Risiko unterliegt, d.h. selbst grobe Fehleinschätzungen führen nicht zu seinem Konkurs.⁶⁷ Zweitens ist die ökonomische Freiheit des öffentlichen Auftraggebers oft stark eingeschränkt.⁶⁸ Zum einen ist mitunter das Ziel eines wirtschaftlichen Mitteleinsatzes bei der öffentlichen Beschaffung nicht dominant, sondern wirtschafts- oder gesellschaftspolitische Zwecke stehen im Vordergrund.⁶⁹ Zum anderen unterliegt der öffentliche Auftraggeber oft einem Zwangsbedarf.⁷⁰ Drittens sind bei privaten Unternehmen die Leistungserstellung und die dafür notwendigen Beschaffungsakte Sekundärziele. Das Primärziel stellt die Erzielung einer möglichst hohen Gewinns bzw. Rendite auf das eingesetzte Kapital dar. Der wirtschaftliche Erfolg der unternehmerischen Tätigkeit und damit auch der Beschaffung wird daran gemessen. Im Gegensatz dazu stellt bei öffentlichen Auftraggebern die Bedarfsdeckung das Primärziel dar. Der wirtschaftliche Erfolg eines Beschaffungsaktes lässt sich grundsätzlich nicht nachweisen.⁷¹ Daher fehlt den öffentlichen Auftraggebern ein wichtiges Steuerungsinstrument, an dem sich Unternehmen ständig orientieren können.⁷²

Aufgrund der Bedarfsorientierung des Staates kann die Nichtrationalität vorwiegend zur Verletzung des Minimalprinzips bei der Beschaffung führen. Dies bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber Leistungen nicht zum minimal möglichen Angebot am Markt einkauft. Die zuweilen geringe Rationalität kann zum Beispiel bedingen, dass der öffentliche Auftraggeber den Suchprozess am Markt vorzeitig abbricht, sofern er einen Auftragnehmer zur Bedarfsdeckung gefunden hat und nicht nach dem bestmöglichen Ergebnis weitersucht. Hinsichtlich der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen können zwei Folgen unterschieden werden. Zum einen kann eine nicht optimale Ressourcenallokation vorliegen, wenn ein anderer Unternehmer die nachgefragte Leistung zu geringeren Kosten produziert bzw. produzieren könnte. Zum anderen kann eine optimale Ressourcenallokation vorliegen, wenn zufällig ein kosteneffizienter Produzent zuerst kontaktiert wird. Aufgrund des nicht wettbewerblichen Suchprozesses kann dieser aber einen höheren Preis als im funktionierenden Wettbewerb verlangen. In jedem der beiden Fälle zahlt der öffentliche Auftraggeber „überhöhte“ Preise. Unterschiede ergeben sich lediglich hinsichtlich der Ressourcenallokation.

Aufgrund des Rationalitätsdefizits soll die staatliche Beschaffung die öffentlichen Mittel wirtschaftlich und sparsam verwenden und eine Beschaffung im Wettbewerb durchführen.⁷³ Ihre rechtliche Ausprägung haben diese Grundsätze neben dem Preisrecht im Haushaltsrecht und dem

⁶⁶ Vgl. *Walthelm*, Das öffentliche Auftragswesen, 1979, S. 30; *Basedow*, a.a.O., S. 62; *Michaelis/Rhösa*, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Kommentar, hrsg v. Greiffenhagen, Loseblatt (Stand: Februar 2013), Einführung, S. 2.

⁶⁷ Vgl. *Walthelm* a.a.O., S. 30.

⁶⁸ Vgl. *Walthelm* (Fn. 66), S. 31.

⁶⁹ Vgl. *Walthelm* (Fn. 66), S. 31 ff.; *Basedow* (Fn. 64), S. 62.

⁷⁰ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Einführung S. 2; *Walthelm* (Fn. 66), S. 34 f.

⁷¹ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Einführung S. 2; *Walthelm* (Fn. 66), S. 30.

⁷² Vgl. *Walthelm* (Fn. 66), S. 30.

⁷³ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Einführung S. 2.

Vergaberecht gefunden.⁷⁴ Zur Beurteilung der volkswirtschaftlichen Notwendigkeit der PreisVO ist von Bedeutung, ob die anderen Normen die fehlende Rationalität bereits vollständig ausgleichen oder ob die PreisVO ergänzend funktionell ist. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist unter anderem in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 6 HGrG und § 7 BHO gesetzlich normiert. Daneben stellt das Wirtschaftlichkeitsgebot eine finanzrechtliche Ausprägung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips dar und bindet daher als Verfassungsgrundsatz alle Staatsgewalt.⁷⁵ Dem Wirtschaftlichkeitsgebot ist „das Erfordernis zu entnehmen, ein bestimmtes Ziel mit dem geringstmöglichen Einsatz von Mitteln zu erreichen.“⁷⁶ Öffentliche Auftraggeber sind daher gesetzlich zu einem rationalen Handeln verpflichtet. Die Einhaltung der Haushaltsgrundsätze wird im Wesentlichen durch den Bundesrechnungshof und die Landesrechnungshöfe kontrolliert. Durch die gesetzliche Normierung bedürfte es prinzipiell keiner weiteren Regelung zum Ausgleich des systembedingten Rationalitätsdefizits. Allerdings kann zweifelsfrei konstatiert werden, dass eine bloße gesetzliche Normierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes rationales Handeln nicht garantiert. Beispielsweise beziffert der Präsident des Bundesrechnungshofes, dass allein mit ihren Empfehlungen der vergangenen Jahre mittelfristig für den Bundeshaushalt ein Entlastungspotenzial von 25 Milliarden Euro erzielt werden könnte.⁷⁷ Angemerkt werden muss angesichts der Größenordnung, dass die Angabe nicht nur mögliche Einsparungen bei der Beschaffung umfasst, sondern beispielsweise Kürzungen bei nicht wirtschaftlichen Subventionen und Förderinstrumenten einschließt. Ein Beleg für das Rationalitätsdefizit der öffentlichen Beschaffung im Gegensatz zu privaten Unternehmen zeigt auch eine Studie von McKinsey & Company (2009), nachdem im Durchschnitt bei privaten Einkäufern 15% und bei öffentlichen Einkäufern 28% Einsparungen realisiert werden.⁷⁸ Auch ein Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim BMWi aus dem Jahr 2007 kommt zu einem ähnlichen Schluss. Im Vergleich zu privaten Unternehmen besteht ein Nachholbedarf hinsichtlich der Optimierung des öffentlichen Einkaufs, ohne die Höhe der möglichen Einsparungen genau zu beziffern.⁷⁹

Neben dem Haushaltsrecht gleicht auch das Vergaberecht die zuweilen geringe Rationalität der öffentlichen Auftraggeber aus. Die Schaffung von Wettbewerb durch die regelmäßig anzuwendende Vergabeart der öffentlichen Ausschreibung bzw. das offene Verfahren führt dazu, dass die Bieter gezwungen werden, so knapp als irgend möglich zu kalkulieren.⁸⁰ Dadurch wird verhindert, dass der öffentliche Auftraggeber „überhöhte“ Preise zahlt. Die Verfahrensregel zur Auswahl des Vertragspartners, dass das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen ist, garantiert gleichzeitig eine optimale Ressourcenallokation. Empirische Erkenntnisse zeigen allerdings, dass im Widerspruch zur gesetzlichen Norm die öffentliche Ausschreibung die Ausnahme und freihändige Vergaben die Regel sind. Das Ergebnis einer EU-weiten Studie war, dass in Deutschland der Anteil der

⁷⁴ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Einführung S. 2.

⁷⁵ Vgl. VerfGH NW, Urteil vom 02.09.2003, Az. 6/02.

⁷⁶ VerfGH NW, Urteil vom 02.09.2003, Az. 6/02.

⁷⁷ Vgl. Reuters 2013, <http://de.reuters.com/article/idDEBEE91800520130209>, abgerufen am 22.04.2014.

⁷⁸ Vgl. McKinsey & Company 2009, http://www.mckinsey.com/insights/public_sector/improving_public-sector_purchasing, abgerufen am 22.04.2014.

⁷⁹ Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Öffentliches Beschaffungswesen, 2007, S. 16 ff.

⁸⁰ Vgl. *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 3. Aufl. 2005, S. 64.

Ausschreibung am publizierten Gesamtvolumen im Jahr 2002 mit 7,5% der niedrigste aller EU 15 Länder war.⁸¹ Im Jahr 2005 lag der Anteil der freihändigen Vergaben bei den Behörden und Einrichtungen des Bundes an allen Vergaben bei 88,4%.⁸² Auch der aktuellste Vergabebericht des Freistaat Sachsen zeigt exemplarisch für das Jahr 2012 ähnliche Ergebnisse auf. Der Anteil der freihändigen Vergaben am Gesamtvolumen der Aufträge für Lieferungen und Dienstleistungen betrug 84,7%.⁸³ Ein wesentlicher Grund für die hohe Bedeutung der freihändigen Vergaben ist, dass etwa 30.000 Vergabestellen den Einkauf für Bund, Länder und Kommunen durchführen und der öffentliche Einkauf in Deutschland somit stark fragmentiert ist.⁸⁴ Aufgrund dieser Erkenntnis kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Rationalität des öffentlichen Einkaufs allein durch das Vergaberecht vollständig sichergestellt wird.

Das Preisrecht greift im Vergleich zum Vergabe- und Haushaltsrecht am deutlichsten in die Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber- und -nehmer ein, da es auf die Preisbildung direkt einwirkt.⁸⁵ Im Gegensatz zum Haushalts- und Vergaberecht verhindert das Preisrecht allerdings nur eingeschränkt eine nicht optimale Ressourcenallokation aufgrund mangelnder Rationalität.⁸⁶ Zum einen macht es keine Vorgaben zur Auswahl des Vertragspartners. Preisrechtlich irrelevant ist also, ob das Angebot des beauftragten Unternehmens tatsächlich das wirtschaftlichste Preis-/Leistungsverhältnis am Markt aufgewiesen hat. Sofern beispielsweise der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der unmittelbaren Vergabe mangelhaft den Markt nach dem wirtschaftlichsten Angebot sondiert, verhindert das Preisrecht keine überhöhten Preise im Vergleich zum Gesamtmarktangebot. Zum anderen bemisst es den zulässigen Höchstpreis grundsätzlich subjektiv (subjektiver Marktpreis/angemessene Kosten des Auftragnehmers). Irrelevant im Sinne eines objektiv gerechtfertigten Preises ist es also, ob ein anderes Unternehmen die beauftragte Leistung mit einem geringeren Ressourceneinsatz hätte herstellen können.

Wirksam gleicht das Preisrecht allerdings nicht rationales Verhalten des öffentlichen Auftraggebers in dem Sinne aus, dass es verhindert, dass dieser dem beauftragten Unternehmen einen höheren bzw. niedrigeren Preis zahlt, als wie ein rationaler Marktteilnehmer im funktionierenden Wettbewerb zu zahlen bereit wäre. Der subjektive Marktpreis des Auftragnehmers für marktgängige Leistungen stellt gerade den Preis dar, den die sonstigen, rationalen Teilnehmer des allgemeinen Marktes zahlen. Das Preisrecht hat daher eine Distributionsfunktion. Es garantiert, dass der Auftragnehmer die Zahlungsbereitschaft des Auftraggebers auch bei Nichtrationalität nur insoweit abschöpfen kann, dass die Aufteilung des sozialen Überschusses⁸⁷ dem ökonomischen Referenzmodell der Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland entspricht.⁸⁸

⁸¹ Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 79), S. 7.

⁸² Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 79), S. 7.

⁸³ Vgl. Freistaat Sachsen, Vergabebericht 2012 des Freistaat Sachsen, 2013, S. 5.

⁸⁴ Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi (Fn. 79), S. 7 und 16.

⁸⁵ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Einführung S. 2.

⁸⁶ Einen gewissen Rationalisierungsdruck üben die VO PR Nr. 30/53 durch die Verankerung des Prinzips der wirtschaftlichen Betriebsführung bei Selbstkostenpreisen und Begrenzung der zulässigen Selbstkosten.

⁸⁷ Zum Begriff des sozialen Überschusses z.B. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 41 ff.

⁸⁸ Zur Klarstellung sei angemerkt werden, dass diese Aussage auch für Selbstkostenpreise gilt, sofern sich der Gewinnaufschlag am Referenzmodell orientiert. Vgl. zur Bestimmung eines angemessenen Gewinnaufschlags: *Hövelborn*,

Ergänzend muss allerdings angemerkt werden, dass der Nutzen der PreisVO zur nachträglichen Korrektur eines nicht rationalen Handelns der öffentlichen Hand durch Nichtrationalität der Preisprüfer und den Rechtscharakter des Preisprüfungsberichts eingeschränkt werden kann. Bei Beobachtung von Nichtrationalität in der öffentlichen Beschaffung ist grundsätzlich auch nicht rationales Handeln der Preisprüfer zu erwarten. So legt die bürokratiethoretische Literatur nahe, dass Mitarbeiter einer politisch unabhängigen Kontrollinstanz nach Prestige und der Beibehaltung bzw. Ausweitung ihres Kompetenzbereichs streben.⁸⁹ Für eine geringe Rationalität sprechen zumindest die in der Prüfungspraxis zu beobachtenden Präferenzen für leicht zu prüfende Sachverhalte, als Preistyp der Selbstkostenerstattungspreis und bei den Kostenarten die Reisekosten. Ähnlich aber wie im Falle technischer Systeme Redundanzen, spricht eine parallele Auslegung kritischer Bauteile, bei individuellen Ausfallwahrscheinlichkeiten von 10% beide zusammen die Sicherheit auf 99% erhöhen, wird selbst im Fall geringerer Rationalität der Preisprüfer die Nichtrationalität der öffentlichen Beschaffung kompensieren. Dabei ist der präventive Effekt der grundsätzlichen Möglichkeit einer Preisprüfung auf die öffentliche Beschaffung noch gar nicht berücksichtigt.

Hinsichtlich des Rechtscharakters des Preisprüfungsberichts gilt zu beachten, dass nach Zahlung eines preisrechtlich überhöhten Preises dem öffentlichen Auftraggeber nur nach §§ 812 ff. BGB in Verbindung mit § 134 BGB ein zivilrechtlicher Rückgewährungsanspruch zusteht.⁹⁰ Allerdings bindet die Formulierung des § 1 Abs. 3 PreisVO eindeutig sowohl Auftragnehmer als auch -geber an die Vorgaben der PreisVO. Daher kann dem „geschädigten“ Auftraggeber bei der Durchsetzung seines Anspruches § 817 Satz 2 BGB entgegenstehen. Denn wenn sich der Rückfordernde bei Abschluss des Vertrages – hier der Preisvereinbarung – selbst vorsätzlich und bewusst über die Verbotswidrigkeit hinweggesetzt hat, kann dies zum Untergang seines Anspruches führen.⁹¹

Als ein Beispiel hierfür können die Ausführungen von *Hertel/Ludwig* (1992) zur Prüfung von Marktpreisen bei Individualleistungen gesehen werden.⁹² Ihrer Ansicht nach sollte bei der wettbewerblichen Beschaffung einer Individualleistung die Marktpreisprüfung der PÜ bei der betreffenden Beschaffungsbehörde stattfinden. Aufgabe der Preisprüfung ist es gemäß der Richtlinie des BMWi von 1955, Ziff. 18b festzustellen, ob „der Wettbewerb der Anbieter alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsmäßiges Zustandekommen der Preise geboten hat“. Es ist also nicht relevant, ob die betreffende Leistung beim Auftragnehmer marktgängig ist, sondern ob der vom Auftraggeber veranstaltete Wettbewerb verordnungskonform war. Bei möglichen Verstößen ist zu differenzieren, ob sie dem Auftragnehmer (z.B. unzulässige Preisabsprache) oder dem Auftraggeber anzulasten sind. Bei einem Fehlverhalten der Beschaffungsbehörde, beispielsweise wenn diese eine Ausschreibung nicht aufgehoben hat, obgleich dies geboten war (§

Angemessener Gewinnaufschlag von Entsorgungsunternehmen bei öffentlichen Aufträgen zu Selbstkosten, 2014, S. 65ff.

⁸⁹ Vgl. *Heine/Mause*, Delegation und demokratische Kontrolle: Können Behörden politisch zu unabhängig sein, in: Theurl (Hrsg.), *Unabhängige staatliche Institutionen in der Demokratie*, Berlin 2013, S. 85-114.

⁹⁰ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 1, Rn. 98.

⁹¹ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 1, Rn. 98.

⁹² Vgl. zum Folgenden *Hertel/Ludwig*, *Der öffentliche Auftrag*, 1992, S. 85f. Angemerkt sei, dass durchaus streitbar ist, ob bei Ausschreibungen die Preisprüfung ausschließlich beim Auftraggeber erfolgen sollte.

26 VOL/A) besteht kein Rückzahlungsanspruch. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Bewerber im guten Glauben war, er habe im Wettbewerb gestanden („Potentieller Wettbewerb“).

2. Marktversagen aufgrund von hohen Transaktionskosten bei Unsicherheit

Das Modell der vollständigen Konkurrenz geht von der Annahme aus, dass alle Individuen ihre Entscheidungen auf Basis vollständiger Informationen treffen. Auf realen Märkten verfügen die Akteure in der Regel aber nicht einmal näherungsweise über alle Informationen.⁹³ Marktversagen liegt daher erst vor, wenn die Informationsmängel so groß sind, dass der Markt in seiner Funktionsweise wesentlich beeinträchtigt wird.⁹⁴ Eine Art von Informationsmangel stellt Unsicherheit dar, d.h. dass die zukünftige Entwicklung selbst mit größtem Aufwand nicht mit Gewissheit prognostiziert werden kann.⁹⁵ Unsicherheit ist eine Erklärung dafür, dass Vertragsparteien anstelle eines festen Preises, wie es bei der Marktpreisbildung die Regel ist, Selbstkostenerstattungspreise vereinbaren.⁹⁶

Zur Klarstellung sei angemerkt, dass die Besonderheit im Vergleich zum regulären Marktgeschäft darin besteht, dass die voraussichtlichen Preise aufgrund möglicher Änderungsverträge nicht sicher klärbar sind und sich die Vertragsparteien vor Produktion auf einen Preis in Höhe der entstehenden Kosten einigen. Hiervon zu unterscheiden sind Selbstkostenfestpreise. Denn hierbei handelt es sich um ein reguläres Marktgeschäft, bei dem keine Änderungsverträge erwartet werden, mit der Vereinbarung eines festen Preises, der zufällig in Höhe der Kosten zustande kommt, auch wenn es nicht gleichgültig ist, ob ein Preis für eine bestellte oder nicht bestellte Produktion und ein Preis vor oder nach der Produktion fixiert wird.⁹⁷ In der Literatur werden zwei Beispiele für Unsicherheit genannt, die eine Erstattungspreisvereinbarung bedingen. Erstens „wenn der Abschluss eines Festpreises vor Durchführung der Produktion für den Hersteller ein so großes Risiko darstellt, dass er es entweder nicht oder nur bei Einrechnung eines außergewöhnlich hohen Risikozuschlags eingehen könne.“⁹⁸ Anzumerken ist, dass aus volkswirtschaftlicher Perspektive hohe Risikozuschläge Erstattungspreise per se nicht hinreichend begründen. Letztlich erfolgt durch einen Erstattungspreis eine Risikoumwälzung vom Auftragnehmer zum Auftraggeber. Sofern beide ähnliche Risikopräferenzen aufweisen, erfolgt allein durch die Risikoverschiebung noch keine ökonomische Wohlfahrtssteigerung.

Dennoch kann die Vereinbarung von Erstattungspreisen bei hohen Risikozuschlägen vorteilhaft sein. Dies kann damit begründet werden, dass der Auftragnehmer (im Gegensatz zur öffentlichen Hand) einem Insolvenzrisiko ausgesetzt ist. Im Falle einer Fehlkalkulation zu Lasten des Auftragnehmers können also Insolvenzrisiken entstehen, welche durch Erstattungspreise verhindert werden können. Daher besteht bei der Vereinbarung von Erstattungspreisen statt Preisen inklusive hoher Risikozuschläge ein Trade-Off zwischen möglichen Effizienzverlusten sowie zusätzlichen

⁹³ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 245.

⁹⁴ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 245.

⁹⁵ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 245.

⁹⁶ Vgl. *Fettel* (Fn. 35), S. 65 und die dort zitierte Literatur.

⁹⁷ Vgl. *Fettel* (Fn. 35), S. 64.

⁹⁸ *Fettel* (Fn. 35), S. 65.

Prüfungskosten und den möglichen Insolvenzfolgen, der über die volkswirtschaftliche Vorteilhaftigkeit entscheidet. Anders liegt die Konstellation vor, wenn aufgrund der Unsicherheit kein Unternehmen bereit ist, die Leistung anzubieten. In diesem Fall liegt die volkswirtschaftliche Vorteilhaftigkeit eines Erstattungspreises darin, dass er den Austausch ermöglicht. Das zweite genannte Beispiel ist, „wenn der Umfang der Leistung im Vorhinein nicht exakt festgelegt werden kann, weil es sich um neuartige, noch nicht erprobte Produktionen, Konstruktionen, Entwicklungen u.ä. handle.“⁹⁹ In diesem Fall ist der Vorteil ebenso, dass der Austausch nur aufgrund der Erstattungspreisvereinbarung zustande kommt. Das Vorliegen von Unsicherheit ist allerdings noch nicht mit einem Marktversagen gleichzusetzen. Sofern sich die Vertragsparteien auch ohne staatliche Regulierung einigen und ein Austausch stattfindet, handelt es sich bei Preisbildung auf Selbstkostenerstattungsbasis nur um einen Sonderfall der Marktpreisbildung.¹⁰⁰

Allerdings ist jede Inanspruchnahme des Marktes mit bestimmten Aufwendungen verbunden, welche als Transaktionskosten bezeichnet werden.¹⁰¹ Hierzu zählen Anbahnungskosten, Vereinbarungskosten, Abwicklungskosten, Kontrollkosten und Anpassungskosten. Das Setzen von Regeln, deren Einhaltung vom Staat überwacht wird, führt zu einer Reduktion von Transaktionskosten, wodurch häufig Austauschbeziehungen erst vorteilhaft werden.¹⁰² Das Strafrecht sowie das Eigentums- und Vertragsrecht stellen solche staatlich überwachten Regeln dar, ohne deren Setzung viele Formen des Austausches zwischen Individuen an der Höhe der Transaktionskosten scheitern würden.¹⁰³

Bei der Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen in Folge von Unsicherheit treten spezifische Transaktionskosten auf. Zum einen entstehen zusätzliche Vereinbarungskosten. Es muss geregelt werden, wie der Preis berechnet wird, also welche Kosten berücksichtigt werden und wie diese Kosten ermittelt werden.¹⁰⁴ Zum anderen fallen zusätzliche Kontrollkosten an, da künstlich das beim fest vereinbarten Preis selbstverständliche Interesse des Auftragnehmers an niedrigen Kosten gesichert werden muss.¹⁰⁵ Der Transaktionskostenansatz veranschaulicht vor allem die Auswirkungen einer möglichen vollständigen Aufhebung der PreisVO. In den Vertrags- und Geschäftsbedingungen müssten dann selbsterstellte Berechnungsvorschriften aufgenommen werden und die öffentlichen Auftraggeber würden sich privatrechtliche Prüfungsrechte durch eigene Ausführung zusichern. Die Folge wäre, dass Vertragsverhandlungen erschwert würden, das Rechnungswesen der Unternehmen müsste auf die unterschiedlichsten inhaltlichen Anforderungen der jeweiligen öffentlichen Auftraggeber ausgerichtet werden, und Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien wären absehbar. Demgegenüber führt das öffentliche Preisrecht mit der Einrichtung neutraler Prüfinstanzen durch den Staat zu einer Beschleunigung von Geschäftsabläufen, zur auftraggeberunabhängigen Standardisierung der Kalkulation und der

⁹⁹ *Fettel* (Fn. 35), S. 65.

¹⁰⁰ Vgl. *Fettel* (Fn. 35), S. 65 und die dort zitierte Literatur.

¹⁰¹ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 10.

¹⁰² Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 10.

¹⁰³ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 10.

¹⁰⁴ Vgl. *Fettel* (Fn. 35), S. 65 und die dort zitierte Literatur.

¹⁰⁵ Vgl. *Fettel* (Fn. 35), S. 65 und die dort zitierte Literatur.

Vermeidung von Streitfällen.¹⁰⁶ Damit senkt die PreisVO die Transaktionskosten weitaus stärker als bei einer auftraggeberspezifischen Offenlegung von Kosteninformationen, wie sie vor allem in der Automobilwirtschaft entlang der gesamten Supply Chain weit verbreitet ist. Bei diesem open book accounting erlangt der Kunde bei Kenntnis der Kosten des Lieferanten auch Einblick in dessen Ertragssituation und kann dieses Wissen bei Preisverhandlungen für seinen eigenen Vorteil ausnutzen. Bereits die Erwartung eines solchen Verhaltens führt jedoch dazu, dass Lieferanten ihre wahre Ertragssituation verschleiern und nur „angepasste“ Kostendaten an den Abnehmer geben.¹⁰⁷

Die Vorgabe allgemeingültiger Regeln ist umso vorteilhafter, je öfter ähnliche Austauschbeziehungen mit gleichen spezifischen Transaktionskosten auftreten. Eine hohe Unsicherheit dürfte regelmäßig bei Forschungs- und Entwicklungs- sowie Rüstungsaufträgen auftreten.¹⁰⁸ Auch die empirischen Daten deuten auf eine hohe Relevanz von Selbstkostenerstattungspreisen hin. Insgesamt spricht das geschätzte Selbstkostenpreisvolumen in Höhe von knapp 15 Mrd. € für eine häufige Anwendung von Selbstkostenpreisen im Allgemeinen (ohne Differenzierung nach Fest-, Richt- und Erstattungspreisen). Gleichzeitig stellen Preisprüfer am häufigsten Erstattungspreise im Rahmen von Preisprüfungen fest.¹⁰⁹ Hieraus kann zwar keine Aussage über das exakte Verhältnis der Preistypen untereinander getroffen werden, dennoch dürften Selbstkostenerstattungspreise in der Praxis keinen Ausnahmetatbestand darstellen. Eine spezielle hoheitliche preisrechtliche Vorgabe für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge könnte daher die Senkung von Transaktionskosten bei Erstattungspreisvereinbarungen zur Folge haben.

3. Marktversagen infolge von Unteilbarkeit

Eine Annahme des Modells der vollständigen Konkurrenz sind atomistische Marktstrukturen, d.h. dass viele Anbieter und Nachfrager existieren, die jeweils einen geringen Marktanteil aufweisen.¹¹⁰ Im Gegensatz dazu bestehen bei öffentlichen Aufträgen häufig monopolartige Strukturen auf Anbieter- und Nachfrageseite.¹¹¹ Im Folgenden wird zunächst ausschließlich diskutiert, ob monopolartige Strukturen auf der *Anbieterseite* bei öffentlichen Aufträgen eine spezielle hoheitliche preisrechtliche Vorgabe für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge rechtfertigen.

Wesentliche Konzentrationen auf der Anbieterseite bis hin zu Angebotsmonopolen können grundsätzlich die Funktionsfähigkeit eines Marktes wesentlich beeinflussen.¹¹² Hauptursache sind bei spezifischen Investitionen Größenvorteile aufgrund von Unteilbarkeit, wodurch im Extremfall nur ein Anbieter auf dem entsprechenden Markt profitabel wirtschaften kann.¹¹³ Hiervon zu

¹⁰⁶ Vgl. H. Greiffenhagen, Die Erweiterungsfähigkeit des geltenden öffentlichen Preisrechts, VergabeR 2013, 415 (418).

¹⁰⁷ Vgl. Hoffjan/Lührs, Wenn zu viel Transparenz schadet, Harvard Business Manager 2009, Heft 9, S. 8.

¹⁰⁸ Vgl. zur Relevanz von Selbstkostenpreisen für Forschungs- und Entwicklungsleistungen bspw. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann (Fn. 3), § 1 Rn. 39; zur Relevanz für Rüstungsgüter der Luft- und Raumfahrtindustrie Bontrup, Preisbildung bei Rüstungsgütern, 1986, S. 92ff.

¹⁰⁹ Vgl. Hoffjan/Hövelborn/Strickmann (Fn. 47), 11.

¹¹⁰ Vgl. Fritsch/Wein/Ewers (Fn. 6), S. 159.

¹¹¹ Vgl. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann (Fn. 3), Einführung, Rn. 6.

¹¹² Vgl. Fritsch/Wein/Ewers (Fn. 6), S. 192.

¹¹³ Vgl. Fritsch/Wein/Ewers (Fn. 6), S. 192.

unterscheiden ist ein Oligopol, wenn nur einige wenige Anbieter am Markt überleben können, wobei auch in diesem Fall bei Absprachen unter den Anbietern ähnliche Wohlfahrtsverluste wie im Monopolfall auftreten können.¹¹⁴

Größenvorteile können unterschiedliche Ursachen haben, wie Mindesteinsatzmengen an Produktionsfaktoren, stochastische Größensparnisse, Lernkurveneffekte und im Falle von Mehrproduktunternehmen auch Portfolioeffekte bei Forschung und Entwicklung.¹¹⁵ Die Tendenz zu einer wesentlichen Konzentration auf der Anbieterseite bei öffentlichen Aufträgen kann damit begründet werden, dass der Staat in bestimmten Bereichen der einzige Nachfrager ist und daher einzelne Gütermärkte sehr klein sind. Prinzipiell gilt allerdings, dass selbst das Vorliegen von (natürlichen) Monopolen noch kein Eingreifen aus Sicht der Marktversagenstheorie rechtfertigt. Zum einen ist die Funktionsfähigkeit des Marktes in der Regel nicht eingeschränkt, sofern auf der Nachfrageseite eine gegengewichtige Marktmacht existiert. Ein solch bilaterales Monopol dürfte prinzipiell öfters vorliegen, da der öffentliche Auftraggeber, wie bereits genannt, häufig auch der einzige Nachfrager ist. Allerdings ist aufgrund der Nichtrationalität des öffentlichen Auftraggebers zweifelhaft, ob die Marktmacht des Anbieters dadurch tatsächlich begrenzt wird. Zum anderen tritt ein Machtproblem nur auf, wenn der Monopolmarkt nicht oder nur relativ schwer bestreitbar ist, denn andernfalls ist davon auszugehen, dass der potentielle Wettbewerb den Anbieter diszipliniert.¹¹⁶ Die Bestreitbarkeit eines Marktes hängt wesentlich von der Höhe der für einen Markteintritt erforderlichen irreversiblen Kosten ab.¹¹⁷ Irreversible Kosten können bei öffentlichen Aufträgen nicht nur in Form von spezifischen Produktionsanlagen entstehen, sondern auch durch den Aufbau von Knowhow zur Lösung besonderer Fragestellungen bei öffentlichen Aufträgen. Des Weiteren wird die Bestreitbarkeit der Märkte um öffentliche Aufträge häufig durch eine mangelnde Markttransparenz eingeschränkt. Denn Ausschreibungen werden durch Nachfrager grundsätzlich auf Märkten vorgenommen, auf denen keine hinreichende Transparenz über nachgefragte Produkte oder Leistungen besteht.¹¹⁸ „Es findet daher eine Submission statt, wenn die Nachfrage auf ein bestimmtes Produkt gerichtet ist, dass in dieser Form nicht existiert, komplex zusammengesetzt ist oder in der nachgefragten Menge preisrechtlich nicht bestimmt ist.“¹¹⁹ Mangelnde Transparenz liegt daher insbesondere häufig vor, wenn der öffentliche Auftraggeber regelmäßig auf eine Ausschreibung verzichtet. In diesem Fall können mögliche potentielle Konkurrenten die Nachfrage des Staates kaum abschätzen. Prinzipiell dürfte das Vorliegen von (natürlichen) Monopolen somit zu Marktversagen bei öffentlichen Aufträgen führen.

Wohlfahrtsverluste treten bei Marktmacht insbesondere dadurch auf, dass der Anbieter im Vergleich zum Wettbewerb eine zu geringe Angebotsmenge (zu überhöhten Preisen) absetzt.¹²⁰ Der öffentliche Auftraggeber ist allerdings ein atypischer Marktteilnehmer, wie zuvor erörtert. Das

¹¹⁴ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 160.

¹¹⁵ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 161.

¹¹⁶ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 184 f.

¹¹⁷ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 192.

¹¹⁸ Vgl. *Immenga*, WuW 1998, S. 813.

¹¹⁹ *Immenga* a.a.O., S. 813 f.

¹²⁰ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 192.

Fehlen eines finanziellen Risikos, die Einschränkung der ökonomischen Freiheit und die Bedarfsorientierung bewirken neben der Nichtrationalität, dass die Nachfragekurve des öffentlichen Auftraggebers relativ preisunelastisch ist. Eine Ausnutzung der Marktmacht in Form von höheren Preisforderungen führen daher nur bedingt zu einer Reduzierung der nachgefragten Mengen und somit kaum zu Wohlfahrtsverlusten. Allerdings schöpft der Auftragnehmer im Extremfall die vollständige Konsumentenrente ab, sofern sich seine Preissetzung an der maximalen Zahlungsbereitschaft des öffentlichen Auftraggebers orientiert. Analog zum Fall der Nichtrationalität dient eine hoheitliche preisrechtliche Vorgabe nur der verteilungspolitischen Zielsetzung, dass die Aufteilung des sozialen Überschusses dem ökonomischen Referenzmodell entsprechen soll.

Zur Verhinderung volkswirtschaftlich ungewünschter Konsequenzen aufgrund jeglicher Form von Marktmacht hat der Gesetzgeber bereits 1958 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen erlassen. Da dieses auch die Märkte mit öffentlichen Aufträgen umfasst, stellt sich die Frage, inwiefern die PreisVO zur Verhinderung von Machtmissbrauch speziell bei öffentlichen Aufträgen ergänzend erforderlich ist. Im Gegensatz zur PreisVO macht das GWB nicht nur Vorgaben zur Preisbildung, sondern zielt beispielsweise durch die Fusionskontrolle auch auf die Wettbewerbserhaltung ab. Der Vergleich beider Vorschriften bezieht sich ausschließlich auf die grundsätzliche Gemeinsamkeit, dass sowohl GWB als auch die VO PR 30/53 Auftraggeber vor überhöhten Preisen bei mangelndem Wettbewerb schützt bzw. schützen soll. In der PreisVO gibt es grundsätzlich kein dem sachlichen Vergleichsmarktkonzept des GWB vergleichbares Prüfungskriterium. Dieser Aussage steht nicht entgegen, dass *Ebisch/Gottschalk* u.a. ausführen, dass „die Verkehrsüblichkeit des Preises auch in Gestalt von Vergleichen mit Preisen bei ähnlichen vom Anbieter oder von Dritten ausgeführten Aufträgen, in Gestalt von Nachweisen des Anbieters über vergleichbare Kalkulationsansätze wie bei anderen im Wettbewerb erzielten Aufträgen oder in Gestalt von Aussagen sachkundiger Fachleute“ nachgewiesen werden können.¹²¹ Zwar entsprechen solche Nachweise durchaus dem sachlichen Vergleichsmarktkonzept, allerdings beziehen sich die Ausführungen erstens auf die Prüfung der Verkehrsüblichkeit des Preises bei der Vergabe im Wettbewerb und nicht auf die Prüfung bei fehlendem Wettbewerb. In diesem Fall wird der preisrechtlich zulässige Höchstpreis durch die Preisprüfung grundsätzlich anhand der Selbstkosten festgestellt, sofern kein betriebssubjektiver Marktpreis vorliegt. Zweitens werden unserer Kenntnis nach diese Prüfkriterien auch bei Auftragsvergabe im Wettbewerb praktisch nicht angewendet.

Das Vergleichsmarktkonzept bringt allerdings die Schwierigkeit mit sich, dass es nur selten zwei Märkte gibt, die hinreichend übereinstimmen, sodass von dem Preisniveau des einen Marktes der hypothetische Wettbewerbspreis des anderen abgeleitet werden kann.¹²² Daher müssen strukturelle Unterschiede in den Märkten durch Zu- und Abschläge berücksichtigt werden.¹²³ Aufgrund der damit verbundenen Unsicherheit wird ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nur angenommen, wenn der geforderte Preise erheblich, d.h. mindestens um 5%, abweicht.¹²⁴ Das Preisrecht kennt eine solche Erheblichkeitsschwelle oder solche Risikoabschläge nicht. Aufgrund

¹²¹ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 4 Rn. 74.

¹²² Vgl. *Emmerich* (Fn. 44), S. 405.

¹²³ Vgl. *Emmerich* (Fn. 44), S. 405.

¹²⁴ Vgl. *Emmerich* (Fn. 44), S. 405.

der Probleme bei Anwendung der Vergleichsmarktkonzepte wird in der Praxis auch das Konzept der Gewinnbegrenzung angewendet. Dieses ermittelt auf Basis der Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten und dem Preis den Gewinn, der dann eine gewisse Höhe nicht überschreiten darf. Diese Vorgehensweise entspricht grundsätzlich der Ermittlung eines Selbstkostenpreises. Daher werden die LSP auch als Richtlinie gesehen, wann eine Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt.¹²⁵

Der zentrale Unterschied zwischen GWB und PreisVO neben den unterschiedlichen Kriterien zur Bewertung der Angemessenheit einer Preisforderung ist allerdings, dass die PreisVO stärker in die Preisbildung eingreift. Erstens wird der preisrechtlich zulässige Höchstpreis immer auf Basis der Selbstkosten bemessen, sofern es nur einen Anbieter für eine Leistung gibt und kein subjektiver Marktpreis anhand von Umsatzakten belegt werden kann. Im Gegensatz zum GWB ist es unerheblich, ob tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung vorliegt oder der mangelnde Wettbewerb auf Fehlverhalten des öffentlichen Nachfragers zurückzuführen ist. Da die marktbeherrschende Stellung kein Prüfkriterium darstellt, ist preisrechtlich unerheblich, ob die Funktionsfähigkeit des Marktes tatsächlich eingeschränkt ist. Nicht geprüft wird, ob durch eine gegengewichtige Marktmacht oder der Bestreitbarkeit des Marktes selbst bei einer Konzentration auf der Anbieterseite ein Missbrauch unwahrscheinlich ist. Zweitens folgt aus dem geschlossenen Preissystem, dass die Selbstkosten nicht nur ein Prüfkriterium der Preisprüfung sind, sondern die PreisVO dem Anbieter bei eingeschränktem Wettbewerb zwingend vorschreibt, den Preis durch eine Selbstkostenpreiskalkulation zu bestimmen. Zusammenfassend gilt, dass die PreisVO prinzipiell den öffentlichen Auftraggeber noch stärker als das GWB vor Machtmissbrauch durch den Auftragnehmer schützt. Dies liegt sicherlich auch daran, dass in der Praxis sich die marktbeherrschende Stellung häufig nicht schlüssig nachweisen lässt. Dafür müssten die Voraussetzungen vergleichbarer Märkte und vergleichbarer Abnehmer erfüllt sein, was nur im Nachhinein im Rahmen einer sehr umfassenden Analyse zu verifizieren ist. Im Ergebnis bleibt beim GWB eine hohe Rechtsunsicherheit und infolge der Schwierigkeiten in der praktischen Handhabung ein geringes Abschreckungspotential.

4. Nachfragemonopol

Ein Wohlfahrtsverlust kann nicht nur bei einem Angebotsmonopol sondern auch bei einem bestehenden Nachfragemonopol, auch Monopson genannt, auftreten. In diesem Fall fragt der Auftraggeber weniger zu niedrigeren Preisen als im Wettbewerbsfall nach.¹²⁶ Daher kann die Regulierung von Nachfragemacht volkswirtschaftlich ebenso begründet sein. Ein konkretes Beispiel hierfür ist eine aktuelle Gesetzesinitiative auf Bundesebene, nämlich die flächendeckende Einführung eines Mindestlohns.¹²⁷

Der öffentliche Auftraggeber verfügt zweifelsfrei in bestimmten Branchen wie der Rüstungsindustrie oder der Forschung und Entwicklung über eine gewisse Marktmacht. Nach Ansicht der Literatur soll die PreisVO mögliche einseitige Machtausübung sowohl durch Auftragnehmer als auch -geber verhindern und daher ist sie sowohl inhaltlich wie auch mit der

¹²⁵ Vgl. *Greiffenhagen* (Fn. 106), 416 und die dort zitierte Literatur; *H.-P. Müller*, NZBau 2011, 720 (724).

¹²⁶ Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, 7. Aufl. 2009, S. 490 f.

¹²⁷ Zum Wohlfahrtseffekt eines Mindestlohns *Detzer*, WSI Mitteilungen 2010, S. 412.

schwerpunktmäßigen Ausführung durch unabhängige Preisbehörden neutral ausgestaltet.¹²⁸ Zu dieser Feststellung ist anzumerken, dass die PreisVO prinzipiell keinen Ausgleich zwischen Auftragnehmer und -geber schafft. Zwar entspricht der zulässige Höchstpreis der PreisVO einem angemessenen Entgelt. Dies ist aber allein eine Konsequenz daraus, dass der Erlass einer Regelung, die der öffentlichen Hand die Erzielung besonders günstiger Preise ermöglichen würde, nicht mehr durch das Preisgesetz gedeckt sein dürfte. Denn dies erlaubt keine Maßnahmen, die zu einer aktiven, die Preis- und Wirtschaftsordnung umgestaltenden Wirtschaftspolitik benutzt werden. Allerdings gewährleistet die PreisVO dem Auftragnehmer aufgrund der Höchstpreisvorschrift keinerlei Schutz vor der Nachfragemacht der öffentlichen Hand, da der preisrechtlich zulässige Preis durch die Vertragsparteien unterschritten werden darf.

Auch aus der Neutralität der Preisbehörden kann nicht zwingend geschlossen werden, dass der Auftragnehmer vor dem Auftraggeber durch die PreisVO geschützt werden soll. Für die Neutralität der Preisbehörden spricht unabhängig einer Schutzfunktion für den Auftragnehmer, dass eine neutrale Preisbehörde mögliche Streitigkeiten über den zulässigen Höchstpreis minimieren dürfte.¹²⁹ Daneben betreffen die Regelungen der PreisVO nicht nur die Preisermittlung durch den Auftragnehmer, sondern auch die Einhaltung der Preistreppe bei der Auftragsvergabe durch den Auftraggeber. Nur eine neutrale Preisbehörde stellt hierbei ein Kontrollorgan für das Verwaltungshandeln dar.

Da die PreisVO zurzeit den Auftragnehmer nicht schützt, kann die Frage gestellt werden, ob ein solcher Schutz zum Beispiel durch Mindestpreisvorgaben sinnvoll wäre. Dieses wird klar verneint. Dem öffentlichen Auftraggeber, wie zuvor ausgeführt, stehen häufig auch nur ein oder wenige Auftragnehmer gegenüber. Eine einseitige Marktmachtausübung durch den Auftraggeber ist daher unwahrscheinlich, auch aufgrund der Nichtrationalität des öffentlichen Auftraggebers. Zudem ist ein Anbieterschutz bereits durch das GWB gewährleistet. Denn im Gegensatz zur PreisVO ist nach dem GWB eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht sowohl gegen vor- als auch nachgeordnete Wirtschaftsstufen unzulässig.¹³⁰ Da die öffentliche Hand bei der Beschaffung an das GWB gebunden ist,¹³¹ ist der Auftragnehmer bei der öffentlichen Beschaffung bereits geschützt.

V. Ergänzende Bewertungskriterien einer hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe

1. Weitere Vorteile einer hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe

Ein ergänzender Vorteil einer „eigenen“ hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe ist, dass ausländische Prüfungsbehörden bei ausländischen oder internationalen öffentlichen Aufträgen deutsche Prüfungsbehörden um Amtshilfe bitten oder deren Bewertungen folgen. Dadurch können bei international tätigen Unternehmen geringere Bürokratiekosten anfallen, da diese anderslautende preisrechtliche Bestimmungen des Auslandes nicht zusätzlich beachten müssen. Volkswirtschaftlich

¹²⁸ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), Einführung, Rn. 8.

¹²⁹ Vgl. *Greiffenhagen* (Fn. 106), 418.

¹³⁰ Vgl. *Emmerich* (Fn. 44), S. 396.

¹³¹ Vgl. *Grau* (Fn. 39), S. 206.

noch bedeutender dürfte sein, dass die Unternehmen auch vor ausländischen Prüfungsmaßnahmen und den damit verbundenen Offenlegungspflichten geschützt werden. Insbesondere im Technologiebereich wird nicht selten ein Knowhow-Abfluss durch ausländische Prüfungsbehörden befürchtet.

2. Nachteile einer speziellen hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe

Das Vorliegen von Marktversagen rechtfertigt keinesfalls automatisch Eingriffe des Staates in den Marktprozess.¹³² Zum einen stellt sich grundsätzlich die Frage, inwiefern Maßnahmen zur Korrektur von Marktversagen zur Allokationsverbesserung führen. Zum anderen sind die indirekten und direkten Kosten des Eingriffes zu berücksichtigen. Hierzu zählen unter anderem die mit der Maßnahme verknüpften zusätzlichen Transaktionskosten und mögliche Wohlfahrtsverluste, die auf den staatlichen Eingriff zurückgeführt werden können.

Allgemein bei Marktversagen aufgrund von wettbewerblicher Konzentration gilt, dass der Staat nur Verbesserungen des Allokationsergebnisses erzielen kann, wenn er hinreichend genau schätzen kann, welche Kosten bei wirksamem Wettbewerb entstehen würden. Die gleiche Problematik stellt sich auch bei einer verteilungspolitischen Zielsetzung. Aus statischer Sicht muss die Prüfungsbehörde beurteilen, ob die von Unternehmen geltend gemachten Kosten tatsächlich zur Leistungserstellung erforderlich sind.¹³³ Aus dynamischer Perspektive müsste hierbei auch beachtet werden, ob das Unternehmen im Zeitverlauf die gleichen Kosten sparenden Innovationen wie bei funktionierendem Wettbewerb durchgeführt hat.

Die zusätzlichen Transaktionskosten umfassen zum einen die direkten Kosten des Staates für die Durchführung des staatlichen Eingriffs. Im Falle der PreisVO sind dies die staatlichen Verwaltungskosten für die Preisprüfung. Des Weiteren können dazu die ermittelten Bürokratienkosten auf Seiten der Auftragnehmer gezählt werden. Insgesamt zeigen allerdings die empirischen Ergebnisse, dass diese Kosten relativ gering sind.

Der größte mögliche Wohlfahrtsverlust einer hoheitlichen preisrechtlichen Korrektur dürfte sein, dass aufgrund einer solchen Regelung die Auftragsvergabe im Wettbewerb nicht bestärkt sondern zu Gunsten von Selbstkostenpreisen zurückgedrängt werden kann. Eine Anwendung von Selbstkostenpreisen dürfte aufgrund ihrer Nachteile dabei häufig wohlfahrtsökonomisch mindernd wirken, sofern diese nicht erst eine Austauschbeziehung ermöglichen, wie im Falle von Unsicherheit.¹³⁴ Die Bevorzugung von Selbstkostenpreisen bei der öffentlichen Auftragsvergabe kann dabei sowohl im Einklang mit der PreisVO als auch im Widerspruch zu ihr geschehen. Der erste Fall tritt dann ein, wenn der gesetzlich vorgeschriebene Anwendungsbereich für Selbstkostenpreise zu weit gefasst ist, also auch Sachverhalte einschließt, bei denen eine marktwirtschaftliche Preisbildung möglich ist. Der zweite Fall entspricht im Grunde einer Flucht in das Preisrecht bzw. in die Selbstkostenpreisanwendung. Beispielsweise können Auftraggeber auf eine Ausschreibung verzichten und den Auftrag unter Berufung auf die PreisVO unmittelbar zu

¹³² Vgl. zur Abwägung von staatlichen Eingriffen *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 72ff.

¹³³ Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 6), S. 202.

¹³⁴ Wie erörtert gilt diese Aussage auch im Falle eines Angebotsmonopols, da aufgrund der unelastischen öffentlichen Nachfrage im Vergleich zu einer wettbewerblichen Preisbildung nur die Konsumentenrente zum Monopolisten umverteilt wird.

Selbstkosten vergeben. Der Preisprüfer muss dann nachträglich prüfen, welcher Preistyp der preisrechtlich zulässige ist. Zumeist lässt sich dann nicht mehr beobachten, welcher Preis sich bei der Vergabe im Wettbewerb ergeben hätte. Sofern sich dann nicht ein betriebssubjektiver Marktpreis feststellen lässt, entspricht es der allgemeinen Ansicht, dass in diesem Fall der vereinbarte Selbstkostenpreis auch preisrechtlich der zulässige Preis sei.¹³⁵ Daher ist die Grenze zwischen einer rechtmäßigen und unrechtmäßigen Anwendung von Selbstkostenpreisen durchaus fließend. Dass die PreisVO in aktueller Gestalt nicht nur dazu beiträgt, marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens verstärkt durchzusetzen, sei nachstehend aufgezeigt.

Friedmann bemängelt bereits im Jahr 1989 im Hinblick auf die Rüstungsindustrie, dass die Prinzipien des Wettbewerbs und der Marktpreisbildung bei der öffentlichen Auftragsvergabe „immer mehr durch die Abwicklung von öffentlichen Aufträgen zu Selbstkostenbasis unter Einschluß eines garantierten Gewinnzuschlages“ zurückgedrängt werden.¹³⁶ Des Weiteren belegt das oben genannte Ergebnis (die häufige Bestimmung des preisrechtlich zulässigen Höchstpreises auf Basis von Selbstkosten trotz Marktpreisvereinbarung), dass teilweise Selbstkostenpreise vorhandene Marktpreise ersetzen. Auch das geschätzte absolute Auftragsvolumen zu Selbstkostenpreisen lässt daran zweifeln, ob die PreisVO tatsächlich nur förderlich für ihre eigene definierte Zielsetzung ist.

Die Anwendung von Selbstkostenpreisen kann allerdings auch dann volkswirtschaftlich nachteilig sein, wenn nur ein Anbieter die entsprechende Leistung erbringen kann. Denn im Lichte der dynamischen Wettbewerbstheorie sind kurzfristig auch sehr hohe Gewinnspannen volkswirtschaftlich sinnvoll, sofern diese langfristig durch Konkurrenz bestreitbar sind, da sie für die Förderung des technischen Fortschritts unerlässlich sind. Sofern allerdings Unternehmen in bestimmten Bereichen grundsätzlich damit rechnen müssen, Preise nur in Höhe ihrer Selbstkosten erzielen zu können, lohnt sich der Wettbewerb um öffentliche Aufträge nicht mehr. Dieser Effekt kann durch die zusätzlich anfallenden Bürokratiekosten noch verstärkt werden. Beispielsweise hat *Weiss* festgestellt, dass vereinzelt kleine und mittelständische Unternehmen das Interesse an öffentlichen Aufträgen aufgrund der PreisVO verlieren.¹³⁷ Eine hoheitliche preisrechtliche Vorgabe kann daher auch zu einem geringen Wettbewerb um öffentliche Aufträge führen.

VI. Zusammenfassende volkswirtschaftliche Bewertung

Der eigentliche Normzweck der PreisVO stellt gemäß der Rechtsgrundlage – § 2 des Preisgesetzes – die Aufrechterhaltung des Preisstandes dar. Die Analyse zeigt auf, dass unter den heutigen Rahmenbedingungen der Beitrag der PreisVO zur Aufrechterhaltung des Preisstandes als geringer einzuschätzen ist. Unter anderem ist dies bedingt durch einen niedrigeren Anteil der öffentlichen Aufträge im Verhältnis zum BIP, die unter Beachtung der PreisVO vergeben werden. Allerdings

¹³⁵ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 1 Rn. 111.

¹³⁶ *Friedmann*, Die Effizienz der Tätigkeit des Bundesrechnungshof, in: Zavelberg (Hrsg.), Die Kontrolle der Staatsfinanzen, 1989, S. 174.

¹³⁷ Vgl. *Weiss*, Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Leitsätze für Selbstkostenpreisermittlung bei öffentlichen Aufträgen in kleinen und mittelständischen Unternehmen, 2013.

wäre es falsch, nur allein aufgrund einer im Vergleich zum Entstehungszeitpunkt geringeren volkswirtschaftlichen Bedeutung einer speziellen hoheitlichen preisrechtlichen Vorgabe für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge die Erforderlichkeit abzusprechen. Aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive ist jeder staatliche Eingriff gerechtfertigt, sofern dieser unter Berücksichtigung der direkten und indirekten Kosten des Eingriffs die Wohlfahrt maximiert. Des Weiteren können auch verteilungspolitische Zielsetzungen preisrechtliche Vorgaben rechtfertigen. Aufgrund einer anzunehmenden relativ unelastischen öffentlichen Nachfrage, der bereits bestehenden Begrenzung von Marktmacht durch das Wettbewerbsrecht und der Nachteile von Selbstkostenpreisen dürfte die PreisVO allerdings kaum wohlfahrtserhöhende Effekte besitzen. Eine Ausnahme hiervon bildet die mögliche Senkung von Transaktionskosten. Im Folgenden wird für die drei grundlegenden Preistypen (Marktpreis, Selbstkostenfestpreis und -erstattungspreis) einzeln diskutiert, ob die Vorgabe des jeweiligen Prinzips wirtschaftspolitisch sinnvoll ist.

Die Höchstbegrenzung für marktgängige Leistungen greift immer dann, wenn der Auftragnehmer zwar im Wettbewerb steht, andernfalls kann üblicherweise ein verkehrsüblicher Preis nicht ermittelt werden, aber ein höherer Preis als der Wettbewerbspreis vereinbart wird. Möglich ist dies, wenn der Auftragnehmer die maximale Zahlungsbereitschaft des Auftraggebers aufgrund dessen Nichtrationalität abschöpft. Das Marktpreisprinzip garantiert daher, dass die Aufteilung des sozialen Überschusses dem ökonomischen Referenzmodell entspricht und ist verteilungspolitisch begründet. Gleichzeitig dürfte dieser staatliche Eingriff mit vergleichsweise geringen Kosten verbunden sein, da keine Kostenprüfungen notwendig sind und der Einfluss auf den bestehenden Wettbewerb gering sein dürfte.

Die Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen kann volkswirtschaftlich notwendig sein, wenn aufgrund von Unsicherheiten keine Preisfindung möglich ist oder das Risiko besteht, dass der Auftragnehmer bei einer Fehlkalkulation die Leistung nicht erbringen kann. Eine einheitliche Anwendung von Kalkulationsgrundsätzen senkt in diesen Fällen die Transaktionskosten. Bei Vorgabe von Kalkulationsgrundsätzen besteht allerdings die Gefahr, dass diese auch angewendet werden, obwohl eine andere Preisfindung möglich ist. Aufgrund der möglichen Effizienz Nachteile von Erstattungspreisen im Speziellen und aufgrund der Nachteile von preisrechtlichen Vorgaben im Allgemeinen dürfte eine übermäßige Anwendung von Erstattungspreisen die Transaktionskostenvorteile aufzehren. Daher bedarf es grundsätzlich neben der Vorgabe des Anwendungsbereichs auch eine in der betrieblichen Praxis daran angelehnte Umsetzung.

Selbstkostenfestpreise sind nach der PreisVO dann anzuwenden, wenn sich die Verkehrsüblichkeit des Preises nicht feststellen lässt, sofern dies nicht auf Unsicherheit zurückzuführen ist. Analog zum Marktpreisprinzip soll verhindert werden, dass der Auftragnehmer einen höheren Preis bzw. Gewinn als im funktionierenden Wettbewerb erzielt. Im Gegensatz dazu, dürften allerdings höhere Kosten zur Erreichung der verteilungspolitischen Zielsetzung anfallen, insbesondere höhere Bürokratiekosten und die möglichen Wettbewerbsverzerrungen. Zwar kann argumentiert werden, dass die Vorgabe von Kalkulationsgrundsätzen auch hier zur Senkung der Bürokratiekosten führt. Zu beachten ist allerdings, dass ohne die preisrechtliche Vorgabe weniger Kosten für Kalkulation und Prüfung im Gegensatz zu Erstattungspreisen anfallen, da ohne hoheitliche preisrechtliche Vorgabe regelmäßig nur eine normale Angebotspreiskalkulation nach eigenen Maßstäben angewendet wird. In Bezug auf die Vorgabe von Selbstkostenfestpreisen erscheint es aus volkswirtschaftlicher Sicht zumindest fragwürdig, ob die verteilungspolitische Zielsetzung

tatsächlich die Nachteile aufwiegt. Dies gilt auch, da eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht bereits durch das GWB eingeschränkt werden könnte.

Die obige Analyse zeigt auf, dass zumindest die Vorgabe von zwei der drei Preistypen anhand der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen begründet ist. Eine ersatzlose Streichung der PreisVO erscheint daher grundsätzlich nicht sinnvoll. Prinzipiell gilt, dass eine Senkung von Transaktionskosten auch durch eine nicht hoheitliche Vorgabe von Kalkulationsgrundsätzen erreicht werden könnte. Des Weiteren könnte sich der öffentliche Auftragnehmer Prüfungsrechte auch einzelvertraglich sichern. Da eine hoheitliche preisrechtliche Vorgabe einen einschneidenden Schritt darstellt, ist die Frage zu beantworten, welche Vorteile eine hoheitliche Umsetzung hat.

Aufgrund der zuweilen geringen Rationalität des öffentlichen Auftraggebers ist eine hoheitliche Umsetzung einschließlich einer neutralen Prüfungsbehörde als externes Kontrollorgan sinnvoll. Denn dies verhindert zum einen, dass einzelne Auftraggeber von den Vorgaben abweichen, was einerseits die Umsetzung der Prinzipien gefährden würde und andererseits zu zusätzlichen Transaktionskosten führen könnte, wenn sich z.B. das Rechnungswesen der Unternehmen auf die unterschiedlichen inhaltlichen Anforderungen der jeweiligen öffentlicher Auftraggeber ausrichten müsste. Zum anderen dürfte eine zentrale Kontrolle einer dezentralen Kontrolle überlegen sein, da einerseits weniger Streitigkeiten entstehen dürften. Andererseits dürfte dies effizienter sein, da nicht jede Vergabestelle das jeweilige Knowhow aufbauen muss. Zwar könnte die Kontrolle auch auf eine nicht mit hoheitlichen Rechten ausgestattete neutrale Stelle ausgelagert werden, allerdings dürfte diese kein nachträgliches Fehlverhalten des öffentlichen Auftraggebers korrigieren. Hier könnte angemerkt werden, dass das Vergaberecht als eine rechtsverwandte Vorschrift grundsätzlich auch keine nachträgliche hoheitliche Kontrolle vorsieht. Allerdings erfolgt die Kontrolle dort durch die Bieter, die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagserteilung anfechten können.

In Anbetracht des geschätzten Selbstkostenpreisvolumens dürfte letztlich auch heute noch die historische Rechtfertigung für die PreisVO gegeben sein: die Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze. Dieser Aspekt stellt auch einen zentralen Unterschied zu der zum 01.07.1999 durch die Verordnung vom 16.6.1999 aufgehobenen Baupreisverordnung PR 1/72 dar. Denn der Grund für die Aufhebung wird insbesondere darin gesehen, dass Selbstkostenpreise bei öffentlichen Bauaufträgen kaum noch von Bedeutung waren.¹³⁸ Allerdings erscheint eine kritische Prüfung notwendig, inwieweit die aktuelle Ausgestaltung und Auslegung der PreisVO tatsächlich dieser Zielsetzung gerecht wird. Dieser Punkt soll im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Empirie nach der Verbreitung der Verordnung und ihrer Praxisrelevanz bei einer Erörterung der Anwendungsprobleme des öffentlichen Preisrechts wieder aufgegriffen werden.

¹³⁸ Vgl. *Noelle/Rogmanns*, Öffentliches Auftragswesen, 3. Aufl. 2002, S. 18; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Aufl. 2000, Rn. 271.

C. Betriebswirtschaftliche Empirie

I. Verbreitung der Verordnung und ihre Praxisrelevanz

1. Methodisches Vorgehen

Nach der vorgegebenen Aufgabenstellung soll die Verbreitung der Verordnung PR 30/53 und ihre Praxisrelevanz untersucht werden. Hierzu wurde es als zielführend erachtet, eine empirische Studie unter öffentlichen Auftraggebern durchzuführen, da diese sämtliche unter die VO PR 30/53 fallenden Aufträge vergeben und somit geeignete Informationen über die Rolle der VO PR 30/53 bei dem Prozess der öffentlichen Beschaffungen haben. Öffentliche Aufträge gem. § 2 Abs. 1 VO PR/30/53 der Verordnung sind die Aufträge des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der sonstigen Personen des öffentlichen Rechts. Unter Institutionen dieser Gruppen öffentlicher Auftraggeber wurde somit eine geschichtete Stichprobe erstellt, die eine gruppenspezifische Analyse zulässt.

Als **methodischer Ansatz** zur Erhebung der Daten wurden qualitative Telefoninterviews gewählt. Im Gegensatz zu einem quantitativen Ansatz bietet diese qualitative Herangehensweise die Möglichkeit, sich dem Interviewpartner individuell anzupassen und Erklärungen während des Gesprächs vorzunehmen.¹³⁹ Gleichzeitig können so individuelle Schwerpunkte während der Interviews gesetzt werden um induktiv Themenschwerpunkte zu identifizieren. Somit ermöglicht dieser Ansatz eine offene und umfassende Datenerhebung.

Der **Ablauf der Studie** stellte sich wie folgt dar. Im Vorfeld der Datenerhebung wurde ein teilstrukturierter Leitfaden als Gesprächsbasis erstellt. Die Datenerhebung im Rahmen von Telefoninterviews erfolgte im Zeitraum zwischen 1. Oktober 2013 und 31. Januar 2014. Eine erste Auswertung der bis dato geführten Interviews erfolgte im November 2013 während die finale Auswertung im Februar 2014 vorgenommen wurde.

Die **Erstellung des Interviewleitfadens** wurde nach den Zielsetzungen des Gutachtens strukturiert, was eine Unterteilung in die drei Hauptthemenblöcke 1) Struktur öffentlicher Aufträge, 2) Verbreitung des Preisrechts und dessen Praxisrelevanz sowie 3) Anwendungsprobleme zur Konsequenz hatte.¹⁴⁰ Um die eindeutige Verständlichkeit und die Zielorientierung der Fragen sicherzustellen wurde der Fragebogen im Vorfeld der Untersuchung Pre-Tests unterzogen.¹⁴¹ Hierbei waren Wirtschaftswissenschaftler, Unternehmensvertreter und Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums eingebunden. Daraus resultierende Änderungen wurden in den Fragebogen eingearbeitet. Die **Akquise der Interviewpartner** fand zum einen anhand von telefonischen oder elektronischen Anfragen, zum anderen persönlich bei Seminaren oder sonstigen Gelegenheiten statt. Der Interviewleitfaden wurde zusammen mit einem Begleitschreiben des Bundeswirtschaftsministeriums zu den Inhalten des Gutachtens den potentiellen Gesprächsteilnehmern im Vorfeld der Gespräche zur Verfügung gestellt. Somit wurde diesen die Möglichkeit eingeräumt, intern den adäquaten Ansprechpartner zu erreichen, um die Qualität der

¹³⁹ Vgl. *Bryman/Bell*, Business Research Methods, 3. Aufl. 2011, S. 465 ff.

¹⁴⁰ Angemerkt sei, dass die Anwendungsprobleme geschlossen unter Kapitel 3 dargestellt werden.

¹⁴¹ Vgl. *Bortz./Döring*, Forschungsmethoden und Evaluation, 4. Aufl. 2006, S. 355 f.

Antworten zu erhöhen. Aufgrund einer verhaltenen Bereitschaft zur Teilnahme an dieser Studie wurden die über 140 ursprünglich angefragten öffentlichen Institutionen in einer zweiten Phase nochmals kontaktiert. Darüber hinaus wurden in einer dritten Runde weitere 40 Interviewanfragen direkt über das Bundeswirtschaftsministerium versendet, wobei jedoch in Einzelfällen Überschneidungen mit der Direktansprache bestehen. Insgesamt wurden somit nahezu 180 Interviewanfragen an öffentliche Auftraggeber gerichtet. Aus diesen im Rahmen der drei Phasen der Akquise gestellten Anfragen erklärten sich 36 Gesprächspartner zu der Teilnahme an der empirischen Datenerhebung dieser Studie bereit. Die Rücklaufquote lag somit bei ca. 20%. Aus den 145 Anfragen die zu keinen Interviews führten, wurden zeitliche sowie personelle Überlastung, unklare interne Zuständigkeiten sowie mangelnde Freigaben für die Teilnahme an der Studie von vorgesetzten Instanzen als häufigste Gründe benannt.

Final ergab sich ein **Sample** bestehend aus insgesamt 36 Interviews. Die Gesprächspartner hatten dabei vornehmlich eine betriebswirtschaftlich oder rechtlich orientierte Ausbildung und waren überwiegend im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge tätig. Bei der Auswahl der Zusammenstellung des Samples wurde im Hinblick auf die Generalisierbarkeit auf die Berücksichtigung der Heterogenität der vergebenden öffentlichen Einrichtungen geachtet. Hierbei wurden regionale sowie größen- und typbezogene Kriterien einbezogen, sodass eine Annäherung an den bundesdeutschen Durchschnitt vollzogen werden konnte. Somit wurden Kommunen mit Einwohnerzahlen zwischen 70.000 und 2 Millionen aus der gesamten Bundesrepublik befragt. Auf Bundes- und Landesebene wurden Gespräche sowohl mit Ministerien als auch mit Ämtern und einrichtungsübergreifenden Beschaffungszentren geführt. Im Hinblick auf Körperschaften des öffentlichen Rechts sind öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, Sozialversicherungsträger, Forschungsinstitute, kirchliche Einrichtungen sowie Universitäten in das Sample inkludiert. Trotz mehrerer Nachfragen konnten keine Gesprächspartner aus Stiftungen zur Teilnahme an der Studie gewonnen werden. Als Grund hierfür wurde, trotz der Ankündigung einer anonymisierten Auswertung, die Geheimhaltung der Daten genannt. Dennoch fallen auch diese Einrichtungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich unter die VO PR 30/53.

	Zusagen	Absagen	Anfragen insg.
Bundesebene	8	16	24
Landesebene	7	36	43
Kommunen	13	49	62
Körperschaften des öffentlichen Rechts	8	43	51
Summe	36	145	180

Tabelle 1: Übersicht der angefragten Gespräche sowie des Samples

Die **Datenauswertung** erfolgte auf Grundlage von schriftlichen Dokumentationen der jeweils zwischen 45 und 90 Minuten umfassenden Gespräche. Hierzu wurden Transkripte auf Excel-Basis erstellt und anonymisiert. Ziel hierbei war es, die Daten so zu systematisieren, dass möglichst allgemeingültige Schlussfolgerungen abgeleitet werden können. Um eine möglichst hohe Gültigkeit der empirischen Ergebnisse zu gewährleisten, sind qualitätssichernde forschungsmethodische Techniken angewendet worden. Hierzu sind zunächst die dargelegten bereits im Vorfeld der

Datenerhebung durchgeführten Pre-Tests zu nennen. Des Weiteren kann durch Zusicherung einer anonymen Datenverwertung von authentischen Antworten der Gesprächspartner ausgegangen werden. Zur Erhöhung der externen Validität, welche auf die Generalisierbarkeit der Ergebnisse abzielt,¹⁴² wurden die Ergebnisse im Nachgang der Datenanalyse zum einen kommunikativ unter unternehmensseitigen Anwendern der VO PR 30/53 validiert. Zum anderen wurden in einer strukturierten, großzahligen Umfrage Preisprüfer zu den theseförmig formulierten Ergebnissen dieser Studie unter öffentlichen Auftraggebern befragt. Anhand dieses Vorgehens konnte eine Datentriangulation ermöglicht werden. Die Validierungen ergaben dabei durchweg hohe Übereinstimmungen, sodass die Ergebnisse dieser Studie als valide erachtet werden können.

2. Empirische Ergebnisse

Ziel dieses Kapitels ist die Darstellung der im Rahmen dieser empirischen Studie generierten Ergebnisse. Um ein möglichst ganzheitliches Bild über den Geltungs- und Anwendungsbereich sowie die praktische Relevanz der VO PR 30/53 entstehen zu lassen ist dieses Kapitel folgendermaßen aufgebaut. Zunächst erfolgt eine Darstellung der Struktur und des Volumens der öffentlichen Aufträge. Diese dient dazu die per Definition unter die VO PR 30/53 fallenden öffentlichen Aufträge zu charakterisieren. Darauf folgt eine Analyse zu der Verbreitung des Preisrechts und dessen Relevanz innerhalb des Prozesses der öffentlichen Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen.

a) Struktur und Volumen öffentlicher Aufträge

Um dem Ziel dieser Studie zu entsprechen, ist es zunächst notwendig einen Eindruck über das Volumen und die Struktur der Aufträge zu erhalten, die unter die von der VO PR 30/53 vorgesehene Definition fallen. Zu den Volumen **öffentlicher Aufträge** liegen bisher keine dezidierten und statistisch belastbaren Daten vor. Schätzungen für das jährliche Beschaffungsvolumen öffentlicher Auftraggeber schwanken zwischen 260 Mrd. und 480 Mrd. €¹⁴³ Ein Grund für die große Schwankungsbreite kann ein unterschiedliches Begriffsverständnis von öffentlichen Aufträgen sein. Zu beachten ist, dass gemäß § 2 Abs. 1 VO PR 30/53 nur Aufträge von Bundes- oder Landeseinrichtungen, Kommunen und sonstigen Personen des öffentlichen Rechts die VO PR 30/53 beachten müssen. Dies schließt beispielsweise öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform aus. Ebenso sind Bauaufträge aus dem Geltungsbereich der VO PR 30/53 ausgeschlossen.

Aus den erhobenen Daten geht hervor, dass in den Institutionen weitestgehend keine zentralisierten Daten zu den **Volumina öffentlicher Aufträge** vorliegen. Dass die Problematik fehlender Statistiken zu öffentlichen Beschaffungen in Deutschland dem BMWi bereits bekannt ist, wird durch die dortige Ausschreibung für die Entwicklung einer elektronischen Vergabestatistik deutlich. Dies trifft in besonderem Maße auch auf Zuwendungen zu. Zwar berichteten einige Teilnehmer im Rahmen dieser Studie von Tendenzen der Implementierung einer aggregierten Datenerfassung innerhalb der Einrichtungen, jedoch konnten Informationen zu Vergaben zum Zeitpunkt der Befragung meist nur auf die jeweiligen Tätigkeitsbereiche der befragten Mitarbeiter bezogen werden. Dabei konnte festgestellt werden, dass die Informationslage mit Größe und Hierarchie der

¹⁴² Vgl. Yin, Case Study Research - Designs and Methods, 3. Aufl. 2003, S. 37.

¹⁴³ Vgl. Eßig, Exzellente öffentliche Beschaffung, 2013, S. 9.

Institution zunahm. So konnten Kommunen sowie Landeseinrichtungen weniger dezidierte Informationen zu Volumina, Abrechnungsvorgängen und Beschaffungsinhalten vorweisen als Bundeseinrichtungen. Während Forschungsinstitute als Körperschaften des öffentlichen Rechts sich auskunftsfreudig zeigten, wollten kirchliche Einrichtungen, Rundfunkanstalten sowie Sozialversicherungsträger indes aus grundsätzlichen Erwägungen keine Angaben zu Vergabevolumina und -struktur machen. Eine Besonderheit für Beschaffungen auf Landes- und Bundesebene ist die Tendenz, institutionenübergreifende Beschaffungszentren zu bilden, um so von erhöhten Beschaffungsvolumina profitieren zu können. Die befragten Gesprächspartner berichten davon, dass jede beschaffende Stelle auftragsspezifisch entscheiden kann, ob sie ein Beschaffungszentrum einschalten möchte oder selbst die Vergabe durchführen möchte. Hier konnten keine einheitlichen Vorgehensweisen identifiziert werden. Hervorzuheben ist darüber hinaus, dass öffentliche Auftraggeber besonders im kommunalen Bereich keine dezidierten Auskünfte zu Volumina von Inhouse-Aufträgen an Eigenbetriebe geben konnten. Dieses Ergebnis konnte anhand einer zusätzlichen Befragung kommunaler Unternehmen bestätigt werden.

Die in dieser Studie angestellten statistischen **Hochrechnungen** des unter die VO PR 30/53 fallenden Auftragsvolumens sind demnach Verzerrungen unterlegen, die im Wesentlichen auf die folgenden drei Aspekte zurückzuführen sind. Erstens fehlen zentralisierte Statistiken zu Vergaben bei den jeweiligen öffentlichen Auftraggebern, sodass die Antworten der Gesprächspartner nur Teile des Vergabevolumens der jeweiligen Einrichtung abdecken. Zweitens existieren unterschiedliche Vorgehensweisen der Vergabe bei öffentlichen Auftraggebern. Hier können öffentliche Aufträge ohne einheitliche Kriterien entweder über eigene Vergabestellen oder über aggregierte Beschaffungszentren vergeben werden. Drittens existieren unterschiedliche Handhabungen von Beschaffungen angegliederter Organisationen. Nachgelagerte Eigenbetriebe oder Ämter vergeben somit zum Teil eigenständig Aufträge oder werden anhand der Vergabestellen der übergeordneten Einrichtung versorgt.

Aufgrund der relativ kleinen Stichprobengröße und der möglichen Verzerrungen der dezentral erhobenen Daten wird zur Berechnung des Gesamtvolumens preisrechtsrelevanter Beschaffung auf die Rechnungsergebnisse des öffentlichen Gesamthaushalts zurückgegriffen. Die dazu vorliegende aktuellste Statistik bezieht sich auf das Jahr 2011.¹⁴⁴ Die Vorgehensweise bietet zwei Vorteile: Zum einen wird hier nicht das Beschaffungsvolumen öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform – welches ja nicht der VO PR 30/53 unterliegt – erfasst, zum anderen differenziert die Statistik zwischen Bund, Ländern und Gemeinden. Nicht explizit erfasst wird das Beschaffungsvolumen der sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts.¹⁴⁵ Relevant für das gesamte öffentliche Beschaffungsvolumen sind die Ausgabepositionen *Laufender Sachaufwand*, *Baumaßnahmen*, *Erwerb von unbeweglichem Sachvermögen* und *Erwerb von beweglichem Sachvermögen*.¹⁴⁶ Da nach § 2 Abs. 5 VO PR 30/53 Bauleistungen nicht der Verordnung unterliegen, werden die

¹⁴⁴ Vgl. Statistisches Bundesamt (2014).

¹⁴⁵ Beziffert werden lediglich die Ausgaben der Sozialversicherungen durch das statistische Bundesamt. Allerdings handelt es sich bei den zugehörigen Werten größtenteils nicht um Beschaffungsvolumina (vgl. Öko-Institut e.V. 2008, S. 285). Beispielsweise werden Aufwendungen für Krankenhausbehandlungen, ärztliche Behandlungen, Arzneimittel, etc. als laufender Sachaufwand der Sozialversicherungen erfasst (vgl. Statistisches Bundesamt, Öffentliche Finanzen 2009, S. 412).

¹⁴⁶ Vgl. Öko-Institut e.V. 2008, S. 283.

Positionen Baumaßnahmen und Erwerb von unbeweglichem Sachvermögen nicht mit einbezogen. Somit ergibt sich für das Jahr 2011 als statistisch gesicherte Untergrenze folgende Grundgesamtheit des öffentlichen Beschaffungsvolumens, welches in den Geltungsbereich der VO PR 30/53 fällt:

Ausgabenposition [Angaben in Mio. €]	Bund mit Sonder- vermögen	Länder	Kommunen und Zweckverbände	Gesamt
Laufender Sachaufwand	22.102	26.254	41.339	89.695
Erwerb von beweglichem Sachvermögen	1.035	1.573	2.306	4.914
Summe	23.137	27.827	43.645	94.609

Tabelle 2: Öffentliches Beschaffungsvolumen im Geltungsbereich der VO PR 30/53¹⁴⁷

Zu den gemäß Tabelle 2 etwa 95 Mrd. € Beschaffungsvolumen des Bundes, der Länder und der Kommunen müssen die Aufträge der sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts hinzugerechnet werden. Dieses Auftragsvolumen kann allerdings weder auf Basis öffentlich verfügbarer Statistiken noch auf den eigenen empirischen Daten genau spezifiziert werden. Für die Aussagen der Studie stellt dies allerdings keine wesentliche Limitation dar, da eine Feststellung der empirischen Erhebung ist, dass bei den sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts das Preisrecht selten beachtet wird. Daher werden die Daten dieser Körperschaften für die nachfolgenden Berechnungen zur praktischen Relevanz der PreisVO nicht zwingend benötigt.

Im Rahmen der Studie wurde unter Befragung von 36 verschiedenen öffentlichen Auftraggebern eine Stichprobe von 9.224 Mio. € Beschaffungsvolumen aus der Grundgesamtheit erhoben. Die 13 befragten Gesprächspartner aus Kommunen berichteten von insg. 322 Mio. € Auftragsvolumen. Die 7 befragten Gesprächspartner aus Landeseinrichtungen berichteten von insg. 189 Mio. € Auftragsvolumen. Die 8 befragten Gesprächspartner aus Bundeseinrichtungen berichteten von insg. 5.239 Mio. € Auftragsvolumen. Im Folgenden wird dabei eine Bundeseinrichtung gesondert betrachtet, da diese nahezu 100% des Auftragsvolumens an eine bundeseigene Gesellschaft zu Selbstkosten vergibt. Entsprechend sind es 7 Bundeseinrichtungen mit einem Auftragsvolumen von 2.839 Mio. € Die 8 befragten Gesprächspartner aus den sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts berichteten insg. von 3.474 Mio. € Auftragsvolumen. Anzumerken ist hierbei, dass zwei Befragte keine Angaben zum Umfang der vergebenen Aufträge gemacht haben. Des Weiteren ist eine einbezogene Körperschaft des öffentlichen Rechts Auftragnehmer der oben genannten Körperschaft des öffentlichen Rechts. Um eine Doppelverrechnung des Auftragsvolumens in der Studie zu vermeiden, wird diese Institution mit einem Auftragsvolumen von insg. 1.700 Mio. € nicht weiter betrachtet. Somit ergibt sich für fünf Körperschaften des öffentlichen Rechts ein Auftragsvolumen von 1.774 Mio. € Die erhobenen Beschaffungsvolumina sind in Tabelle 3 zusammengefasst.

¹⁴⁷ Eigene Darstellung in Anlehnung an: Statistisches Bundesamt (2014), S. 28 – 29.

Ebene	gesamtes Beschaffungsvolumen in Mio. €	betrachtetes Beschaffungsvolumen in Mio. €	relative Stichprobengröße
Bundesebene	20.737	2.839	13,7%
gesonderte Bundeseinrichtung	2.400	2.400	100%
Landesebene	27.827	189	0,7%
Kommunen	43.645	322	0,7%
Körperschaften des öffentlichen Rechts	-	1.774	-
Gesamt		7.524	

Tabelle 3: Deskriptive Statistik der Stichprobe¹⁴⁸

Kritisch hinsichtlich der Datenqualität ist anzumerken, dass insbesondere für die Länder und Kommunen mit jeweils 0,7% der Grundgesamtheit (bezogen auf das Volumen) eine geringe Stichprobengröße vorliegt. Eine Ursache hierfür ist die zuvor genannte Einschränkung, dass die Antworten der Gesprächspartner nur Teile des Vergabevolumens der jeweiligen Einrichtung abdecken. Dies zeigt sich beispielsweise an den befragten Kommunen, die zusammen etwa 5,8 Mio. Einwohner aufweisen. Im Verhältnis zur Einwohnerzahl von Deutschland, etwa 81 Mil., beträgt die Stichprobengröße etwa 7%. Aus dem Vergleich mit der Stichprobengröße gemessen am kommunalen Beschaffungsvolumen von 0,7% kann gefolgert werden, dass den befragten Beschaffungsstellen ca. nur über ein Zehntel des gesamten Beschaffungsvolumens ihrer Kommune Informationen vorlagen.

Im Hinblick auf den **Inhalt der** von den befragten öffentlichen Auftraggebern getätigten **Beschaffungen** konnte eine große Heterogenität festgestellt werden. In allen Gruppen wurde von Beschaffungen des täglichen Gebrauchs wie bspw. Büroutensilien und Einrichtungsgegenständen berichtet. Diese machen besonders laut Aussagen von Ansprechpartnern aus Kommunen und Landesinstitutionen den deutlichen Großteil der Beschaffungen aus. Darüber hinaus scheint die Beschaffung von Equipment von Feuerwehr und Polizei ein bedeutendes Auftragsvolumen zu beinhalten. Währenddessen spielen Dienstleistungen häufig bei langfristigen Aufträgen eine Rolle. Hier wird u.a. von Implementierungen und Instandhaltung von IT-Systemen berichtet sowie von Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten im Zusammenhang mit Infrastrukturobjekten wie bspw. Ampelanlagen oder lokalen Flächen. Darüber hinaus wird Sicherheitsdienstleistungen ein großes Auftragsvolumina im kommunalen Bereich aber auch bei Landeseinrichtungen zugesprochen. Gesprächspartner aus Landes- und Bundeseinrichtungen sowie Forschungsinstituten berichten darüber hinaus von spezialisierten Beschaffungen, die speziell im Zusammenhang zum jeweiligen Schwerpunkt der Institution stehen. Hierunter fallen besonders Produkte und Dienstleistungen der Sicherheitstechnik für Bundeswehr, Polizei, Zoll sowie Forschungs- und Entwicklungsanlagen sowie Dienstleistungen und Gutachten.

Gesprächspartner berichten davon, dass **Aufträgen an kleine Unternehmen** mit weniger als 250 Mitarbeitern eine hohe Bedeutung zukommt. Genaue Daten werden hierzu allerdings nicht erhoben. Aus den Einschätzungen der Interviewpartner lässt sich jedoch schließen, dass besonders Kommunen vorrangig Aufträge an Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern vergeben. Bei

¹⁴⁸ Eigene Erhebung.

Landes- und Bundeseinrichtungen liegt dieser Anteil deutlich niedriger. Ein heterogenes Bild konnte für Körperschaften des öffentlichen Rechts identifiziert werden. Die an größere Unternehmen vergebenen Aufträge enthalten dabei laut Aussagen der Gesprächspartner aller Gruppen öffentlicher Auftraggeber höhere Volumina als Aufträge an Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern.

Inhouse-Aufträgen wird allgemein keine größere Bedeutung bei Auftragsvergaben beigemessen. Mit Ausnahme des BMZ, das sämtliche Aufträge inhouse vergibt, wurde diesen in keiner der befragten Gruppen öffentlicher Auftraggeber eine erwähnenswerte Rolle zugesprochen. Dennoch ging aus den Interviews unter Vertretern von Körperschaften des öffentlichen Rechts, Kommunen und Landeseinrichtungen hervor, dass Aufträge an Unternehmen vergeben werden, bei denen die befragte Institution über Mehrheitsanteile verfügt. Über diese Vergaben lagen jedoch keine Informationen bei den Gesprächspartnern vor.

Aus den Interviews geht hervor, dass **Auftragsvergaben ins Ausland oder an internationale Konsortien** nur in absoluten Ausnahmefällen vorzufinden sind. Über die Frage, ob bei diesen Vergaben die ausländischen Unternehmen oder internationalen Konsortien ihr Rechnungswesen in Deutschland haben, liegen den befragten öffentlichen Auftraggebern keine genauen Informationen vor. Es besteht jedoch der Eindruck, dass lediglich bei Vergaben an Unternehmen in Grenzregionen deren Rechnungswesen im Ausland liegt. Bei internationalen Konzernen existiert laut Auffassung der Interviewpartner überwiegend eine Abteilung für Rechnungswesen in Deutschland.

b) Verbreitung des Preisrechts und Praxisrelevanz

Nachdem die Struktur öffentlicher Aufträge in Abschnitt II.2.a analysiert wurde, widmet sich dieser Abschnitt der Verbreitung des Preisrechts und dessen Praxisrelevanz. Zuvor ist beziffert worden, dass mindestens 95 Mrd. € öffentliches Beschaffungsvolumen unter den Anwendungsbereich der PreisVO fallen. Hieraus kann allerdings noch nicht abgeleitet werden, wie hoch die praktische Relevanz der PreisVO ist. Zunächst stellt sich die Frage, von welchen Auftraggebern die Prinzipien der Verordnung tatsächlich bei der Auftragsvergabe eingehalten werden. Ein wichtiges Prinzip ist dabei die Beachtung der Preistreppe. Als Indikator für die Erhebung, von welchen Auftraggebern die Verordnung praktisch angewendet wird, dient daher, ob bei der Auftragsvergabe ausdrücklich ein Preistyp (§§ 4 ff. PreisVO) vereinbart wird. Mit Hilfe dieser Angabe wurde für die drei Ebenen der öffentlichen Hand ein gewichteter Prozentsatz kalkuliert und auf die Grundgesamtheit angewandt.

Volumen [Angaben in Mio. €]	Bund mit Sonder- vermögen	Gesonderte Bundesein- richtung	Länder	Kommunen und Zweck- verbände	Gesamt
Gesamtvolumen	20.737	2.400	27.827	43.645	94.609
relativer Anteil unter Beachtung der VO PR 30/53	76,6,5%	100%	86,1%	49,5%	67,4%
absoluter Anteil unter Beachtung der VO PR 30/53	15.855	2.400	23.945	21.591	63.791

Tabelle 4: Praktische Relevanz des öffentlichen Beschaffungsvolumens¹⁴⁹

¹⁴⁹ Eigene Erhebung.

Im Rahmen der Vergabe werden gemäß Tabelle 4 nur bei ca. 67% des Auftragsvolumens ausdrücklich **Preistypen** zwischen öffentlichen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart. Insgesamt beträgt für Bund, Länder und Gemeinden das Auftragsvolumen, bei dem die PreisVO aktiv beachtet wird, nur etwa 64 Mrd. €

Praktisch relevant ist die PreisVO besonders, wenn Aufträge zu Selbstkosten gemäß den LSP vergeben werden. Analog zur Berechnung der Beachtung der PR VO Nr. 30/53 bei der Auftragsvergabe kann das Volumen ermittelt werden, welches über Selbstkostenpreise abgerechnet wird. Die Ergebnisse sind in Tabelle 5 zusammengefasst.

Volumen [Angaben in Mio. €]	Bund mit Sonder- vermögen	Gesonderte Bundes- einrichtung	Länder	Kommunen und Zweck- verbände	Gesamt
Gesamtvolumen	20.737	2.400	27.827	43.645	94.609
relativer Anteil Selbstkostenpreise	41,9%	100%	5,2%	4,9%	15,5%
absoluter Anteil Selbstkostenpreise	8.689	2.400	1.447	2.121	14.657

Tabelle 5: Anteile von Selbstkosten am gesamten Beschaffungsvolumen¹⁵⁰

Der Anteil von Selbstkostenpreisen am gesamten Beschaffungsvolumen von 94,6 Mrd. € beträgt somit 15,5% oder 14.657 Mio. € Bemerkenswert ist der hohe Anteil von Selbstkostenpreisen bei öffentlichen Aufträgen des Bundes im Vergleich zu den Ländern und Kommunen. Ein weiterer Anwendungsbereich von Selbstkostenpreisen sind staatliche Zuwendungen. Daher wurde im Rahmen der empirischen Studie auch das Zuwendungsvolumen, welches durch die verschiedenen Projektträger in Deutschland verwaltet wird, erhoben. Dies erfolgte direkt durch Anfragen an die Projektträger, indirekt über Veröffentlichungen wie Internetseiten oder Geschäftsberichte sowie durch Schätzungen auf Basis von Umsatzdaten (hierzu *Anlage 4*). Im Ergebnis konnte ein Gesamtfördervolumen von 5.028 Mio. € identifiziert werden. Dabei beläuft sich der Anteil von Projekten, welche auf Kostenbasis und somit unter Beachtung der LSP abgerechnet werden, auf 20-25 %. Dies entspricht einem absoluten Wert von etwa 1.131 Mio. € Demnach erhöht sich das Volumen von Selbstkostenpreisen auf 15.788 Mio. €

Aus der Analyse des **Beschaffungsprozesses** öffentlicher Auftraggeber geht hervor, dass die VO PR 30/53 weitestgehend standardmäßig in den Verträgen bzw. AGBs benannt wird, jedoch meist jedem Mitarbeiter freigestellt ist wie er mit den Vorgaben der VO PR 30/53 verfahren möchte. In keinem Fall existierte eine zentrale Stelle für die Einhaltung und Umsetzung der Verordnung. Die Thematik der VO PR 30/53 ist bei den Vergabestellen angesiedelt. Prüfungen im Hinblick auf die auftragspezifische Anwendung der VO PR 30/53 finden dort allgemein nicht statt. Ausnahmen von dieser Anwendungspraxis konnten bei Forschungsinstituten sowie bei einigen Bundeseinrichtungen festgestellt werden. Hier gibt es zum Teil interne Anweisungen, die die Festlegung eines Preistyps generell für jede Vergabe vorsehen.

¹⁵⁰ Eigene Erhebung

Hinweise auf eine Anwendungspflicht der VO PR 30/53 für **mittelbare Leistungen und Unteraufträge** werden lediglich in Ausnahmefällen vertraglich angeführt. In wenigen Fällen berichten Gesprächspartner von Klauseln, die teilweise in den AGBs aufgeführt sind, die besagen, dass die Vertragsinhalte auch auf Unterauftragnehmer anzuwenden sind.

Neben dem Verweis auf die VO PR 30/53 in den Verträgen, ist eine weiterführende **Information der Auftragnehmer** nicht standardisiert im Vergabeprozess vorgesehen. Einige Gesprächspartner berichten davon, dass Auftragnehmer auf deren Anfrage hin über die Vorgaben der VO PR 30/53 und deren Konsequenzen für Unternehmen im Bearbeitungsprozess öffentlicher Aufträge informiert werden. Dies komme in der Anwendungspraxis jedoch nur in Einzelfällen vor.

Von einer **vertraglichen Anwendung der VO PR 30/53** bei Aufträgen die außerhalb des von der Verordnung vorgesehenen Geltungsbereichs liegen, wird von den Gesprächspartnern eher selten berichtet, z.B. bei Wasserversorgungsverträgen.

Aufträge werden allgemein nicht nach einem standardisierten Vorgehen von den öffentlichen Auftraggebern zur **Preisprüfung** weitergeleitet. Weitestgehend werden für die Aufträge Preisprüfungen beantragt, bei denen die vergebenden Stellen aufgrund eines hohen Spezialisierungsgrads des Auftrags oder bei Monopolstrukturen, Selbstkostenpreise vereinbart haben und/oder Zweifel im Hinblick auf die Angemessenheit der Höhe des vereinbarten Preises bestehen. Die Entscheidung über die Initiierung einer Preisprüfung findet weitestgehend subjektiv und auftragspezifisch statt. Einheitliche Kriterien konnten nicht festgestellt werden. Ausnahmen von diesem Vorgehen konnten auf Bundesebene beobachtet werden. Hier scheint die Tendenz zu bestehen, interne Prozessanweisungen herauszugeben, die eine generelle Weiterleitung von Aufträgen zu Selbstkostenpreisen an die Preisprüfung vorsehen. Als Grund hierfür werden Kosteneinsparungspotenziale und die mangelnde Einschätzbarkeit der Angemessenheit von Selbstkostenpreisen benannt. Die Möglichkeit eine Preisprüfung für öffentliche Aufträge zu initiieren war drei der dreizehn Gesprächspartner aus dem kommunalen Bereich nicht bekannt.

Aufgrund teilweise mehrjähriger Wartezeiten sind die Ergebnisse einer Preisprüfung den wenigsten öffentlichen Auftraggebern präsent. Da keine unmittelbaren **Prüfungsergebnisse** ggf. mit Rückzahlungsansprüchen bei öffentlichen Auftraggebern registriert werden, wird der Weiterleitung von Aufträgen an die Preisprüfung ein nachgeordneter Charakter zugesprochen oder ganz auf eine Weiterleitung verzichtet.

Die Analyse der im Rahmen dieser Studie erhobenen Daten lässt darauf schließen, dass der **Anwenderkreis** der VO PR 30/53 unter den Kommunen sehr gering ist. Bei Landes- und Bundeseinrichtungen ist er jeweils höher einzuschätzen. Bei Körperschaften des öffentlichen Rechts wurden Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen durchweg als Anwender der VO PR 30/53 identifiziert. Bundesanstalten, Kirchen, Stiftungen, Sozialversicherungsträger berichten nicht von der Anwendung der VO PR 30/53. Mit Anwenderkreis sind an dieser Stelle diejenigen öffentlichen Auftraggeber gemeint, die die Vorgaben der VO PR 30/53 kennen, diese bei ihren Vergaben beachten und über das Instrument der Preisprüfung Bescheid wissen.

Besonders bei Kommunen und Körperschaften des öffentlichen Rechts (mit Ausnahme der Forschungseinrichtungen), aber zum Teil auch bei Landeseinrichtungen und vereinzelten

Bundeseinrichtungen wurden gravierende Wissensmängel im Hinblick auf die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen festgestellt.

Während die Vergaberichtlinien durchweg thematisiert und umgesetzt werden, waren selten detaillierte Fachkenntnisse über die VO PR 30/53 vorzufinden. Als Grund hierfür werden zwei Punkte angeführt. Erstens waren die Gesprächspartner der Ansicht, dass die Umsetzung der Vergaberichtlinien in den meisten Fällen zu einem angemessenen Preis führt. Zweitens ging aus den Gesprächen hervor, dass während es für die vergebenden Stellen keine Alternative zu der Beachtung der Vergaberichtlinien gibt, die Beachtung der VO PR 30/53 im Ermessen der Mitarbeiter der Vergabestellen liegt. Aufgrund des mangelnden Fachwissens können diese den aus einer Beachtung der VO PR 30/53 zusätzlich entstehenden Aufwand nicht überschauen und verzichten hierauf. Dieses Verhalten wird unterstützt durch die Pflicht zur Führung von Statistiken über Ausschreibungen/Vergaben. Dies ist im Hinblick auf die VO PR 30/53 bislang nicht vorgesehen, würde jedoch zu einer höheren Beachtung der Verordnung führen. Selbst in Fällen, in denen die VO PR 30/53 Beachtung seitens öffentlicher Auftraggeber findet, wird dahingehende Fachkompetenz ausschließlich den Preisprüfern zugesprochen. Das mangelnde Wissen ist als Hauptgrund dafür anzusehen, dass der VO PR 30/53 im Beschaffungsprozess eine untergeordnete Rolle zugesprochen wird.

Dennoch werden die **Grundprinzipien der VO PR 30/53**, allen voran der Marktpreispriorität, aber auch der Priorität fester Preise sowie das Höchstpreisprinzip als bedeutsam angesehen.

Aus den Daten dieser Studie geht hervor, dass zwar die Vorgaben der VO PR 30/53 über die Preisermittlung bei öffentlichen Aufträgen in der praktischen Anwendung teilweise auf wenig Beachtung treffen, jedoch berichten die Gesprächspartner mit wenigen Ausnahmen von **Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Preisen** für öffentliche Aufträge. Meist betrifft dies spezielle oder individualisierte Beschaffungen. Ausschreibungen sind hierbei genauso betroffen wie freihändige Vergaben. Häufig werden in diesem Zusammenhang Spezialequipment bspw. für Feuerwehr oder Laborausstattungen, aber auch Beschaffungen aus dem IT-Bereich benannt. Besonders bei langfristigen Dienstleistungen bei denen an eine Erstbeschaffung angeknüpft wird, konstatieren die befragten öffentlichen Auftraggeber aller Gruppen Schwierigkeiten bei der Einschätzung der Angemessenheit von Preisen. Dies ist bspw. bei Folgeaufträgen wie der Wartung und Instandhaltung von IT-Systemen oder sonstigen Anlagen der Fall. Hier kommt für die öffentlichen Auftraggeber aufgrund der durch den ursprünglichen Auftrag entstandenen exklusiven Expertise meist lediglich ein Bieter in Frage. Dies erschwert eine angemessene Preisermittlung. Falls das Instrument der VO PR 30/53 bzw. der Preisprüfung bei öffentlichen Auftraggebern nicht bekannt ist, wird in diesen Fällen zwar versucht sich mit Vergleichen zu früheren Vergaben und Erfahrungswerten zu behelfen, deutliche Unsicherheiten bleiben jedoch bestehen.

Die **Marktpreisvorschriften** gem. § 4 VO PR 30/53 werden von keinem der befragten öffentlichen Auftraggeber selbstständig überprüft. Laut deren Auffassung herrscht immer dann ein funktionierender Markt wenn Ausschreibungen zu mehreren Geboten führen. Der Marktpreis gem. VO PR 30/53 wird dabei im Allgemeinen mit dem Wettbewerbspreis des Vergaberechts (*VOL-A*, *VOF*) gleichgesetzt.

Das **Internet** wird von den befragten Auftraggebern als marktförderlich empfunden. Anhand der Veröffentlichung von Ausschreibungen im Internet konnte eine Ausweitung des Bieterkreises sowie

eine durch Vorabrecherchen gesteigerte Preistransparenz festgestellt werden. Da die Aufträge meist innerhalb Deutschlands vergeben werden, wird der **Globalisierung** keine gravierende Bedeutung zugesprochen.

Während der Beachtung der Vergaberichtlinien ein maßgeblicher Einfluss auf die **Senkung der Beschaffungskosten** zugesprochen wird, kann dies für die VO PR 30/53 nicht eindeutig beziffert werden. Der Grund hierfür wird zum einen in der unsystematischen Weiterleitung von Aufträgen an die Preisprüfung und zum anderen in den langen Latenzzeiten der Preisprüfungen gesehen. Die Ergebnisse der Preisprüfungen waren den wenigsten öffentlichen Auftraggebern bekannt. Dennoch wird der VO PR 30/53 bei konsequenter Beachtung das Potential zur Senkung der Beschaffungskosten zugesprochen. Dies sei allerdings nur durch einen Ausbau der Fachkompetenzen zur VO PR 30/53 bei öffentlichen Auftraggebern sowie eine Ausweitung der Preisprüfungen zu bewerkstelligen.

Von **Nachteilen** für öffentliche Auftraggeber aufgrund der Existenz der VO PR 30/53 wird nicht berichtet. **Bürokratiekosten** fallen hierdurch bislang lediglich marginal an. Recherchearbeiten aufgrund mangelnder Anwendungspraxis im Hinblick auf Preistypkriterien werden als Hauptaufwand öffentlicher Auftraggeber benannt. Nachweise über das Zustandekommen von Preisen werden im Einzelfall auftragsspezifisch vom Auftragnehmer angefordert. Dies geschieht vornehmlich basierend auf Anforderungen, die sich aus Vergaberichtlinien und nicht unmittelbar aus der VO PR 30/53 ergeben. In diesem Zusammenhang werden die Prüfung der Auskömmlichkeit der Preise und Tariftreue als aufwändig angesehen. Dies wird vornehmlich bei der Vergabe von Sicherheits- oder Reinigungsdienstleistungen geprüft, da es in diesen Branchen zu Dumpinglöhnen kommt. Weiterbildungen des öffentlichen Auftraggebers über die VO PR 30/53 fanden bisher nur in Einzelfällen statt.

c) Anwendungsprobleme öffentlicher Auftraggeber

Aus der Analyse der dieser Studie zugrunde liegenden Daten ergaben sich Probleme bei der Anwendung der VO PR 30/53 auf den Beschaffungsprozess öffentlicher Auftraggeber im Wesentlichen aus drei Aspekten.

Erstens wurden anhand der Datenanalyse deutliche Unklarheiten seitens der öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die Einordnung der VO PR 30/53 in den Beschaffungsprozess festgestellt. Dabei erscheinen zum einen die Intention der VO PR 30/53 als Instrument für öffentliche Auftraggeber zur Kostenreduktion oder als neutrale Verordnung zur Wahrung des Preisstands und zum anderen der Würdigung der Verordnung neben den als prominenter angesehenen Vergaberichtlinien als undurchsichtig. Innerhalb des Beschaffungsprozesses äußern sich diese Unklarheiten in Form von Unsicherheit über die Frage, an welcher Stelle des Prozesses die VO PR 30/53 in welcher Form einfließen soll. In der Konsequenz führt dies dazu, dass die VO PR 30/53 zwar in den Verträgen benannt wird, sie jedoch oftmals keine weitere Beachtung findet. In einigen Fällen wurde der Verweis aus diesem Grund gänzlich aus den Verträgen entfernt.

Zweitens berichteten die Gesprächspartner von Anwendungsproblemen, die sich aus der Ausgestaltung der VO PR 30/53 ergeben. Hierbei wurde häufig betont, dass die VO PR 30/53 im Hinblick auf die darin verwendeten Termini und deren Ausrichtung auf industrielle Beschaffungen als nicht mehr zeitgemäß angesehen wird. Besonders die Prüfung der Kriterien der jeweiligen

Preistypen bereitet laut Aussagen der befragten öffentlichen Auftraggeber Probleme, da aus dem Verordnungstext keine klaren Anweisungen abzuleiten sind. Die Erläuterungen hierzu in der Kommentierung werden als zu komplex angesehen. Die Einarbeitung im Eigenstudium erachten die meisten Gesprächspartner als schwer möglich. Dies führt in der Vergabepraxis dazu, dass die Kriterien der Preistypen nicht geprüft werden. Entweder wird in der Folge kein Preistyp vereinbart oder es wird lediglich zwischen Marktpreis und Selbstkostenpreis unterschieden.

Drittens erscheint den öffentlichen Auftraggebern die Rolle der Preisprüfer unklar. Allgemein hin sahen die befragten Vertreter öffentlicher Auftraggeber die ausschließliche preisrechtliche Kompetenz bei den Preisprüfern. Diese werden als Dienstleister für öffentliche Auftraggeber gesehen, die ihrer Aufgabe der Information und Beratung über die VO PR 30/53 als Instrument für Kosteneinsparungen bei öffentlichen Auftraggebern nicht gerecht werden. Dies entspricht nicht der als neutral vorgesehenen Rolle der Preisprüfer zur Wahrung des Preisstands.

3. Validierung der Ergebnisse durch Preisprüfer

Um die externe Validität der Untersuchung zu erhöhen, wurde im Rahmen einer Daten- und Methodentriangulation¹⁵¹ eine Befragung der Preisprüferschaft durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Validierungsstudie beziehen sich nicht nur auf die Verbreitung der Verordnung und ihre Praxisrelevanz, sondern auch auf die folgende wirtschaftswissenschaftliche Empirie. Daher wird an den relevanten Stellen auf die Ergebnisse hingewiesen. Zur Verbesserung der Erhebungssituation und der Rücklaufquote fand die schriftliche Befragung während der Bundespreisprüfertagung im November 2013 statt. Insgesamt wurden 46 Fragebögen zurückgegeben. Dabei wurden zum Teil die Fragebögen einheitlich für eine Preisüberwachungsstelle und zum Teil individuell ausgefüllt. Der Fragebogen enthielt sowohl quantitative als auch qualitative Elemente und gliederte sich in die vier Bereiche Struktur der öffentlichen Beschaffung, Aufwand und Nutzen des Preisrechts, Probleme der Prüfungspraxis sowie Elemente des Preisrechts. Die quantitativen Elemente wurden dabei mittels fünfstufiger Ratingskalen erhoben. Für die Ergebnisinterpretation relevant sind dabei die durchschnittlichen Urteile aller Untersuchungsteilnehmer.¹⁵²

Die Preisprüfer bestätigten das Bild zur Anwendung der VO PR 30/53 auf den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Auftraggeber. Während Bundesministerien und zentrale Beschaffungsstellen auf Bundesebene häufig (4,31) nach den Vorgaben des Preisrechts beschaffen geschieht dies auf Landes- oder Kommunalebene nie bis selten (1,77 bzw. 1,46). Unter den weiteren Körperschaften des öffentlichen Rechts beschaffen lediglich Forschungseinrichtungen noch selten bis gelegentlich (2,64) im Rahmen des Preisrechts. Analog hierzu stellt sich auch das Knowhow der Auftraggeber aus Sicht der Preisprüfer dar. Während auf Bundesebene und bei Forschungseinrichtungen noch mittlere bis gute Kenntnisse (3,7 bzw. 3,09 – im Verteidigungsbereich sogar gute bis sehr gute Kenntnisse mit 4,66) attestiert werden, sehen die Preisprüfer auf Landes- und Kommunalebene geringe bis keine Kenntnisse (2,15 bzw. 1,72) des Preisrechts. Ebenso konnten die Ergebnisse hinsichtlich internationaler Auftragsvergaben bestätigt werden. Im Rahmen von Preisprüfungen werden sowohl ausländische Auftragnehmer (1,25) oder inländische Auftragnehmer

¹⁵¹ Vgl. Bortz/Döring (Fn. 141), S. 743.

¹⁵² Vgl. Bortz/Döring (Fn. 141), S. 185.

im Rahmen internationaler Amtshilfe (1,22) nie bis selten geprüft. Die Preisprüfer werden häufig bis sehr häufig auf Verlangen des Auftraggebers (4,87) tätig. Nur selten werden Prüfungen durch Auftragnehmer (2,09) oder die Preisprüfer selbst (2,02) initiiert.

4. Fazit zu Verbreitung und Praxisrelevanz

Die VO PR 30/53 scheint in der Anwenderpraxis besonders dann relevant, wenn Ausschreibungen nicht zu mehreren Geboten führen oder wenn unmittelbare Vergaben stattfinden. Dies ist bei komplexen, individualisierten oder hochspezialisierten Gütern und Dienstleistungen sowie Folgeaufträgen im Dienstleistungsbereich der Fall. Da öffentliche Auftraggeber oftmals über keine bzw. zu geringe Kenntnisse der Verordnung verfügen wird diese oftmals nicht beim Beschaffungsprozess beachtet. Hierbei werden ausschließlich die Vergabevorschriften als maßgeblich angesehen und deren unklare Verknüpfung mit der VO PR 30/53 bemängelt. Die befragten öffentlichen Auftraggeber sahen die Prinzipien der VO PR 30/53 als relevant an und forderten eine diesbezügliche Weiterbildung seitens der Preisprüferschaft oder des BMWi. Aufgrund des zusätzlichen bzw. unklaren Aufwands im Hinblick auf den bei Preisprüfungen ablaufenden Prozess sowie fehlender unmittelbarer Ergebnismeldungen von Preisprüfungen aufgrund langer Latenzzeiten unterbleibt deren Initiierung in vielen Fällen. Zusammenfassend lässt sich auf Basis dieser empirischen Studie feststellen, dass bei öffentlichen Auftraggebern die bewusste Einhaltung der VO PR 30/53 im Kontext öffentlicher Beschaffungen ausbaufähig erscheint.

II. Anwendungsprobleme mit dem öffentlichen Preisrecht

1. Methodisches Vorgehen

Die in der Praxis beobachteten Anwendungsschwierigkeiten mit dem öffentlichen Preisrecht geben Hinweise auf mögliche Änderungsbedarfe. Diesbezüglich sind die spezifischen Probleme und Handlungsbedarfe aus Sicht der Preisprüfer, Auftragnehmer und -geber gleichermaßen aufzuzeigen. Die Erhebung der Anwendungsprobleme erfolgte in drei Schritten. Erstens sind empirische Vorstudien des Lehrstuhls Unternehmensrechnung und Controlling an der TU Dortmund hinsichtlich der Anwendungsprobleme berücksichtigt worden. Hierzu zählt eine Befragung¹⁵³ der Preisprüfer auf der Bundespreisprüfertagung im Jahr 2011 und eine Untersuchung¹⁵⁴ der Problembereiche kleiner und mittelständischer Unternehmen mit der Umsetzung der LSP. Zweitens sind im Rahmen der telefonischen Interviews der Auftraggeber (W1) auch die Anwendungsschwierigkeiten erhoben worden. Drittens wurde ein repräsentativer Querschnitt von Experten persönlich oder telefonisch befragt. Diese Experteninterviews stellen den wichtigsten Schritt zur Bestimmung der Anwendungsprobleme mit dem öffentlichen Preisrecht dar und dienen der Erweiterung der vorhergehenden Studien, um empirisch belastbare Ergebnisse zu den Anwendungsschwierigkeiten zu gewinnen. Die Auswahl der Interviewpartner erfolgte unter Berücksichtigung der Vorstudien. Final ergab sich ein Sample bestehend aus insgesamt 31 Interviews.

¹⁵³ Hoffjan/Hövelborn/Strickmann (Fn. 47).

¹⁵⁴ Weiss/Hennemann/Hoffjan, Praxis der Preisbildung von öffentlichen Aufträgen im Mittelstand - empirische Erkenntnisse und Handlungsempfehlungen, Der Betrieb 67 (2014), S. 1441-1446.

16 Interviews wurden mit Beschäftigten öffentlicher Auftragnehmer bzw. mit Verbandsvertretern geführt. Aus der Gruppe der Auftragnehmer wurden Unternehmen aus der Elektronik/IT SAP, IBM und Rohde & Schwarz, aus der Wehrtechnik EADS, Krauss-Maffei Wegman, Diehl Aerospace, Rheinmetall, IABG, ESG, aus der Forschung und Entwicklungszusammenarbeit GIZ und DLR, sowie das Versorgungsunternehmen Gelsenwasser befragt. Als zentrale Verbände konnten BDEW, BDI, BITKOM und VKU einbezogen werden. Darüber hinaus konnten neun Interviews mit neutralen Experten geführt werden, die entweder primär betriebswirtschaftlich oder rechtlich eine beratende oder kommentierende Funktion einnehmen. Hierzu zählen zum einen Beratungsgesellschaften bzw. Anwaltskanzleien, die für Auftraggeber wie auch -nehmer tätig sind, im einzelnen Econum Unternehmensberatung GmbH, Kerkhoff Consulting GmbH, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, PricewaterhouseCoopers International Limited, Wendlandt Unternehmensberatung GmbH sowie Jank und Partner Unternehmensberatung. Zum anderen wurden bedeutende Kommentatoren und führende Wissenschaftler angesprochen. Konkret wurden aus dem Handkommentar Pünder/Schellenberg „Vergaberecht“ *Dr. Berstermann*, aus dem Loseblattkommentar *Michaelis/Rhösa* „Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen“ *Dr. Greiffenhagen* sowie der in Deutschland führende wissenschaftliche Vertreter für Öffentliche Beschaffung, *Professor Dr. Eßig*, Inhaber der Professur Materialwirtschaft und Distribution an der Universität der Bundeswehr München, befragt.

Ergänzt wurde das Sample um sechs Interviews mit wichtigen Auftragnehmern und Prüfbehörden, um auch deren Sichtweise noch einmal explizit zu erfassen. Diese Kontrollgruppe bestand prüfungsseitig aus Vertretern des Bundesrechnungshofes sowie der Preisüberwachungsstellen Arnsberg, München und Stuttgart. Aus der Gruppe der Auftraggeber wurden die Bundesministerien mit dem größten, dem Preisrecht unterliegenden Auftragsvolumen befragt, das Bundesministerium der Verteidigung samt ihrer Beschaffungsstelle dem Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw) sowie das Bundesministerium für Bildung und Forschung.

Grundlage der Expertengespräche war ein gemeinsamer Interviewleitfaden, der im Anhang 1 dokumentiert ist. Der Interviewleitfaden hat Fragen aus fünf Themenfeldern aufgegriffen: (1) Zentrale Anregungen, (2) Konkrete Schwierigkeiten bei der Anwendung, (3) Preistyp, (4) Internationale Auftragsvergaben sowie (5) Bürokratieaufwand und Nutzen. Infolge des umfangreichen transkribierten Materials sollen nachfolgend nicht die verschiedenen Aussagen zu den einzelnen Fragen erörtert werden. Vielmehr sind die zahlreichen Aussagen zu sieben fragenübergreifenden Themenfeldern zusammengefasst worden, die nachfolgend erörtert werden sollen:

Preisrecht und Mittelstand (Abschnitt 2a)

Marktpreis (Abschnitt 2b)

Organisation der Preisprüfung (Abschnitt 2c)

Dienstleistungsunternehmen (Abschnitt 2d).

Bestimmungen der externen Rechnungslegung (Abschnitt 2e)

Enge Fokussierung auf traditionelle Beschaffungskonzepte (Abschnitt 2f)

Internationale Auftragsvergaben (Abschnitt 2g).

2. Ergebnisse der Befragung

a) Preisrecht und Mittelstand

Im Rahmen einer Vorstudie des Lehrstuhls Unternehmensrechnung und Controlling wurden die besonderen Probleme von kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU) in Verbindung mit dem öffentlichen Preisrecht untersucht.¹⁵⁵ Dazu wurde eine qualitativ-explorative Untersuchung mittels teilstandardisierter Experteninterviews in elf KMU durchgeführt. Die Stichprobe umfasste KMU aus vier verschiedenen Branchen mit einer Größe von zwei bis 500 Mitarbeitern und Umsätzen zwischen 0,5 und 280 Mio. € Nachfolgend werden die besonderen preisrechtlichen Anwendungsprobleme der KMU vorgestellt.

Erklärtes Ziel öffentlicher Beschaffung ist es regelmäßig eine mittelstandsfreundliche Vergabe zu ermöglichen, um damit auch den Mittelstand angemessen am öffentlichen Auftragsvolumen zu beteiligen. Diesbezüglich gilt es insbesondere mögliche Hinderungsgründe für KMU zu vermeiden, die einer entsprechenden Beteiligung an Vergabeverfahren im Wege stehen. In seiner jetzigen Anwendung scheint es dem öffentlichen Preisrecht nur bedingt zu gelingen, wie die nachfolgenden Befragungsergebnisse zeigen.

Primär mangelt es den kleinen und mittelständischen Unternehmen trotz intensiver Kontakte mit dem öffentlichen Auftraggeber an der **Kenntnis über die Existenz** des Preisrechts. Die KMU kennen häufig nicht die zwingend anzuwendenden Preis- und Kalkulationsvorschriften und die damit verbundenen Dokumentationspflichten. Einige haben sogar erst nach Vertrags- bzw. Auftragsabschluss, zum Zeitpunkt der Preisprüfungsankündigung, Kenntnis über das Preisrecht als eigenständige Rechtsmaterie neben dem Vergaberecht erlangt. Noch überraschter und unvorbereiteter sind die Auftragnehmer, die im Wege eines Unterauftrags dem Preisrecht unterworfen werden. Des Weiteren berichteten Unternehmen, dass es schwierig sei, sich Informationen über das Preisrecht und dessen korrekte Anwendung zu beschaffen.

Doch selbst wenn die Unternehmen grundsätzlich Kenntnis von der Rechtsmaterie hatten, konnte in den Interviews **fehlendes korrektes Wissen zu Definitionen und deren Auslegung** im öffentlichen Preisrecht ausgemacht werden. Auffällig waren häufige Unklarheiten in Bezug auf das Vorliegen eines Marktpreises. Nach der gängigen Prüfungspraxis muss ein sogenannter betriebssubjektiver Marktpreis vorliegen. Der Auftragnehmer muss nachweisen, dass er die dem öffentlichen Auftraggeber angebotene Leistung bereits mehrfach und zu einem stetigen Preis an private Marktteilnehmer abgesetzt hat.¹⁵⁶ Dies kann u.U. dazu führen, dass ein vereinbarter Marktpreis in einer Prüfung nicht festgestellt werden kann, wodurch eine Prüfung auf Selbstkostenbasis erforderlich wird. Beispielsweise gaben Unternehmen an, zwar ihre Leistung ausschließlich an öffentliche Auftraggeber zu erbringen, ihre Preise jedoch an den Preisen ihrer Wettbewerber anzulehnen. Die Unternehmen waren in diesem Fall der Meinung, dass ein Marktpreis im allgemeinen Sinne vorläge, da eine ähnliche Leistung von anderen Anbietern am Markt gehandelt wird. Preisrechtlich liegt jedoch aufgrund des fehlenden betriebssubjektiven

¹⁵⁵ Weiss/Hennemann/Hoffjan (Fn. 154).

¹⁵⁶ Vgl. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann (Fn. 3), § 4 Rn. 48-50.

Marktpreises kein Marktpreis gem. §4 VO PR vor. Als Folge gehen KMU fälschlicherweise häufig davon aus, dass Marktpreise bei öffentlichen Aufträgen vorliegen und sie den Preis ohne Berücksichtigung der LSP bestimmen können. Dies kann zu Preiskorrekturen und Rückforderungen seitens der Auftraggeber nach einer Preisprüfung führen und stellt somit ein hohes Risiko für die KMU dar. Vielfach wurde daher bemängelt, dass keine hinreichende Definition in der Gesetzgebung und Kommentierung existiert. Anzumerken ist, dass auch die Preisprüfer die oftmals nicht ausreichenden LSP-Kenntnisse von Auftragnehmern bemängelt haben.¹⁵⁷

Das **interne Rechnungswesen** von KMU weist meist nur eine **geringe Tiefe**, insbesondere eine kaum differenzierte Kostenartenrechnung, auf. Überwiegend orientiert sich das interne Rechnungswesen an den Vorschriften und Voraussetzungen des externen Rechnungswesens, also an der Steuer- oder Handelsgesetzgebung. Aufgrund dessen ist es für KMU oftmals nicht möglich, Kostenarten eines Auftrags nach den Anforderungen der LSP hinreichend differenziert auszuweisen. Eine Folge können Probleme beim Kostennachweis während einer Preisprüfung sein.¹⁵⁸ Somit entsteht den KMU für einen öffentlichen Auftrag ein höherer Dokumentationsaufwand. Dieser erhöhte Dokumentationsaufwand konkretisiert sich besonders in drei Posten der LSP-Kalkulation: Kostensätze für Verrechnungs- und Kalkulationszwecke, den Kosten freier, objektbezogener Entwicklung und den Wagniskosten.

b) Marktpreise

In Verbindung mit den Wissensdefiziten der KMU sind insbesondere deren Schwierigkeiten beim korrekten Verständnis der Marktpreisdefinition angesprochen worden. Allerdings ist dies kein KMU spezifischer Handlungsbedarf. Auch alle anderen befragten Gruppen, also Auftraggeber, die großen Auftragnehmer sowie neutralen Experten und sogar die Preisprüfer selbst bemängeln Unklarheiten über die Voraussetzungen von Marktpreisen. Diese vorherrschende Unsicherheit stellt ein schwerwiegendes Anwendungsproblem des Preisrechts dar, da gerade der Vorrang der marktwirtschaftlichen Preisbildung sich als roter Faden durch das gesamte Preisrecht zieht.¹⁵⁹ So dürfen Selbstkostenpreise gemäß § 5 PreisVO nur ausnahmsweise vereinbart werden, sofern sich Marktpreise im Sinne des § 4 PreisVO nicht feststellen lassen bzw. eine Mangellage vorliegt oder der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist und hierdurch die Preisbildung nach § 4 nicht nur unerheblich beeinflusst wird. Ein konsequenter Marktpreisvorrang entsprechend dem Primat der marktwirtschaftlichen Preisbildung würde entscheidend alle öffentlichen Auftragnehmer und auch die Preisüberwachungsstellen entlasten, da bei häufigerer Anerkennung des Preistyps Marktpreis die besonders zeitintensiven Prüfungen von Selbstkostenpreisen entfallen würden. Die Prüfungspraxis zeigt jedoch einen eher enger werdenden Rahmen bei der Marktpreisattestierung, der die Chancen auf den Preistyp mehr und mehr einschränkt. Mit der Ausdifferenzierung der Leistungen wird es schwerer den Nachweis einer vergleichbaren Leistung zu führen. Demzufolge sind die an Marktpreise gestellten Anforderungen zu reduzieren. Gleichzeitig ist die Unsicherheit

¹⁵⁷ Vgl. *Hoffjan/Hövelborn/Strickmann* (Fn. 47), ZögU 36 (2013), 3 (13).

¹⁵⁸ Auch aus Sicht der Preisprüfer stellt ein unzureichendes Rechnungswesen ein Problem dar (vgl. *Hoffjan/Hövelborn/Strickmann* a.a.O., S. 13).

¹⁵⁹ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 4, Rn. 1.

bezüglich der Marktpreisdefinition zu verringern, indem die Kriterien für die Anerkennung von Marktpreisen klar definiert werden.

Worin sind die Ursachen für die Verständnisschwierigkeiten bei der Marktpreisdefinition zu sehen? Die PreisVO verwendet den Begriff „Marktpreis“ nur in § 1 Abs. 1, ohne diesen näher zu bestimmen. Aus dem in § 1 Abs. 1 PreisVO enthaltenen Verweis auf § 4 ergibt sich allerdings, dass ein „Marktpreis“ in diesem Sinne nur dann vorliegt, wenn die Voraussetzungen des § 4, vor allem seines Absatz 1 gegeben sind. Danach muss die Leistung, für die bezahlt wird, „marktgängig“ sein; es muss ein verkehrsüblicher Preis feststellbar sein, der nicht überschritten werden darf; und der Preis muss auch im übrigen preisrechtlich zulässig sein, darf also speziellen Preisregelungen (wie z.B. Gebührenordnungen) nicht widersprechen. Was unter einer marktgängigen Leistung und einem verkehrsüblichen Preis zu verstehen ist, definiert die PreisVO selbst nicht. Beide Begriffe können daher als unbestimmte Rechtsbegriffe aufgefasst werden, die interpretiert und ausgelegt werden müssen. Die Schwierigkeiten beim korrekten Verständnis der Marktpreisdefinition können dabei auf die gängige Auslegung und ihre mangelnde Dokumentation zurückgeführt werden, wie nachfolgend ausgeführt wird.

Erstens ist die Auslegung stark teleologisch geprägt und kann nicht unmittelbar auf Wortlaut und -sinn zurückgeführt werden. So ist in der heutigen Literatur unbestritten, dass zwei Arten von marktgängigen Leistungen unterschieden werden können. Zum einen sind Leistungen marktgängig, wenn für diese ein allgemeiner Markt besteht. Kennzeichen des allgemeinen Marktes ist, dass der private Verbraucher die identischen Leistungen (z.B. serienmäßige PKWs) ebenso nachfragt.¹⁶⁰ Die Leistungen sind also im engeren Sinne marktgängig, denn sie werden „allgemein im wirtschaftlichen Verkehr hergestellt und gehandelt“.¹⁶¹ Es werden also tatsächliche Umsätze getätigt. Der verkehrsübliche Preis ist dann der Preis, den der jeweilige Auftragnehmer bei Verkäufen an andere Auftragnehmer allgemein und stetig erzielt (betriebssubjektiver Marktpreis). Im Rahmen der Preisprüfung muss der Auftragnehmer dies anhand von Umsatzakten nachweisen. Diese Auslegung ist allerdings nicht unbedingt intuitiv. Angeführt werden kann hier die Argumentation des OVG Lüneburg¹⁶², dass es nicht der marktwirtschaftlichen Wirklichkeit entspricht, dass es nur einen einzigen verkehrsüblichen Preis, den subjektiven Marktpreis gibt. Daher entspricht der Marktpreis immer einer Bandbreite auf dem Markt gezahlter Preise. Denn nur eine solche auf mehrere am Markt gezahlter Preise erweiternde und im Hinblick auf betriebssubjektive Preise restriktive Auslegung des § 4 VO kann die Fälle lösen, bei denen zwar eine marktgängige Leistung vorliegt, aber ein betriebssubjektiver Marktpreis nicht feststellbar ist. Dies ist der Fall, wenn ein Unternehmen eine marktgängige Leistung erstmalig anbieten oder ausschließlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist. Dennoch ist sowohl in der Literatur¹⁶³ als auch in der Rechtsprechung¹⁶⁴ weitestgehend unbestritten, dass der subjektive Marktpreis dem preisrechtlichen Höchstpreis im Sinne des § 4 der VO PR 30/53 entspricht. Festzustellen ist aber,

¹⁶⁰ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 4 Rn. 14.

¹⁶¹ Erster Runderlass betr. Durchführung der VO PR Nr. 30/53 (1953), Nr. 5a Satz 1.

¹⁶² Urteil vom 20.12.2000, Az. 7 L 1276/00, abgedruckt bei *Michaelis/Rhösa* (Stand 2013).

¹⁶³ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), § 4, S. 6; *Hertel/Pietraszek* (1988), S. 29.

¹⁶⁴ Vgl. beispielsweise VGH Kassel, Urteil vom 29.08.2000, Az. 11 UE 537/98; OLG Koblenz, Urteil vom 07.01.1988, Az. 5 U 1090/87.

dass der Begriff des verkehrüblichen Preises in diesem Fall sehr eng definiert und nicht unmittelbar dem Wortlaut des § 4, Abs. 1 der VO PR 30/53 zu entnehmen ist.

Zum anderen können auch sogenannte Individualleistungen¹⁶⁵ marktgängig sein, wenn für diese ein besonderer Markt im Rahmen der Vergabe geschaffen wird.¹⁶⁶ Diese weite Auslegung des § 4, Abs. 1 der VO PR 30/53 steht in Einklang mit dem Marktpreisdirektiv der Verordnung. Des Weiteren unterstützen sowohl der Erste Runderlass von 1953 (erlassen vom Bundesminister für Wirtschaft betreffend die Durchführung der Verordnung) und die Richtlinien für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der PreisVO von 1953 (aufgestellt vom Bundesminister für Wirtschaft und dem Bundesminister für Finanzen) diese Sichtweise. Beide stellen Verwaltungsvorschriften dar, die an Stelle einer nicht vorhandenen amtlichen Begründung zur Auslegung und Anwendung der Verordnung bestimmt sind.¹⁶⁷ Der erste Runderlass führt unter anderem aus, dass „auch eine Leistung, die nur der Deckung des öffentlichen Bedarfs oder gar der Deckung des Bedarfs nur eines öffentlichen Auftrags dient, kann eine marktgängige Leistung sein“¹⁶⁸ und dass „Preise, die durch öffentliche oder beschränkte Ausschreibungen ermittelt worden sind, sind Preise nach § 4, wenn der Wettbewerb der Anbieter alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Preise geboten hat“.¹⁶⁹

Bei Individualleistungen ist somit die typische Art der Feststellung eines Marktpreises die Auftragsvergabe im Wege der öffentlichen Ausschreibung. Der verkehrübliche Preis entspricht in diesem Fall dem Wettbewerbspreis. Im Gegensatz zum Vorherigen stellt die (sinnvolle) Subsumtion eines Wettbewerbspreises unter den § 4, Abs. 1 der PreisVO eine sehr weite Auslegung dar, die ebenfalls nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 PreisVO abgeleitet werden kann.

Die durchaus sinnvolle Auslegungspraxis allein begründet noch nicht die bestehende Unsicherheit, sondern stellt erst durch die mangelnde (öffentlich zugängliche) Dokumentation der selbigen ein Anwendungsproblem dar. Denn sowohl für Leistungen des allgemeinen Marktes als auch für Individualleistungen ist unklar, unter welchen Voraussetzungen ein Marktpreis im Sinne des § 4 Abs. 1 PreisVO vorliegt. Denn weder Wissenschaft und Preisprüfung noch Rechtsprechung oder der Ordnungsgeber haben klare, allgemein anerkannte Kriterien zur Anerkennung von Marktpreisen definiert. Für Leistungen des allgemeinen Marktes ist nicht näher spezifiziert, wieviele Verkäufe erforderlich sind. Zwar ist allgemein bekannt, dass die Prüfungspraxis von mindestens zwei Umsatzakten ausgeht. Welche Qualität diese Umsatzakte aufweisen müssen, ist allerdings unklar. Offene Fragen sind beispielsweise: Welcher Markt ist relevant? In welchem Zeitraum müssen diese Umsatzakte getätigt worden sein? Zählen auch Umsatzakte mit anderen öffentlichen Auftraggebern dazu? Welchen Wert müssen die Umsatzakte im Verhältnis zu dem Umsatz mit dem öffentlichen Auftraggeber aufweisen? Für Individualleistungen ist ebenso unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen die Preisprüfung anerkennt, dass der Wettbewerb der Anbieter alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Preise

¹⁶⁵ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), § 4, S. 7.

¹⁶⁶ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), § 4, Rn. 32.

¹⁶⁷ Vgl. *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Präambel, S. 2.

¹⁶⁸ Erster Runderlass betr. Durchführung der VO PR Nr. 30/53 (1953), Nr. 5a, Satz 2.

¹⁶⁹ Erster Runderlass betr. Durchführung der VO PR Nr. 30/53 (1953), Nr. 5b, Satz 1.

geboten hat und somit der ermittelte Preis im Rahmen einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung ein Marktpreis im Sinne des § 4 Abs. 1 PreisVO ist.

c) Organisation der Preisprüfung

Die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden der Länder sind nach § 9 zur Prüfung der Einhaltung der Vorschriften der PreisVO berechtigt. Die Preisüberwachung ist dezentral organisiert. Die Zuständigkeit liegt bei den Preisüberwachungsstellen der Bezirksregierungen, in deren Zuständigkeitsgebiet sich das Rechnungswesen des Auftragnehmers befindet. In Konfliktfällen werden die sogenannten Preisbildungsstellen, die auch die Fachaufsicht über die Preisüberwachungsstellen innehaben, als Schlichter hinzugezogen. Darüber hinaus bleibt den Vertragsparteien nur die gerichtliche Klärung der Streitfragen vor einem Zivilgericht. Aufgrund der Ressortvereinbarung zwischen dem Bundesministerium der Verteidigung und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie über vertragliche Preisprüfrechte kann das Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw) bei Verteidigungsaufträgen die Preisprüfung wahrnehmen. Bei Aufträgen zu Selbstkostenfest- und Selbstkostenrichtpreisen kann die Preisprüfung generell durch den Prüfdienst des BAAINBw erfolgen. In besonderen Fällen, z.B. Aufträge an die Luftfahrtzellenindustrie und Aufträge im Rahmen von NATO-Gemeinschaftsprogrammen, werden auch Selbstkostenerstattungspreise durch das BAAINBw geprüft. Schließlich kann es auch eine Preisprüfung von sich aus vornehmen, wenn die Preisdienststellen sich außerstande sehen, innerhalb Jahresfrist mit einer Prüfung der Selbstkostenerstattungspreise zu beginnen; jedoch nur sofern der öffentliche Auftragnehmer damit einverstanden ist.

Vergleicht man die Organisation der Preisprüfung im europäischen Kontext so hat Deutschland für die großen Beschaffungsländer der NATO typische Strukturen.¹⁷⁰ 13 Länder, incl. aller großen Nationen mit Frankreich, Spanien, Italien, Großbritannien und den USA, haben ähnlich wie Deutschland eine Preisprüfung für den Verteidigungsbereich. Fünf Länder haben eine nationale Prüfbehörde, die Prüfungen für sämtliche Ressorts der Regierung wahrnimmt. Zwei Länder lassen die Prüfungen durch externe Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vornehmen. Vier Länder haben weder eine Prüfbehörde noch greifen sie auf externe Dienstleister für die Vertragsprüfung zurück. Die organisatorische Institutionalisierung einer Prüfbehörde in allen wichtigen NATO-Ländern unterstreicht zunächst die grundsätzliche Wichtigkeit der Einrichtung einer Prüfbehörde.

In den letzten Jahren hat es einen deutlichen Stellenabbau bei den Preisüberwachungsstellen gegeben. Dies scheint maßgeblich durch den Interessenskonflikt der Länder begründet zu sein. Aus Landesmitteln finanzierte Preisprüfer setzen vornehmlich Rückzahlungen für Bundesinstitutionen durch. In Verbindung mit dem Stellenabbau wurde in einzelnen Ländern die zweistufige Organisation von Preisüberwachungs- und Preisbildungsstellen aufgegeben, sodass zum Teil diese Aufgaben von der gleichen Behörde oder sogar von derselben Person wahrgenommen werden. Insofern kann von einer Fachaufsicht, die eine neutrale Rolle als Schlichter wahrnimmt, nicht mehr immer die Rede sein.

¹⁷⁰ Vgl. *Bertrand/Campbell/Munk*, National Differences and Similarities in Contract Audit within NATO, Life Cycle Management Group, NATO 2010.

Aufgrund des Personalmangels in den Preisbehörden kommt es zwischen der Auftragsabwicklung und der preisrechtlichen Prüfung zu hohen Latenzzeiten. Im Durchschnitt konnte bei KMUs eine Latenzzeit von 39 Monaten also mehr als 3 Jahren identifiziert werden. Zunächst entsteht durch den hohen zeitlichen Verzug der Preisprüfung eine Planungsunsicherheit für den Auftragnehmer. Aufgrund der Möglichkeit der nachträglichen Änderung von Preisen können sich mit erheblichem Nachlauf Rückzahlungen ergeben, ohne dass der Auftragnehmer darauf noch reagieren kann. Zudem wird der Nachweis von Kosten durch die Latenzzeit erschwert, da Unterlagen nicht korrekt archiviert werden oder u.U. entsorgt worden sind. Ein weiteres Problem stellen Personalwechsel dar. Befinden sich für den öffentlichen Auftrag verantwortliche Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Prüfung nicht mehr im Unternehmen, sind ggf. Einzelposten der Kalkulation nicht mehr nachvollziehbar.

Des Weiteren fehlt es gegenwärtig an Standards, die im Falle eines Personalwechsels für eine einheitliche Auslegung der LSPs sorgen. Als Folge werden die LSP sowohl regional als auch individuell unterschiedlich ausgelegt. Ein Grund scheint zu sein, dass mit dem Personalabbau zu wenig für die Qualifizierung der mit der Preisüberwachung betrauten Mitarbeiter getan worden ist. Mit weiteren Pensionierungen droht ein schleichender Know-how-Verlust. Hinzu kommen die in den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlichen Personalausstattungen der Preisüberwachungsstellen. Die aktuelle Prüfungsstatistik belegt die regional sehr unterschiedliche Prüfungsdichte.¹⁷¹ Im Ergebnis leidet unter der regional differierenden Personalausstattung und der individuellen Auslegungsunterschiede die „Prüfungsgerechtigkeit“ für die öffentlichen Auftragnehmer.

d) Dienstleistungsunternehmen

Die gesamtwirtschaftliche Verlagerung der Wirtschaftsleistung innerhalb der Sektoren von einer weitestgehend industriell geprägten Wirtschaft hin zu einer klaren Dominanz des Dienstleistungssektors spiegelt sich auch in einer größeren Bedeutung von Dienstleistungen im Rahmen öffentlicher Beschaffungen wider. Anhand der Datenerhebung sowie vorheriger Studien wurden IT-Dienstleistungen, Wartung und Instandhaltung, Forschungs- und Entwicklungsleistungen sowie kommunale Dienstleistungen wie Straßenreinigung oder Abfallentsorgung durchweg eine hohe Bedeutung in Bezug auf öffentliche Beschaffungen zugesprochen.¹⁷² Eine besondere Herausforderung stellt die Bewertung der Angemessenheit der Preise bei Softwareentwicklungsverträgen sowie bei Dienstleistungsverträgen mit „Managementcharakter“ dar.

Nicht zuletzt hierdurch begründet häufen sich Berichte von Schwierigkeiten bei der Abwicklung von Dienstleistungsaufträgen gem. VO PR 30/53 bzw. den LSP. Immer wieder wird betont, dass sich Dienstleistungsaufträge anhand der aktuell gültigen Verordnung nicht adäquat abbilden lassen. Schwierigkeiten bei der Abwicklung von Dienstleistungsaufträgen nach den Vorschriften der PreisVO bzw. der LSP lassen sich hauptsächlich in Bezug auf die Punkte Marktpreisnachweis, Kalkulationsschemata und Gewinnbemessung beobachten.¹⁷³

¹⁷¹ Preisrechtliche Prüfung von deutschen Verteidigungs-, Stationierungs- und sonstigen öffentlichen Aufträgen in den Monaten Januar - Dezember 2012, Berlin 2013.

¹⁷² Ausführlich *Georgi*, Die Abwicklung öffentlicher Aufträge im Einklang mit der VO PR 30/53 - Eine empirische Analyse mit besonderem Fokus auf Dienstleistungen, Dortmund 2015 (im Erscheinen).

¹⁷³ Ausführlich *Georgi* (Fn. 172).

Der erste Aspekt betrifft die **Feststellung** eines betriebssubjektiven **Marktpreises** für Dienstleistungen. Hierbei berücksichtigt die aktuelle Verordnung nicht die Besonderheiten von Dienstleistungen im Vergleich zu einer industriellen Fertigung, auf die die PreisVO vorwiegend ausgerichtet ist. Die Erstellung von Dienstleistungen erfolgt zwar im Kern nach meist gleichbleibenden Prozessen, es werden jedoch inhaltliche Anpassungen auf die jeweiligen Bedürfnisse der Auftraggeber vorgenommen. Diese betrifft reine Dienstleistungen sowie hybride Produkte, bestehend aus Gütern und Dienstleistungen. Somit können keine Umsatzakte derselben Leistung an andere Auftraggeber nachgewiesen werden. Dies führt in der Praxis dazu, dass bei einem Großteil dieser Aufträge keine Marktpreise gem. §4 PreisVO nachgewiesen werden können. Im Dienstleistungsbereich kommt es somit meist zu Preisprüfungen unterliegenden Selbstkostenerstattungspreisen. Diese bestehen zum Teil vollständig aus marktgängigen Mitarbeiterstundensätzen.¹⁷⁴ Der hierdurch entstehende Prüfaufwand und die mit einer Preisprüfung immer einhergehenden Unsicherheiten in den Unternehmen können nicht der Intention der Verordnung entsprechen.

Der zweite Aspekt betrifft die Abwicklung öffentlicher Aufträge in Fällen, in denen kein Marktpreis zustande gekommen ist. Die hier zum Tragen kommenden Selbstkostenpreise sind nach den LSP zu kalkulieren. Da die LSP an klassischen industriellen Fertigungsaufträgen ausgerichtet sind, führt deren Anwendung auf Dienstleistungsunternehmen zu Schwierigkeiten. Hiervon sind in besonderem Maße moderne, wissensbasierte Dienstleistungen betroffen, da diese ihre Kostenrechnung oftmals nicht nach einer klassischen industriellen Zuschlagskalkulation aufgebaut haben.

Ähnlich wie die Kalkulationsschemata ist auch die Eignung der auf industrielle Fertigungen ausgerichteten **Gewinnbestandteile** der LSP zu hinterfragen. Hinsichtlich der kalkulatorischen Zinsen bestehen Hinweise auf eine Benachteiligung von nach LSP abgerechneten Dienstleistungen gegenüber industriellen Fertigungsaufträgen.¹⁷⁵ Insbesondere bei der im jetzigen wirtschaftlichen Umfeld hoch anmutenden Obergrenze von 6,5% für kalkulatorische Zinsen scheint infolge der Anlagenintensität die industrielle Fertigung mit dem wesentlich größerem betriebsnotwendigen Kapital und der somit höheren Abrechnung kalkulatorischer Zinsen bevorzugt zu sein. Gleichmaßen lässt die besonders bei Aufträgen des militärischen Bereichs angewandte „Bonner Formel“ zur Berechnung des angemessenen Gewinnaufschlags auf eine Benachteiligung von Dienstleistungsaufträgen gegenüber Aufträgen industrieller Fertigung schließen. Auch hier ist die Höhe des Gewinnaufschlags im Wesentlichen vom betriebsnotwendigen Anlagevermögen abhängig, so dass wissensbasierte Dienstleistungen mit durchweg geringeren Aufschlägen im Vergleich zu Fertigungsaufträgen rechnen dürfen.

e) Bestimmungen der externen Rechnungslegung

Eine schriftliche Befragung von Preisprüfern ergab, dass vor allem die Ansatzfähigkeit von Pensionsrückstellungen im Bereich des öffentlichen Preisrechts regelmäßig zu Problemen führt.¹⁷⁶ Zurückzuführen sind die aktuell vorhandenen Schwierigkeiten überwiegend auf die Neuerungen

¹⁷⁴ Georgi (Fn. 172).

¹⁷⁵ Vgl. nachfolgend Georgi (Fn. 172).

¹⁷⁶ Vgl. Hoffjan/Hövelborn/Strickmann (Fn. 47).

durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG). Die Unsicherheiten beziehen sich auf die Bewertung der Höhe der Pensionsrückstellungen, die grundsätzliche Ansatzfähigkeit ist preisrechtlich unstrittig.

Es bestehen wesentliche Diskrepanzen zwischen den Regelungen des HGB a.F. und denen des HGB n.F. hinsichtlich der **Pensionsrückstellungen**. Nach den Änderungen des BilMoG sind Pensionsverpflichtungen in Höhe „des nach vernünftiger kaufmännischer Bewertung notwendigen Erfüllungsbetrages“ anzusetzen.¹⁷⁷ Die Bezeichnung Erfüllungsbetrag schließt Kostentrends, also Gehaltstrends oder Rentenanpassungen, ein. Sie sind vom Unternehmen aufgrund von Erfahrungswerten zu schätzen und damit abhängig von den Verhältnissen beim bilanzierenden Unternehmen.¹⁷⁸ Eine empirische Untersuchung aller DAX30-Konzerne hat Gehaltstrends in Höhe von 1,25 % bis 4,18 % und Rententrends in Höhe von 1 % bis 3,8 % aufgezeigt.¹⁷⁹ Zukünftige Renten- und Gehaltstrends durften nach den Vorschriften des HGB a.F. nicht miteinbezogen werden und werden steuerlich nicht anerkannt.

Zusätzlich schreibt das BilMoG einen eindeutig definierten Diskontierungszinssatz für alle Rückstellungen mit einer Restlaufzeit von mindestens einem Jahr vor. Die Abzinsung erfolgt basierend auf dem durchschnittlichen Marktzinssatz der vergangenen sieben Geschäftsjahre.¹⁸⁰ Bei Pensionsrückstellungen darf pauschal eine Restlaufzeit von 15 Jahren angenommen werden, solange die reale Laufzeit nicht deutlich hiervon abweicht.¹⁸¹ Geringe Abweichungen von der realen Laufzeit sind dementsprechend akzeptabel.¹⁸² Die deutsche Bundesbank hat die Aufgabe, den relevanten durchschnittlichen Zinssatz monatlich zu veröffentlichen.¹⁸³ Im Jahr 2014 lag dieser Zinssatz bei einer Laufzeit von 15 Jahren zwischen 4,86 % und 4,53 %.¹⁸⁴ Im Vergleich dazu ist steuerrechtlich ein Zinssatz in Höhe von 6 % vorgeschrieben, was infolge der unterstellten zwischenzeitlich höheren Zinserträge eine niedrigere Rückstellungszuführung bedingt.

Die Diskrepanzen zwischen den Regelungen des HGB a.F. und dem HGB nach BilMoG führen zu erheblichen Bewertungsunterschieden bei den Pensionsrückstellungen. Um die bestehenden Unklarheiten bezüglich der Höhe der Anerkennung zu beseitigen hat sich eine Arbeitsgruppe des Bund-Länder-Ausschusses dieser Thematik angenommen. Sie kam zu der Auffassung, dass Pensionsrückstellungen auf der Grundlage von IAS/IFRS nicht als Kosten im Sinne der VO PR 30/53 anerkannt werden können. Steuer- oder handelsrechtliche Beurteilungen von Kostenpositionen können zwar für die preisrechtliche Berücksichtigung ein Indiz sein, sind jedoch

¹⁷⁷ Vgl. § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB n. F.

¹⁷⁸ Vgl. *Thurnes/Hainz*, Pensionsrückstellungen nach dem geplanten BilMoG, Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling, 2008, S. 6.

¹⁷⁹ Vgl. *Rhiel/Stieglitz*, Praxis der Rechnungslegung für Pensionen nach IAS 19 und FAS 87, Der Betrieb 2007, 1653.

¹⁸⁰ Vgl. § 253 Abs. 2 Satz 1 HGB n. F.

¹⁸¹ Vgl. § 253 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F.; vgl. auch *Rhiel/Veit*, Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) auf Pensionsverpflichtungen, Der Betrieb 2008, 1510.

¹⁸² Vgl. *Hagemann/Oecking/Wunsch*, Pensionsverpflichtungen nach dem BilMoG - und was das IDW dazu zu sagen hat, Der Betrieb 2010, 1022.

¹⁸³ Vgl. § 253 Abs. 2 Satz 4 HGB n. F.

¹⁸⁴ Vgl. Deutsche Bundesbank (2015): Abzinsungszinssätze gemäß § 253 Abs. 2 HGB, Frankfurt, abrufbar im Internet unter <http://www.bundesbank.de/download/statistik/abzinsungszinssaetze.pdf>, Abruf am 10.03.2015.

nach Auffassung dieser Arbeitsgruppe für die LSP nicht bindend. Diese grundsätzlichen Überlegungen im BMWi haben dazu geführt, dass auch die mit dem BilMoG veränderten Ansätze für Pensionsrückstellungen preisrechtlich nicht anerkannt wurden.

Wenn handelsrechtlich anerkannter Aufwand nicht bei Selbstkostenpreisen berücksichtigt wird, führt dies letztlich beim öffentlichen Auftragnehmer zu einem Verlust aus dem Auftrag. Der Spagat zwischen handelsrechtlichem und preisrechtlichem Ergebnis wird größer und beide Welten müssen mittels Überleitungsrechnungen ineinander überführt werden. Dies mag zunächst für eine einzige Aufwandsposition wie die Pensionsrückstellungen einfach klingen, faktisch aber berührt die unterschiedliche Höhe der Anerkennung über Stundenverrechnungssätze für Personal die gesamte innerbetriebliche Leistungsverrechnung. Die dadurch im Unternehmen ausgelösten Mehrarbeiten in Verbindung mit den betriebswirtschaftlichen Nachteilen können die Akzeptanz des Preisrechts bei den Auftragnehmern nicht fördern. Der preisrechtliche Sonderweg ist umso unverständlicher als dass sich generell in der deutschen Wirtschaft ein Trend zur Konvergenz von internem und externem Rechnungswesen beobachten lässt. Daher sollte zukünftig nur in Fällen, die sich mittels der zentralen Grundsätze des öffentlichen Preisrechts klar begründen lassen, Abweichungen von den handelsrechtlichen Ansätzen zugelassen werden.

f) Enge Fokussierung auf traditionelle Beschaffungskonzepte

Infolge ihrer historischen Ursprünge ist das Preisrecht sehr stark auf traditionelle Beschaffungskonzepte und den einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung ausgerichtet. Die Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe umfasst gegenwärtig ein viel breiteres Spektrum an Beschaffungen wie Langfristaufträge, die Einschaltung zahlreicher Unterauftragnehmer sowie eine stärkere ergebnisorientierte Beschaffung in Verbindung mit leistungsabhängigen Preisen.

Im Sinne einer zeitgemäßen Weiterentwicklung der PreisVO ist die bestehende Regelungslücke für Dauerschuldverhältnisse zu berücksichtigen. Gegenwärtig fehlt es an einer Auslegung der VO auf langfristige Verträge. In der Prüfungspraxis behilft man sich damit, dass trotz des langfristigen Charakters der Verträge diese jährlich abgerechnet und geprüft werden. Im Ergebnis werden Dauerschuldverhältnisse wie kurzfristige Verträge behandelt, obgleich die inhaltlichen Unterschiede eine differenzierte Behandlung erforderlich erscheinen lassen.

Für Dauerschuldverhältnisse ist der langfristige Aufbau von Kapazitäten erforderlich. Die für die kommunale Ver- und Entsorgung langfristig vorgehaltenen Kapazitäten stehen der Gemeinde zu einem Vollkostenpreis zur Verfügung. Infolge sich reduzierender Volumina in den Gemeinden ist die Auslastung der Anlagen häufig unzureichend. Hier stellt sich vornehmlich die Frage, wem bei erheblichen Rückgängen der Beschäftigung dieser Umstand anzulasten ist. In solchen Konstellationen ist das Festhalten an der Vollkostenrechnung mit dem einhergehenden Einheitspreis betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll. Die „Einheitspreisfiktion“ kann gegen die Interessen des öffentlichen Auftraggebers verstoßen. Es wäre unwirtschaftlich und preisrechtlich kritisch, auf einen realisierbaren Deckungsbeitrag zu verzichten. Daher sollte es preisrechtlich möglich sein, bei echter Unterbeschäftigung von Vollkostenansätzen gegenüber Dritten abzusehen. Infolge der fixkostenlastigen Kostenstruktur ist gerade bei erheblichen Überkapazitäten am Markt davon auszugehen, dass keine auskömmlichen vollkostendeckenden Preise zu realisieren sind. Während die zulässigen Selbstkosten auf einer Vollkostenrechnung basieren, sind im Falle von Unterbeschäftigung zur Beurteilung einer kurzfristigen Vermarktung nur die kurzfristigen

Grenzkosten relevant. Den Besonderheiten von Dauerschuldverhältnissen, sollte ähnlich wie bei dieser betriebswirtschaftlich gebotenen Abweichung von den „vollen Kosten“, Rechnung getragen werden.

Gegenüber dem Entstehungszeitpunkt der Verordnung hat sich die Wertschöpfungstiefe in einzelnen Unternehmen deutlich vermindert. Der wachsenden Bedeutung der Fremdvergaben sollte auch im Rahmen des öffentlichen Preisrechts Rechnung getragen werden. Die PreisVO sieht explizit vor, dass das Prüfrecht vertraglich an **Unterauftragnehmer** weitergegeben werden kann. Dieses Durchreichen des Preisrechts ist jedoch an zwei Voraussetzungen geknüpft: Der Hauptauftragnehmer muss vom öffentlichen Auftraggeber verpflichtet werden das Preisrecht auch auf Unteraufträge anzuwenden. Der Unterauftragnehmer ist davon vor Vertragsabschluss zu informieren. Das BAAINBw verlangt vertraglich die Weitergabe des Preisrechts an Unteraufträge, sofern die Leistungen des Unterauftragnehmers wertmäßig bedeutend sind. Im NATO-Bereich ist dies gängige Praxis, mit Ausnahme von Spanien bezieht sich die Kostenkontrolle nicht nur auf den Hauptauftragnehmer, sondern auch auf Nachunternehmer von finanzieller Bedeutung. Ohne klare Regelungen zu mittelbaren Aufträgen aber kann ein Anreiz bestehen über Unterauftragnehmer das Preisrecht zu umgehen. So wird zuweilen bei öffentlichen Aufträgen vom Konsortium eine gemeinsame Managementgesellschaft gegründet, einzig und allein um den betreffenden Auftrag abzuwickeln. Die eigentliche Leistungserstellung übernehmen die einzelnen Konsortialpartner im Unterauftrag für die Managementgesellschaft. Sofern keine Weitergabe vereinbart ist bleibt das Preisrecht auf die unmittelbaren Aufträge beschränkt und kann demzufolge allein die Kosten für die Managementleistung prüfen, nicht jedoch den eigentlichen Kern der Leistungserbringung.

Im Rahmen moderner Beschaffungskonzepte werden nicht nur die einmaligen Anschaffungskosten, sondern auch die späteren Folge- oder Nutzungskosten berücksichtigt. Das öffentliche Preisrecht stellt sehr stark auf die Angemessenheit der unmittelbaren Beschaffungskosten ab. Zudem wäre auch noch mehr die Leistungsseite, beispielsweise die Zuverlässigkeit von Investitionsgütern im Preis zu honorieren. Letzterer Gedanken ist grundsätzlich in der VO PR 30/53 in Gestalt der Leistungsgewinne operationalisiert. Ein Leistungsgewinn honoriert besondere unternehmerische Leistungen, technischer Art, wirtschaftlicher Art oder organisatorischer Art. Dabei stellen die drei Arten der besonderen unternehmerischen Leistung vornehmlich auf Kostenreduzierung ab. Ihre geringe Verbreitung in der Praxis lässt aber den Schluss zu, dass offensichtlich praxisgerechtere Ansätze vonnöten sind.

g) Internationale Auftragsvergaben

Die Anwendungsprobleme des Preisrechts werden in dieser Untersuchung um eine internationale Dimension ergänzt. Dabei geht es primär um die separate Analyse internationaler Auftragsvergaben. Bei internationalen Beschaffungsvorgängen kommt es zu speziellen Fragestellungen aufgrund unterschiedlicher preisrechtlicher Vorschriften der Nachbarländer. Des weiteren wird die Prüfung inländischer Unternehmen im Rahmen internationaler Amtshilfe erörtert. Es sollen hier auch spezifische Probleme bei originär nationalen Vergaben an Unternehmen behandelt werden, deren Mutterunternehmen ihren Konzernsitz außerhalb von Deutschland haben.

Für den vorliegenden Zusammenhang wurde keine separate empirische Studie durchgeführt. Vielmehr wurden im Rahmen der Experteninterviews zu den Anwendungsproblemen drei Leitfragen zu den internationalen Auftragsvergaben gestellt (s. *Anhang 1*). Im zugrundeliegenden

Sample waren die wichtigsten Bereiche mit internationalen Auftragsvergaben enthalten. Dies betrifft die Wehrtechnik mit sechs Unternehmen und dem BAIINBw, das BMBF, die Entwicklungshilfe mit der GIZ und die Luft- und Raumfahrt mit der DLR. Einzig die Beschaffungsorganisationen der NATO sind nicht explizit befragt worden. Darüber hinaus wurde die Thematik auch im Rahmen der Validierungsstudie mit den Preisprüfern hinsichtlich ihrer Bedeutung untersucht. Insgesamt konnten in Verbindung mit den internationalen Auftragsvergaben folgende Schwierigkeiten ausgemacht werden: Durchsetzbarkeit des Preisrechts bei ausländischen Auftragnehmern, Nichtprüfbarkeit von Umlagen ausländischer Mutterkonzerne sowie die mangelnde Qualität ausländischer Preisprüfungen.

Mit zunehmenden Vergaben des BMVg an ausländische Auftragnehmer über internationale Rüstungsagenturen oder die Einbindung ausländischer Unterauftragnehmer werden mehr Verträge dem deutschen Preisrecht entzogen. Bei internationalen Auftragsvergaben bestehen die preisrechtlichen Probleme der **Durchsetzbarkeit** und als Folge eine unterschiedliche Behandlung von in- und ausländischen Auftragnehmern. Verstärkt wird diese Problematik durch den Trend zur Verlagerung der Fertigung ins Ausland, der die Leistungserstellung der Prüfung entzieht. Auch wenn die VO PR 30/53 für alle öffentlichen Aufträge in der Bundesrepublik Deutschland gilt, so ist eine Prüfung im Ausland zumeist nicht möglich. Die Preisüberwachungsstellen können dort nicht hoheitlich tätig werden. Generell gibt es keine Prüfbarkeit im Ausland, keine Rechte und Kompetenzen für die deutschen Prüfbehörden und auch kein Austausch mit der jeweiligen *National Pricing Agency*. Der ausländische Auftragnehmer kann sich gegen das berechnete Interesse des deutschen öffentlichen Auftraggebers an einer Preisprüfung erfolgreich wehren. Sitzt der Hauptauftragnehmer im Ausland und hat er einen inländischen Unterauftragnehmer, führen die gegenwärtigen Bestimmungen mit dem mittelbaren Auftragnehmer dazu, dass sich deutsche Unterauftragnehmer mit wesentlichen Auftragsanteilen einer Prüfung entziehen können. Ähnliche Akzeptanzprobleme des deutschen Preisrechts zeigen sich zuweilen auch bei Nachunternehmen. Bei Bundeswehraufträgen sind Hauptauftragnehmer verpflichtet die Prüfungsrechte weiterzugeben, jedoch verweigern sich die ausländischen Nachunternehmen. Ein solch klares Defizit bei der Durchsetzung des lokalen Preisrechts gegenüber ausländischen Auftragnehmern ist im Rahmen der NATO unüblich.¹⁸⁵ Während fast alle NATO-Mitglieder die Vertragsprüfungen gleichermaßen für in- und ausländische Unternehmen durchführen, beschränken es nur Deutschland und Griechenland auf nationale Lieferanten.

Bei deutschen Vertriebsgesellschaften bzw. Handelsniederlassungen ausländischer Hersteller gibt es faktisch ähnliche Schwierigkeiten, da die Prüfungshoheit sehr schnell an Grenzen stößt. Mit Ausnahme der lokalen Vertriebskosten lässt sich nichts wirklich prüfen. Bisher sind **Konzernumlagen** und -verrechnungspreise zwischen ausländischen Mutterunternehmen und inländischen Töchtern überhaupt nicht geregelt. Es fehlen Rechte, Rechnungen der Konzernmutter an die deutsche Niederlassung zu prüfen. Die Umlagen werden von dort 1:1 gebucht, so dass faktisch das Preisrecht durch Verrechnungen zwischen Gesellschaften ausgehebelt wird. Dies gilt natürlich gleichermaßen für deutsche Mutterunternehmen, deren Rechnungen ihrer ausländischen Tochtergesellschaften nicht mehr unter die deutsche Preisprüfung fallen. Die Bedeutung der Konzernumlagen unterstreichen die Reformüberlegungen zu den britischen LSPs, den *Single*

¹⁸⁵ Vgl. *Bertrand/Campbell/Munk* (Fn. 170), S. 11.

Source Pricing Regulations.¹⁸⁶ Für die britische Wehrtechnik begründen sich ca. 90% des Vertragspreises in Kosten, davon sind etwas mehr als ein Drittel (35%) Overheadkosten. Die Transparenz und Nachvollziehbarkeit ist bei großen Unternehmen in ERP-Systemen mit mehrstufigen Konzernverrechnungen und tausenden Schlüsseln nicht gegeben. Zudem sind diese vielstufigen Verrechnungsstrukturen nicht dokumentiert und somit für einen unabhängigen Dritten nur außerordentlich schwer nachvollziehbar. Im Ergebnis ist gegenwärtig bei der Verrechnung von Konzernumlagen insbesondere bei ausländischer Muttergesellschaft eine Grundsatzprüfung faktisch nicht möglich.

Allein wenn der öffentliche Auftragnehmer sich mit einer Prüfung einverstanden erklärt, kann sich die Preisüberwachung ein Bild über die Angemessenheit des Preises vor Ort machen. Insofern müsste die Durchsetzbarkeit des Preisrechts durch eine ergänzende vertragliche Vereinbarung sichergestellt werden, bei der der öffentliche Auftragnehmer sich mit einer Preisprüfung einer deutschen Preisüberwachungsstelle einverstanden erklärt und das Ergebnis dieser Prüfung akzeptiert. So kann beispielsweise für den Verteidigungsbereich mit Auftragnehmern in Ländern ohne Amtshilfeabkommen vereinbart werden, dass der Preisprüfdienst des BAaINBw beim ausländischen Auftragnehmer die Preisprüfung nach deutschem Preisrecht vornimmt. Außerhalb des Verteidigungsbereichs muss sich der öffentliche Auftraggeber selbst anhand der Kalkulation des ausländischen Auftragnehmers ein Bild über die Angemessenheit der Preise machen.

Im Verteidigungsbereich setzt das BAaINBw das Preisrecht in Verträgen gegenüber ausländischen Auftragnehmern um. Dazu hat das BMVg mit den Regierungen verschiedener NATO-Staaten Vereinbarungen über eine gegenseitige Amtshilfe auf dem Gebiet der Preis- und Kostenprüfung getroffen. Derartige **Amtshilfeabkommen** bestehen gegenwärtig u.a. mit Frankreich, Großbritannien, Kanada, Norwegen und den USA. In Ländern mit Amtshilfeabkommen sind gegenseitige Preisprüfungen durch den jeweiligen nationalen Preisprüfdienst möglich. Deutsche Auftragnehmer eines britischen öffentlichen Auftrags werden von der deutschen Preisprüfung geprüft, während umgekehrt britische Auftragnehmer eines deutschen öffentlichen Auftrags der britischen Preisprüfung unterliegen. Dabei werden durchaus wie bei Prüfungen auf Verlangen des Auftraggebers USA bestimmte besondere Vertragsabsprachen berücksichtigt, auch wenn die Prüfung selbst methodisch nach deutschem Preisrecht erfolgt.

Aus Auftraggeberperspektive ist zu bemängeln, dass die **Qualität ausländischer Preisprüfungen** im Rahmen dieser Amtshilfeabkommen aber **ungewiss** ist. So zeigt eine international vergleichende Studie die unterschiedliche Offenlegungspraxis zwischen den nationalen Prüfbehörden.¹⁸⁷ Acht NATO-Länder, darunter Frankreich und Spanien, haben zusätzliche Beschränkungen bei der Offenlegung von Kalkulationsdaten oder Prüfungsergebnissen zu einem ausländischen NATO-Partner im Vergleich zu einer Prüfung für die eigene Regierung. In der Mehrzahl der Länder, darunter auch Deutschland, Großbritannien, Italien und den USA, wird nicht nach dem Berichtsadressat unterschieden.

¹⁸⁶ D. Currie, Review of single source pricing regulations – An independent report into the single source pricing regulations used by the Ministry of Defence, October 2011; verfügbar unter https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/35913/review_single_source_pricing_regs.pdf.

¹⁸⁷ Vgl. Bertrand/Campbell/Munk (Fn. 170).

Die Regelungen zur gegenseitigen Amtshilfe haben für die deutschen Unternehmen der Wehrtechnik den zentralen Vorteil einer einfachen Handhabung. Sie müssen sich nicht mit den Preisrechtssystemen der einzelnen Länder auseinandersetzen, sondern werden einheitlich auf Basis der VO PR 30/53 geprüft und die Bestätigungen können durch deutsche Preisprüfer erfolgen. Ohne das Gegenseitigkeitsabkommen wären in der Tat alle Varianten der spezifischen nationalen Bestimmungen des Auftraggeberlandes zu beachten. Unter Berücksichtigung der besonderen nationalen Erfordernisse müsste dann jeder Vertrag preisrechtlich einzeln behandelt werden. Dies würde zu weiteren Verzögerungen der ohnehin schon mit zwei bis drei Jahren langen Vertragsverhandlungen in der Wehrtechnik führen.

Die internationale Akzeptanz des deutschen Preisrechts erspart nicht nur zahlreiche Anpassungsrechnungen, sondern erhöht auch die Planungssicherheit für die betroffenen Unternehmen. Darüber hinaus werden das technologische Know-how und Unternehmensgeheimnisse der Auftragnehmer vor der Einsichtnahme durch einen ausländischen Auftraggeber bzw. eine Prüfbehörde geschützt. Schließlich gilt in manchen Ländern der von einer deutschen Preisüberwachung geprüfte Preis als Qualitätsmerkmal, der bei den internationalen Kunden entsprechendes Vertrauen genießt. Insofern hilft die Existenz des Preisrechts und ihre Anwendung durch die Preisüberwachungsstellen der exportorientierten deutschen Wehrtechnik, da sie nicht dem Preisrechtsregime anderer Länder unterworfen werden.

Bei NATO-Gemeinschaftsprogrammen, z.B. TORNADO oder EUROFIGHTER, handelt es sich nicht um öffentliche Aufträge im Sinne des Preisrechts. Für die Aufträge an die Unternehmen der Partnerstaaten wird das nationale Preisrecht vertraglich vereinbart sowie das Recht zur Preisprüfung durch den jeweiligen nationalen Preisprüfdienst. Beim öffentlich finanzierten deutschen Auftragsanteil ist zwingend das nationale Preisrecht hoheitlich anzuwenden. Für die deutschen Auftragnehmer ergibt sich bei internationalen Beschaffungsvorhaben gegenüber rein nationalen Vorhaben kein Unterschied, denn die Preisprüfung erfolgt stets durch die deutschen Behörden. Das vertraglich vereinbarte Preisprüfungsrecht wird dabei normalerweise in vollem Umfang an die Unterauftragnehmer weitergegeben. Selbst wenn ein ausländischer Hauptauftragnehmer Auftraggeber für einen deutschen Unterauftragnehmer ist, wird letzterer dem deutschen Preisrecht unterliegen. Aufgrund der komplexen Vertragsstrukturen ist die interindustrielle Abstimmung, z.B. zwischen Hauptauftrag- und Unterauftragnehmerebene häufig mit Schwierigkeiten verbunden. In Anbetracht der sehr unterschiedlichen nationalen Vorschriften über die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen scheint aber ein einheitliches Regelwerk bei multinationalen Rüstungsprogrammen wenig realistisch.

Das Problemfeld der internationalen Auftragsvergaben zeigt, dass es für die öffentlichen Auftraggeber nicht allein ausreicht, sich die Globalisierung durch die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung zunutze zu machen. Sie sollten gleichermaßen überlegen wie die Schutzfunktion des öffentlichen Preisrechts bei grenzüberschreitenden Beschaffungen besser zur Geltung gebracht werden kann. Dabei ist vom benachbarten europäischen Ausland sicherlich wenig Unterstützung zu erwarten. So wie bereits in der Beziehung Bund-Land beim Preisrecht Interessenkonflikte zu beobachten waren, dürfte diese Problematik bei grenzüberschreitenden Vergaben noch stärker ausgeprägt sein. Möglichen Kostenersparnissen beim öffentlichen Auftraggeber in Deutschland stehen drohende Umsatzeinbußen und damit entfallende Steuerzahlungen beim Auftragnehmer im jeweiligen Sitzland gegenüber. Daher ist zumindest wenig Kooperationsbereitschaft zu erwarten.

3. Validierung der Ergebnisse durch Preisprüfer

Die Ergebnisse der Befragungen aus der mehrheitlich aus Auftragnehmern zusammengesetzten Expertengruppe sollen aus Gründen der Validierung mit den Resultaten der Preisprüferbefragung verglichen werden. Unter dem Block „Probleme der Prüfungspraxis“ wurden im Einzelnen folgende Fragen gestellt:

Welche Umgehungstatbestände in Verbindung mit dem Preisrecht sind Ihnen bekannt?

Wie lässt sich eine Nicht-Anwendung des Preisrechts in Zukunft vermeiden?

An welchen Stellen der Preisprüfung wünschen Sie sich eine stärkere Kooperation der Auftraggeber?

An welchen Stellen der Preisprüfung wünschen Sie sich eine stärkere Kooperation der Auftragnehmer?

Welche Sachverhalte werden im Rahmen von Preisprüfungen häufig beanstandet?

Die erste Frage adressierte die in der Prüfungspraxis zu beobachtenden Umgehungstatbestände. Es wurde vor allem das Problem beobachtet, dass hohe Auftragsanteile an Unterauftragnehmer vergeben werden und dann die Unteraufträge nicht prüfbar sind. Zuweilen fehlen bei Vertragsabschluss Hinweise auf Unteraufträge. Vor allem aber erfolgt bei der Vergabe von Unteraufträgen mit einem hohen Volumen am Gesamtauftragswert kein Hinweis auf den öffentlichen Hauptauftrag. Die unzureichenden Vertragsvereinbarungen mit den Unterauftragnehmern bedeuten im Ergebnis, dass das Prüfrecht nicht weitergegeben wird. Gerade bei einem hohen Anteil von Unteraufträgen mit verbundenen Unternehmen entsteht der Eindruck, dass die Weiterreichung des Prüfrechts des Hauptauftragnehmers an die Unterauftragnehmer bewusst nicht gewollt war. Demgegenüber waren gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen zur Umgehung des Preisrechts mit der Folge der Nichtprüfbarkeit des Auftrags von nachrangiger Bedeutung. Solche Gestaltungen konnten dabei sowohl auf der Auftraggeber- als auch auf der Auftragnehmerseite beobachtet werden. So wurden auf Bundesebene durchaus Beschaffungsstellen in eine private Rechtsform umgewandelt, mit der Folge dass die über die GmbH mit einer Industriebeteiligung von 50% erteilten Aufträge nicht mehr prüfbar sind. Aus dem kommunalen Bereich berichteten die Preisprüfer vom absichtlichen Aufbau von Konzernstrukturen bzw. der Gründung von Zwischengesellschaften, so dass auf der zweiten Ebene bei der Beauftragung der Konzerntöchter das Preisrecht nicht mehr zur Anwendung gelangte.

Bei der Frage der zukünftigen Vermeidung der Nicht-Anwendung des Preisrechts adressierten die Preisprüfer die Auftraggeber weitaus stärker als die Auftragnehmer. Als wichtigste Maßnahme wurde von mehr als jedem dritten Preisprüfer die Sensibilisierung der öffentlichen Auftraggeber genannt. An zweiter Stelle wurde mit 19% der Nennungen die Erweiterung des Preisrechts auf öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform aufgeführt. Schon jetzt kann auf Verlangen des Auftraggebers die Verordnung auf mittelbare Leistungen ausgedehnt werden. Grundsätzlich spricht auch das Ziel den Bürokratieaufwand auf ein vertretbares Maß zu begrenzen gegen eine Erweiterung. Diese Fragestellung soll aber im juristischen Teil des Gutachtens intensiv erörtert werden. Als weitere Maßnahmen folgten mit 16,7% die Erhöhung der Anzahl der Preisprüfungen, was bei einem entsprechenden Personalaufbau möglich sein dürfte, die Sanktionierung der öffentlichen Auftraggeber mit 12,7% sowie die Sensibilisierung der Auftragnehmer mit 10,3%. Der Sanktionierung der Auftragnehmer kam mit 6,3% der Nennungen die geringste Bedeutung zu.

Auf die Frage nach Ansätzen zu einer verbesserten Kooperation zwischen Preisprüfern und **Auftraggebern** wurden folgende Punkte aufgeführt: Beauftragungen, Information der Auftragnehmer, Vollständigkeit der Unterlagen, Feedback zu den Prüfungen, Gewinnvereinbarungen und Mengengerüst. Die öffentlichen Auftraggeber werden gebeten, die Auftragnehmer besser über das Preisrecht und eine möglicherweise anstehende Prüfung aufzuklären. Diesbezüglich sollten insbesondere die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Marktpreisen im preisrechtlichen Sinne und Selbstkostenpreisen dargelegt und aus den einzelnen Preistypen resultierende Konsequenzen aufgezeigt werden. Bezüglich der Unterlagen regen die Preisprüfer die erweiterte Bereitstellung von prüfungsrelevanten Materialien an. Offensichtlich werden zuweilen nicht aus dem Vertrag stammende Unterlagen, die dem Auftraggeber vorliegen und prüfungsrelevant sind, vorenthalten. Darüber hinaus wird bei Prüfersuchen die Benennung von Ansprechpartnern der Firmen gewünscht. Auf eine höhere Integrativität zwischen Auftraggeber und Preisprüfer stellt auch der Wunsch nach einem umfassenderen Feedback ab. So sollten mit dem Prüfersuchen Hintergrundinformationen, Auffälligkeiten und prüfungsrelevante Details ausgetauscht werden. Zuweilen wurde auch um eine eindeutigere Formulierung des Prüfungsauftrages gebeten, inkl. der möglichen Ungewissheit des Preistyps. Nach der Prüfung wünscht man sich mehr Feedback zu den Prüfungsberichten, insbesondere eine Rückmeldung, ob das Ergebnis umgesetzt wurde. Die Inanspruchnahme der Preisprüfung geht mit einer informatorischen Bringschuld des Auftraggebers einher. Da die kommunalen Beschaffer bisher anteilig wenige Aufträge zur Prüfung geben, erhoffen sich die Preisprüfer generell mehr Beauftragungen aus den Kommunen. Bei mehrjähriger Vertragslaufzeit sollten Zwischenprüfungen erfolgen, um die Prüfungsdauer nach Vertragsende kürzen zu können. In technischer Hinsicht werden vorab eine bessere fachtechnische Prüfung und im Nachgang eine Bestätigung des Mengengerüsts gewünscht. Bezüglich des Gewinns werden Aussagen zur Gewinnvereinbarung vermisst. Zuweilen sind in Verträgen die Höhe der kalkulatorischen Zinsen und des kalkulatorischen Gewinns nicht festgelegt.

Auf die Frage nach Ansätzen zu einer verbesserten Kooperation mit dem **Auftragnehmer** erwarten die Preisprüfer eine bessere Prüfungsvorbereitung und sorgfältige Dokumentation, qualifizierte Mitarbeiter und die Einhaltung von Terminen. Kernkritikpunkt ist die unzureichende Vorbereitung und Aufbereitung der Prüfungsunterlagen. Defizite zeigen sich offensichtlich bei der sorgfältigen Zusammenstellung prüffähiger Unterlagen, insbesondere der LSP-gemäßen Kalkulation. Allerdings fehlt es dafür an den erforderlichen Personalressourcen. Hier mangelt es an der Bereitstellung ausreichenden und gut qualifizierten Personals, um idealerweise schon während der Auftragsbearbeitung die Prüfungsgrundlagen zu schaffen. Insbesondere von Unternehmen, die regelmäßig und im großen Umfang öffentliche Aufträge erhalten, ist eine bessere personelle Ausstattung hinsichtlich der Aufbereitung von Prüfungen zu erwarten. Schließlich wird in zeitlicher Perspektive eine höhere Termintreue und Terminbereitschaft gewünscht, um eine zeitnahe Durchführung der Preisprüfung sicherstellen zu können. Ein Teil der Prüfungslatenzen geht auch darauf zurück, dass nicht alle Unternehmen die vereinbarten Prüfungstermine einhalten.

Im weiteren wurden die Preisprüfer daraufhin befragt, welche Sachverhalte im Rahmen der Prüfungen häufig beanstandet werden. Diese typischen Fehler sollten Ausgangspunkt für die Ableitung von Prüfungsstandards oder auch einfache Durchführungsbestimmungen der LSP sein. Eher grundsätzlicher Art ist die Preistyp-Definition, vor allem der Preistyp des Marktpreises. Das Fehlen eines geordneten Rechnungswesens gemäß Nr. 2 LSP ist häufig die Grundursache, warum

ein Kostennachweis nicht zu führen ist. Es fehlt demnach eine konsequente Trennung von Einzel- und Gemeinkosten, so dass auch keine sachgemäße Gemeinkostenverrechnung vorgenommen werden kann. Dann ist die Bestimmung der Höhe von Kostenstellenverrechnungsätzen schwierig und die Zuordnung der Kosten zu bestimmten Projekten strittig. Häufig besteht auch Dissens über die Höhe des Stundensatzes, was mit der Anerkennung des Anteils produktiver Stunden zusammenhängt. Teilweise ergeben sich die Schwierigkeiten auch weniger aus der Berechnung, sondern aus dem simplen Nachweis. Gerade bei KMUs stellen die Preisprüfer zuweilen eine unzureichende Mengenerfassung fest, die sowohl Materiallisten als auch die Stundenerfassung einschließt.

Die Befragung der Preisprüfer hat insgesamt gezeigt, dass sich die Anwendungsschwierigkeiten auf Koordinationsprobleme an den Schnittstellen zurückführen lassen. Insofern erscheint es für die Entwicklung möglicher Problemlösungen elementar, die betroffenen Interessengruppen mit einzubeziehen. Dieses „User Involvement“ sichert eine praxisgerechte und für alle Akteure nachvollziehbare Umsetzung ab. Infolge der gewählten wissenschaftlichen Methodik wurden die Gruppen der öffentlichen Auftraggeber, der Preisprüfer und der öffentlichen Auftragnehmer bereits stark einbezogen. Gleichwohl sollten vor einer möglichen Änderung der Verordnung bzw. der LSP deren Positionen zu den in diesem Gutachten gemachten Empfehlungen angehört werden. Die Lösungsvorschläge sollten ähnlich wie in der Vergangenheit bei der „Bonner Formel“ zur Gewinnbemessung für Aufträge im Rüstungsbereich oder auch der „Stuttgarter Formel“ zur kalkulatorischen Gewerbeertragsteuer von Arbeitskreisen aus Mitgliedern der Preisbehörden, der öffentlichen Auftraggeber und der Industrie vorbereitet werden. Damit wird der Schutzfunktion des öffentlichen Preisrechts für Auftraggeber wie Auftragnehmer im besonderen Maße entsprochen und ihr neutraler Anspruch gestärkt.

4. Fazit zu Anwendungsproblemen

In den geführten Experteninterviews wurden von den Anwendern und Experten auf dem Gebiet des Preisrechts verschiedenste Anregungen unterbreitet. Diese stellten nicht grundsätzlich die Sinnhaftigkeit der VO PR 30/53 infrage, sondern gaben zahlreiche Empfehlungen für die Weiterentwicklung des öffentlichen Preisrechts. Die hohe Intensität der Anregungen ist sicherlich auf das veränderte wirtschaftliche und rechtliche Umfeld zurückzuführen, aber auch dem Versäumnis von Verordnungsgebern, Preisprüfern und Kommentatoren geschuldet, das Preisrecht und die Prüfungspraxis auf diese Veränderungen adäquat auszurichten. Insofern sind die Ergebnisse für den Fall eines politisch gewollten Fortbestands des öffentlichen Preisrechts als Startpunkt für eine moderate Modernisierung desselbigen anzusehen. Daher werden die verschiedenen Überlegungen zum Preisrecht und Mittelstand, zum Marktpreis, zur Organisation der Preisprüfung, zu den Dienstleistungsaufträgen, zu den Bestimmungen der externen Rechnungslegung, zur engen Fokussierung auf traditionelle Beschaffungskonzepte und zu den internationalen Auftragsvergaben im Zusammenhang mit der Diskussion autonomer Änderungen im Preisbildungsrecht wieder aufgegriffen. Es sei allerdings betont, dass die daraus resultierenden Empfehlungen sich nachrangig gegenüber der volkswirtschaftlichen Bewertung und der rechtlichen Einordnung verhalten. Unabhängig von den damit zusammenhängenden übergeordneten Grundsatzentscheidungen haben die aufgedeckten Anwendungsschwierigkeiten jedoch deutlich gemacht, dass ein unveränderter Fortbestand des öffentlichen Preisrechts in seiner jetzigen Form oder eine Beschränkung auf marginale Korrekturen nur wenig zielführend sein dürfte.

D. PreisVO und Bürokratieaufwand

I. Methodisches Vorgehen

1. Annahmen und Voraussetzungen

Die Bundesregierung hat im Jahr 2006 beschlossen, dass zur Ermittlung von Bürokratieaufwand auch in Deutschland das Standardkosten-Modell (SKM) zur Anwendung kommen soll. Daher wurde diese Methodik in der vorliegenden Untersuchung angewandt. Das SKM stellt einen methodischen Ansatz dar, bei dem durch die Unterteilung von Anforderungen eines Gesetzes in verschiedene Prozesse und Aktivitäten systematisch diese jeweiligen Kosten zu einem Gesamtbürokratieaufwand verdichtet werden. Die vorliegende Untersuchung orientiert sich dabei am Methodenhandbuch der Bundesregierung. Bei der konkreten Durchführung der Untersuchung wurde zudem Teil III des Handbuchs zur Messung von Informationskosten berücksichtigt, auf welchem das Methodenhandbuch der Bundesregierung aufbaut.

Im Fokus des SKM stehen potentielle Informationstransfers zwischen Bürgern, der Wirtschaft oder der Verwaltung und dem Staat, welche durch gesetzliche Regelungen verpflichtend sind. Dies wird durch § 2 Abs. 1 NKRG verdeutlicht. Dabei ist es unerheblich, ob die Informationen vom Staat tatsächlich abgerufen werden oder lediglich vorgehalten werden müssen. Die vorliegende Studie konzentriert sich dabei auf Informationstransfers zwischen der Wirtschaft und dem Staat, da zum einen nach der VO PR 30/53 für den Bürger keine Informationspflichten bestehen und zum anderen das Methodenhandbuch der Bundesregierung zunächst lediglich den Normadressaten Wirtschaft erfasst.

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist die Feststellung der Bürokratiekosten, welche den Normadressaten der VO PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen durch die Anwendung ebendieser entstehen. Somit beschränkt sich die Untersuchung auf diese Verordnung. Nach § 8 VO PR sind ebenso die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP; Anlage zur VO PR) Teil dieser Verordnung.

2. Erfassung von Informationspflichten

Die verschiedenen Informationspflichten der VO PR 30/53 wurden mittels einer systematischen Analyse der Verordnungstexte ermittelt. Dabei wurden zwei Informationspflichten identifiziert. Zum einen besteht nach § 5 Abs. 3 VO PR 30/53 in Verbindung mit LSP Nrn. 9 und 10 die Pflicht des Auftragnehmers zur Vorlage einer Selbstkostenpreisberechnung. Die konkreten Dokumentationspflichten der LSP Nr. 42 (Anlagenachweis) und LSP Nr. 50 (Wagniskostennachweis) sind als Teil dieser Informationspflicht anzusehen. Zum anderen konstituiert sich durch § 9 VO PR 30/53 eine Informationspflicht gegenüber den Preisbildungs- und Preisüberwachungsstellen. Um ein möglichst repräsentatives und akzeptiertes Ergebnis zu gewährleisten, wurden diese Analyseergebnisse durch Expertengespräche validiert. Einbezogen wurden hier sowohl Wirtschaftsvertreter, Preisprüfer sowie Wissenschaftler. Die zentrale Anregung der Experten war, die Informationspflicht Preisprüfung weiter zu differenzieren, da sich der Aufwand von Grundsatz- und Einzelfallprüfungen erheblich unterscheidet. Somit wurden der Untersuchung folgende Informationspflichten zugrunde gelegt (siehe Tabelle 6):

Nr.	Beschreibung	Grundlage
1	Vorlage Selbstkostenpreisberechnung (inkl. Anlage- und Wagniskostennachweisen)	§ 5 Abs. 3; LSP Nr. 9, Nr. 10, Nr. 42, Nr. 50
2	Grundsatzprüfung	§ 9
3	Einzelfallprüfung	§ 9

Tabelle 6: Informationspflichten der VO PR 30/53

3. Standardprozesse und -aktivitäten

Zur Erfüllung der Informationspflichten entsteht der Wirtschaft Verwaltungsaufwand. Dieser konkretisiert sich oftmals in ähnlichen Tätigkeiten. Um eine Messung dieses Bürokratieaufwands zu ermöglichen werden daher die Prozesse zur Erfüllung jeder Informationspflicht in Standardaktivitäten unterteilt. Das Methodenhandbuch der Bundesregierung gibt 14 Standardaktivitäten vor, welche jedoch nicht alle bei jeder Informationspflicht zu berücksichtigen sind. Mithilfe dieser Standardaktivitäten wurden für die Erfüllung der Informationspflichten 1 – 3 folgende Standardprozesse festgelegt und mit Experten abgestimmt (siehe Tabelle 7):

Vorlage Selbstkostenpreisberechnung	Grundsatzprüfung	Einzelfallprüfung
Routinebildung	Routinebildung	Routinebildung
	Empfang der Information über eine Grundsatzprüfung	Empfang der Information über eine Einzelfallprüfung
Sammeln erforderlicher Informationen	Sammeln erforderlicher Informationen	Sammeln erforderlicher Informationen
Bewertung der Informationen	Bewertung der Informationen	Bewertung der Informationen
Aufbereitung der Informationen	Aufbereitung der Informationen	Aufbereitung der Informationen
Einholen von Informationen Dritter	Einholen von Informationen Dritter	Einholen von Informationen Dritter
Kontrolle der Informationen	Kontrolle der Informationen	Kontrolle der Informationen
Konsultationen	Konsultationen	Konsultationen
	Erklärungen/Erläuterungen	Erklärungen/Erläuterungen
Archivierung	Archivierung	Archivierung

Tabelle 7: Standardprozesse zur Erfüllung der Informationspflichten

Die Standardaktivität „Empfang der Information“ entfällt bei Informationspflicht 1, da zunächst kein Informationstransfer zwischen Staat und Wirtschaft entsteht. Ebenso entfällt die Standardaktivität „Erklärungen/Erläuterungen“, da die Selbstkostenpreisberechnung lediglich vorgelegt werden muss. Die so definierten Standardprozesse wurden den Studienteilnehmern erläutert und für die Erhebung des Zeitaufwands genutzt.

4. Ermittlung der Kostenparameter

Die Berechnung der Bürokratiekosten einer Informationspflicht bedarf verschiedener Kostenparameter (siehe Abb. 1):



Abbildung 1: Kostenparameter einer Informationspflicht¹⁸⁸

Der **Kostenparameter Anzahl** wurde für die Informationspflichten 2 und 3 mittels der Preisprüfungsstatistik des Jahres 2012 ermittelt. Für die Informationspflicht 1 wurde dieser Wert retrograd ermittelt, d.h. es wurde abgefragt, welcher Anteil von Selbstkostenaufträgen einer Einzelfallprüfung unterliegt und dieser Wert dann mit der Gesamtzahl von Einzelfallprüfungen hochgerechnet. Da es sich bei den verschiedenen Informationspflichten nicht um regelmäßig wiederkehrende sondern einzelfallabhängige Pflichten handelt beträgt der **Kostenparameter Häufigkeit** 1. Die Ermittlung des **Kostenparameters Tarif** erfolgte durch zwei Quellen. Um den Tarif von unternehmensspezifischen Abweichungen zu bereinigen wurde die Tariftabelle des Statistischen Bundesamtes aus dem Jahr 2008 betrachtet.¹⁸⁹ Diese wurden mit dem aktuellen Arbeitskostenindex auf das Jahr 2013 hochgerechnet.¹⁹⁰ Zur Berücksichtigung von Gemeinkosten wurde auf diesen Tarif ein Gemeinkostenzuschlag von 25% erhoben. Dadurch konnten die in Tabelle 8 dargestellten Standardtarife zu Grunde gelegt werden:

Wirtschaftszweig		Qualifikationsniveau [Werte in €]		
		niedrig	mittel	hoch
D	verarbeitendes Gewerbe	20,90	33,50	53,70
E	Energie- und Wasserversorgung	25,20	38,00	54,80
G	Handel, Instandhaltung	20,40	23,90	38,90
I	Verkehr und Nachrichten	22,50	28,30	40,40
L	Öff. Verwaltung, Verteidigung	21,20	32,60	52,40
O	Dienstleistung	19,00	29,30	47,00
Mittelwert		21,53	30,93	47,87
Zuschlag Arbeitskostenindex		1,08	1,55	2,39
GK-Zuschlag		5,38	7,73	11,97
Standardtarif		27,99	40,21	62,23

Tabelle 8: Standardtarife

¹⁸⁸ In Anlehnung an: Statistisches Bundesamt (2006), S. 26.

¹⁸⁹ Vgl. Nationaler Normenkontrollrat (2008), S. 47. Folgende Wirtschaftsabschnitte wurden aufgrund der Normadressaten der VO PR 30/53 berücksichtigt: D, E, G, J, L, O.

¹⁹⁰ Vgl. Statistisches Bundesamt (2013).

Die Bestimmung der Tarifstufe für verschiedene Standardaktivitäten erfolgte im Rahmen der Erhebung zum Zeitaufwand. Der **Kostenparameter Zeit** wurde mittels teilstandardisierter Telefoninterviews erhoben. Gerade die recht komplexen Informationspflichten 2 und 3 schlossen Fragebogen als Erhebungsmethode aus. Um dennoch eine ausreichend große Stichprobe zu generieren, wurde auf Telefoninterviews zurückgegriffen, da der Zeitaufwand für die Unternehmen geringer ist als bei Vor-Ort-Interviews und somit eine bessere Bereitschaft zur Teilnahme an der Studie besteht. Die Telefoninterviews wurden im Januar und Februar 2014 durchgeführt und dauerten zwischen 13 und 35 Minuten. Den Gesprächspartnern wurde vorab ein Interviewleitfaden zugesandt, damit die erforderlichen Informationen bspw. aus Fachabteilungen eingeholt werden konnten. Die Zeitangaben beruhen somit in den häufigsten Fällen auf umfassenden Unternehmensdaten und nicht auf persönlichen Einschätzungen. Aufgrund der Zielvorgabe des SKM möglichst die Kosten eines normal effizienten Unternehmens zu ermitteln, wird der Median als Maßgröße für den Kostenparameter Zeit herangezogen. Das ebenfalls denkbare arithmetische Mittel ist durch ineffiziente Unternehmen verzerrt.¹⁹¹

Neben dem Kostenparameter Zeit erfolgte im Rahmen der Telefoninterviews auch eine Erhebung von strukturellen Unternehmensdaten sowie Opportunitätskosten, um weitere Analysen der Bürokratiekosten zu ermöglichen.

II. Empirische Ergebnisse

1. Stichprobe

Aus insgesamt 28 Anfragen konnte eine Stichprobe von zehn Unternehmen generiert werden, welche bereits öffentliche Aufträge bearbeitet haben. Dabei wurden neben sieben großen, auch zwei mittlere und ein kleines Unternehmen befragt, um ggf. größenspezifische Aspekte zu berücksichtigen. Generell konnten keine relevanten Unterschiede bzgl. des Bürokratieaufwands festgestellt werden. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass absolut ähnlich hoher Aufwand kleine und mittlere Unternehmen relativ mehr belastet, als große Unternehmen.¹⁹²

Neben verschiedenen Unternehmensgrößen wurden auch verschiedene Branchen betrachtet, wobei die Zuteilung auf den Angaben der Studienteilnehmer erfolgte. Den größten Anteil stellen mit 50% Unternehmen der Rüstungsindustrie dar. Weitere Anteile teilen sich auf die Branchen Ver-/Entsorgung (20%), Informationstechnik (15%), Logistik (10%) und Medizintechnik (5%) auf. Somit konnte lediglich aus der preisrechtsrelevanten Branche Wissenschaft/Forschung kein Studienteilnehmer gewonnen werden.¹⁹³ Zudem sollten die teilnehmenden Unternehmen auch ihr Wissen zum Thema Preisrecht einschätzen. Dabei gaben 50% an gute, 30% sehr gute und 20% mittlere Kenntnisse des Preisrechts zu haben. Ein Zusammenhang zwischen den Kenntnissen des Preisrechts und der Höhe des Bürokratieaufwands konnte grundsätzlich nicht festgestellt werden. Nicht alle Unternehmen konnten Angaben zu sämtlichen Informationspflichten machen, da sie z.B.

¹⁹¹ Vgl. *Chlumsky/Schmidt/Vorgrimler/Waldeck*, Das Standardkosten-Modell und seine Anwendung auf Bundesebene, in: *Wirtschaft und Statistik* 2006, S. 1001.

¹⁹² Vgl. Europäische Kommission (2007), S. 4.

¹⁹³ Vgl. *Hoffjan/Hövelborn/Strickmann* (Fn. 47), *ZöGU* 36 (2013), 3 (10).

noch nicht an einer Einzelfallprüfung teilgenommen haben. Daher reduziert sich die Stichprobe für Informationspflicht 1 (2; 3) auf neun (acht; sieben) Unternehmen.

2. Informationspflicht 1: Vorlage Selbstkostenpreisberechnung

Zunächst konnte festgestellt werden, dass im Rahmen der Studie etwa die Hälfte der Unternehmen standardmäßig Kalkulationen nach den Nrn. 9 und 10 LSP erstellen. Diejenigen Unternehmen, welche standardmäßig diese Kalkulationen erstellen, haben zumeist ihr gesamtes Rechnungswesen auf die LSP ausgerichtet. Die anderen Unternehmen gaben zum Teil an, dass mit einem preisrechtlichen Auftrag Zusatzaufwand durch die Prüfung auf LSP-Konformität entsteht oder dass sie gesonderte Buchungskreise für eine korrekte Erfassung LSP-konformer Daten führen. Um die Informationspflicht zu erfüllen, bedarf es der oben genannten acht Standardaktivitäten und zusätzlich der Dokumentation der Anlage- und der Wagniskostennachweise.

Die Bürokratiekosten für die Erstellung einer LSP-konformen Preiskalkulation betragen 5.043 €. Der Aufwand beträgt pro Auftrag 13,25 Personentage. Involvierte Mitarbeiter sind vornehmlich Ingenieure oder kaufmännische Angestellte mit langjähriger Berufserfahrung. Bei einzelnen Aktivitäten sind zudem leitende Angestellte beteiligt. Aus diesen Angaben resultiert ein durchschnittlicher Lohnsatz von 48,47 €. Nach der zuvor erläuterten Berechnungsmethode ergab sich eine Fallzahl von 6.354. Somit entstehen jährliche Bürokratiekosten in Höhe von 32.044.948 €. Die Informationspflicht 1 verursacht demnach die höchsten Bürokratiekosten im öffentlichen Preisrecht. In den Interviews wurde jedoch deutlich, dass diese Kosten größtenteils auch im Rahmen der privaten Auftragsabwicklung anfallen. Der Erfüllungsaufwand der betrachteten Informationspflicht entsteht demnach im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Unternehmen und die Kosten können als „Sowieso“-Kosten klassifiziert werden. Zwar sind die Kosten nicht von der Messung im SKM auszuschließen, sie können jedoch nicht uneingeschränkt als Verwaltungsaufwand, welcher aus der VO PR 30/53 resultiert, angesehen werden.¹⁹⁴

Nichtsdestotrotz sollen auch die Kosten dieser Informationspflicht im Detail analysiert werden. Tabelle 9 enthält eine Übersicht der empirischen Ergebnisse zum Aufwand der einzelnen Standardaktivitäten zur Erfüllung der Informationspflicht 1:

Standardaktivität	Aufwand in €	Zeitaufwand in Personentagen	
		Median	Arithmetisches Mittel
Routinebildung	483	1,50	1,59
Sammeln Informationen	1.608	5,00	10,86
Bewertung Informationen	498	1,00	3,74
Aufbereitung Informationen	804	2,50	4,89
Einholen Informationen Dritter	322	1,00	2,45
Kontrolle Informationen	996	2,00	2,13
Konsultation	0	0,00	0,43
Archivierung	80	0,25	0,45
Summe	4.791	13,25	26,53
Zusatzaufwand Anlage-/Wagniskostennachweise	253		
Summe	5.043		

Tabelle 9: Aufwand der Standardaktivitäten zur Erfüllung der Informationspflicht 1.

¹⁹⁴ Vgl. Statistisches Bundesamt (2006), S. 21.

Der Aufwand zur Routinebildung ist relativ gering. Zumeist beschränkt sich diese Aktivität auf einzelne interne und externe Fortbildungsmaßnahmen. Ebenfalls als gering ist der Aufwand zur Einholung von Informationen Dritter einzuschätzen. Kein Unternehmen der Stichprobe gab an, bei der Angebotskalkulation von externen Beratern unterstützt zu werden, weshalb kein Aufwand durch Konsultationen entsteht. Aufgrund weitergehender handels- und steuerrechtlicher Vorgaben wird der Archivierungsaufwand als sehr gering eingeschätzt. Lediglich für die teilweise in der Preisprüfung geforderten Originalrechnungen wird ein Archivierungsaufwand angegeben.

Den größten Anteil am Gesamtaufwand zur Erfüllung der Informationspflicht 1 wird durch das Sammeln der erforderlichen Informationen induziert. Das Sammeln der Informationen bezieht sich auf die Erfassung relevanter Kosten- und Mengenangaben im Unternehmen. Hier sind zum einen verschiedene Abteilungen/Personen involviert, zum anderen liegt hier ein permanenter Dokumentationsaufwand vor. Geringer Aufwand zeigt sich bei der Bewertung der Informationen, also der Einschätzung der LSP-Konformität der gesammelten Informationen. Allerdings weicht das arithmetische Mittel hier deutlich ab, was dafür spricht, dass diese Aktivität eine unterschiedliche Bedeutung in verschiedenen Unternehmen aufweist. Die befragten Unternehmen machten deutlich, dass eine konsequente Ausrichtung des internen Rechnungswesens auf die LSP diese Aktivitäten aufwandsmäßig entlastet. Hohen Aufwand verursachen wiederum die Aufbereitung und Kontrolle der Informationen.

Lediglich 30% der Unternehmen gab an, gesonderte Anlagenachweise nach Nr. 42 LSP zu führen. Gerade für die Unternehmen, welche ihr Rechnungswesen bereits auf die LSP ausgerichtet haben, entspricht die handelsrechtliche Abschreibungsplanung bereits den LSP. Es entsteht kein Zusatzaufwand. Zum Teil entsteht jedoch nur marginaler Aufwand, da bspw. informationstechnische Möglichkeiten zur Simulierung verschiedener Abschreibungsmethoden genutzt werden. Diejenigen Unternehmen, welche gesonderte Anlagenachweise führen, berichteten von jährlichem Aufwand zwischen 1 und 25 Personentagen. So entstehen im Standardfall der normal effizienten Unternehmung Zusatzkosten von 3.002,35 € im Jahr. Ein ähnliches Bild wurde bzgl. des Führens von Wagniskonten nach Nr. 50 LSP skizziert. 40% der betrachteten Unternehmen führten diese Wagniskonten, wobei der Aufwand mit 0,5 bis 50 jährlichen Personentagen beziffert wurde, da teilweise die Wagnisse pro Auftrag grob kalkuliert werden und in anderen Fällen eine Vielzahl verschiedener Wagniskonten innerhalb eines Unternehmens geführt wird. Im Standardfall entstehen demnach jährliche Zusatzkosten in Höhe von 5.414,94 €, was zu gesamten jährlichen Zusatzkosten von 8.417,29 € führt. Unterstellt man, dass diese Zusatzkosten bei 3% der Aufträgen entstehen, erhöhen sich die Bürokratiekosten der Informationspflicht 1 um 1.604.516 € auf 32.044.948 €

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Aufwand zur Erfüllung der Informationspflicht 1 vor allem aufgrund der hohen Fallzahl relativ zu den folgenden Erfüllungsaufwänden als hoch einzuschätzen ist. Dabei konnten vor allem das Sammeln relevanter Informationen sowie die Aufbereitung und Kontrolle als Aufwandstreiber identifiziert werden. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die ermittelten Kosten größtenteils als „Sowieso“-Kosten klassifiziert werden können und demnach nicht ausschließlich durch das öffentliche Preisrecht induziert sind.

3. Informationspflicht 2: Grundsatzprüfung

Der Erfüllungsaufwand einer Grundsatzprüfung ist mit 25.041 € fast viermal so hoch wie der Erfüllungsaufwand zur Informationspflicht 1. Eine Grundsatzprüfung verursacht in der Wirtschaft einen Zeitaufwand von 53,75 Personentagen, also 430 Personenstunden. Involvierte Mitarbeiter sind hierbei neben kaufmännischen Angestellten vor allem leitende Angestellte aus dem Bereich Rechnungswesen oder Finanzen. Daraus resultiert ein durchschnittlicher Lohnsatz von 53,42 € Laut der bundesweiten Preisprüfungsstatistik wurden im Jahr 2012 219 Grundsatzprüfungen durch die Preisprüfungsbehörden durchgeführt. Aufgrund der geringen Fallzahl resultiert ein weitaus geringerer Gesamtaufwand als im Rahmen der Informationspflicht 1, nämlich 5.484.053 € Da Unternehmen im Rahmen ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit keiner Preisprüfung unterliegen, sind die Kosten frei von „Sowieso“-Kosten. Im Detail ist der Erfüllungsaufwand Tabelle 10 zu entnehmen:

Standardaktivität	Aufwand in €	Zeitaufwand in Personentagen	
		Median	Arithmetisches Mittel
Routinebildung	996	2,00	2,46
Empfang der Information	643	2,00	3,04
Sammeln Informationen	2.413	7,50	11,81
Bewertung Informationen	1.245	2,50	3,35
Aufbereitung Informationen	11.201	22,50	39,42
Einholen Informationen Dritter	0	0,00	0,08
Kontrolle Informationen	996	2,00	2,77
Konsultation	0	0,00	0,00
Erklärungen/Erläuterungen	7.468	15,00	20,08
Archivierung	80	0,25	0,52
Summe	25.041	53,75	83,52

Tabelle 10: Aufwand der Standardaktivitäten zur Erfüllung der Informationspflicht 2.

Kaum Aufwand wird durch die Archivierung, Informationskontrolle oder Routinebildung erzeugt. Beachtlich ist, dass bereits der Empfang der Information über eine Grundsatzprüfung, welche ebenso die Initiierung eines internen Prozesses zur Durchführung der Grundsatzprüfung beinhaltet, bereits Aufwand von 2 Personentagen erzeugt. Ebenso nicht unerheblich fällt der Aufwand zum Sammeln von Informationen aus. Gerade durch das Wesen der Grundsatzprüfung – vorrangige Ausrichtung auf Prüfung von Gemeinkosten – entsteht hier ein hoher Aufwand bei der Erfassung von Kostendaten. Der höchste Aufwand begründet sich bei dieser Informationspflicht jedoch in der Aufbereitung der Informationen. Insbesondere die Vorbereitung der Kostendaten auf die Preisprüfung wird als aufwändig eingeschätzt. Durch die eigentliche Preisprüfung, bspw. Absprachen mit oder Besuchen von Preisprüfern, entsteht ein Aufwand von 15 Personentagen. Im Standardfall betreuen 3 Personen hierbei 1 Personenwoche die Preisprüfungsbehörden. Diese Angabe konnte durch die Befragung der Preisprüfer bestätigt werden.

Insgesamt erweist sich die Grundsatzprüfung als Informationspflicht mit dem höchsten Aufwand pro Tätigkeit, wobei der Aufwand zwischen den Unternehmen stark streut. Es kann jedoch kein Zusammenhang zwischen den abgefragten Unternehmensklassen (weder Branche, Größe noch Wissen) und dem angegebenen Aufwand erkannt werden. Dies legt nahe, dass der Aufwand einer

Grundsatzprüfung im Einzelfall von verschiedenen internen Unternehmensfaktoren abhängig ist. Für die Informationspflicht 2 lässt sich somit festhalten, dass sie zwar den höchsten Aufwand pro Tätigkeit aufweist, aufgrund der geringen Fallzahl jedoch die Informationspflicht mit den geringsten Gesamtbürokratiekosten darstellt. Aufwandstreiber sind hier vor allem die Erstellung von Prüfungsunterlagen und die Betreuung der Preisprüfer vor Ort.

4. Informationspflicht 3: Einzelfallprüfung

Ein anderes Bild zeigt sich wiederum bei Betrachtung der Informationspflicht 3: Einzelfallprüfung. Hier betragen die Bürokratiekosten pro Tätigkeit 5.786 € was bei einer Fallzahl von 1.741 Einzelfallprüfungen eine Gesamtbelastung von 10.074.171 € ergibt. Der durchschnittliche Lohnsatz entspricht dem Lohnsatz bei Informationspflicht 2, da zumeist die gleichen Mitarbeiter beteiligt sind. Die Informationspflicht 3 ist ebenso frei von „Sowieso“-Kosten. Der Erfüllungsaufwand stellt sich wie in Tabelle 11 zusammengefasst dar:

Standardaktivität	Aufwand in €	Zeitaufwand in Personentagen	
		Median	Arithmetisches Mittel
Routinebildung	498	1,00	1,76
Empfang der Information	241	0,75	0,71
Sammeln Informationen	322	1,00	1,47
Bewertung Informationen	373	0,75	0,61
Aufbereitung Informationen	946	1,90	4,02
Einholen Informationen Dritter	322	1,00	1,74
Kontrolle Informationen	274	0,55	0,89
Konsultation	0	0,00	0,00
Erklärungen/Erläuterungen	2.489	5,00	8,18
Archivierung	322	1,00	1,73
Summe	5.786	12,95	21,11

Tabelle 11: Aufwand der Standardaktivitäten zur Erfüllung der Informationspflicht 3.

Auffällig ist hier, dass der gesamte Prozessaufwand maßgeblich durch die Erklärungen und Erläuterungen mit öffentlichen Stellen – also mit den Preisprüfern – beeinflusst wird. Aufgrund der erfolgten Selbstkostenpreiskalkulation und ggf. durch eine bereits erfolgte Grundsatzprüfung wird der Vorbereitungsaufwand für eine Einzelfallprüfung recht gering gehalten. Der hohe Aufwand der konkreten Einzelfallprüfung ist jedoch ein Indiz dafür, dass im Einzelfall großer Abstimmungsbedarf mit den Preisprüfern besteht. Bei einer Betreuung mit 2 Personen beträgt die Standardzeit einer Einzelfallprüfung also 2,5 Personentage. Diese Angabe konnte ebenfalls von den Preisprüfern bestätigt werden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf den Aufwand zur Archivierung von Informationen. Während in den vorangegangenen Informationspflichten diese Aktivität nur marginalen Aufwand verursachte, wird hier vor allem durch die Forderung nicht-elektronischer Archivierung von Prüfungsdaten Aufwand begründet. Der Erfüllungsaufwand einer Einzelfallprüfung ist also deutlich geringer als der einer Grundsatzprüfung. Die einzelnen Aktivitäten der Prüfungsvorbereitung sind keine wesentlichen Aufwandstreiber. Vielmehr stellen Erklärungen und Erläuterungen mit Preisprüfern hier den bedeutendsten Aufwandstreiber dar.

5. Sonstiger Aufwand und Opportunitätskosten

Im Rahmen der Telefoninterviews wurde den befragten Unternehmen die Möglichkeit gegeben, auf weiteren konkreten Aufwand in Verbindung mit dem Preisrecht aufmerksam zu machen und sich zu möglichen Opportunitätskosten bei Wegfall des Preisrechts zu äußern. Eine Vielzahl von Unternehmen gab an, dass neben dem Prozess zur Angebotskalkulation weiterer Aufwand entsteht. Insbesondere in der Rüstungsindustrie wird hier die Plankostenprüfung durch das BAAINBw als aufwändig angesehen. Daneben entsteht bspw. Aufwand für das Pflegen LSP-spezifischer Kalkulationstools oder durch Konsultationen mit externen oder konzerninternen Preisrechtsexperten. Teilweise wird auch von notwendiger Rechtshilfe im Bereich der Kalkulation berichtet. Eine genaue Quantifizierung dieses Aufwands war in den meisten Fällen nicht möglich. Im Allgemeinen entsteht den befragten Unternehmen aber im kleineren Umfang auch noch weiterer Aufwand. Hier wurden vor allem externe Gutachten zu Fragen der Marktpreisfindung oder der LSP-Konformität bestimmter Kalkulationsposten erwähnt. Zudem sind gerade bei Unternehmen, welche erstmalig dem Preisrecht unterliegen, hohe wissensbasierte Rüstkosten zu beobachten.

Trotz des genannten Bürokratie- und Zusatzaufwands sieht die Mehrzahl der betrachteten Unternehmen vor allem die LSP als sinnvollen Kalkulationsrahmen, von dem auch eine Schutzwirkung für den Auftragnehmer ausgeht. Teilweise vermuten die Unternehmen bei Wegfall der Kalkulationsnorm enormen Abstimmungsbedarf mit dem öffentlichen Auftraggeber. Im Mittelwert erwarten die Unternehmen somit auch keine Reduzierung der Bürokratiekosten bei einem Wegfall des Preisrechts. Zwar wiesen sie darauf hin, dass durch den Wegfall der Preisprüfungen bürokratischer Aufwand entfällt, gleichzeitig sehen sie durch den erhöhten Abstimmungsbedarf und die eventuelle Notwendigkeit einzelvertraglicher Vereinbarungen einen Anstieg der Bürokratiekosten in diesem Bereich.

III. Validierung der Ergebnisse durch Preisprüfer

Unabhängig von der Ermittlung der Bürokratiekosten bei den öffentlichen Auftragnehmern wurden die Preisprüfer in der unter C.I.3. angesprochenen Studie auch nach Aufwand und Nutzen des Preisrechts befragt. Neben der Wirtschaft entstehen auch in der staatlichen Verwaltung Bürokratiekosten durch die VO PR 30/53, die bisher nicht mit dem Standardkosten-Modell ermittelt werden. Zur Darstellung dieser Kosten wird daher auf die Ergebnisse der Studie zur Verbreitung der Verordnung und ihrer Praxisrelevanz sowie der Preisprüferbefragung zurückgegriffen. Der Bürokratieaufwand bei der Bearbeitung des öffentlichen Auftrags wurde von den Auftraggebern als marginal beziffert und wird daher hier nicht weiter betrachtet. Durch die VO PR 30/53 entstehen jedoch Kosten der Preisprüfer. Nach Angaben der Preisprüfer stehen jeder Preisüberwachungsstelle durchschnittlich 2,1 Mitarbeiterstellen zur Verfügung. Bei 35 Preisüberwachungsstellen¹⁹⁵ auf Landesebene bestehen somit bundesweit 73,5 Mitarbeiterstellen. Auf Basis der im Adressverzeichnis „Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen“ gelisteten Dienstgrade und den entsprechenden Besoldungsgruppen ergeben sich für den Staat durchschnittliche Arbeitskosten von

¹⁹⁵ Nicht berücksichtigt werden hierbei die Preisprüfer des BAAINBw, da hier keine konkreten Daten ermittelt werden konnten.

59.450 € bis 78.110 € Demnach resultieren in der staatlichen Verwaltung Bürokratiekosten zwischen 4.369.614 € und 5.741.155 €

Aus Sicht der Preisprüfer sind die oben genannten personellen Ressourcen knapp bis nicht ausreichend. Dabei messen Sie der Verkürzung der Prüfungslatenzzeit als Folge größerer personeller Ressourcen die höchste Bedeutung bei (4,27). Aber auch die Erhöhung der Anzahl von Preisprüfungen (3,96) sowie eine Verbesserung der Prüfungsqualität (3,61) sind für die Preisprüfer von mittlerer bis hoher Bedeutung.

Nach Angaben der Preisprüfer werden Selbstkostenpreise im Rahmen der Preisprüfung durchschnittlich um 3-5% gekürzt. Dieser Wert liegt leicht über dem Gesamtwert der Preisprüfungsstatistik 2012. Bei einer Umwandlung von Markt- in Selbstkostenpreise sehen die Preisprüfer ebenfalls eine durchschnittliche Kürzung von 3-5%. Interessant ist zudem, dass die Preisprüfer durch eine konsequente Beachtung des Preisrechts durch den Auftraggeber ein ex-ante Einsparpotential von durchschnittlich 6-10% vermuten.

IV. Fazit zur Ermittlung des Bürokratieaufwands

In diesem Arbeitsschritt sollten unter anderem die bürokratischen Lasten, die den betroffenen Unternehmen durch das öffentliche Preisrecht entstehen, ermittelt werden. Dazu wurde das von der Bundesregierung präferierte Instrument des Standardkosten-Modells genutzt. Die Daten zur Berechnung der Bürokratiekosten wurden zum einen aus bestehenden Quellen gezogen. Zum anderen wurde zur notwendigen Ermittlung des zeitlichen Aufwands eine Studie anhand 10 teilstandardisierter Telefoninterviews mit Unternehmen verschiedener Branchen und Größen durchgeführt.

Im Ergebnis konnte gezeigt werden, dass der größte Bürokratieaufwand durch die Selbstkostenpreisberechnung entsteht. Dieser Aufwand wurde sodann jedoch als nicht abbaufähig identifiziert. Bezüglich der Grundsatzprüfung konnte herausgefunden werden, dass der Prozess zur Erfüllung dieser Informationspflicht den größten einzelnen Aufwand darstellt. Insbesondere die Erstellung von Prüfungsunterlagen und die Erläuterungen mit Preisprüfern wurden als Aufwandstreiber identifiziert. Während für die Einzelfallprüfung ein deutlich geringerer Einzelaufwand festgestellt wurde, entsteht hier durch die höhere Fallzahl der zweitgrößte Bürokratieaufwand. Zwar ist die Prüfungsvorbereitung deutlich weniger aufwändig, die Erläuterungen mit Preisprüfern wurden wiederum als Aufwandstreiber identifiziert. Zudem entsteht den Unternehmen durch Schulungen, Softwarepflege und externe Gutachten weiterer Aufwand. Nichtsdestotrotz erachten die Unternehmen eine feste Kalkulationsgrundlage als sinnvoll und sehen durch einen Wegfall des öffentlichen Preisrechts keine Möglichkeit den Bürokratieaufwand deutlich zu reduzieren.

E. Die Verordnung PR Nr. 30/53 im Gefüge der Rechtsordnung

I. Inhalt und Funktion der Verordnung Nr. 30/53

Trotz ihres beträchtlichen Alters und obwohl ihre Rechtsgrundlage auf die Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes zurückgeht¹⁹⁶, gehört die PreisVO nach wie vor zum Korpus des geltenden Bundesrechts und ist – wie auch ihre Rechtsgrundlage – vom Gestaltungswillen des Bundesgesetzgebers umfasst. So wurde die Verordnung zuletzt geändert durch das Bundesgesetz vom 8.12.2010¹⁹⁷ und ihre Weiteranwendung ausdrücklich hervorgehoben in § 2 Nr. 8 der Zweiten Preisvergabeverordnung (PR Nr. 1/82) vom 12.5.1982¹⁹⁸. Weder die gesetzliche Rechtsgrundlage (§ 2 Abs. 1 PreisG) noch die PreisVO sind durch Zeitablauf oder sonst obsolet geworden.¹⁹⁹

Die PreisVO regelt die Preisbildung im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge und soll hier für eine wettbewerbsorientierte, marktwirtschaftliche Preisbildung sorgen. Zur Verfolgung dieses übergeordneten Regelungsziels stellt sie verschiedene Grundsätze der Preisbildung und -berechnung auf, die von Auftraggeber und -nehmer beim Abschluss des Beschaffungsvertrages zu beachten sind. Diese Regeln greifen in die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Parteien und in die freie Preisbildung durch Angebot und Nachfrage ein.

Der nach den Bestimmungen der PreisVO zulässigerweise gebildete Preis hat den Charakter eines **Höchstpreises**, ein höherer Preis darf im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag nicht vereinbart oder gewährt werden (§ 1 Abs. 3 PreisVO, sog. Höchstpreisprinzip). Vor allem hieraus ergibt sich der ordnungsrechtliche Charakter des Preisbildungsrechts, seine Regeln sind für die Parteien des Beschaffungsvertrages zwingendes Recht. Sie enthalten aber keine Mindestpreise, vielmehr kann der preisrechtlich zulässige Preis durchaus unterschritten werden²⁰⁰, § 4 Abs. 4 PreisVO sieht dies sogar ausdrücklich vor.

1. Die wesentlichen Regeln der Preisbildung

a) Die VO unterscheidet zwischen „Marktpreisen“ (§ 4) und „Selbstkostenpreisen“ (§§ 5-8) und weist ersteren einen grundsätzlichen Vorrang zu (§ 1 Abs. 1). Dies bedeutet zunächst, dass die Vertragsparteien nach Möglichkeit auf Preise zurückgreifen müssen, die sich im funktionierenden Wettbewerb gebildet haben.²⁰¹ Dabei geht es im Regelfall um den subjektiven Marktpreis, also den

¹⁹⁶ § 2 des Übergangsgesetzes über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz) v. 10.4.1948 (WiGBl S. 27), verlängert durch Bundesgesetz v. 21.1.1950 (BGBl S. 7), v. 8.7.1950 (BGBl S. 274), v. 25.9.1950 (BGBl S. 681), v. 23.12.1950 (BGBl S. 824) und v. 29.3.1951 (BGBl I S. 223). Zur Verfassungskonformität der gesetzlichen Regelung schon BVerfGE 8, 274 (294-330).

¹⁹⁷ BGBl I S. 1864 (1875). Zuvor z.B. durch Art. 1 der VO PR 1/89 zur Änderung preisrechtlicher Vorschriften v. 13.6.1989 (BGBl I S. 1094).

¹⁹⁸ BGBl I S. 617, zuletzt geändert in BGBl 1986 S. 933 (934).

¹⁹⁹ Vgl. ausdrücklich BVerwG 1 C 36/92, NVwZ-RR 1995, 425 f.; BVerwG 1 B 34.99, DVBl 1999, 1364 (1365); VGH Kassel, Beschl. v. 11.1.1999 (Az. 8 UE 3300/94), Rn. 30 (juris); VGH Kassel 5 N 3909/98, NVwZ-RR 2000, 243 (246). Für § 2 PreisG noch offengelassen in BVerfGE 53, 1 (16); 65, 248 (260).

²⁰⁰ A. Berstermann/M. Petersen, Vergaberecht und Preisrecht – Zivilrechtliche Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrages bei Überschreitung des preisrechtlich zulässigen Höchstpreises, ZfBR 2008, 22.

²⁰¹ Müller/Waldmann, in: Ebisch/Gottschalk u.a. (Fn. 3), § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 4; H.P. Müller, Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen – vorbeugendes Instrumentarium gegen Wettbewerbsverstöße, NZBau 2011, 720 (722).

Preis, den der Anbieter für die gleiche Leistung am Markt erzielt.²⁰² Aus dem in § 1 Abs. 1 PreisVO enthaltenen Verweis auf § 4 ergibt sich allerdings, dass ein „**Marktpreis**“ in diesem Sinne nur dann vorliegt und dementsprechend sein Vorrang nur dann gilt, wenn die Voraussetzungen des § 4, vor allem seines Absatz 1 gegeben sind: Danach muss die Leistung, für die bezahlt wird, „marktgängig“ sein, und es muss ein verkehrüblicher Preis feststellbar sein, der nicht überschritten werden darf. Schließlich muss der Preis auch im übrigen preisrechtlich zulässig sein, darf also speziellen Preisregelungen (wie z.B. Gebührenordnungen) nicht widersprechen.

Die „**Marktgängigkeit**“ der zu beschaffenden Leistung setzt voraus, dass diese allgemein im wirtschaftlichen Verkehr gehandelt wird, für sie also ein – allgemeiner oder besonderer – Markt besteht. Das ist aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers zunächst der Fall, wenn mehrere Anbieter der fraglichen Leistung am relevanten Markt agieren. Steht für die Erfüllung der konkreten Beschaffungsnachfrage nur ein einziger Anbieter zur Verfügung, so besteht für die fragliche Leistung kein Markt, sie ist nicht „marktgängig“ i.S.v. § 4 Abs. 1 PreisVO.²⁰³ Aus § 5 Abs. 1 Nr. 2 ergibt sich, dass für das Vorhandensein eines „Marktes“, das einen Marktpreis zuließe, vorrangig auf die Anbieterseite abzustellen ist: Die „Marktgängigkeit“ fehlt also vor allem dann, wenn der öffentliche Auftraggeber tatsächlich keine Wahl zwischen verschiedenen Anbietern hat.²⁰⁴ Darüber hinaus fehlt es auch dann an einer „marktgängigen“ Leistung, wenn für sie auf dem relevanten Markt nur ein einziger Nachfrager, also nur ein einziger öffentlicher Auftraggeber, in Betracht kommt.²⁰⁵ Für die Ermittlung der Marktgängigkeit ist auf den gesamten zur Beschaffung anstehenden Leistungsumfang abzustellen.²⁰⁶

Neben die Marktgängigkeit stellt § 4 Abs. 1 PreisVO – offensichtlich als selbständiges Tatbestandsmerkmal des Marktpreisvorrangs – den „**im Verkehr üblichen**“ Preis, also denjenigen Preis, der für die betreffende Leistung bei vergleichbaren Aufträgen auf dem relevanten Markt erzielt wird.²⁰⁷ Fehlt es an einem objektiven Marktpreis, so sollen auch subjektive Marktpreise des Anbieters relevant sein können, wenn dieser nachweisen kann, dass er zu diesem Preis eine Mehrzahl von Umsatzakten getätigt hat.²⁰⁸ Obwohl § 4 Abs. 1 PreisVO offensichtlich von getrennten Tatbestandsmerkmalen ausgeht, werden diese in der Praxis gelegentlich vermengt: So soll nach Auffassung des OVG Lüneburg aus der Marktgängigkeit einer Leistung, also wenn ein Markt mit

²⁰² Müller/Waldmann, in: Ebisch/Gottschalk u.a. (Fn. 3), § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 17; Hoffjan/Hövelborn/Strickmann (Fn. 47), 5.

²⁰³ OVG Münster 9 A 1795/99, NVwZ 2002, 223 (225); Beschl. v. 20.5.2011 (9 A 1901/09), Umdruck S. 3.

²⁰⁴ OVG Lüneburg 7 L 1276/00 v. 20.12.2000, abgedr. in Michaelis/Rhösa (Fn. 66), Entscheidungen II 1996-2000/15, S. 56 (59).

²⁰⁵ Berstermann, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2011, unter 8., § 4 VO PR 30/53, Rn. 10.

²⁰⁶ OVG Münster 9 A 1795/99, NVwZ 2002, 223 (225); Beschl. v. 20.5.2011 (9 A 1901/09), Umdruck S. 3.

²⁰⁷ VGH München 22 B 14.175 v. 26.1.2015, Umdruck Rn. 58; Müller/Waldmann, in: Ebisch/Gottschalk u.a. (Fn. 3), § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 47.

²⁰⁸ VGH München 22 B 14.175 v. 26.1.2015, Umdruck Rn. 72; näher Müller/Waldmann, in: Ebisch/Gottschalk u.a. (Fn. 3), § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 48-54.

mehreren Anbietern vorhanden ist, ohne weiteres folgen, dass sich für die fragliche Leistung ein „verkehrsüblicher Preis“ gebildet hat.²⁰⁹

b) § 4 Abs. 3 PreisVO enthält ein spezielles **Gleichbehandlungsgebot**, das *ex lege* als vertragliche Nebenpflicht Teil des Beschaffungsverhältnisses wird: Dem öffentlichen Auftraggeber sind diejenigen Vorteile in bezug auf Preis- und Nachlassgestaltung und Lieferbedingungen einzuräumen, die in gleicher Lage üblicherweise privaten Auftraggebern gewährt werden.

c) Ein „**Selbstkostenpreis**“ darf einem Beschaffungsvertrag gemäß § 5 Abs. 1 PreisVO in drei verschiedenen Konstellationen zugrundegelegt werden:

- wenn weder ein Preis durch Preisvorschriften (§ 3) vorgegeben ist, noch ein Marktpreis im Sinne von § 4 festgestellt werden kann; letzteres kann der Fall sein, wenn die zu beschaffende Leistung nicht marktgängig oder für sie ein verkehrsüblicher Preis nicht zu ermitteln ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 1);
- wenn eine „Mangellage“ vorliegt, welche die Preisbildung am Markt nicht unerheblich beeinflusst (§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt.);
- wenn der Wettbewerb auf Anbieterseite beschränkt und dadurch die Preisbildung nicht unerheblich beeinflusst ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt.).

d) Ist ein Selbstkostenpreis – nach dem System der PreisVO: ausnahmsweise – zulässig, so ist dieser möglichst als Selbstkostenfestpreis, ersatzweise als Selbstkostenrichtpreis zu vereinbaren (§ 6 PreisVO). Nur ganz hilfsweise darf ein Selbstkostenerstattungspreis vereinbart werden (§ 7 Abs. 1 PreisVO). In jedem Fall sind für die Ermittlung des Selbstkostenpreises die der Verordnung angehängten „Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten“ (LSP) anzuwenden (§ 8 PreisVO).

e) Das Zustandekommen des in einem Beschaffungsvertrag vereinbarten – oder zu vereinbarenden – Preises unterliegt der **Überprüfung** durch die dafür zuständigen staatlichen Behörden; der Auftragnehmer ist in diesem Zusammenhang zur Zusammenarbeit verpflichtet (§ 9 PreisVO).

f) Daneben kann auch der öffentliche Auftraggeber ermächtigt werden, die Ordnungsgemäßheit eines angebotenen Selbstkostenpreises festzustellen und die zu diesem Zweck notwendigen Ermittlungen anzustellen. Eine entsprechende Untersuchung darf allerdings nur im Benehmen mit den zuständigen Preisprüfungsbehörden und nur im Zeitraum vor Abschluss des Beschaffungsvertrages stattfinden (§ 10 Abs. 1 PreisVO).

g) Zuwiderhandlungen gegen die Regeln der Preisbildung werden gem. § 11 PreisVO nach Maßgabe des Wirtschaftsstrafgesetzes²¹⁰ **sanktioniert**; dessen § 3 für vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen preisrechtliche Vorschriften ein Bußgeld bis zu 25.000 Euro vorsieht. Daneben ist die Abführung eines unzulässig erzielten Mehrerlöses bzw. seine Rückerstattung auf Antrag des Geschädigten, also des öffentlichen Auftraggebers, vorgesehen (§§ 8-11 WiStrafG). Auch

²⁰⁹ So OVG Lüneburg 7 L 1276/00 v. 20.12.2000, abgedr. in *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Entscheidungen II 1996-2000/15, S. 56 (60 f.). Ebenso schon *K.-A. Hertel*, in: ders./M. Pietraszek, Die Preisbildung und das Preisprüferecht bei öffentlichen Aufträgen, 1988, S. 19.

²¹⁰ Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts v. 9.7.1954 i.d.F. der Bek. v. 3.6.1975 (BGBl I S. 1313), zuletzt geänd. in BGBl 2010 I S. 1864 (1872).

ordnungsrechtliche Verfügungen zur Durchsetzung preisrechtlicher Höchstgrenzen sollen zulässig sein.²¹¹

Im Rahmen des Beschaffungsverhältnisses soll die Vereinbarung eines unzulässigen Preises nach h.M. zwar § 134 BGB zur Anwendung bringen, aber nicht mit der Folge der Nichtigkeit des Beschaffungsvertrages, sondern einer Preisersetzung *ex lege*: Der preisrechtlich zulässige Preis tritt an die Stelle des vereinbarten Preises.²¹² Dies entspricht der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu anderen Bestimmungen des zwingenden Preisrechts.²¹³ Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus § 4 Abs. 3 PreisVO begründet hingegen einen Schadensersatzanspruch des öffentlichen Auftraggebers.²¹⁴

2. Anwendungsbereich der PreisVO

Ihren Anwendungsbereich beschreibt die PreisVO in ihrem § 2 Abs. 1 mit den öffentlichen Aufträgen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Erfasst ist also von vornherein nur das Beschaffungsverhalten der sog. institutionellen Auftraggeber, die allein aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Rechtsform dem Preisrecht unterfallen. Eine weitere Konkretisierung des Begriffs des „öffentlichen Auftrags“ enthält die PreisVO nicht. Auf Bauleistungen finden die Regeln keine Anwendung (§ 2 Abs. 5 PreisVO).

§ 2 Abs. 4 Nr. 1 PreisVO enthält eine Option zur Erstreckung des Anwendungsbereichs auf „mittelbare Leistungen zu öffentlichen Aufträgen“. Gemeint sind hiermit Unteraufträge, die ein im Vergabeverfahren erfolgreicher Bieter zur Erfüllung seiner vertraglich geschuldeten Leistung an Nachunternehmer vergibt.²¹⁵ Die Regeln der PreisVO können in einem solchen Fall Anwendung finden, wenn der öffentliche Auftraggeber dies verlangt und der Unterauftragnehmer dem zustimmt. In bezug auf Unteraufträge ist das Preisbildungsrecht somit nicht zwingendes Recht, auch wenn das Einverständnis des Auftragnehmers für seine Anwendung nicht erforderlich ist. Ob ein Verwaltungsträger als öffentlicher Auftraggeber die Anwendung der PreisVO im Unterauftragsverhältnis „verlangt“, ist im Preisbildungsrecht selbst nicht geregelt und grundsätzlich in das pflichtgemäße Ermessen des Verwaltungsträgers gestellt. Die Ausübung dieses Ermessens hat vor allem in Übereinstimmung mit dem Zweck der PreisVO zu erfolgen, aber auch die haushaltsrechtlichen

²¹¹ Vgl. VG Darmstadt, Urt. v. 17.6.2011 (Az. 7 K 1474/10.DA), Tz. 26; Müller/Waldmann, in: Ebisch/Gottschalk u.a. (Fn. 3), § 1 VO PR Nr. 30/53 Rn. 93 f.; Berstermann/Petersen (Fn. 200), ZfBR 2008, 22 (23).

²¹² Vgl. z.B. LG Bonn, Urt. v. 18.12.2013 (1 O 465/12), NZBau 2014, 390 (391); Müller/Waldmann, in: Ebisch/Gottschalk u.a. (Fn. 3), § 1 VO PR Nr. 30/53 Rn. 95-97 mwN; Berstermann/Petersen (Fn. 200), ZfBR 2008, 22 (23 f.); M. Pauka/G. Chrobot, Öffentliches Preisrecht und Vergaberecht, VergabeR 2011, 405 (407 f.); R. Roth, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 2 EG Rn. 119.

²¹³ Vgl. z.B. für Verstöße gegen die BauPreisVO BGH VII ZR 92/66, BGHZ 51, 174 (181) = NJW 1969, 425; für Verstöße gegen Mietpreisregeln BGH VIII ARZ 13/83, BGHZ 89, 316 (319) = NJW 1984, 722 (723); für das Kleingartenpachtzinsrecht BGH V ZR 289/87, BGHZ 108, 147 (150) = NJW 1989, 2470 (2471); für Pflegeentgelte BGH III ZR 158/99, BGHZ 145, 66 (76 f.) = NJW 2001, 892 (894); für die HOAI BGH VII ZR 25/06, NJW 2008, 55 (56).

²¹⁴ Roth, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 2 EG Rn. 123.

²¹⁵ Vgl. nur Pauka/Chrobot (Fn. 212), VergabeR 2011, 405 (410).

Bindungen des betreffenden Hoheitsträgers können insoweit eine Rolle spielen.²¹⁶ Jedoch ergibt sich aus den kommunalabgabenrechtlichen Geboten der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit keine Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, die Anwendung des Preisbildungsrechts zu „verlangen“.²¹⁷

Im übrigen erhält die PreisVO kraft Gesetzes – also jenseits vertraglicher Abreden über ihre Anwendung – einen **abgeleiteten Anwendungsbereich** dadurch, dass andere Teile der Rechtsordnung auf sie verweisen bzw. ihre Anwendung anordnen. Dies gilt ausdrücklich z.B. für die Entgeltverordnungen im Bereich der Energieversorgung²¹⁸, für § 6 Abs. 6 der Wirtschaftssicherstellungsverordnung von 2004²¹⁹ sowie für die Kostenberechnung bei der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Personenbeförderungsleistungen²²⁰. Von großer Praxisrelevanz ist in diesem Zusammenhang zudem das **öffentliche Gebührenrecht**, das im Rahmen des kommunalabgabenrechtlichen Kostenüberschreitungsverbots die Einhaltung des Preisbildungsrechts (vor allem der LSP) als eine Voraussetzung für rechtmäßige Gebührenkalkulationen im Zusammenhang mit der Beauftragung Dritter behandelt.²²¹ In diesem Zusammenhang sind PreisVO und LSP unentbehrlich, um anhand objektiver Maßstäbe die abgabenrechtlich zulässige Belastung der Bürger bestimmen und an den Vorgaben des Gesetzes messen zu können.

Einen abgeleiteten Anwendungsbereich erhält die PreisVO, insbesondere die LSP auch aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung²²² sowie im Rahmen des **Zuwendungsrechts** bei öffentlichen Zuwendungen auf Kostenbasis: Nr. 13a der Verwaltungsvorschrift zu § 44 BHO – bzw. entsprechende Vorschriften der Länder – sieht die Anwendung der LSP ausdrücklich vor, die dem Zuwendungsempfänger ggf. auch durch Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid aufgegeben wird (vgl. Nr. 5.2 ANBest-P-Kosten, Anlage 4 zu Nr. 5.1 VV zu § 44 BHO)

3. Regelungszwecke des Preisrechts

Die Bestimmungen der PreisVO enthalten mithin objektiv-rechtliche Regeln über die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, die unabhängig von Art und Ablauf des Vergabeverfahrens, vom Inhalt

²¹⁶ H. Greiffenhagen, Gegen die „Flucht aus dem Preisrecht“ im Kommunalbereich, 2013, S. 8 und 16-23; A. Berstermann, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), § 2 VO PR 30/53, Rn. 17. Die Richtlinien für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der PreisVO (1955) sehen unter Nr. 12a) vor, dass ein „Verlangen“ nur in besonders begründeten Ausnahmefällen und vor allem dann gestellt werden sollte, „wenn für die unmittelbare Leistung Selbstkostenpreise vereinbart werden und die in Frage kommende mittelbare Leistung von wesentlichem Einfluss auf den Preis der unmittelbaren Leistung ist“.

²¹⁷ OVG Münster 9 A 4187/01, BeckRS 2005, 22107, unter I.2a); 9 A 94/09, BeckRS 2010, 57035, unter 6.

²¹⁸ Vgl. § 3 Abs. 1 der Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNEV) v. 25.7.2005 (BGBl I S. 2197), zuletzt geändert in BGBl 2013 I S. 3250 (3254); § 3 Abs. 1 der Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNEV) v. 25.7.2005 (BGBl I S. 2225), zuletzt geändert in BGBl 2013 I 3250.

²¹⁹ Verordnung über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft (WiSiV) v. 12.8.2004 (BGBl I S. 2159), geändert in BGBl 2006 I S. 2407, 2457).

²²⁰ § 2 der Verordnung über den Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Straßenpersonenverkehr (PBefAusglV) v. 2.8.1977 (BGBl I S. 1460), zuletzt geändert in BGBl 2005 I S. 931 (965).

²²¹ Vgl. aus der reichhaltigen Spruchpraxis z.B. OVG Münster 9 A 2251/93, NVwZ 1995, 1238; 9 A 1795/99, NVwZ-RR 2002, 223 (225); 9 A 4187/01, BeckRS 2005, 22107; 9 A 94/09, BeckRS 2010, 57035; 9 A 1901/09, Beschl. v. 20.5.2011; VGH Kassel 5 N 3909/98, NVwZ-RR 2000, 243; VGH Mannheim 2 S 2423/08, BeckRS 2010, 50831, Rn. 42-52.

²²² Vgl. Müller/Waldmann, in: Ebisch/Gottschalk u.a. (Fn. 3), § 2 VO PR Nr. 30/53 Rn. 82-90.

der eingegangenen Angebote sowie unabhängig vom konkreten Willen der Vertragsparteien Geltung beanspruchen. Diesen Regeln lassen sich verschiedene Schutzzwecke entnehmen, die sich gegenseitig ergänzen: Jenseits konkreter Aufträge dienen sie ihrem historischen Regelungsauftrag entsprechend (vgl. § 2 Abs. 1 PreisG) der Stabilität des allgemeinen Preisniveaus in Deutschland, und zwar zunächst durch die Vorgabe marktangemessener Beschaffung sowie in zweiter Linie durch die Durchsetzung objektiver Preiskalkulation auch in Situationen, in denen die Beschaffungssituation von monopolistischen Strukturen gekennzeichnet ist. Derartigen Strukturen, die in verschiedenen Beschaffungsmärkten auftreten und dort zu preisrelevanten Verzerrungen führen können, setzt die PreisVO neutrale Preisbildungsregeln entgegen, die zudem der Überwachung durch neutrale Behörden unterliegen. Das Gemeinwohlinteresse an einer objektiven Preisbildung und einem stabilen Preisniveau wird so von der konkreten Marktsituation abgekoppelt und unabhängig von derselben geschützt.

Einen weiteren übergreifenden, d.h. vom konkreten Beschaffungsverhältnis unabhängigen Regelungszweck erhält die PreisVO durch ihre Inbezugnahme in anderen Rechtsbereichen. Dies gilt etwa für das Kommunalabgabenrecht (s.o.), wo ihre Regeln den objektiven Referenzpunkt für eine rechtmäßige Gebührenkalkulation, mithin für eine rechtlich einwandfreie Abgabenbelastung der Bürger bilden. Dem Preisbildungsrecht kommt in diesem Zusammenhang – wenigstens mittelbar – eine rechtsstaatliche Referenz- und Sicherungsfunktion zu.

Im konkreten Beschaffungsverhältnis schützen die Preisbildungsregeln den öffentlichen Auftraggeber vor unangemessenen Preisen und dienen damit mittelbar dem Schutz der öffentlichen Haushalte.²²³ Dem Auftragnehmer garantiert die PreisVO im praktischen Ergebnis für seine Leistung eine marktangemessene Gegenleistung bzw. wenigstens den Ausgleich der ihm entstandenen Kosten, einschließlich eines kalkulatorischen Gewinns, selbst wenn er seine Leistung nur einem einzigen Nachfrager anbieten kann. Im Fall von Selbstkostenpreisen legen die LSP die kalkulatorischen Grundlagen fest und schaffen dadurch Rechtssicherheit für beide Vertragsparteien.

Angesichts der historischen Zweckrichtung der PreisVO und ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage dürfte allerdings auszuschließen sein, dass das Preisbildungsrecht eine individual-schützende Zweckrichtung besitzt, also nach heutigem Verständnis subjektiv-öffentliche Rechte begründet: Die Ermächtigung in § 2 PreisG zielt auf die „Aufrechterhaltung des Preisstandes“, also auf die Stabilisierung des allgemeinen Preisniveaus, ihr kommt eine allgemein ordnungssichernde Bedeutung zu.²²⁴ Damit verfolgt die gesetzliche Norm ein ausschließlich allgemeinwirtschaftliches Interesse und dient nicht dem Schutz einzelner Marktteilnehmer. Es ist nicht erkennbar, dass die auf dieser Grundlage ergangene PreisVO, wenn sie diesen Regelungszweck für die Preisbildung bei der öffentlichen Auftragsvergabe konkretisiert, einen darüber hinausgehenden Schutzzweck verfolgt. Dass die Regeln der Preisbildung auch für Bieter und Auftragnehmer eine verlässliche Kalkulationsgrundlage schaffen, ist daher eine zwangsläufige praktische Folge ihrer objektiven Rechtswirkung, nicht aber Ausweis eines individualbezogenen Schutzzwecks. Auch die seit 1998 im deutschen Recht angekommene „Subjektivierung“ des Vergaberechts durch die Verankerung individueller Bieterrechte (vgl. § 97 Abs. 7, § 104 Abs. 2 GWB) hat nicht dazu geführt, dass die

²²³ Zu diesem fiskalischen Schutzzweck z.B. VGH München 22 B 14.175 v. 26.1.2015, Umdruck Rn. 70; zu seinem Reflexcharakter *Berstermann*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), Einleitung Rn. 32.

²²⁴ BVerfGE 8, 274 (308-310).

unverändert gebliebene PreisVO, nur weil sie auf die öffentliche Auftragsvergabe bezogen ist, ebenfalls eine solche Entwicklung durchlaufen hätte: Der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber hat keinen entsprechenden Gestaltungswillen erkennen lassen, und die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien, welche die (partielle) Subjektivierung des deutschen Vergaberechts bewirkt haben²²⁵, erstrecken sich nicht auf die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen.

Die PreisVO enthält also **objektiv-rechtliches Preisbildungsrecht** für die öffentlichen Aufträge öffentlich-rechtlicher Auftraggeber. Dieses Preisbildungsrecht ordnet sich als Teilgebiet in das Preisrecht, eine Spezialmaterie des Wirtschaftsverwaltungsrechts, ein und ist von dessen anderen Teilgebieten abzugrenzen²²⁶: Als materielles Preisrecht steht das Preisbildungsrecht neben dem Preisregulierungsrecht, das selbst die – absolute oder relative – Höhe von Preisen regelt und sich z.B. im Regulierungsrecht (AEG, EnWG, PBefG, PostG, TKG)²²⁷, im Gesundheitsrecht (Apotheken-, Arzneimittel-, Krankenhausrecht) sowie im Berufsrecht (Gebührenordnungen) findet. Dieses materielle Preisrecht wiederum ist vom formellen Preisrecht zu unterscheiden, das die Ankündigung und Auszeichnung von Preisen²²⁸ sowie die Preisstatistik²²⁹ regelt. Die PreisVO enthält weder Bestimmungen zur Preisregulierung noch zur Preisankündigung.

II. Verhältnis zum Vergaberecht

Gleichzeitig gehört die PreisVO aufgrund der ihren Anwendungsbereich bestimmenden Bezugnahmen in §§ 1 und 2 zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe und steht hier ebenfalls neben verschiedenen anderen (Teil-)Regelungen, welche andere Aspekte der Auftragsvergabe zum Gegenstand haben. Vor allem ist das Preisbildungsrecht der PreisVO vom Vergaberecht im engeren Sinne abzugrenzen, das im wesentlichen Regeln über die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Verwaltung im Rahmen eines konkreten Beschaffungsvorhabens enthält. Vergaberecht i.e.S. bestimmt das Verfahren für diese Auswahl und legt materielle Kriterien für die verschiedenen, im Prozess der Angebotsauswahl zu treffenden Auswahlentscheidungen fest. Obwohl Preisbildungsrecht und Vergaberecht den Regelungsgegenstand teilen, im Kern für dieselben Sachverhalte - die Vergabe öffentlicher Aufträge - Anwendung beanspruchen und obwohl das deutsche Vergaberecht in § 10 Abs. 5 VSVgV²³⁰ und § 2 Abs. 4 VOL/A ausdrücklich auf das

²²⁵ Dazu z.B. *M. Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2011, § 97 GWB Rn. 200-204; *O. Dörr*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2. Aufl. 2013, abrufbar unter beck-online.beck.de, § 97 Abs. 7 GWB, Rn.1-4.

²²⁶ Zu ähnlichen Differenzierungen vgl. *Berstermann*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), Einleitung Rn. 2.

²²⁷ Zu Aufgaben und Grenzen der Preisregulierung *J. Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D für den 66. Deutschen Juristentag, in: *Verhandlungen des 66. DJT (2006)*, D 5 (D 117-132); *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 284-337.

²²⁸ Vgl. vor allem das Preisangabengesetz v. 3.12.1984 (BGBl I S. 1429), zuletzt geänd. in BGBl 2007 I S. 2246 (2257), die darauf gestützte PreisangabenVO v. 14.3.1985 (BGBl I 580), zuletzt geänd. in BGBl 2013 I S. 3642 (3660), sowie das Preisklauselgesetz v. 7.9.2007 (BGBl I S. 2247), zuletzt geänd. in BGBl 2009 I S. 2355 (2387).

²²⁹ Vgl. das Gesetz über die Preisstatistik v. 9.8.1958, zuletzt geänd. in BGBl 2007 I S. 2246 (2258).

²³⁰ Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur

Preisbildungsrecht verweist, stehen beide Teilrechtsgebiete im übrigen unverbunden nebeneinander und sind nicht aufeinander abgestimmt.²³¹ Das macht es zunächst notwendig, die Zweckrichtungen, Anwendungsbereiche und Regelungsgehalte des Vergaberechts i.e.S. denen des Preisbildungsrechts gegenüberzustellen, um so mögliche Konvergenzen, Redundanzen oder Friktionen herausarbeiten zu können.

1. Vergaberechtliche Regelungszwecke und -strukturen im Überblick

Das Vergaberecht i.e.S. verfolgt in einer abstrakten Betrachtung fünf verschiedene Regelungszwecke, die je nach seiner konkreten Ausgestaltung durch das geltende Recht in unterschiedlichem Maße gewährleistet werden²³²: Traditionell steht die fiskalische Funktion des Vergaberechts im Vordergrund, die Verfahrensregeln zur Auswahl des Vertragspartners sollen den möglichst kostengünstigen Einkauf der öffentlichen Hand sicherstellen. Durch die Gebote von Transparenz und Gleichbehandlung dient Vergaberecht sodann der Korruptionsprävention und dem Wettbewerbsschutz. Die Verrechtlichung der staatlichen Beschaffung und die Bindung der öffentlichen Hand an bestimmte Verfahrensregeln ist viertens Ausdruck einer rechtsstaatlichen Funktion, die vor allem dazu dient, das Steuerungs- und Instrumentalisierungspotential der Auftragsvergabe in rechtlich geordnete Bahnen zu lenken. Diese objektive Verrechtlichung hat für die am Vergabeprozess beteiligten Privaten (Bieter, Bewerber) gleichzeitig eine subjektive, konkret: grundrechtssichernde Funktion: Da die öffentliche Hand in bezug auf jede Organisations- und Handlungsform an die Grundrechte gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG), steht jedem Bieter im Zusammenhang mit staatlicher Beschaffung jedenfalls der grundrechtliche Gleichbehandlungsanspruch (Art. 3 Abs. 1 GG) zu. Die konkreten Verfahrensregeln des Vergaberechts konkretisieren diesen Anspruch und gestalten ihn für das Vergabeverfahren aus.

Die Erfüllung dieser mannigfaltigen Regelungszwecke ist im deutschen Vergaberecht einer normativen Struktur überantwortet, die nicht nur durch eine historisch gewachsene Mehrzahl von Regelungsschichten (die sog. Kaskade), sondern auch durch die Überlagerung durch das europäische Unionsrecht gekennzeichnet ist.²³³ Letztere führt zu einer grundsätzlichen Zweiteilung des in Deutschland geltenden Vergaberechts, die im Kern aus dem begrenzten Anwendungsbereich der zur Harmonisierung der Auftragsvergabe ergangenen EU-Vergaberichtlinien resultiert. Vor allem die sog. Schwellenwerte (§ 100 Abs. 1 GWB) und etliche Bereichsausnahmen (§ 100 Abs. 2 GWB) begrenzen die Anwendung des europäisch harmonisierten Vergaberechts auf eine kleine Minderheit der staatlichen Beschaffungsfälle.

Das harmonisierte Vergaberecht findet als sog. Kartellvergaberecht seine gesetzliche Verankerung in den §§ 97 ff. GWB, zu deren Durchführung drei Rechtsverordnungen (VgV, SektVO, VSVgV) ergangen sind, die zum Teil auf das privat geschaffene, traditionelle Verdingungsrecht (VOB/A, VOL/A, VOF) verweist. Im unionsrechtlich determinierten Kartellvergaberecht bestehen kraft

Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG v. 12.7.2012 (BGBl I S. 1509, geänd. in BGBl 2013 I S. 2722, 2745).

²³¹ *Berstermann*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), Einleitung, Rn. 35.

²³² Zum folgenden *O. Dörr*, Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Dreher/Motzke (Fn. 225), Einleitung, Rn. 5-10.

²³³ Zusammenfassend *Dörr* (Fn. 232), Rn. 13-22.

Gesetzes (§ 97 Abs. 7 GWB) subjektive Rechte der Bieter im Vergabeverfahren, die diese im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (§§ 102-124 GWB) geltend machen können. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts gegenüber den traditionellen Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe erweitert auf Private, die im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine bestimmte Nähebeziehung zum Staat unterhalten (§ 98 GWB): Das betrifft sog. funktionale Auftraggeber, die Allgemeinwohlaufgaben in nichtgewerblicher Form erfüllen (§ 98 Nr. 2), sog. Sektorenauftraggeber, die in der netzgebundenen Daseinsvorsorge tätig sind (§ 98 Nr. 4), Projektauftraggeber, die für bestimmte öffentliche Bauprojekte öffentliche Subventionen erhalten (§ 98 Nr. 5), und Baukonzessionäre der öffentlichen Hand (§ 98 Nr. 6).

Das nicht-harmonisierte Vergaberecht besteht im Kern aus dem Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, das regelmäßig für öffentliche Beschaffungen eine öffentliche Ausschreibung und die Anwendung der VOB/A, VOL/A vorschreibt. Hinzu kommen eine Vielzahl von Verwaltungsvorschriften sowie in den meisten Bundesländern Landesvergabegesetze²³⁴. Die rechtsstaatliche und die grundrechtssichernde Funktion des Vergaberechts kommen in diesem Bereich, der die große Mehrzahl der Beschaffungsfälle betrifft, mangels subjektiver Verfahrensrechte der einzelnen Bieter nur in geringem Umfang zum Tragen. Eine unionsrechtliche Überlagerung außerhalb der EU-Vergaberichtlinien ergibt sich hier aus dem Vergabeprimärrecht, das der EuGH aus den Grundfreiheiten des Unionsrechts entwickelt und das als unmittelbar wirksames Richterrecht in allen innerstaatlichen Beschaffungsfällen mit potentieller Binnenmarktrelevanz zu berücksichtigen ist.²³⁵ Die Regeln des EU-Vergabeprimärrechts gebieten Transparenz, Nichtdiskriminierung, sie gewährleisten subjektive Rechte und effektiven Rechtsschutz und übernehmen damit im nicht-harmonisierten Vergabebereich – wenigstens partiell – die rechtsstaatliche Sicherungsfunktion, die das deutsche Gesetzesrecht in diesem Bereich nicht zu erfüllen in der Lage ist.

2. Der Preis im Vergabeverfahren

Das Vergaberecht i.e.S. enthält als Vertragsanbahnungsrecht nur Regeln über Verfahren und Kriterien zur Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Verwaltung im Rahmen der Beschaffung. Dementsprechend nimmt es auf den Preis einer angebotenen Leistung nur als ein Vergabegrundsatz sowie als wettbewerbliches Kriterium der Auswahl zwischen verschiedenen Angeboten Bezug. Auf der grundsätzlichen Ebene formuliert § 2 Abs. 1 S. 1 VOL/A, dass Aufträge „zu angemessenen Preisen“ vergeben werden und reflektiert damit das Wirtschaftlichkeitsgebot²³⁶, das in § 18 Abs. 1, § 21 EG Abs. 1 VOL/A als zentrales Zuschlagskriterium festgelegt ist. Über die grundsätzliche Programmierung hinaus ergeben sich hieraus keine weiteren Anforderungen an die Zulässigkeit von Preisen, das Gebot angemessener Preise wird vielmehr in den speziellen Regeln über den Ausschluss nicht auskömmlicher Angebote aufgenommen und in Gestalt konkreter Handlungsanforderungen verarbeitet.

²³⁴ Zu diesen vgl. den Überblick bei *Dörr* (Fn. 232), Rn. 84-103.

²³⁵ Im einzelnen *Dörr* (Fn. 232), Rn. 83 und 142-170.

²³⁶ Zu dieser Bezugnahme vgl. die Erläuterungen in Anhang IV zur VOL/A, zu § 2 Abs. 1 S. 1. Aus der Literatur z.B. *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, 4. Aufl. 2014, § 2 EG Rn. 33-35; *R. Weyand*, Praxiskommentar Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 2 VOL/A Rn. 16; *Werner/Schubert*, in: Willenbruch/Wiedekind (Hrsg.), Kompaktkommentar Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, § 2 VOL/A Rn. 6 mit § 2 VOB/A Rn. 16.

Als Auswahlkriterium kommt der Preis im Vergabeverfahren auf zwei verschiedenen Wertungsstufen zum Tragen: Zum einen spielt der Angebotspreis eine Rolle beim Ausschluss von Angeboten mit ungewöhnlich niedrigen Preisen. Auf Angebote, deren Preise „in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen“, darf der Zuschlag nicht erteilt werden (§ 16 Abs. 6 und § 19 EG Abs. 6 VOL/A, § 33 Abs. 1 VSVgV; ähnlich § 27 SektVO), so dass diese Angebote auf der dritten Wertungsstufe auszuschneiden sind. Hierbei geht es um den Schutz des öffentlichen Auftraggebers vor unseriösen Angeboten und den Gefahren nicht ordnungsgemäßer Auftragsausführung, aber der Sache nach auch um den Schutz konkurrierender Bieter vor einer Wettbewerbsverzerrung durch Dumpingangebote.²³⁷ In diesem Zusammenhang prüft die Vergabestelle die Auskömmlichkeit der Angebote, also ob diese über alle Leistungsteile hinweg für die jeweiligen Bieter kostendeckend sind. Um einheitliche Maßstäbe für diese Prüfung anlegen zu können, greifen die Vergabestellen in der Praxis gelegentlich auf die PreisVO, vor allem auf die LSP zur Ermittlung der Selbstkosten zurück²³⁸, was vor allem die objektive Referenzfunktion des Preisbildungsrechts unterstreicht. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die vergaberechtliche Auskömmlichkeitsprüfung anderen Zwecken dient als die preisrechtliche Prüfung.

Zum anderen nimmt das Vergaberecht i.e.S. auf den Angebotspreis als Auswahlkriterium Bezug (vgl. § 16 Abs. 8 und § 19 EG Abs. 9 VOL/A), enthält an dieser Stelle aber keine normativen Anforderungen an „zulässige“ Preise o.ä., sondern führt den Preis lediglich als Vergleichsmaßstab zwischen verschiedenen Angeboten ein.

Weitere Bestimmungen zur Zulässigkeit von Preisen oder zur Bestimmung des konkreten Preises im Einzelfall finden sich im Vergaberecht i.e.S. nicht.

3. Das Preisrecht im Vergabeverfahren

Angesichts der unterschiedlichen Regelungszwecke von Preisbildungsrecht und Vergaberecht i.e.S. und der sich daraus ergebenden Selbständigkeit beider Teilrechtsgebiete stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem ausdrücklichen Beachtensgebot zukommt, das das Vergaberecht mit Bezug auf das Preisrecht enthält: Gemäß § 2 Abs. 4, § 2 EG Abs. 4 VOL/A und § 10 Abs. 5 VSVgV „sind (bei der Vergabe) die Vorschriften über die Preise bei öffentlichen Aufträgen zu beachten“. In der VOL weisen offizielle Fußnoten zu den Verweisungsnormen ausdrücklich auf die PreisVO als Gegenstand des Verweises hin. Der Regelungsgehalt von „Bei der Vergabe sind ... zu beachten“ erschließt sich nicht unmittelbar, zumal die Bestimmung im Schrifttum regelmäßig nur paraphrasiert²³⁹ und nicht näher erläutert, geschweige denn fachgerecht ausgelegt wird. In der vergaberechtlichen Rechtsprechung spielte sie, soweit ersichtlich, ebenfalls bislang keine Rolle.

²³⁷ Vgl. zu den Schutzzwecken näher *M. Gabriel*, Die vergaberechtliche Preisprüfung auf dritter Angebotswertungsstufe und die (Un-)Zulässigkeit von sog. Unterkostenangeboten, *VergabeR* 2013, 300 (300, 307); *Müller-Wrede/Horn*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), *VOL/A*, 4. Aufl. 2014, § 19 EG Rn. 303. Nur bei der Vergabe von Bauleistungen soll der öffentliche Auftraggeber auch vor „ungewöhnlich hohen Angeboten“ geschützt werden, vgl. § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A.

²³⁸ *Gabriel* (Fn. 237), *VergabeR* 2013, 300 (303).

²³⁹ Vgl. z.B. *Weyand* (Fn. 236), § 2 VOL/A Rn. 52; *Werner/Schubert*, in: Willenbruch/Wiedekind (Fn. 236), § 2 VOL/A Rn. 16; *Roth*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), *VOL/A*, 3. Aufl. 2010, § 2 EG Rn. 103: „Dies bedeutet, dass die Vorschriften ... befolgt werden müssen“; *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), *VOL/A*, 4. Aufl. 2014, § 2 EG Rn. 105: „Öffentliche Auftraggeber haben dementsprechend die Regelungen ... zu achten“.

Die Normen sind als unbedingte Anwendungsbefehle formuliert und angesichts der nicht konkretisierten Zielrichtung („bei der Vergabe“) an alle am Vergabeverfahren Beteiligten adressiert. Sie bringen den Willen des jeweiligen Normgebers (des DVAL bzw. der Bundesregierung als Autorin der VSVgV) zum Ausdruck, dass das Preisbildungsrecht im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe eingehalten wird, und reflektieren damit jedenfalls die Anerkennung dieser Vorschriften als selbständige, unabhängig vom Vergaberecht bestehende Rechtsnormen.

In der Sache verpflichten sie den öffentlichen Auftraggeber, die Regeln des Preisbildungsrechts bei der Auswahl seines Vertragspartners und des Vertragsangebots zu beachten, also ihre Einhaltung im gesamten Vergabeverfahren sicherzustellen: Der Vorrang des Marktpreises ist zu beachten, was eine marktgängige Leistung und einen verkehrsüblichen Preis voraussetzt (s. oben I.1.a). Liegt nur ein einziges Angebot vor oder verhandelt die Vergabestelle nur mit einem einzigen Bieter, so werden regelmäßig die Regeln über Selbstkostenpreise, insbesondere die LSP zur Anwendung kommen. Da dies aufgrund des Verweises „bei der Vergabe“ gilt, darf der Zuschlag nicht auf ein Angebot erfolgen, das den Regeln der PreisVO bzw. der LSP widerspricht. Die Bieter im Vergabeverfahren werden durch § 4 Abs. 3 PreisVO verpflichtet, als Vertragspartner eines öffentlichen Auftraggebers diesem die üblichen Vorteile in bezug auf Preisgestaltung und Lieferbedingungen einzuräumen. Außerdem muss der Auftragnehmer zum Zwecke der Preisprüfung kooperieren (§ 9 PreisVO). Beide Rechtspflichten bzw. ihre Einhaltung können ggf. auch schon im Auswahlprozess des Vergabeverfahrens Berücksichtigung finden.

Die Reichweite und Wirkung der PreisVO im Vergabeverfahren bestimmt sich im übrigen entscheidend danach, ob die Worte „sind zu beachten“ schlicht deklaratorisch auf ein Normengefüge verweisen, das auch ohne diesen Verweis gilt und Anwendung beansprucht, oder ob sie einen konstitutiven Anwendungsbefehl enthalten, der das im Rahmen der Auftragsvergabe zu beachtende Normprogramm um ein weiteres, preisrechtliches Element erweitert. Im ersteren Fall – deklaratorischer Hinweis – wirkten § 2 Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV nach Art einer Rechtsgrundverweisung und stellten lediglich klar, dass die PreisVO nach Maßgabe ihres eigenen Anwendungsbereichs einzuhalten ist. Im zweiten Fall – konstitutiver Anwendungsbefehl – könnten die Bestimmungen auch als Rechtsfolgenverweisung zu verstehen sein, so dass die Regelungsgehalte der PreisVO in den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Verweisungsnormen übernommen würden und so im gesamten Anwendungsbereich von VOL/A und VSVgV (d.h. etwa auch von Auftraggebern gem. § 98 Nr. 2 GWB) zu beachten wären.

Für die interpretatorische Entscheidung zwischen Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisung bieten Wortlaut, Systematik und Telos der Verweisungsnormen nur wenige Ansatzpunkte. In historisch-systematischer Betrachtung mag man die Verschiebung des Verweises aus § 15 Nr. 1 VOL/A 2006 in die Vorschrift über die Vergabegrundsätze (§ 2 und § 2 EG VOL/A) als Versuch einer inhaltlichen Aufwertung deuten, was dafür sprechen könnte, dem Verweis eine eher weiterreichende, also konstitutive Bedeutung zuzumessen. Auf der anderen Seite deutet die eher lakonische Formulierung („sind zu beachten“), die in der Veränderungsgenese der VOL/A seit 2007 und der Entstehungsgeschichte der VSVgV nicht von einer grundlegenden Debatte zum Preisrecht begleitet war, darauf hin, dass umstürzende Neuerungen, wie eine Ausdehnung des Preisbildungsrechts über den traditionellen Anwendungsbereich der PreisVO hinaus, hiermit nicht verbunden sein sollten. Dafür spricht auch, dass die Begründung der Bundesregierung, mit der sie den Verordnungsentwurf

dem Bundesrat übersandte, ausdrücklich auf den deklaratorischen Charakter von § 10 Abs. 5 VSVgV hinwies.²⁴⁰ In eben diesem Sinne entnimmt das Schrifttum, soweit das Auslegungsproblem überhaupt behandelt wird, den Normen einen fehlenden Regelungswillen zur Erweiterung des öffentlichen Preisrechts.²⁴¹ Mag somit unter dem Strich mehr für die deklaratorische Lesart von § 2 Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV sprechen, so bleibt diese Auslegung der Bestimmungen doch mit einigen Zweifeln behaftet.

4. Rückwirkungen auf die Stellung der PreisVO

Das herausgearbeitete Nebeneinander von Vergaberecht und Preisbildungsrecht im Regelungsgefüge des deutschen Rechts erlaubt verschiedene Rückschlüsse auf die Stellung der PreisVO in diesem Gefüge.

a) *Selbstand des Preisbildungsrechts*

Zunächst ergibt sich klar, dass das Preisbildungsrecht bei öffentlichen Aufträgen und das Vergaberecht i.e.S. nach Regelungszweck und -gehalt voneinander zu unterscheiden sind, auch wenn ihr Regelungsgegenstand und ihre Anwendungsbereiche sich überschneiden: Preisbildungsrecht zielt nicht wie das Vergaberecht i.e.S. auf die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand, sondern auf die Phase der Vertragserfüllung nach Abschluss eines Beschaffungsvertrages durch diese. Dies bringt die PreisVO in ihrem Wortlaut deutlich dadurch zum Ausdruck, dass sie in § 1 Abs. 1 und 3 von „Leistungen auf Grund öffentlicher Aufträge“ spricht, letztere also sprachlich als bereits bestehend voraussetzt. Auch das ausdrückliche Beachtensgebot in § 2 Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV kann – unabhängig davon, ob es nun deklaratorisch oder konstitutiv wirkt – als rechtsförmlicher Ausweis der Eigenständigkeit des Preisbildungsrechts gelesen werden.

Auch inhaltlich gehen die Regeln des Preisbildungsrechts nicht in denen des Vergaberechts i.e.S. auf, sondern können einen regulativen Selbstand für sich beanspruchen. Dies gilt trotz ihrer gemeinsamen Ausrichtung auf Markt und Wettbewerb auch für den Vorrang des Marktpreises (§ 1 Abs. 1 PreisVO), denn der PreisVO liegt, wie gesehen (oben I.1.a), ein materielles Konzept des „Marktpreises“ zugrunde, das auf das tatsächliche Vorliegen von Angebotsalternativen für den öffentlichen Auftraggeber abstellt. Zwar kann die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens im Einzelfall zur Bildung eines (besonderen) Marktes in diesem Sinne und damit zur Bildung und Ermittlung eines Marktpreises beitragen, doch bedeutet dies nicht, dass beides stets gleichzusetzen ist²⁴². Denn eine Auftragsvergabe nach einem förmlichen Vergabeverfahren kann auch stattfinden, wenn nur ein einziger Anbieter überhaupt zur Verfügung steht (vgl. z.B. § 3 Abs. 5 Buchst. 1), § 3 EG Abs. 4 Buchst. c), g) VOL/A, § 12 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c) VSVgV), und würde in einem solchen Fall unter Umständen keinen „Marktpreis“ iSd PreisVO hervorbringen (zur Anerkennung eines subjektiven Marktpreises aber oben I.1.a). Gleiches gilt

²⁴⁰ Vgl. BR-Drucks. 321/12 v. 25.5.2012, S. 46: „§ 10 Abs. 5 übernimmt den deklaratorischen Verweis des § 2 EG Abs. 4 VOL/A auf das materielle Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen“.

²⁴¹ Wie z.B. *Pauka/Chrobot* (Fn. 212), *VergabeR* 2011, 405 (406); *Völlink*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, § 2 VOL/A Rn. 14.

²⁴² Für eine Indizwirkung der Ausschreibung aber LG Bonn, *Urt. v. 18.12.2013* (1 O 465/12), *NZBau* 2014, 390 (391); *Chr. Brüning*, *Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht*, *ZfBR* 2012, 642; *Roth*, in: *Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A*, 3. Aufl. 2010, § 2 EG Rn. 111 f.

wohl auch, wenn ein öffentlicher Auftraggeber als einzig denkbarer Nachfrager einer Leistung diese ordnungsgemäß beschafft. Im Falle von Individualleistungen für einen einzigen Auftraggeber fehlte es im übrigen an einem „verkehrsüblichen“ Preis. Preise, die aufgrund eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens gebildet werden, gelten daher nur dann als „Marktpreise“ in diesem Sinne, wenn sie sich auch tatsächlich in einem funktionierenden Wettbewerb herausgebildet haben.²⁴³

Dieser inhaltliche Selbststand des Preisbildungsrechts ist auch in seinen Regelungsstrukturen erkennbar. So zeigt schon das Nebeneinander von Marktpreis und Selbstkostenpreis in bezug auf öffentliche Aufträge in § 1 Abs. 1 PreisVO, dass nicht jede ordnungsgemäße Auftragsvergabe automatisch zu einem Marktpreis führt. Der rechtsaktsübergreifende Vergleich zur früheren Baupreis-Verordnung²⁴⁴ bestätigt dies: Diese kannte in § 5 den „Wettbewerbspreis“ als den Preis, der „bei einer Ausschreibung zustande kommt“, und stellte damit dezidiert auf den in einem Vergabeverfahren formalisierten (bzw. fingierten) Markt ab. Entsprechend formulierte das BVerwG, dass die Begriffsbestimmung des „Wettbewerbspreises“ allein auf Kriterien des Verfahrens abstellte, nicht darauf, ob der im Einzelfall vereinbarte Preis materiell preisgerecht ist.²⁴⁵ Von dieser rein formalen Bezugnahme setzt sich der „Marktpreis“ nach der PreisVO ab, der über die formal ordnungsgemäße Auswahl des Vertragspartners hinaus auf die materiell wettbewerbliche Preisbildung zielt und damit eine echte zusätzliche Anforderung an die Preisbildung enthält, welche die vergaberechtlichen Anforderungen ergänzt.²⁴⁶

b) Verknüpfung bei Rechtsverstößen

Die inhaltliche und regelungstechnische Eigenständigkeit von Preisbildungsrecht und Vergaberecht i.e.S. bedeutet auch, dass Verstöße gegen die Bestimmungen des einen Rechtsregimes nicht notwendigerweise Konsequenzen im jeweils anderen zeitigen. Vielmehr bedarf es in jedem Fall einer Inkorporationsnorm oder einer allgemeinen Regelung, die beide Teilrechtsgebiete überspannt, damit sich Rechtsfehler regimeübergreifend auswirken können.

So begründen **Verstöße gegen das Preisbildungsrecht** aus sich heraus zunächst keinen Rechtsfehler im Vergabeverfahren, der die Auswahl von Bieter und Angebot in Frage stellte.²⁴⁷ Vielmehr kann die Vereinbarung eines unzulässigen Preises lediglich die Teilnichtigkeit der Preisabrede bewirken (oben I.1.g) und auf diese Weise – quasi vom vertraglichen Ergebnis her – das Beschaffungsverhältnis beeinflussen.

Auswirkungen im Vergabeverfahren selbst können sich nur über die Inkorporationsnormen § 2 Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV ergeben, welche die Beachtung des Preisrechts auch „bei der Vergabe“ vorschreiben (oben II.3). Auf diesem Wege könnten Preisrechtsverstöße im vergabe-

²⁴³ Pauka/Chrobot (Fn. 212), VergabeR 2011, 405 (408).

²⁴⁴ VO PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen v. 6.3.1972 (BGBl I S. 293), aufgehoben durch VO v. 16.6.1999 (BGBl I S. 1419).

²⁴⁵ BVerwG I C 36/92, NVwZ-RR 1995, 425 (427).

²⁴⁶ Berstermann, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), Einleitung Rn. 38; A. Berstermann/M. Petersen, Das Preisrecht – Bedeutungsloses Relikt aus dem letzten Jahrtausend oder praxisrelevante Ergänzung des Vergaberechts?, ZfBR 2007, 767 (770 a.E.).

²⁴⁷ Dies meint wohl Berstermann, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), Einleitung Rn. 40, wenn er schreibt, die Nichtbeachtung der preisrechtlichen Vorschriften könne „nicht zu wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen führen“.

rechtlichen Nachprüfungsverfahren relevant werden, wenn den Regeln der PreisVO entweder als „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB ein subjektiv-rechtlicher Charakter zukäme oder sie als „sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber“ iSv § 104 Abs. 2 in diesem Verfahren geltend gemacht werden könnten. Beides erscheint jedoch sehr zweifelhaft: Zum einen betrifft die PreisVO zwar die öffentliche Auftragsvergabe, aber weder den Ablauf des Vergabeverfahrens, noch die Vergabepflichtigkeit von Beschaffungsgeschäften oder die wettbewerbliche Auswahl von Angebot und Bieter – sie enthält daher keine Regeln „über das Vergabeverfahren“.²⁴⁸ Auch „Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber“ kann die PreisVO nicht begründen, da ihren Bestimmungen, wie gesehen (oben I.3), keine subjektiv-rechtliche Schutzrichtung zukommt²⁴⁹. Im übrigen sind die preisrechtlichen Vorschriften mangels Verfahrensbezugs nicht auf „die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet“ und können schon deshalb nicht gemäß § 104 Abs. 2 GWB geltend gemacht werden. Es bleibt daher dabei, dass sich Verstöße gegen die PreisVO im Bereich des Vergaberechts nur dadurch auswirken, dass über § 134 BGB der Beschaffungsvertrag in bezug auf die Preisabrede teilnichtig ist und durch eine zulässige Preisvereinbarung ergänzt wird.

Anders herum bedeutet die Eigenständigkeit von Preisbildungsrecht und Vergaberecht i.e.S. auch, dass **Fehler im Vergabeverfahren** nicht notwendigerweise der Bildung eines „Marktpreises“ iS der PreisVO entgegenstehen. Denn dieser stellt einen selbständigen Rechtsbegriff des Preisbildungsrechts dar, der sich aus autonomen, materiellen Tatbestandsmerkmalen speist (oben I.1.a). Zwar mag die fehlerfreie Durchführung des Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern die Bildung eines „Marktpreises“ indizieren, doch ist dies in jedem Einzelfall anhand der speziellen preisrechtlichen Kriterien zu beurteilen. Das Verfehlen eines „Marktpreises“ mag – außer bei Angebotsmonopolen oder sonst fehlendem Wettbewerb – als Folge von Vergaberechtsverstößen dann naheliegen, wenn diese derart gravierend sind, dass sie einen fairen, gleichberechtigten Wettbewerb zwischen den Bietern verhindern. Auf der anderen Seite schließen selbst gravierende Rechtsverstöße, wie z.B. die ausschreibungslose *de-facto* Vergabe trotz bestehender Vergabepflichtigkeit, die Bildung eines „Marktpreises“ nicht aus, wenn es sich um eine „marktgängige“ Leistung handelt, für die ein „verkehrsüblicher“ Preis feststellbar ist.

c) Zum Anwendungsbereich der PreisVO

Trotz der Eigenständigkeit beider Rechtsregime können sich regimeübergreifende Verknüpfungen ergeben, wenn und soweit die Tatbestandsmerkmale eines Regimes auf Begriffsbildungen im jeweils anderen aufbaut und diese dadurch in das eigene Regelungssystem integriert. Das läßt sich sehr anschaulich für den Anwendungsbereich der PreisVO zeigen, der sich im Kern durch den Rechtsbegriff der „öffentlichen Aufträge“ und die erfassten öffentlichen Auftraggeber bestimmt (§ 2 Abs. 1 PreisVO).

aa) Der **personelle** Anwendungsbereich der PreisVO ist in der Bestimmung nicht durch einen auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff, sondern durch eine Aufzählung der in Frage kommenden

²⁴⁸ Zur Auslegung dieser Formulierung z.B. *Dörr* (Fn. 225), § 97 Abs. 7 GWB, Rn. 20-23; *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger* (Hrsg.), *Kommentar zum Vergaberecht*, 3. Aufl. 2011, § 97 GWB Rn. 157-162.

²⁴⁹ Ohne Begründung für die bieterschützende Wirkung von § 2 Abs. 4 VOL/A aber *Pauka/Chrobot* (Fn. 212), *Vergaber* 2011, 405; *Lux*, in: *Müller-Wrede* (Hrsg.), *VOL/A*, 4. Aufl. 2014, § 2 EG Rn. 108.

Auftraggeber bezeichnet. Durch diese Regelungstechnik verweist die Verordnung implizit auf die Begriffs- und Regelungsstrukturen des Kommunal- und Verwaltungsorganisationsrechts und macht sich diese damit zu eigen: Was eine „Gemeinde“, ein „Gemeindeverband“ oder eine „juristische Person des öffentlichen Rechts“ ist, bestimmt sich nach Regeln außerhalb der PreisVO und wird von dieser für die Bestimmung des eigenen Anwendungsbereichs zugrunde gelegt.

bb) Ihren **sachlichen** Anwendungsbereich bestimmt die PreisVO vor allem durch den Begriff der „öffentlichen Aufträge“, der in der Verordnung weder definiert noch inhaltlich konkretisiert wird und an den sich in § 2 Abs. 2-5 PreisVO lediglich einige Modifizierungen anschließen. Eine normimmanente Konkretisierung ergibt sich ausschließlich durch die in § 2 Abs. 1 PreisVO enthaltene Verknüpfung mit den erfassten Auftraggebern. An diese Verknüpfung schließt das überwiegende Schrifttum an, um zu begründen, dass der Auftragsbegriff der PreisVO autonom, d.h. ausschließlich auf die Person des Auftraggebers bezogen und nicht einschränkend auszulegen sei; daher seien auch die sog. Inhouse-Geschäfte dieser Auftraggeber vom Anwendungsbereich umfasst²⁵⁰.

Diese herrschende Auffassung, welche die preisrechtliche Praxis bestimmt, kann bei objektiver, regelungssystematischer Betrachtung nicht überzeugen. Denn der **Begriff des „öffentlichen Auftrags“** ist in § 2 Abs. 1 PreisVO als eigenständiges Tatbestandsmerkmal vorgesehen, das eigenständig – und das heißt auch: unabhängig von der Bestimmung des personellen Anwendungsbereichs – auszulegen ist. Wenngleich die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 nur die Kurzformel „die Aufträge“ verwendet, so sind damit offensichtlich nur die öffentlichen Aufträge der nachfolgend aufgeführten Auftraggeber gemeint. Der „öffentliche Auftrag“ aber ist heute nicht mehr nur die Beschreibung einer Handlungsform der Verwaltung, sondern ein Rechtsbegriff, der sich nicht zuletzt unter Einwirkung des europäischen Rechts seit den 1990er Jahren dynamisch entwickelt hat und mit einem verfestigten Bedeutungsgehalt heute in der deutschen Rechtsordnung verankert ist. Sein Begriffskern wurde durch Rechtsprechungspraxis und wissenschaftliche Debatte vorgeformt und findet seine verbindliche Kodifizierung heute in § 99 Abs. 1 GWB. „Öffentliche Aufträge“ sind danach stets entgeltliche Verträge, die öffentliche Auftraggeber mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen am Markt schließen. Auch außerhalb des GWB, also im untergesetzlichen sowie im Landesvergaberecht, wird der Auftragsbegriff mit diesen Begriffsmerkmalen konturiert und angewendet.²⁵¹ Wenn die PreisVO diesen Rechtsbegriff verwendet, so verweist sie implizit auf die Begriffsbildung im Vergaberecht und nimmt diese – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – in den eigenen Regelungswillen auf.

Zu den Essentialia des vergaberechtlichen Auftragsbegriffs gehören also neben der Vertragsform und der Entgeltlichkeit die förmliche Rechtsbeziehung mit einer anderen Rechtsperson, der Beschaffungszweck und die Beziehung auf den Markt, also den verwaltungsexternen Bereich.²⁵²

²⁵⁰ Vgl. z.B. *M. Dierkes/R. Hamann*, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, S. 129; *Pauka/Chrobot* (Fn. 212), *VergabeR* 2011, 405 (407); *Brüning* (Fn. 242), *ZfBR* 2012, 642 (644 f.); der Sache nach auch *Müller/Waldmann*, in: *Ebisch/Gottschalk u.a.* (Fn. 3), § 1 VO PR Nr. 30/53 Rn. 16. Für die Erfassung von Inhouse-Geschäften auch z.B. *VGH Kassel* 5 N 3909/98, *NVwZ-RR* 2000, 243 (246).

²⁵¹ Zur Übertragung des Auftragsbegriffs auf das Vergaberecht außerhalb des GWB z.B. *H. Pünder*, Öffentlicher Auftrag, in: *Müller-Wrede* (Hrsg.), *Kompendium des Vergaberechts*, 2. Aufl. 2013, Kap. 6 Rn. 1; *M. Müller-Wrede*, in: *ders.* (Hrsg.), *VOL/A-Kommentar*, 3. Aufl. 2007, § 1 Rn. 13.

²⁵² Zum Begriff des öffentlichen Auftrags umfassend z.B. *Schotten/Hüttinger*, in: *Dreher/Motzke* (Fn. 225), § 99 GWB, Rn. 14-64; *Pünder* (Fn. 251), Kap. 6.

Alle diese Merkmale müssen kumulativ vorliegen, damit es sich um einen „öffentlichen Auftrag“ handeln kann. Mangels Beschaffungszweck fehlt es z.B. an einem solchen, wenn die öffentliche Verwaltung hoheitlich (z.B. bei Gewerbeerlaubnissen) oder ausschließlich als Anbieter auf dem Markt (z.B. bei reinen Grundstücksveräußerungen) tätig ist. Ebenso erfüllt ein reines Verwaltungsinternum nicht die Voraussetzungen des Auftragsbegriffs, z.B. bei der Leistungserbringung eines Eigenbetriebs für seinen eigenen Verwaltungsträger²⁵³. Zum tatbestandlichen Minimum des öffentlichen Auftragsbegriffs gehört die vertragliche Rechtsbeziehung zwischen zwei verschiedenen Rechtssubjekten, an dieser Minimalvoraussetzung kommt auch das Preisbildungsrecht nicht vorbei, wenn es in § 2 Abs. 1 PreisVO den Auftragsbegriff verwendet.²⁵⁴

Dem Verwaltungsinternum werden im Vergaberecht zwei Konstellationen gleichgestellt, in denen zwar eine Verabredung zwischen zwei Rechtspersonen vorliegt, die jedoch nicht auf eine Beschaffung am Markt abzielt, sondern allein auf die Kooperation zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern²⁵⁵: das **sog. Inhouse-Geschäft**, das die vertikale Kooperation zwischen Verwaltungsträgern und von ihnen abhängigen Rechtspersonen erfasst, sowie die gemeinsame Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gleichgeordnete Verwaltungsträger, die oft schlagwortartig als interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) oder **horizontale Kooperation** gekennzeichnet wird. In beiden Fällen, die der EuGH für das europäische Unionsrecht als vergaberechtsfrei anerkannt hat²⁵⁶, handelt es sich nicht um öffentliche Beschaffung am Markt, so dass die markt- und wettbewerbsbezogene *ratio* des Vergaberechts entfällt und dieses daher keine Anwendung findet. Da eine ausdrückliche Ausnahme im Gesetz oder in den untergesetzlichen Bestimmungen fehlt, werden beide Konstellationen der vergaberechtsfreien Kooperation durch eine teleologische Reduktion des Auftragsbegriffs²⁵⁷ aus dem Vergaberecht ausgeklammert. Diese terminologische Verarbeitung ist *de lege lata* in Deutschland zwingend notwendig, da die §§ 100-100c GWB, die den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts offensichtlich abschließend bestimmen, keine der beiden Konstellationen vorsehen, sie also nicht vom gesetzlichen Anwendungsbereich ausnehmen; ohne ihre begriffliche Ausklammerung aus dem Auftragsbegriff wäre die ständige Praxis, die von der Vergaberechtsfreiheit beider Fälle ausgeht, *a priori* gesetzeswidrig.²⁵⁸ Die beschriebene Reduktion des Auftragsbegriffs hat sich zwar im europäisch determinierten Kartellvergaberecht entwickelt und ist hier regelungssystematisch gegenwärtig (noch) unverzichtbar, sie strahlt aber

²⁵³ Schotten/Hüttinger (Fn. 252), Rn. 47; Pünder (Fn. 251), Kap. 6 Rn. 6; Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Fn. 248), § 99 GWB Rn. 9. S. auch OLG Düsseldorf Verg 67/08, NZBau 2009, 334 („Einvernehmen zumindest zweier Personen“).

²⁵⁴ Ebenso Berstermann, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), § 1 VO PR 30/53, Rn. 6–7.

²⁵⁵ Zum folgenden Schotten/Hüttinger (Fn. 252), Rn. 48-64; Raabe, Öffentliche Auf- und Vergabe: Ausschreibung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit?, VergabeR 2012, 697.

²⁵⁶ Grundlegend einerseits EuGH Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 Rn. 50 – Teckal, andererseits EuGH Rs. C-480/06, Slg. 2009, I-4747 Rn. 37-48 - Kommission/Deutschland (Stadtreinigung Hamburg).

²⁵⁷ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, § 99 Rn. 60; Schotten/Hüttinger (Fn. 252), Rn. 47; K. Bitterich, Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht, 2013, S. 279. Für die Anknüpfung am Auftragsbegriff auch z.B. Pünder (Fn. 251), Kap. 6 Rn. 6.

²⁵⁸ Diese Notwendigkeit entfielen in einem künftigen deutschen Kartellvergaberecht, wenn es in Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 und 2 der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24 eine ausdrückliche Tatbestandsausnahme in das Gesetz aufnähme; zu entsprechenden Überlegungen vgl. den Beschluss der Bundesregierung „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“ v. 7.1.2015, unter III.5.

längst darüber hinaus auf das gesamte Recht der öffentlichen Auftragsvergabe aus:²⁵⁹ Auch der Vergabebereich unterhalb der sog. Schwellenwerte ist heute von einem Auftragsbegriff geprägt, der die vertikale und horizontale Kooperation zwischen Verwaltungsträgern nicht mehr umfasst.

Nun mag man argumentieren können, dass diese Reduktion des Auftragsbegriffs, die an das Fehlen einer echten Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand anknüpft, nur im wettbewerbsorientierten Vergaberecht geboten ist, während die PreisVO anderen, nicht primär wettbewerbsbezogenen Regelungszwecken unterliegt, so dass auch ihr Auftragsbegriff nicht entsprechend reduziert werden muss. Die eigenständige *ratio* des Preisbildungsrechts, also die Sicherung von Preisstabilität und die Schaffung objektiver, rechtssicherer Kalkulationsgrundlagen (s. oben I.3), könnten als Begründung dafür dienen, für die PreisVO einen autonomen, vom Vergaberecht abgekoppelten Auftragsbegriff anzuerkennen: Auch im Rahmen von Inhouse-Geschäften und horizontalen Kooperationen können diese preisrechtsspezifischen Regelungszwecke zum Tragen kommen, so dass die ihnen dienenden Regelungen der PreisVO auch in diesen Konstellationen zur Anwendung kommen sollten.²⁶⁰ Hierfür können auch ganz praktische Erwägungen ins Feld geführt werden, weil ein wesentliches Anwendungsfeld der PreisVO, die Kontrolle der Entgelthöhe im Rahmen des Kommunalabgabenrechts (oben I.2), regelmäßig „Inhouse“-Konstellationen betrifft, vor allem Verträge zwischen Kommunen und ihren Eigengesellschaften²⁶¹. Schließt man derartige Vereinbarungen vom Anwendungsbereich der PreisVO aus, entfällt ein wesentliches Instrument zur Kontrolle rechtsstaatlicher Abgabenerhebung auf kommunaler Ebene.

Diese Argumentation hat eine gewisse Plausibilität für sich, kann allerdings im Ergebnis nicht darüber hinweg helfen, dass die Entwicklungen im sog. Kartellvergaberecht über dessen konkreten Anwendungsbereich hinaus begriffsprägende Wirkungen für die gesamte deutsche Rechtsordnung entfalten: Die im europäisch determinierten Vergaberecht entwickelte, tatbestandliche Reduzierung des Auftragsbegriffs hat sich von dort in den autonomen (also den nicht von den EU-Richtlinien erfassten) Bereich der Auftragsvergabe ausgebreitet und mittlerweile im gesamten in Deutschland geltenden Recht der öffentlichen Auftragsvergabe durchgesetzt. Das EU-Vergabeprimärrecht, also die ungeschriebenen Vergaberegeln außerhalb der Richtlinien²⁶², kennt diese tatbestandliche Reduktion²⁶³ ebenso, wie das deutsche Verdingungsrecht außerhalb der Richtliniendeterminierung und das Landesvergaberecht²⁶⁴. Daher spricht im Ergebnis mehr dafür anzunehmen, dass die tatbestandliche Reduzierung des Auftragsbegriffs nicht nur den spezifischen Anwendungsbereich von § 99 Abs. 1 GWB betrifft, sondern den Rechtsbegriff, ja das gesetzesübergreifende rechtliche Konzept des öffentlichen Auftrags als solches prägt. Ist dies richtig, dann ist ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft und eine vergaberechtsfreie horizontale Kooperation zwischen Verwaltungs-

²⁵⁹ Dreher (Fn. 257), § 99 Rn. 74.

²⁶⁰ Statt aller Brüning (Fn. 242), ZfBR 2012, 642 (644 f.). Zweifelnd aber z.B. Hoffjan/Hövelborn/Strickmann (Fn. 47), ZögU 36 (2013), 3 (8).

²⁶¹ Vgl. Berstermann, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 205), § 2 VO PR 30/53, Rn. 7.

²⁶² Oben bei Fn. 235.

²⁶³ Vgl. z.B. EuGH Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 Rn. 62 - Parking Brixen; Rs. C-410/04, Slg. 2006, I-3303 Rn. 24 - ANAV; Rs. C-220/06, Slg. 2007, I-12175 Rn. 86 - APERMC; Rs. C-573/07, Slg. 2009, I-8127 Rn. 37-40 - Sea; Rs. C-196/08, Slg. 2009, I-9913 Rn. 51 - Acoset; Rs. C-159/11, Urt. v. 19.12.2012, Rn. 24-35 - Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u.a.; verb. Rs. C-182/11, C-183/11, Urt. v. 29.11.2012, Rn. 26 - Econord.

²⁶⁴ Vgl. z.B. Müller-Wrede, in: ders., VOL/A-Kommentar, 3. Aufl. 2007, § 1 Rn. 15.

trägern in der gesamten deutschen Rechtsordnung schon begrifflich kein öffentlicher Auftrag mehr und dementsprechend auch kein „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von § 2 Abs. 1 PreisVO.

5. Zwischenergebnis

Die PreisVO und das Vergaberecht i.e.S. teilen zwar eine grundsätzliche Marktorientierung, das Ziel der Ressourcenschonung und den Bezug zur öffentlichen Auftragsvergabe. Darüber hinaus aber verfolgen beide Rechtsregime durchaus unterschiedliche Regelungszwecke und unterscheiden sich vor allem in bezug auf ihren Gegenstand voneinander: Während das Vergaberecht i.e.S. die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand für ein konkretes Beschaffungsvorhaben zum Gegenstand hat, knüpft die PreisVO an diese Auswahl an und enthält Regeln für ein *essentialium negotii* des Beschaffungsvertrages, die Preisabrede. Beide Regelungssysteme stehen grundsätzlich selbständig und inhaltlich überschneidungsfrei nebeneinander, auch das Konzept des Marktpreises in § 1 Abs. 1 und § 4 PreisVO ist ein autonomes mit eigenen materiellen Tatbestandsvoraussetzungen. Sachlich relevant wird dies – und der Selbstand der PreisVO damit deutlich sichtbar – immer dann, wenn trotz eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens tatsächlich kein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern bestand, so dass ein „Marktpreis“ nicht zustande kommen konnte.

Die Eigenständigkeit beider Regime wird allein durch gegenseitige Verweise eingeschränkt: Während das Vergaberecht die Regeln der PreisVO *in toto* durch Gesamtverweisungen in die eigene Regelungsanordnung integriert (§ 2 Abs. 4 VOL/A, § 2 EG Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV), aber dort nicht weiter sanktioniert, verweist die PreisVO für ihren Anwendungsbereich mit dem Begriff der „öffentlichen Aufträge“ implizit auf Begrifflichkeiten und terminologische Kategorien des Vergaberichts. Wie weit diese begriffliche Fremdbestimmung geht, ist nicht ganz geklärt. Es spricht jedoch viel dafür, dass sie auch die seit 1998 herausgebildeten Restriktionen des Auftragsbegriffs (Inhouse-Geschäft) einschließt und die PreisVO damit auf die tatsächliche Auftragsvergabe am Markt beschränkt.

III. Einwirkungen des EU-Beihilferechts

1. Inhalt und Funktion

Das Beihilferecht der EU beruht primärrechtlich auf den Art. 107-109 AEUV und dient dem Schutz des unionsweiten Wettbewerbs gegen Verfälschungen von Seiten der EU-Mitgliedstaaten. Es untersagt staatliche Subventionen nicht absolut, sondern unterwirft sie schlicht der Präventiv- und Repressivaufsicht durch die Kommission. Der Beihilfetatbestand, der diese Aufsicht eröffnet, verbietet sämtliche „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“ (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Ausnahmen ergeben sich aus Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sowie aus verschiedenen sekundärrechtlichen Freistellungen.

Verbotene Beihilfen werden nach Maßgabe von Art. 108 AEUV und der BeihilfeVVO²⁶⁵ durch die Kommission sanktioniert.

Wesentliches Tatbestandsmerkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV im vorliegenden Zusammenhang ist die „Begünstigung“, die grundsätzlich jede staatliche Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils erfasst, d.h. nicht nur finanzielle Zuwendungen und Naturalleistungen, sondern auch jede Maßnahme, die auf irgendeine Weise die Lasten verringert, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte²⁶⁶. Erbringt das Unternehmen selbst eine Leistung für die öffentliche Hand, so kommt es darauf an, ob die Gegenleistung, die es dafür erhält, dem relevanten Marktbedingungen entspricht oder nicht; das marktangemessene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bestimmt sich danach, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor von vergleichbarer Größe wie die staatliche Einrichtung unter den gleichen Bedingungen bereit gewesen wäre, die Unterstützung zu gewähren (sog. *market investor test*)²⁶⁷.

2. Einwirkung auf innerstaatliche Vergabeverfahren

Wie jedes wettbewerbsrelevante Verhalten der Mitgliedstaaten unterliegt auch die staatliche Auftragsvergabe den Regeln des EU-Beihilferechts und der entsprechenden Kontrolle durch die Kommission. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags kann eine beihilferelevante „Begünstigung“ darstellen, wenn sie nach anderen als rein wettbewerblichen Gesichtspunkten erfolgt oder den privaten Auftragnehmer ohne wirtschaftlich nachvollziehbaren Grund in besonderer Weise begünstigt²⁶⁸. Dazu können etwa Fälle gehören, in denen die von der öffentlichen Hand zu zahlende Vergütung oberhalb des wettbewerblichen Preises liegt.

Eine „Begünstigung“ und damit der Beihilfetatbestand ist nach mittlerweile stRspr des EuGH aber ausgeschlossen, wenn staatliche Zahlungen lediglich die Mehraufwendungen ausgleichen, die mit der Erbringung öffentlicher Leistungen (Daseinsvorsorge) durch ein Unternehmen verbunden sind²⁶⁹. In seiner bekannten Entscheidung *Altmark Trans* (2003) konkretisierte der EuGH die Kriterien dieser „Tatbestandslösung“ – vier Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der beihilferelevante Vorteil des geförderten Unternehmens entfällt²⁷⁰:

²⁶⁵ Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV, ABIEG 1999, L 83/1, zuletzt geändert in ABIEU 2013, L 204/15.

²⁶⁶ StRspr, z.B. EuGH Rs. C-126/01, Slg. 2003, I-13769, Rn. 28 – GEMO; Rs. C-172/03, Slg. 2005, I-1627 Rn. 36 – Heiser; verb. Rs. C-106/09 P, C-107/09 P, Slg. 2011, I-11113, Rn. 71 – Spanien und Kommission/Gibraltar und VK; Rs. C-73/11 P, Urt. v. 24.1.2013, Rn. 69 – Frucona Košice/Kommission.

²⁶⁷ Vgl. z.B. EuGH Rs. C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 70 – Frankreich/Kommission; EuG Rs. T-116 und T-188/01, Slg. 2003, II-2957 Rn. 113 – P&O European Ferries (Vizcaya); Rs. T-20/03, Slg. 2008, II-2305, Rn. 237 – KAHLA/Thüringen Porzellan/Kommission. Näher z.B. Lübbig, in: ders./Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 2. Aufl. 2009, Rn. 94; Arhold in: Säcker/Montag (Hrsg.), Münchener Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2011, Art. 107 AEUV Rn. 143-217.

²⁶⁸ Vgl. z.B. EuG T-14/96, Slg. 1999, II-139 Rn. 71 ff. – BAI/Kommission; Rs. T-116 und T-188/01, Slg. 2003, II-2957 Rn. 117 f. – P&O European Ferries (Vizcaya).

²⁶⁹ Grundlegend EuGH Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067 Rn. 27 – Ferring.

²⁷⁰ EuGH Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rn. 88-93 – Altmark Trans; mittlerweile stRspr, vgl. z.B. EuGH Rs. C-34 bis C-38/01, Slg. 2003, I-14243 Rn. 31 ff. – Enirisorse; Rs. C-451/03, Slg. 2006, I-2941 Rn. 60 ff. – Servizi Ausiliari; Rs. C-140/09, Slg. 2010, I-5243 Rn. 35 ff. – Fallimento Traghetti del Mediterraneo; Rs. C-399/08 P, Slg. 2010, I-7831, Rn. 41 ff. – Kommission/Deutsche Post; EuG Rs. T-274/01, Slg. 2004, II-3145 Rn. 130 f. – Valmont Nederland/Kommission; Rs. T-289/03, Slg. 2008, II-81 Rn. 160 ff. – BUPA u.a.; Rs. T-266/02, Slg. 2008, II-1233

- Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, für die bezahlt wird, müssen klar definiert sein.
- Die Parameter, anhand derer die Ausgleichszahlungen berechnet werden, müssen vor Leistungserbringung objektiv und transparent aufgestellt worden sein. Der nachträgliche Ausgleich von Verlusten oder ein Betriebskostenzuschuss genügen hierfür nicht.
- Die staatlichen Ausgleichszahlungen dürfen nicht über eine Deckung der Kosten hinausgehen, die gerade bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Leistung entstehen (Nettomehrkosten). Zu berücksichtigen sind hierbei die vom Leistungserbringer erzielten Einnahmen sowie ein „angemessener Gewinn“. Dafür muss der Kostenausgleich an den Kosten der Leistungserbringung orientiert sein, nicht etwa an ihrem Umfang²⁷¹, wie z.B. dem Fahrgastaufkommen im Linienbusverkehr oder dem Abfallvolumen bei der Entsorgung etc.
- Viertens muss der Umfang des staatlichen Kostenausgleichs nach Wettbewerbsgrundsätzen ermittelt worden sein. Dazu hat entweder die Auswahl des Leistungserbringers im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu erfolgen, oder aber die Höhe der erforderlichen Ausgleichszahlung ist „auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen ... bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen hätte“²⁷².

Aus dem vierten „Altmark“-Kriterium ergibt sich, dass ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren nicht nur die Anforderungen des (EU-)Vergaberechts erfüllt, sondern gleichzeitig den EU-rechtlichen Beihilfetatbestand ausschließt. Es gilt offensichtlich die Vermutung, dass durch die transparente und willkürfreie Einholung verschiedener Leistungsangebote mit einer gewissen Treffsicherheit der marktangemessene Preis für die fragliche Leistung ermittelt werden kann. Eine förmliche Kostenanalyse müsste, wenn sie insoweit die öffentliche Ausschreibung ersetzen soll, ein ähnliches Maß an Transparenz und Treffsicherheit wie diese gewährleisten. Dies wird, bei aller verbleibenden Unklarheit, jedenfalls voraussetzen, dass ein objektiver Kostenmaßstab und ein Qualitätsmaßstab für Leistung und Effizienz (*benchmarking*) angesetzt wird²⁷³.

3. Rückwirkungen auf die PreisVO

Schon vom Konzept her weisen das EU-Beihilferecht und die deutsche PreisVO dieselbe Stoßrichtung auf: Beide Rechtsregime sollen verhindern, dass die öffentliche Hand Privaten im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe bei dieser Gelegenheit „zuviel bezahlt“, beide sind grundsätzlich auf die Durchsetzung von Marktpreisen ausgerichtet, und beide machen zu diesem Zweck die wettbewerbliche Orientierung der staatlichen Beschaffung zum Teil ihres Normbefehls. Gleichzeitig sind die Vorgaben des EU-Beihilferechts als solche zu unpräzise, um die Konkretisierung dieser Orientierung durch die PreisVO überflüssig zu machen. Letztere hat also gerade unter Geltung des Beihilferechts eine eigenständige Daseinsberechtigung: Die Anwendung

Rn. 72 f. – Deutsche Post/Kommission; Rs. T-354/05, Slg. 2009, II-471 Rn. 124 ff. – TF1/Kommission; Rs. T-222/04, Slg. 2009, II-1877 Rn. 108 ff. – Italien/Kommission; Rs. T-231/06 und T-237/06, Slg. 2010, II-5993, Rn. 125-158 – Niederlande und NOS/Kommission.

²⁷¹ EuGH Rs. C-34 bis C-38/01, Slg. 2003, I-14243 Rn. 38 f. – Enirisorse.

²⁷² EuGH Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rn. 93 – Altmark Trans.

²⁷³ Chr. Koenig/A. Haratsch Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark-Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, ZUM 2003, 804 (810 f.); O. Dörr Infrastrukturförderung (nur) nach Ausschreibung?, NZBau 2005, 617 (621).

des preisrechtlichen Marktpreisvorrangs stellt sicher, dass im Rahmen der Auftragsvergabe grundsätzlich keine marktadäquate Gegenleistung bezahlt wird, die unter Umständen als eine staatliche Begünstigung beihilferechtlich problematisch sein könnte.

Auch wenn die PreisVO die Abkehr vom Marktpreis und den Übergang zum Selbstkostenpreis zulässt (§ 5 Abs. 1), liegt darin keine Kollision mit dem EU-Beihilferecht, denn dieses misst die Höhe der zulässigen staatlichen Gegenleistung an den Bedingungen im relevanten Markt und nimmt eine rechtfertigungsbedürftige Begünstigung nur an, wenn Leistungen oberhalb des Marktpreises gewährt werden. Ist ein solcher jedoch nicht feststellbar oder liegt im relevanten Marktsegment kein echter Wettbewerb vor, so geht auch der „market-investor-Test“ ins Leere und kann allenfalls durch einen „private purchaser test“ ersetzt werden, der nicht auf ein fingiertes Wettbewerbsbild, sondern auf einen rational handelnden privaten Einkäufer abstellt. Wenn in diesen Fällen ein kontrollierter und nach Maßgabe der LSP objektiver Selbstkostenpreis gezahlt wird, stellt dies schon deshalb keine beihilferechtlich relevante Begünstigung dar, weil die von der PreisVO anerkannten Selbstkostenpreise stets nur im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Anwendung kommen und die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens im EU-Beihilferecht üblicherweise genügt, um auszuschließen, dass der Staat versucht, einem bestimmten Unternehmen einen Vorteil zu gewähren.²⁷⁴ Diese gefestigte, ökonomische Annahme kann verfassungsrechtlich zu einem Argument aus der Einheit der Rechtsordnung zugespitzt werden: Solange die Auftragsvergabe auf mitgliedstaatlicher Ebene den Vorgaben des EU-Vergaberechts (innerhalb und außerhalb der Vergaberichtlinien) entspricht, die für eine wettbewerbliche Beschaffung sorgen sollen, kann sie grundsätzlich nicht aus Gründen des EU-Beihilferechts angreifbar sein.²⁷⁵ Ein beihilferelevanter Vorteil kann sich in diesen Fällen allerdings daraus ergeben, dass die Auftragsvergabe selbst nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird; dies jedoch betrifft nicht die Unionsrechtskonformität der PreisVO.

Im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen zeigen sich Gemeinsamkeiten von EU-Beihilferecht und PreisVO, weil beide auf die Ermittlung der legitimen Kostenansätze zielen. Unterschiedlich sind hingegen die jeweiligen Ansatzpunkte, da die LSP sich am Durchschnittskostenprinzip orientieren, während die „Altmark Trans“-Formel des EuGH nach den tatsächlichen Nettomehrkosten öffentlicher Dienstleistungen, also Grenzkosten fragt. Daher wird die objektive Referenzfunktion der LSP an dieser Stelle nicht zur Anwendung kommen können, um das Ausmaß der beihilferechtlich unschädlichen Subventionierung festzulegen. Immerhin erfüllt die PreisVO in diesem Zusammenhang eine begleitende Funktion, wenn sie im Rahmen der Auftragsvergabe einen objektiven Kostenmaßstab zur Verfügung stellt, der die Anwendung des vierten „Altmark“-Kriteriums erleichtern könnte: Auch die LSP stellen nach ihrer Nr. 4 Abs. 2 auf die Kosten einer „wirtschaftlichen Betriebsführung“ ab und können daher grundsätzlich die Bestimmung einer

²⁷⁴ Vgl. EuG Rs. T-116 und T-188/01, Slg. 2003, II-2957 Rn. 118 - P&O European Ferries (Vizcaya). Allgemein z.B. *Arhold* (Fn. 267), Rn. 200 f.; *Ehricke*, in *Münchener Kommentar* (Fn. 267), Einl. Rn. 210 f., 231-234

²⁷⁵ Denselben Schluss wenden Rechtsprechung und Literatur auch umgekehrt an: Soweit staatlichen Beihilfen unionsrechtskonform sind, können sie nicht dazu führen, dass der Beihilfeempfänger wegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots oder sonst wegen gleichheitswidriger Bevorzugung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, vgl. *J. Bode*, *Beihilfegünstige Bieter im Vergabeverfahren*, 2012, S. 158-165 mwN. Diese Ansicht liegt auch den „Beihilfeklauseln“ in Art. 57 Abs. 3 RL 2004/17/EG und Art. 55 Abs. 3 RL 2004/18/EG zugrunde.

kosteneffizienten Unternehmensführung, wie sie der EuGH zum Ausschluss einer beihilferelevanten Begünstigung verlangt, unterstützen.

Die PreisVO verstößt daher weder gegen das EU-Beihilferecht, noch werden ihre wesentlichen Funktionen durch dieses erfüllt. Die Verordnung könnte in ihrer gegenwärtigen Fassung daher unter Geltung der Art. 107-109 AEUV bestehen bleiben.

IV. Verhältnis zum GWB-Kartellrecht

Die Schutzzwecke des deutschen und europäischen Kartellrechts unterscheiden sich bereits grundsätzlich von denen des Preisbildungsrechts. Während dieses vor allem der Wahrung des öffentlichen Preisstands und mittelbar dem Schutz der öffentlichen Haushalte dient und die Wettbewerbsorientierung hierzu als Instrument einsetzt (s. oben I.3), schützt das Kartellrecht vor allem den Wettbewerb als solchen sowie die Wettbewerbsteilnehmer und verbietet zu diesem Zweck bestimmte Formen der Wettbewerbsbeschränkung. Dementsprechend ist der Regelungsansatz beider Rechtsregime sehr verschieden: Das Kartellrecht setzt am konkreten Marktverhalten der Marktteilnehmer an und untersagt diesen bestimmte Verhaltensweisen, welche z.B. die Preisbildung unzulässig beeinflussen und dadurch den Wettbewerb verfälschen. Demgegenüber gebietet die PreisVO schlicht eine marktwirtschaftliche Preisbildung bzw. stellt objektive Voraussetzungen für angemessene Beschaffungspreise auf. Während das Kartellrecht also - bildlich gesprochen - Spielregeln für das Marktverhalten formuliert, gebietet die PreisVO zum einen nur abstrakt die Benutzung des Spielfelds (Marktpreise) und regelt zum anderen das Zustandekommen des Spielergebnisses (Preis) für den Fall, dass das Spielfeld nicht benutzbar ist (Bildung von Nicht-Marktpreisen).

1. Anwendbarkeit

Trotz dieser fundamental unterschiedlichen Herangehensweise können Kartellrecht und öffentliches Preisrecht gleichermaßen auf staatliches Beschaffungsverhalten anwendbar sein. Das Kartellrecht findet auf jedes unternehmerische Handeln Anwendung und damit auch auf ein solches der öffentlichen Hand. Letztere ist immer dann unternehmerisch tätig und damit kartellrechtlich gebunden, wenn sie am Wirtschaftsverkehr als Anbieter oder Nachfrager teilnimmt.²⁷⁶ Auf die Beschaffungstätigkeit staatlicher Auftraggeber, welche dem Preisbildungsrecht unterliegt, findet daher das allgemeine Kartellrecht grundsätzlich unbeschränkt Anwendung.²⁷⁷ Ein entsprechender gesetzlicher Hinweis findet sich in § 104 Abs. 3 GWB, der die Befugnisse der Kartellbehörden zur Verfolgung von Verstößen gegen §§ 19 und 20 GWB ausdrücklich unberührt lässt. Auf das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern im Gesundheitswesen erklärt § 69 Abs. 2 SGB V sowohl die §§ 19-21 GWB als auch das Kartellvergaberecht (4. Teil des

²⁷⁶ Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, Einleitung Rn. 26

²⁷⁷ Statt aller Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, vor §§ 97 ff. Rn. 85-90; Emmerich/Rehbinder/Markert, ebd., § 130 Abs. 1 Rn. 46-50. Aus der Rspr. z.B. BGH KZR 11/01, BGHZ 152, 347 (351 f.) = NVwZ 2003, 1012 (1013); für die Vergabe kommunaler Konzessionen nach § 46 EnWG z.B. BGH KZR 65/12, Urt. v. 17.12.2013, Rn. 16-18, OLG Karlsruhe 6 U 68/13, Urt. v. 26.3.2014, Rn. 47; OLG Düsseldorf VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577 (578).

GWB) für anwendbar, geht also offensichtlich ebenfalls davon aus, dass öffentliches Beschaffungsverhalten (auch) dem allgemeinen Kartellrecht unterliegt.

Demgegenüber ist die Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts (Art. 101, 102 AEUV, VO 1/2003) auf die staatliche Auftragsvergabe nicht entsprechend gesichert. In ihrer „FENIN“-Rechtsprechung stellen die Unionsgerichte vielmehr für die Einkaufstätigkeit der öffentlichen Hand darauf ab, zu welchen Zwecken die Waren oder Dienstleistungen beschafft werden: Dienen Auftragsvergabe und Beschaffung der Wahrnehmung einer hoheitlichen oder sozialstaatlichen Aufgabe, so stellen sie danach kein unternehmerisches Handeln dar und unterfallen somit nicht dem EU-Kartellrecht.²⁷⁸ Da die öffentliche Auftragsvergabe typischerweise dazu dient, die Erfüllung originärer Staatsaufgaben sicherzustellen oder zu erleichtern, bleiben die europäischen Regeln im folgenden außer Betracht.

Für das deutsche Kartellrecht des GWB können sich, soweit es um die Preise bei öffentlichen Aufträgen geht, inhaltliche Überschneidungen mit dem Preisbildungsrecht der PreisVO ergeben, soweit auch das Kartellrecht oder seine Anwendung die Beschaffungspreise im Rahmen der Auftragsvergabe der Höhe nach beschränkt bzw. bestimmte Arten der Preisbildung oder -kalkulation im Beschaffungsverhältnis verbietet, um überhöhte Preise zu verhindern. Da der öffentliche Auftraggeber typischerweise ein Interesse daran hat (und aus Gründen des öffentlichen Haushaltsrechts haben muss), den Beschaffungspreis möglichst niedrig zu halten, wird es hierbei vor allem um Fälle gehen, in denen das GWB dem privaten Anbieter bestimmte Entgeltforderungen als missbräuchlich verbietet bzw. das Zustandekommen des Leistungsentgelts aus dessen Werte determiniert. Entnimmt man der PreisVO auch eine faktische Gewährleistung von Mindestpreisen zugunsten der Anbieter (oben I.3), so mögen auch Überschneidungen denkbar sein mit einem kartellrechtlichen Verbot, die Preise missbräuchlich zu drücken, das unter Umständen gegen den öffentlichen Auftraggeber ins Feld zu führen wäre. In jedem Fall geht es um zwingende, auf das Leistungsentgelt bezogene Regeln gegen den **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** bzw. – um im gewählten Bild zu bleiben – um Situationen, in denen die Spielergebnisse von Gesetzes wegen hoheitlich korrigiert werden.²⁷⁹

Als relevante Missbrauchsverbote kommen zum einen spezielle Entgeltvorschriften des deutschen Kartellrechts in Betracht (§§ 29, 31 Abs. 4 GWB), zum anderen ausdrücklich ausformulierte, entgeltbezogene Missbrauchstatbestände (§ 19 Abs. 2 Nr. 2, 3 GWB) sowie als Auffangtatbestände das allgemeine Behinderungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) und das allgemeine Missbrauchsverbot (§ 19 Abs. 1 GWB).

2. Spezielle Entgeltregelungen

Ausdrückliche Entgeltvorschriften enthält das GWB nur für die Energie- und Wasserwirtschaft, die in **§ 29 und § 31 Abs. 4 GWB** als spezielle Missbrauchsverbote formuliert sind. Gemäß § 29 Satz 1 Nr. 2 ist es – befristet bis Ende 2017 (§ 131 Abs. 1 GWB) – einem marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen untersagt, Entgelte zu fordern, „die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten“; § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB richtet ein entsprechendes Verbot an (markt-

²⁷⁸ Vgl. EuG Rs. T-319/99, Slg. 2003, II-357 Rn. 35-40 – FENIN/Kommission; Rs. T-155/04, Slg. 2006, II-4797 Rn. 65-68 – Selex Sistemi Integrati/Kommission; bestätigt in EuGH Rs. C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295 Rn. 26 FENIN/Kommission; Rs. C-113/07 P, Slg. 2009, I-2207 Rn. 69-103 – Selex Sistemi Integrati/Kommission.

²⁷⁹ Vgl. *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 277), § 19 Rn. 12.

beherrschende) Wasserversorgungsunternehmen. Diese Vorschriften könnten tatsächlich für den speziellen Bereich der Energie- und Wasserversorgung in den Fällen, in denen die öffentliche Hand Versorgungsleistungen beschafft, Marktpreise nicht zur Anwendung kommen und der in Betracht kommende Anbieter eine marktbeherrschende Stellung (§ 18 GWB) innehat, geeignet sein, eine ähnliche Steuerungswirkung zu erzielen wie die preisrechtlichen Regelungen über die zulässige Kostenkalkulation (LSP).

Allerdings sind schon von vornherein die kartellrechtlichen Normen sehr viel unbestimmter als die Regeln der LSP, wenn sie schlicht die „unangemessene“ Kostenüberschreitung verbieten und der Rechtsanwendung damit einen erheblichen Gestaltungsspielraum lassen. Ein Grundproblem beider Gewinnbegrenzungstatbestände ist, dass das deutsche Kartellrecht keine anerkannten Regeln zur Kostenermittlung und -zuordnung kennt²⁸⁰; entsprechend hielt bereits die Monopolkommission vor Einführung des § 29 GWB die Verbotsnorm ohne objektive Leitlinien zur Kosten- und Gewinnermittlung für praktisch kaum umsetzbar²⁸¹. Der in beiden Vorschriften enthaltene Zusatz zum Ausschluss wettbewerbsfremder Kosten²⁸² hilft hierbei wenig, denn aus ihm ergibt sich nur, dass sich die „Angemessenheit“ der Entgelte durch ihr Verhältnis zu den strukturbedingten Kosten eines Unternehmens bestimmt, die sich auch bei jedem anderen Unternehmen, also auch bei funktionierendem Wettbewerb einstellen würden.²⁸³ Am Ausgangsproblem der Vorschrift, dem Fehlen klarer Kostenmaßstäbe, ändert dies nichts.

Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit will man dadurch verringern, dass die Grundsätze der kostenorientierten Entgeltregulierung nach den Entgeltverordnungen für Strom- und Gasnetze (EnWG) entsprechend herangezogen werden.²⁸⁴ Stattdessen könnte sich mangels anderweitiger Ansatzpunkte im Gesetz wiederum der Rekurs auf die preisrechtlichen LSP anbieten, um die ansetzbaren Kosten und ihre Zuordnung zu bestimmen oder wenigstens einzugrenzen. Auch hier stehen die preisrechtlichen Regeln im Rahmen ihrer objektiven Referenzfunktion (oben I.3) für die Konkretisierung unzureichend bestimmter gesetzlicher Vorschriften zur Verfügung und könnten zum Zwecke größerer Gleichmäßigkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung nutzbar gemacht werden.

²⁸⁰ Ebenso *H. Daibler*, Wasserversorgung und Vergleichsmarktkonzept, NJW 2013, 1990 (1993).

²⁸¹ Monopolkommission, 47. Sondergutachten: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? (2007), S. 16 Tz. 25.

²⁸² § 31 Abs. 4 Nr. 3, 2. Halbs. GWB schreibt die Anerkennung der „Kosten einer rationellen Betriebsführung“ vor, ein bis zur seiner Einführung 2013 dem GWB unbekannter Rechtsbegriff; doch die Entstehungsgeschichte der Norm zeigt, dass dieser zweite Halbsatz in der Sache dem zuvor schon bestehenden § 29 Satz 2 GWB entsprechen soll, vgl. den Bundesratsbeschluss zur Einfügung der Nr. 3 in den Gesetzentwurf zu § 31 Abs. 4 GWB (BR-Drucks. 176/12 v. 11.5.2012, S. 8 f.) und dazu den – im folgenden angenommenen – Änderungsvorschlag des zuständigen Bundestagsausschusses (BT-Drucks. 17/11053 v. 17.10.2012, S. 18 f.). In beiden Fällen geht es um die Klarstellung, dass Kosten, die ein Unternehmen bei funktionierendem Wettbewerb vermeiden würde bzw. nicht über die Preise abwälzen könnte, bei der Kostenprüfung nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden können.

²⁸³ Vgl. *Dorß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 29 GWB Rn. 34.

²⁸⁴ *Markert*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 2008, § 29 GWB Rn. 48-50; *Dorß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 283), § 29 GWB Rn. 30; *Lücke*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Aufl. 2011, § 29 GWB Rn. 49; *Just*, in: Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 29 GWB Rn. 38.

3. Entgeltbezogene Missbrauchsverbote

Darüber hinaus enthält § 19 Abs. 2 GWB in seinen Nummern 2 bis 4 spezielle entgeltbezogene Verbotstatbestände, die als Regelbeispiele zum allgemeinen Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1 GWB) formuliert sind. Dabei fällt die Nr. 4 der Bestimmung von vornherein aus dem vorliegenden Zusammenhang heraus, da sie nur den Zugang zu eigenen Netzen und Infrastruktureinrichtungen und somit nicht im eigentlichen Sinne die öffentliche Auftragsvergabe betrifft. Nr. 3 verbietet grundsätzlich das Fordern ungünstigerer Entgelte oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu „gleichartigen Abnehmern auf vergleichbaren Märkten“ (sog. Preis- oder Konditionenspaltung im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts)²⁸⁵; auch hier dürfte eine Überschneidung mit den preisrechtlichen LSP ausscheiden, da diese absolut (und nicht komparativ) geltende Regeln zur Kostenkalkulation aufstellen und somit einen von vornherein anderen Regelungsansatz verfolgen.

§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB untersagt das Fordern wettbewerbsinadäquater Entgelte, also von Entgelten, die der Anbieter „bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht erzielen könnte. Zwingender Maßstab für die Mißbräuchlichkeit des Verhaltens ist in diesem Fall also ein hypothetischer Wettbewerb („Als-ob-Wettbewerb“) auf einem Vergleichsmarkt und die in diesem mutmaßlich zu erzielenden Preise. Hier ergibt sich bei genauer Betrachtung überhaupt keine Überlagerung des Preisrechts, sondern das Kartellrecht enthält schlicht eine zu diesem konträre Regelung: Während die PreisVO, wenn kein tatsächlicher Wettbewerb besteht und die Ausschreibung daher keinen „Marktpreis“ erbringen kann, Selbstkostenpreise ausdrücklich zulässt und ihr Zustandekommen durch die LSP regelt, verbietet das Kartellrecht schlicht wettbewerbsinadäquate Entgelte unter den Bedingungen der Marktbeherrschung. Theoretisch wäre es daher denkbar, dass ein nach der PreisVO zustande gekommener Selbstkostenpreis, wenn er einem marktbeherrschenden Anbieter gezahlt wird, kartellrechtswidrig ist.

Allerdings enthalten die Missbrauchstatbestände des § 19 GWB ihrer *ratio* nach ein implizites Unwerturteil, das im Einzelfall durch eine sachliche Rechtfertigung auf Seiten des Marktbeherrschers ausgeschlossen werden kann (selbst wenn dies im Wortlaut der Norm nicht, wie in § 19 Abs. 2 Nr. 3, ausdrücklich verankert ist).²⁸⁶ Bei ganzheitlicher Betrachtung sollte nun die Einhaltung der objektiven Preisbildungsregeln der LSP, solange sie in Kraft sind, eine derartige sachliche Rechtfertigung begründen, da der rechtstreue Anbieter auf das geltende Recht vertrauen darf. Beide Rechtsregime stehen in diesem Punkt also in einen latenten Regelungskonflikt miteinander, der in relevanten Fällen über den bekannten Topos von der Einheit der Rechtsordnung aufgelöst werden kann.

Würde die PreisVO ersatzlos aufgehoben, entfielen diese Rechtfertigung, und dem Missbrauchstatbestand gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB könnte im Rahmen der Auftragsvergabe ein echter Anwendungsbereich zufallen. Der Preis wäre allerdings angesichts der Weite des kartellrechtlichen Tatbestands eine deutlich erhöhte Rechtsunsicherheit bei Vergabestellen und Anbietern. Dies gälte

²⁸⁵ Eine entsprechende Regelung enthält § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB für die Entgeltkontrolle in der Energiewirtschaft.

²⁸⁶ Allgemein zur sachlichen Rechtfertigung im Rahmen von § 19 GWB z.B. *Götting*, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, (Fn. 283), § 19 GWB Rn. 78; *Wiedemann*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2008, § 23 Rn. 56; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 284), § 19 GWB Rn. 119-123; *Lorenz*, in: Mäscher (Hrsg.), Praxiskommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2010, § 19 GWB Rn. 138.

vor allem auch deshalb, weil in bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch gem. § 19 Abs. 2 GWB nach der Rechtsprechung nur das Gesamtentgelt auf eine missbräuchliche Überhöhung geprüft werden darf, nicht hingegen – wie im Rahmen der preisrechtlichen Preisprüfung – einzelne Kostenansätze oder die Kalkulation des Marktbeherrschers als solche²⁸⁷.

4. Allgemeine Missbrauchsverbote

a) Das allgemeine Verbot, ein anderes Unternehmen „unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB) war zuvor in § 20 Abs. 1 GWB enthalten und ist infolge der 8. GWB-Novelle 2013 von einem konkretisierenden Unterfall zur allgemeinen Regel des **Behinderungsmisbrauchs** mutiert. Der Tatbestand der Behinderung zielt in erster Linie auf die Beeinträchtigung von Wettbewerbern des Normadressaten und schützt deren wettbewerbliche Betätigungsmöglichkeiten²⁸⁸. Im Verhältnis zu konkurrierenden Unternehmen aber kommt eine entgeltbezogene „Behinderung“ wohl nur durch zu niedrige Preise des Marktbeherrschers in Betracht²⁸⁹. Insoweit scheidet dann eine Überlagerung der PreisVO aus, da diese nur Höchstpreise festlegt und den Fall des „unbillig“ niedrigen Preises von vornherein nicht erfasst (oben I. vor 1.).

Soweit die Bestimmung auch Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens und nicht nur seine Konkurrenten schützt, könnte sich das Verbot auch auf das Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Auftragsvergabe beziehen und diesen gegen überhöhte Preise schützen. Allerdings verlangt eine tatbestandliche „Behinderung“, dass die Wettbewerbschancen des betroffenen Unternehmens (hier also des Auftraggebers) gegenüber anderen Nachfragern oder Anbietern tatsächlich beeinträchtigt werden.²⁹⁰ Dies ist für einen staatlichen Auftraggeber, der von überhöhten Preisen eines marktbeherrschenden Anbieters betroffen ist, schwer vorstellbar, denn ein solcher Fall wird sich bei ihm regelmäßig nur fiskalisch und nicht wettbewerblich auswirken. Eine öffentlich-rechtliche juristische Person, die für Beschaffungen überhöhte Preise zahlt, wird unter Umständen ein öffentliches Defizit verursachen und im Rahmen der Haushaltskontrolle auffallen, eine Beeinträchtigung im Verhältnis zu anderen Auftraggebern als Nachfrager am Markt oder gar gegenüber anderen Anbietern ergibt sich daraus aber nicht. Im Gegenteil entspricht es dem Wesen staatlicher Tätigkeit, dass ihre Kosten, auch wenn sie überhöht sind, grundsätzlich durch Ausgabenkürzungen oder hoheitliche Einnahmeerhöhung aufgebracht werden. Damit dürfte die „unbillige Behinderung“ als Tathandlung im Verhältnis zu öffentlich-rechtlichen Hoheitsträgern ausscheiden. Vor allem an dieser Stelle wirkt sich also der unterschiedliche Telos von Kartellrecht und Preisbildungsrecht (oben vor 1.) bereits auf der Tatbestandsebene aus: Das kartellrechtliche Behinderungsverbot ist dem Wettbewerbsschutz verhaftet und daher nicht geeignet, weiterreichende öffentliche Regelungszwecke zu verfolgen.

²⁸⁷ OLG Düsseldorf (VI-Kart 4/03), MMR 2004, 326 (326-328); im Grundsatz auch BGH (KZR 36/04), NJW 2006, 684 Tz. 29; BGH (KVR 51/11), NJW 2012, 3243 Tz. 15.

²⁸⁸ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 277), § 20 GWB Rn. 115; *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, (Fn. 283), § 20 GWB Rn. 66.

²⁸⁹ Vgl. die Aufstellung bei *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 277), § 20 GWB Rn. 194-196.

²⁹⁰ Statt aller *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 277), § 20 GWB Rn. 117 f.; *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, (Fn. 283), § 20 GWB Rn. 67.

Das Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. GWB kommt für eine Überlagerung der PreisVO wiederum nicht in Betracht, da es ebenfalls nur ein komparativ wirkendes Verbot enthält, das die absolut wirkenden Gebote des Preisrechts schon vom Regelungstatbestand her nicht verdrängen oder entbehrlich machen kann.

b) Schließlich kann wohl auch das allgemeine Missbrauchsverbot in Art. 19 Abs. 1 GWB als **Generalklausel** im Beschaffungsverhältnis zur Anwendung kommen und ein Verlangen überhöhter Preise durch einen marktbeherrschenden Anbieter erfassen. Allerdings spielt die Generalklausel neben den speziell ausgeformten Missbrauchstatbeständen als eigenständiger Kontrollmaßstab in der kartellrechtlichen Praxis so gut wie keine Rolle²⁹¹, so dass anzunehmen ist, dass sich weitergehende Gesichtspunkte aus einer Anwendung der Vorschrift nicht ergeben.

5. Zwischenergebnis

Es ergibt sich, dass das deutsche Kartellrecht zwar einen völlig anderen Schutzzweck als die PreisVO verfolgt, dass es in Gestalt von Verboten des Preishöhenmissbrauchs durch marktbeherrschende Unternehmen aber in Teilbereichen durchaus eine ähnliche Schutzwirkung wie diese erreichen kann, soweit es auf unternehmerisches Verhalten im Rahmen der Auftragsvergabe anwendbar ist. Das gilt vor allem für die speziellen Entgeltregelungen für die Energie- und Wasserwirtschaft (§§ 29 und 31 Abs. 4 GWB), die allerdings mangels anerkannter Kostenmaßstäbe nur schwer anzuwenden sind und in puncto Gleichmäßigkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung hinter den Regeln der LSP zurückbleiben. Der allgemeine Behinderungsmissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) dürfte im Verhältnis zu öffentlichen Auftraggebern nicht zum Tragen kommen, während das Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB eine zur PreisVO konträre Regelung enthält, dieser aber, solange die Verordnung gilt, nicht entgegengehalten werden kann. Unter dem Strich zeigt sich, dass die Verbotstatbestände des Kartellrechts zwar partiell in dieselbe Richtung wie die Preisbildungsregeln der PreisVO zielen, diese also regelungstechnisch überlagern können, insoweit aber viel zu unkonkret sind, um die LSP überflüssig zu machen. Außerhalb der Energie- und Wasserwirtschaft hält das Kartellrecht keine griffigen Verbotsregeln bereit, welche die Schutzwirkungen der PreisVO im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe übernehmen könnten. Im übrigen kommen alle kartellrechtlichen Missbrauchsregeln nur in Fällen der Marktbeherrschung (§ 18 GWB) zur Anwendung, Auftragsvergaben jenseits dieser Konstellation erfasst das Kartellrecht überhaupt nicht.

V. Zur Vereinbarkeit der PreisVO mit höherrangigem Recht

Von der Frage inhaltlicher Überschneidungen mit anderen Teilrechtsgebieten oder Rechtsregimen, die eine Entbehrlichkeit der PreisVO begründen könnten, ist diejenige nach ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu unterscheiden. Hier geht es darum, ob die PreisVO in ihrer gegenwärtigen Fassung aus Rechtsgründen (noch) Bestandteil der deutschen Rechtsordnung sein darf oder ob ihre Aufhebung nicht vielmehr durch vorrangiges Recht geboten ist. Als Maßstab für eine solche Prüfung kommen deutsches Verfassungsrecht und europäisches Unionsrecht in Betracht.

²⁹¹ *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 19 Rn. 75; *Wiedemann* (Fn. 286), § 23 Rn. 32; *Götting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, (Fn. 283), § 19 GWB Rn. 62.

1. Verfassungsmäßigkeit

a) In formeller Hinsicht setzt die Vereinbarkeit der PreisVO mit der Verfassung voraus, dass sie über eine hinreichende formalgesetzliche Ermächtigung verfügt, sich im Rahmen dieser Ermächtigung hält und in einem ordnungsgemäßen Verfahren erlassen worden ist.

Obwohl die gesetzliche Rechtsgrundlage der PreisVO, § 2 des Preisgesetzes, aus präkonstitutioneller Zeit stammt, ist ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz mehrfach gerichtlich geprüft und bis heute stets bestätigt worden (oben I. vor 1.). Der Bundesgesetzgeber hat die Norm durch die mehrfache Verlängerung ihrer Befristung in seinen Gestaltungswillen aufgenommen.²⁹² Die Gesetzgebungskompetenz unter Geltung des Grundgesetzes findet sich, wie für das öffentliche Auftragswesen insgesamt²⁹³, in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Da es auch um Auftragsvergaben des Bundes geht und im übrigen die als Regelungszweck verfolgte Wahrung des öffentlichen Preisstands die deutsche Volkswirtschaft als Ganze betrifft, dürfte die kompetenzbegründende Erforderlichkeit gemäß Art. 72 Abs. 2 GG unproblematisch vorliegen.

§ 2 PreisG genügt als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage grundsätzlich den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG.²⁹⁴ Das BVerfG hat in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1958 dieses Diktum mit der Maßgabe versehen, dass § 2 PreisG, um seine hinreichende Bestimmtheit sicherzustellen, nur zu solchen Regelungen ermächtigt, die einen spezifischen Zusammenhang mit der ordnungssichernden Funktion des Gesetzes und seinem Gesamtzweck, der hoheitlichen Sicherung des Preisstandes, aufweisen; dazu gehöre auch die Regelung von Preisbestandteilen und solche Regelungen, die notwendig sind, um Preisberechnungsvorschriften praktikabel zu machen.²⁹⁵ Nicht von der Ermächtigung umfasst wäre hingegen der „Erlass anderer, mittelbar auf die Preise einwirkender Regelungen“²⁹⁶, wie z.B. wirtschaftslenkender Regelungen, um einen Strukturwandel in bestimmten Teilmärkten abzufedern oder kulturpolitische Ziele durchzusetzen,²⁹⁷ oder von Preisauszeichnungsregeln²⁹⁸. Da die PreisVO sich nach wie vor darauf beschränkt, verbindlich die Bildung von Beschaffungspreisen im Rahmen der staatlichen Auftragsvergabe zu regeln, ist eine hinreichende Nähe zur hoheitlichen Wahrung des öffentlichen Preisstandes weiterhin gegeben und die Verordnung daher nach wie vor von ihrer gesetzlichen Rechtsgrundlage gedeckt.

Die Zustimmung des Bundesrates zum Erlass der PreisVO war nicht erforderlich²⁹⁹, so dass Zweifel am verfassungsmäßigen Zustandekommen der Verordnung nicht bestehen.

²⁹² Vgl. BVerfGE 8, 274 (303): „Der Erlaß des Verlängerungsgesetzes kommt dem Erlaß eines neuen Gesetzes mit dem Inhalt des befristeten Gesetzes gleich“; die Verlängerungsgesetze „geben diesen Vorschriften einen selbständigen, von dem in seiner Geltungsdauer zu verlängernden Gesetz unabhängigen Geltungsgrund“.

²⁹³ BVerfGE 116, 202 (216).

²⁹⁴ Vgl. z.B. BVerfGE 8, 274 (307-324); BVerwG 1 C 36.92, NVwZ-RR 1995, 425; BVerwG 1 B 34.99, DVBl 1999, 1364 (1365).

²⁹⁵ BVerfGE 8, 274 (314-316).

²⁹⁶ BVerfGE 8, 274 (317 f.); 53, 1 (17); 65, 248 (260).

²⁹⁷ BVerfGE 53, 1 (19-23).

²⁹⁸ BVerfGE 65, 248 (260-262).

²⁹⁹ BVerwG 1 B 34.99, DVBl 1999, 1364 (1366); VGH Kassel, Beschl. v. 11.1.1999 (8 UE 3300/94), Rn. 24 (juris).

b) Materiell-rechtlich bestimmt sich die Verfassungsmäßigkeit der PreisVO insbesondere anhand der **Grundrechte**, die in Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG auch die **Vertragsfreiheit Privater** und ihre Privatautonomie, also auch die freie Vertrags- und Preisgestaltung gewährleisten.³⁰⁰ Hoheitliche Festlegungen eines bestimmten Vertragsbestandteils, wie z.B. von Entgelten oder Vergütungen, bzw. ihres Zustandekommens sind daher grundsätzlich geeignet, einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Betroffenen zu begründen.³⁰¹ Zwar könnte im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe etwas Anderes gelten, denn schließlich fällt nach der Rechtsprechung des BVerfG die Teilnahme Privater am Vergabeverfahren grundsätzlich nicht in den Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte, insbes. von Art. 12 Abs. 1 GG: Dieser eröffnet lediglich die Wettbewerbsteilnahme nach Maßgabe der für alle geltenden gesetzlichen Vorschriften, schützt aber nicht die Aussicht auf bestimmte Erwerbsmöglichkeiten.³⁰² Allerdings betrifft diese Rechtsprechung bislang ausschließlich staatliche Entscheidungen bei der Auswahl des Vertragspartners, denen sie die Grundrechtsrelevanz pauschal abspricht. Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch um hoheitliche Regelungen, die von außen auf das Beschaffungsverhältnis einwirken und eine bestimmte Ausgestaltung der Beschaffungsverträge bewirken. In dieser Wirkungsweise ähneln die Regelungen der PreisVO denen über die Tariftreue, die das BVerfG bekanntlich als „eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit“ und damit als rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff eingestuft hat.³⁰³ Daher spricht mehr dafür, auch die Vorschriften des Preisbildungsrechts als Eingriff in die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit der privaten Anbieter anzusehen.³⁰⁴

Nimmt man also einen Grundrechtseingriff durch die PreisVO an, so erfordert ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Zeichen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dass ihre Regelungen ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel verfolgen, ein geeignetes Mittel zur Zielverfolgung darstellen und, gemessen an diesem Ziel, erforderlich und angemessen sind. Dass die Wahrung des öffentlichen Preisstands und die Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze im Rahmen der Auftragsvergabe, die nach wie vor hauptsächliche Ziele der PreisVO (oben I.3), legitime Regelungszwecke darstellen, die Gesetz- und Verordnungsgeber grundsätzlich mit regulatorischen Mitteln verfolgen dürfen, wird nicht zu bestreiten sein. Ob die Regeln des Preisbildungsrechts – insgesamt oder teilweise – zur Verfolgung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind, wird ganz wesentlich davon abhängen, zu welcher volkswirtschaftlichen Bewertung man insoweit gelangt (hierzu oben bei B.). Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass Gesetz- und Verordnungsgeber insoweit jeweils über einen beträchtlichen Einschätzungs- und Prognosespielraum verfügen, der verfassungsgerichtlicher Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich ist³⁰⁵: Ein

³⁰⁰ Statt aller BVerfGE 65, 196 (210); 70, 1 (25); 116, 202 (221); 117, 163 (181); BVerfG v. 23.10.2013 (1 BvR 1842/11, 1843/11), Rn. 66 f. Zusammenfassend z.B. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 101-104.

³⁰¹ Vgl. z.B. für Preisregeln BVerfGE 8, 274 (328); 53, 1 (15); 70, 1 (259); für Vergütungsregeln BVerfGE 83, 1 (13); 88, 145 (159 f.); 101, 331 (347); BVerfG (1 BvR 2160/09, 851/10), NJW 2011, 1339, Rn. 32; für Tariftreueregeln BVerfGE 116, 202 (222 f.).

³⁰² BVerfGE 116, 135 (151-153) = NJW 2006, 3701 Rn. 58-63; BVerfG (1 BvR 3424/08) NVwZ 2009, 835 Rn. 9.

³⁰³ BVerfGE 116, 202 (222) = NJW 2007, 51 Rn. 82-84.

³⁰⁴ Ebenso *Chr. Brüning*, Die Erweiterungsfähigkeit des geltenden öffentlichen Preisrechts, VergabeR 2012, 833 (836).

³⁰⁵ Allg. *Chr. Hillgruber*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 66-71. Aus der Rechtsprechung z.B. BVerfGE 77, 84 (106 f.); 115, 276 (308 f.).

gewähltes Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe das angestrebte Ziel gefördert werden kann, die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt hierbei bereits.³⁰⁶ Ebenso sind Maßnahmen, die Gesetz- und Verordnungsgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts für erforderlich halten, verfassungsrechtlich nur dann zu beanstanden, wenn den ihnen bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, welche die Betroffenen weniger belasteten, als Alternativen in Betracht kommen und die gleiche Wirksamkeit versprechen.³⁰⁷ Auch wenn die Auswirkungen der Preisgestaltung im öffentlichen Auftragswesen im Anwendungsbereich der PreisVO auf die Preisentwicklung in Deutschland gesamtwirtschaftlich gesehen gering sein mögen, der Beitrag der Verordnung zur Erreichung ihres Regelungsziel daher unter Umständen ebenfalls als gering einzuschätzen sein mag, so ist doch nicht zu erkennen, dass damit die Grenzen des beschriebenen Einschätzungsspielraums überschritten sind, die PreisVO also schon deshalb als unverhältnismäßig und verfassungswidrig anzusehen wäre. Im Gegenteil war die deutsche Rechtsprechung noch vor wenigen Jahren der Auffassung, dass der Markt der öffentlichen Auftragsvergabe in Deutschland nach wie vor Besonderheiten aufweise, die eine hoheitliche Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze rechtfertigten.³⁰⁸

Für die Prüfung der Angemessenheit der Regelungen ist – ähnlich wie für die Tariftreue – zwar in Rechnung zu stellen, dass die Freiheit, das Leistungsentgelt mit dem Vertragspartner frei aushandeln und vereinbaren zu können, ein wesentlicher Bestandteil der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Anbieter ist, weil diese Vereinbarungen im besonderen Maße den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen bestimmt. Andererseits aber ist das Gewicht des Grundrechtseingriffs dadurch gemindert, dass die Verpflichtung zur Einhaltung der PreisVO nicht unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung folgt, sondern erst infolge der eigenen unternehmerischen Entscheidung, Angebote für die Vergabe öffentlicher Aufträge abzugeben.³⁰⁹ Erst die freiwillige Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen löst für die privaten Anbieter den Grundrechtseingriff aus, der zudem auf den einzelnen Auftrag beschränkt bleibt und die unternehmerische Tätigkeit außerhalb der Auftragsvergabe nicht betrifft. Zudem gewährleistet die PreisVO jedem Anbieter jedenfalls den Ausgleich der ihm entstandenen Kosten, so dass die Eingriffstiefe von vornherein gering ist. Viel spricht daher dafür, dass, selbst wenn man einen Grundrechtseingriff durch Preisbildungsrecht annimmt, dieser jedenfalls nicht unangemessen ist.

Ein Verstoß gegen den allgemeinen **Gleichheitssatz** (Art. 3 Abs. 1 GG) ist von vornherein nicht ersichtlich, da nicht erkennbar ist, dass durch die PreisVO selbst oder ihre Anwendung bestimmte Normadressaten anders als andere behandelt würden. Die Tatsache, dass ausländische Anbieter unter Umständen keinen vergleichbaren Regelungen unterliegen und daher gegenüber inländischen

³⁰⁶ Vgl. z.B. BVerfGE 96, 10 (23); 103, 293 (307); 116, 202 (224); 121, 317 (354); 125, 260 (317 f.); BVerfG v. 23.10.2013 (1 BvR 1842/11, 1843/11), Rn. 79.

³⁰⁷ Vgl. z.B. BVerfGE 102, 197 (218); 115, 276 (309); 116, 202 (225); BVerfG NVwZ 2011, 355 Rn. 21.

³⁰⁸ BVerwG 1 B 34.99, DVBl 1999, 1364 (1365); VGH Kassel, Beschl. v. 11.1.1999 (Az. 8 UE 3300/94), Rn. 27 (juris); OVG Lüneburg 7 L 1276/00 v. 20.12.2000, abgedr. in *Michaelis/Rhösa* (Fn. 66), Entscheidungen II 1996-2000/15, S. 56.

³⁰⁹ In diesem Sinne für die Tariftreueklauseln BVerfGE 116, 202 (226).

Anbietern bevorzugt würden³¹⁰, begründet keine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung, da die Gleichbehandlungsgebote des Grundgesetzes stets nur Gleich- und Ungleichbehandlung im Jurisdiktionsbereich ein und desselben deutschen Hoheitsträgers erfassen, nicht aber das Nebeneinander der Regelungen durch verschiedene Hoheitsträger.³¹¹

Unter dem Strich ist ein Verstoß gegen Grundrechte daher nicht festzustellen.

c) Die verfassungsrechtliche **Garantie der kommunalen Selbstverwaltung** in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist durch die Regelungen der PreisVO nicht verletzt. Es fällt bereits schwer einen inhaltlichen Bezug des Preisbildungsrechts zu den Inhalten der Verfassungsgarantie zu erkennen, da weder der Aufgabenbestand der Kommunen noch ihre Organisationshoheit betroffen sind. Auch das „Wie“ der Aufgabenerledigung, das üblicherweise in verschiedene sog. Gemeindehoheiten differenziert wird, für welche den Gemeinden von Verfassungs wegen Eigenverantwortlichkeit gewährleistet sei³¹², ist allenfalls am Rande betroffen, da den Kommunen nur allgemeine, materiell-rechtliche Vorgaben gemacht werden, die für alle öffentlichen Auftraggeber gleichermaßen gelten.

Immerhin mag man Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unter dem Gesichtspunkt für berührt halten, dass die Verfassungsgarantie den Gemeinden auch die eigenverantwortliche Führung der Geschäfte und damit eine grundsätzliche Freiheit von staatlicher Reglementierung hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenerledigung garantiert.³¹³ Versteht man diese Gewährleistung entsprechend weit, dann könnte auch die Rechtspflicht, Auftragsvergaben nach Maßgabe der PreisVO zu gestalten und abzuwickeln, (wie dann wohl jede materiell-rechtliche Vorgabe für ein Handeln der öffentlichen Hand) als Eingriff in die Eigenverantwortlichkeit der kommunalen Geschäftsführung gesehen werden.³¹⁴

Allerdings ist diese Garantie in der Verfassungsnorm selbst unter einen Gesetzesvorbehalt gestellt („im Rahmen der Gesetze“), der sich auch auf Rechtsverordnungen erstreckt.³¹⁵ In diesem Zusammenhang sind Gesetz- und Ordnungsgeber berechtigt, die Befugnis zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch inhaltliche Vorgaben einzuschränken, die sie zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen für geboten erachten. Der ihnen dabei zustehende Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum³¹⁶ ist umso weiter, je weniger die Vorgaben sich auf Fragen des Aufgabenbestands oder der Organisationshoheit beziehen. Hier findet verfassungsrechtlich nur noch eine Vertretbarkeitskontrolle³¹⁷ statt, die darauf abstellt, ob den Gemeinden ein

³¹⁰ Mit dieser Begründung für einen Gleichheitsverstoß *H.-W. Moritz*, Nichtigkeit der Verordnung PR Nr. 30/53 über Preise bei öffentlichen Aufträgen?, BB 1994, 1871 (1877).

³¹¹ Vgl. nur *L. Osterloh*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 81 mwN; *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 9.

³¹² Statt aller *M. Burgi*, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 31-33; *M.-E. Geis*, Kommunalrecht, 2011, § 6 Rn. 12-24; *M. Nierhaus*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 28 Rn. 53.

³¹³ So z.B. BVerfGE 83, 363 (382); 107, 1 (14); 119, 331 (362).

³¹⁴ So wohl *Brüning* (Fn. 304), VergabeR 2012, 833 (838), der hierfür vor allem auf den „zusätzlichen Verfahrensaufwand“ abstellt, der mit der Unterstellung unter die PreisVO einhergehe.

³¹⁵ BVerfGE 107, 1 (15).

³¹⁶ BVerfGE 83, 363 (382 f.); 107, 1 (14); 119, 331 (363).

³¹⁷ *Burgi* (Fn. 312), § 6 Rn. 45.

„hinreichender Spielraum“ bei der Aufgabenwahrnehmung verbleibt.³¹⁸ Als Kernbereich der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie ist grundsätzlich nur die Möglichkeit der Gemeinden zur wirtschaftlichen Betätigung als solche geschützt, nicht aber einzelne Ausprägungen wirtschaftlicher Tätigkeit.³¹⁹ Die PreisVO beschränkt den Handlungsspielraum der Kommunen im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe ausschließlich materiell-rechtlich und engt ihn nur geringfügig ein, da vor allem der Vorrang der Marktpreise dem kommunalen Auftraggeber die ganze Palette der wettbewerblichen Beschaffung eröffnet. Ein Verfassungsverstoß ist insoweit nicht ersichtlich.

2. Vereinbarkeit mit dem europäischen Unionsrecht

Um die Vereinbarkeit der PreisVO mit dem europäischen Unionsrecht zu beurteilen, ist sowohl das EU-Vergaberecht, unterschieden in die Vergaberichtlinien und das Vergabeprimärrecht, also auch das nicht-vergabespezifische Binnenmarktrecht in Betracht zu ziehen. Das Verhältnis zum EU-Beihilferecht ist bereits oben unter III. behandelt. Spezielle Vorschriften zur Preisbildung, die als Maßstab dienen könnten, sind nicht ersichtlich.

a) Ein Konflikt mit der **EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)**³²⁰, welche den Kern der unionsrechtlichen Harmonisierung des Vergaberechts bildet, scheidet jedenfalls unmittelbar aus, da die Richtlinie lediglich das Verfahren zur Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand regelt, jedoch keine bindenden Vorgaben für die Bestimmung des mit diesem zu vereinbarenden Entgelts enthält. Ihrem Regelungsansatz entsprechend kommt der Preis nur an zwei Stellen der Richtlinie vor, die beide ausschließlich auf den Prozess der Angebotsauswahl bezogen sind, nämlich als legitimes Zuschlagskriterium (Art. 53 Abs. 1 VKR) und – verklausuliert – beim Umgang mit ungewöhnlichen niedrigen Angeboten (Art. 55 VKR). Beide Vorschriften betreffen nicht Bildung und Zusammensetzung des Preises und lassen den Regelungsbereich der PreisVO daher unberührt.

Mittelbar könnte ein Konflikt mit der Richtlinie entstehen, wenn die PreisVO oder ihre Anwendung dazu führte, dass ausländische Anbieter bei Vergaben, die der Verordnung unterfallen, diskriminiert werden. Denn vergabebezogene Diskriminierungen sind in Art. 2 VKR pauschal verboten. Allerdings wird man einschränkend hinzufügen müssen, dass die Richtlinie nach ihrem Regelungszweck und ihrer Systematik von vornherein nur die Auswahl des Vertragspartners im Rahmen der Vergabe regelt und daher auch die in Art. 2 angesprochenen Diskriminierungen solche mit Bezug auf Auswahlverfahren oder -entscheidung sein müssen. Eine indirekte Rückwirkung von Höchstpreisgebot, Marktpreisvorrang oder den LSP auf die Angebotsauswahl, die EU-ausländische Anbieter benachteiligen würde, ist jedoch nicht erkennbar. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) einzelner Richtlinienbestimmungen durch die Anwendung der PreisVO in nennenswertem Maße geschmälert würde.

³¹⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 83, 363 (387); 91, 228 (241).

³¹⁹ BGH KZR 65/12, Urt. v. 17.12.2013, Rn. 41; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 116.

³²⁰ Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge v. 31.3.2004, ABIEU 2004 L 134/114.

Zum 18.4.2016 wird die VKR durch die **neue EU-Vergaberichtlinie**³²¹ abgelöst, die jedoch an den für den vorliegenden Zusammenhang relevanten Regelungsstrukturen nichts ändert. Auch in Zukunft wird das harmonisierte Vergaberecht keine Vorschriften zur Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen enthalten. Im Gegenteil enthält Art. 67 Abs. 1 der Richtlinie, der die wirtschaftliche Günstigkeit als Zuschlagskriterium festlegt, nunmehr einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten „der für den Preis bestimmter Lieferungen oder die Vergütung bestimmter Dienstleistungen geltenden nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften“, die unberührt bleiben sollen. Hier wird also jetzt sogar im Text deutlich gemacht, dass das mitgliedstaatliche Preisrecht von der EU-rechtlichen Harmonisierung nicht erfasst sein soll. Dementsprechend betreffen die nun in Art. 70-73 eingefügten Vorschriften über die Auftragsausführung keine Festlegungen zur Preisbildung.

Die **EU-Verteidigungsvergaberichtlinie (VVR)** von 2009³²² ist an die Regelungsstruktur der VKR angelehnt und begründet im Vergleich zu ihr lediglich größere Spielräume der Mitgliedstaaten in bezug auf den Anwendungsbereich der Vergaberegeln sowie zum Schutz der Vertraulichkeit bei sensiblen Vergabegegenständen. In bezug auf die Rolle des Preises ergeben sich, soweit ersichtlich, keine Abweichungen gegenüber der VKR.

Die neue **EU-Konzessionsrichtlinie**³²³ betrifft ebenfalls vor allem die Auswahl des Vertragspartners (Konzessionärs) und enthält keine Regelungen zur Bestimmung oder Bildung des Preises. Im Gegenteil ist der Preis als ausdrückliches Zuschlagskriterium im Text der Richtlinie sogar entfallen, statt dessen spricht Art. 41 jetzt nur noch von der Vergabe „auf der Grundlage objektiver Kriterien“ und einer Angebotsbewertung „unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen“. Die Vorschriften für die „Durchführung von Konzessionen“ (Art. 42-45) enthalten keine Regelungen zur Preisbildung.

b) Auch das **EU-Vergabeprimärrecht**, das sich aus der richterrechtlichen Anwendung der EU-Grundfreiheiten und spezifischer Ableitungen aus diesen auf den Auswahlprozess in der staatlichen Beschaffung speist (oben II.1 a.E.), kann aufgrund dieses begrenzten Anwendungsbereichs nicht wirklich als Maßstab für die PreisVO dienen: Die Ableitungen in der EuGH-Rechtsprechung, die vor allem auf den Maximen Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung gründen, betreffen bislang ausschließlich das Verfahren und die Kriterien zur Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand, also den Anwendungsbereich des klassischen Vergaberechts. Hierzu aber verhält sich die PreisVO gerade nicht, so dass ihre Vorschriften nicht gegen EU-Vergabeprimärrecht verstoßen können.

c) Den eigentlichen primärrechtlichen Maßstab bilden daher die **EU-Grundfreiheiten** des Binnenmarktrechts, die zwar auch dem Vergabeprimärrecht zugrunde liegen, über dessen engen Anwendungsbereich hinaus aber das gesamte Verhalten der EU-Mitgliedstaaten mit (potentiell) grenzüberschreitender Wirkung erfassen und unionsrechtlich determinieren. Für die Regelungen der PreisVO kommen inhaltlich vor allem die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) und die Dienst-

³²¹ Richtlinie 2014/24/EU v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABIEU 2014 L 94/65.

³²² Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ... v. 13.7.2009, ABIEU 2009 L 216/76.

³²³ Richtlinie 2014/23/EU v. 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABIEU 2014 L 94/1.

leistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) als unionsrechtliche Kontrollmaßstäbe in Betracht. Beide sind anwendbar, wenn ein (potentiell) grenzüberschreitender Sachverhalt zur Debatte steht. Im vorliegenden Zusammenhang ist daher zu unterstellen, dass die deutsche PreisVO auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch deutsche öffentliche Stellen an EU-ausländische Anbieter Anwendung findet.

Unter dieser Voraussetzung kann sich ein Eingriff in den **freien Warenverkehr** nach Art. 34 AEUV ergeben durch staatliche Regelungen, die mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell geeignet sind, die Einfuhr in einen anderen Mitgliedstaat zu behindern (sog. Dassonville-Formel). Dies nimmt der EuGH z.B. bei einer staatlichen Festsetzung von Mindestpreisen an, wenn sie Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten daran hindern kann, aus ihren niedrigen Einstandskosten einen Wettbewerbsvorteil auf dem fremden Markt zu ziehen.³²⁴ Bei einer Festlegung von Höchstpreisen kommt eine Beschränkung in Betracht, wenn die staatliche Regelung Preisbestandteile für inländische und eingeführte Erzeugnisse zum Nachteil der letzteren unterschiedlich festlegt, eine etwaige Preiserhöhung für die eingeführten Erzeugnisse entsprechend den mit der Einfuhr verbundenen zusätzlichen Kosten und Belastungen unmöglich macht oder die Preise in einer solchen Höhe festlegt, dass sich hieraus ein Einfuhrhindernis ergibt.³²⁵ Dies ist bei unterschiedslosen Preisfestlegungen der Fall, wenn die Preise so niedrig sind, dass der Absatz der eingeführten Erzeugnisse entweder unmöglich oder gegenüber dem inländischer Erzeugnisse erschwert wird.³²⁶ Die Festlegung von Höchstpreisen wirkt danach also einfuhrhemmend, wenn sie entweder durch ihre Parameter oder Kriterien EU-ausländische Produkte benachteiligt oder aber für alle Produkte gleichermaßen einem gewinnbringenden Absatz entgegensteht.

Da die PreisVO lediglich das Höchstpreisprinzip, aber nicht wirklich Höchstpreise festlegt, können diese Rechtsprechungskriterien schwerlich sinnvoll auf sie angewendet werden. Es ist nicht ersichtlich, dass durch den Marktpreisvorrang oder die Kalkulationsregeln der LSP EU-ausländische Bieter benachteiligt würden oder überhaupt ein gewinnbringender Absatz in Frage gestellt sein könnte. Im Gegenteil kommt die PreisVO ja erst zur Anwendung, wenn der Anbieter den Zuschlag erhalten hat und somit das Beschaffungsgeschäft mit dem deutschen Auftraggeber schließen kann. Auch kommen die LSP ausschließlich im Fall einer nicht-wettbewerblichen Beschaffung zur Anwendung, so dass sie schon aus diesem Grund den auskömmlichen Absatz durch den erfolgreichen Bieter schwerlich behindern werden.

Selbst wenn man aber zu einer mittelbaren Behinderung käme, etwa weil es einem monopolistischen Anbieter durch die LSP erschwert wird, seine Preisvorstellungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber durchzusetzen, scheidet eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung des Warenverkehrs nach der sog. Keck-Formel aus. Diese führt bekanntlich zu einer Reduzierung des Eingriffstatbestandes von Art. 34 AEUV, wenn die nationalen Bestimmungen bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten,

³²⁴ EuGH Rs. 231/83, Slg. 1985, 305, Rn. 23-29 – Cullet/Leclerc; Rs. C-287/89, Slg. 1991, I-2233, Rn. 16-28 – Kommission/Belgien.

³²⁵ EuGH Rs. 56/87, Slg. 1988, 2919, Rn. 6 – Kommission/Italien; Rs. C-249/88, Slg. 1991, I-1275 Rn. 7 – Kommission/Belgien.

³²⁶ EuGH Rs. 181/82, Slg. 1983, 3849, Rn. 17 – Roussel Laboratoria; Rs. C-249/88, Slg. 1991, I-1275 Rn. 15 – Kommission/Belgien.

die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz inländischer und eingeführter Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.³²⁷ Da die Regeln der PreisVO sich nicht auf das einzelne Produkt und seine Eigenschaften, sondern ausschließlich auf den Preis seiner Vermarktung beziehen, handelt es sich um die Regelung von „Verkaufsmodalitäten“ im Sinne dieser Formel. Die Regeln sind unterschiedslos anwendbar und betreffen sämtliche zur Beschaffung anstehenden Waren gleichmäßig, so dass die Voraussetzungen für eine tatbestandliche Reduzierung des freien Warenverkehrs vorliegen. Art. 34 AEUV findet somit im vorliegenden Zusammenhang keine Anwendung.

Ganz ähnliche Maßstäbe gelten für die Beschaffung von Leistungen aufgrund der **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 56 AEUV), die nach der Rechtsprechung des EuGH berührt ist, wenn staatliche Maßnahmen die grenzüberschreitende Leistungserbringung unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.³²⁸ Will man nicht schon jegliche, die Wirtschaftstätigkeit im anderen Mitgliedstaat betreffende Regelung als Beschränkung in diesem Sinne ansehen, so kommt auch für die Erbringung von Dienstleistungen eine solche nur unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass Leistungsanbieter ohne echte Wettbewerber durch die PreisVO auf die Selbstkostenpreise nach den LSP verwiesen werden.

Ob dies tatsächlich schon eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, ist aus zwei Gründen nicht ganz zweifelsfrei zu beantworten: Zwar hat der EuGH die Tatbestandsreduktion nach Maßgabe der Keck-Formel bislang nicht auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen, doch wird eine entsprechende Anwendung von Teilen des Schrifttums vertreten.³²⁹ Zudem könnte man im Anschluss an die jüngere Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit annehmen, dass mitgliedstaatliche Höchstpreisregeln die Marktfreiheiten der Unternehmen im Binnenmarkt erst dann beschränken, wenn ihnen dadurch der Zugang zum fremden Markt „unter den Bedingungen eines normalen und wirksamen Wettbewerbs“ erschwert würde.³³⁰ Eine solche Wirkung aber wird den Preisbildungsregeln der PreisVO, die im Gegenteil ja gerade auf die Durchsetzung des Marktprinzips zielen und insoweit nicht nach der Herkunft des Angebots unterscheiden, schwerlich beizulegen sein.

Nimmt man dennoch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an, so kommt es für die Vereinbarkeit der PreisVO mit EU-Recht auf ihre Rechtfertigung an, die der EuGH aufgrund geschriebener wie ungeschriebener Schranken in weitem Umfang zulässt: Neben den ausdrücklichen Gründen des Art. 62 iVm Art. 52 AEUV, die hier wohl nicht einschlägig sind, kann eine Beschränkung durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt sein, wenn die betreffenden mitgliedstaatlichen Regelungen gleichmäßig, kohärent und verhältnismäßig

³²⁷ Grundlegend EuGH verb. Rs. C-267/91, C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 f. – Keck und Mithouard; seitdem stRspr.

³²⁸ Vgl. aus jüngerer Zeit z.B. EuGH Rs. C-212/11, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 58 – Jyske Bank Gibraltar; Rs. C-265/12, Urt. v. 18.7.2013, Rn. 35 – Citroën Belux; Rs. C-475/11, Urt. v. 12.9.2013, Rn. 44 – Konstantinides.

³²⁹ Zur Diskussion mwN z.B. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 56/57 AEUV Rn. 103-111; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV Rn. 88.

³³⁰ Vgl. EuGH Rs. C-565/08, Slg. 2011, I-2101, Rn. 51-54 – Kommission/Italien.

angewendet werden.³³¹ Hier würde dann das oben unter 1b) Gesagte entsprechend gelten – mit der Unsicherheit freilich, ob der EuGH die Wahrung des Preisstandes in Deutschland heute noch als einen hinreichenden Gemeinwohlgrund in diesem Sinne anerkennen würde.

VI. Das Preisrecht anderer EU-Mitgliedstaaten im Überblick

Da sie alle dem harmonisierten EU-Vergaberecht unterliegen, kennen alle EU-Mitgliedstaaten rechtliche Vorschriften über die Preise öffentlicher Aufträge. Soweit es sich um außenwirksame, also nicht nur für den Binnenbereich der staatlichen Verwaltung geltende Regeln handelt, erschöpfen sie sich allerdings überwiegend in einer Umsetzung der Preisregeln der EU-Vergaberichtlinien, also in Bestimmungen zu „ungewöhnlich niedrigen Preisen“ oder zum Preis als Zuschlagskriterium (oben II.2). Darüber hinausgehende, normative Anforderungen an die Zulässigkeit von Beschaffungspreisen, mithin ein echtes regulatives Pendant zur deutschen PreisVO, enthält die Mehrzahl der Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten, soweit ersichtlich, nicht. Die vorhandenen Vorschriften besitzen vornehmlich den Charakter interner Verwaltungsvorschriften und beziehen sich zudem häufig nur auf einen bestimmten Sachbereich, wie z.B. die Beschaffung von Rüstungs- und Verteidigungsgütern.

1. Österreich

In Österreich gilt ein Preisgesetz von 1992³³², das allgemein den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (für Arzneimittel den Bundesminister für Gesundheit) ermächtigt, „volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise“ für Sachgüter und Leistungen festzulegen (§§ 2 und 5). Dies kann auch durch Verordnungen geschehen (§ 14). Spezielle Bestimmungen über die Auftragsvergabe enthält das Gesetz nicht, Verordnungen in diesem Sinne sind, soweit ersichtlich, bislang nicht ergangen.

Das österreichische Vergaberecht enthält Regeln zur Angemessenheit der im Vergabeverfahren angebotenen Preise. Da die Vergabe nur „zu angemessenen Preisen“ erfolgen darf (§ 19 Abs. 1 BVergG), ist die Angemessenheit der Preise durch die Vergabestelle nach Maßgabe von § 125 BVergG zu prüfen. Hierbei richtet sich das Hauptaugenmerk der Bestimmung offensichtlich auf das Aufspüren „ungewöhnlich niedriger Preise“, aber auch „zu hohe Einheitspreise“ können in diesem Zusammenhang untersucht werden (§ 125 Abs. 3 Nr. 2). Prüfungsmaßstäbe sollen „vergleichbare Erfahrungswerte“ sowie die „jeweils relevanten Marktverhältnisse“ sein (§ 125 Abs. 2), bei der vertieften Angebotsprüfung ist zu untersuchen, ob die Preise „betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind“ (§ 125 Abs. 4). Spezifische Regelungen über Selbstkostenpreise finden sich im österreichischen Recht nicht.

³³¹ Statt aller *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 329), Art. 56/57 AEUV Rn. 172 f.; *E. Pache*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 11 Rn. 70-75.

³³² Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über Preise für Sachgüter und Leistungen getroffen werden, öBGBI I Nr. 145/1992, zuletzt geänd. in öBGBI I Nr. 50/2012, abrufbar unter www.ris.bka.gv.at.

2. Niederlande

Auch in den Niederlanden gilt ein spezielles Preisgesetz³³³, das zum Zweck der Inflationsbekämpfung die Regierung ermächtigt, in die freie Preisgestaltung einzugreifen und Preise festzuschreiben, die keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind.³³⁴ In der Vergangenheit erließ die niederländische Regierung auf dieser Grundlage regelmäßig Vorschriften über die Preisangaben sowie allgemeine Preisverordnungen für Güter und Dienstleistungen (*Prizenbeschikking goederen en diensten*). Spezifische Vorschriften über Preise oder Preisprüfung im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe sind in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich. Das neue Vergabegesetz der Niederlande (*Aanbestedingswet 2012*) enthält keine spezielle Regelung über die Zulässigkeit von Preisen.

3. Vereinigtes Königreich

Das Vereinigte Königreich verfügt, soweit erkennbar, nicht über ein allgemeines Preisgesetz oder eine außenwirksame allgemeine Regelung über die Preisbildung im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe. Seit 1968 richtete sich die Preisgestaltung der nicht-wettbewerblichen Auftragsvergabe im Bereich Rüstung und Verteidigung nach der sog. *Government Profit Formula* (GPF), die schlicht auf einer Rahmenvereinbarung zwischen dem Verteidigungsministerium und dem britischen Industrieverband (und ihren unregelmäßigen Veränderungen) beruhte.³³⁵ Die anrechenbaren Kosten bestimmten sich hierbei regelmäßig nach den sog. *Government Accounting Conditions*. Nachdem erhebliche Missstände in bezug auf die Kostenkontrolle im Bereich der Rüstungsbeschaffung aufgefallen und offiziell erhoben waren, hat der britische Gesetzgeber im Mai 2014 durch den *Defence Reform Act 2014* die Preisbildung in der nicht-wettbewerblichen Rüstungsbeschaffung mit einem gesetzlichen Rahmen versehen³³⁶. In Part 2 des Gesetzes werden Regelungen für die sog. *single source contracts* im Rüstungsbereich formuliert, also für Beschaffungsverträge, die keiner wettbewerblichen Vergabe unterlagen (was in Großbritannien auf ca. 40% aller Verträge in der Rüstungsbeschaffung zutrifft³³⁷). Der Minister wird ermächtigt, die Einzelheiten der Preisbildung in einer Verordnung (*single source contract regulations*) zu regeln, die Preisaufsicht wird einer neu einzurichtenden Regierungsstelle (*Single Source Regulations Office*) übertragen. Es ist nicht ersichtlich, dass im Vereinigten Königreich ähnliche Vorschriften für andere Bereiche der öffentlichen Auftragsvergabe bestünden.

4. Frankreich

Frankreich hat eine lange Tradition der staatlichen Preisregulierung und -kontrolle, die allerdings als allgemeines System 1986 abgeschafft wurde. Nur für einige wenige Güter (z.B. Arzneimittel, Bücher, Strom und Gas, bestimmte Dienstleistungen) gelten noch spezielle Bewirtschaftungsregelungen. Eine umfassende, außenwirksame Regelung über die Preisbildung in der öffentlichen

³³³ *Prijzenwet* v. 24.3.1961, StBl. 1965, Nr. 645, abrufbar unter wetten.overheid.nl.

³³⁴ So die Umschreibung in EuGH Rs. 181/82, Slg. 1983, 3849 (3851) – Roussel Laboratoria.

³³⁵ Zu diesem System und seinen Defiziten z.B. *Currie* (Fn. 186).

³³⁶ Das Gesetz ist abrufbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/20/contents/enacted/data.htm>.

³³⁷ *J. Aguado-Romero/A.M. López-Hernández/S. Vera-Rios*, Auditing defence procurement contracts in the European context: an inter-country analysis, *Int'l Review of Administrative Sciences* 79 (2013), 659 (663).

Auftragsvergabe ist nicht zu finden. Das französische Vergabegesetz (*Code de marchés publics*) enthält einige Regeln über Preise (wie z.B. zu Fixpreisen und vorläufigen Preisen in Art. 17-19) sowie in Art. 125 eine allgemeine Ermächtigung zur Preis- und Kostenkontrolle in Fällen, in denen der Auftragsvergabe kein effektiver Wettbewerb zugrunde lag. Die Bestimmung, der wohl vor allem haushaltsrechtliche Erwägungen zugrunde liegen, wird für einzelne Ministerialbereiche durch interne Verwaltungsregelungen konkretisiert.³³⁸ Die verbindliche Gesetzesregelung wird ergänzt durch einen informellen Leitfaden des Wirtschafts- und Finanzministeriums über den Preis in der öffentlichen Auftragsvergabe (*Le prix dans les marchés publics. Guide et Recommandations*, März 2013³³⁹), der sich aber augenscheinlich nur auf die preisrelevanten Regeln des Vergabegesetzes bezieht, also die verschiedenen Preistypen, die Bestimmung des angemessenen Preises bei der Angebotsauswahl, die Veränderbarkeit des Preises in der Erfüllungsphase etc. Dezidierte Regeln über die Preisbildung oder die Anrechenbarkeit bestimmter Kosten finden sich in diesem Zusammenhang nicht.

5. Spanien

Auch das spanische Vergabegesetz (*Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*) enthält in Art. 87 Regelungen über feste und vorläufige Preise und über Preisanpassungen, nicht aber detaillierte Bestimmungen über die Preisbildung. Eine andere gesetzliche oder sonst außenwirksame Regelung ist nicht ersichtlich, allerdings ist für einzelne Sachbereiche die haushaltsrechtliche Preis- und Kostenkontrolle in internen Verwaltungsanweisungen festgelegt.³⁴⁰

6. Italien

Ganz ähnlich ist zunächst die Rechtslage in Italien. Das italienische Vergabegesetz (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*) enthält die üblichen Bestimmungen zur vergaberechtlichen Relevanz des Preises, also für die Prüfung und den Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote (Art. 87-89) und für den Preis als Zuschlagskriterium. In diesem Rahmen finden sich allerdings Vorschriften, die immerhin einige Ähnlichkeiten zur deutschen PreisVO aufweisen: Für die Bestimmung des angemessenen Preises sollen die italienischen Vergabestellen ausdrücklich den „besten Marktpreis“ berücksichtigen (*tengono conto del miglior prezzo di mercato*), wenn ein solcher feststellbar ist (Art. 89 Abs. 1); dabei wiederum sollen sie sich auch an den „standardisierten Kosten“ (*costi standardizzati*) orientieren, welche eine zentrale Beobachtungsstelle für öffentliche Aufträge jährlich erhebt und veröffentlicht (Einzelheiten dazu in Art. 7 Abs. 4-5bis). Es ist nach der Gesetzesfassung allerdings unklar, ob es sich dabei um eine normative Aufstellung oder nicht doch nur um das Ergebnis einer empirischen Erhebung handelt. Im übrigen enthält das Gesetz noch Bestimmungen über die Preisanpassung (Art. 115, Art. 133 Abs. 2-8)

³³⁸ Für den Verteidigungsbereich *Aguado-Romero/López-Hernández/Vera-Rios* (Fn. 337), 667-669.

³³⁹ Abrufbar unter www.economie.gouv.fr.

³⁴⁰ Für den Verteidigungsbereich wiederum *Aguado-Romero/López-Hernández/Vera-Rios* (Fn. 337), 669-671.

7. Schweiz

Auch die Schweiz als Nichtmitgliedstaat der EU kennt keine kodifizierten Regelungen über die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen nach dem Vorbild der deutschen PreisVO. Statt dessen ist im schweizerischen Recht eine verfahrensrechtliche Lösung zur Preisprüfung verankert: Nach Art. 5 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen von 1995 (VöB), die auf dem entsprechenden Bundesgesetz beruht, muss der öffentliche Auftraggeber (in der Schweiz: „Auftraggeberinnen“) „bei fehlendem Wettbewerb“ und ab einem Auftragswert von einer Million Franken mit dem erfolgreichen Bieter (Auftragnehmer) grundsätzlich „ein Einsichtsrecht in die Kalkulation“ vereinbaren. Nach Ziff. 6 der vom Eidgenössischen Finanzdepartement dazu erlassenen Richtlinie von 2009 liegt ein Fall „fehlenden Wettbewerbs“ bei freihändiger Direktvergabe sowie dann vor, wenn im Vergabeverfahren nur ein Bieter ein gültiges Angebot einreicht, „so dass die Auftraggeberin nicht in der Lage ist einen Preisvergleich durchzuführen, oder wenn eine begründete Annahme für Absprachen besteht“. Ausnahmsweise kann das „Einsichtsrecht“ dann unterbleiben, wenn der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, „den Preis für gleiche oder im wesentlichen vergleichbare Güter oder Leistungen auf dem Markt zu ermitteln“, und nachweisen kann, „dass der offerierte Preis marktüblichen Bedingungen entspricht“.

Das „Einsichtsrecht“ wird in der Form einer Preisprüfung durch zuständige staatliche Stellen wahrgenommen, und zwar auf der Grundlage des finanziellen und betrieblichen Rechnungswesens des Auftragnehmers und der darauf basierenden Vor- bzw. Nachkalkulation des Vertragspreises. Diese muss die Selbstkosten in der branchenüblichen Gliederung, Risikozuschläge sowie den Gewinn ausweisen (Ziff. 9.1. der Richtlinie). Durch die Prüfung soll sichergestellt werden, dass der Auftragnehmer bei fehlendem Wettbewerb nicht Risiko- oder Gewinnmargen einkalkuliert, die er unter Wettbewerbsverhältnissen nicht realisieren könnte (Ziff. 3.3.1 des offiziellen Leitfadens für Preisprüfungen).

Dieser knappe Überblick macht zwei Dinge deutlich: Zum einen verfügt offensichtlich kein anderer europäischer Staat wie Deutschland über eine allgemeine, außenwirksame Regelung mit materiellrechtlichen Grundsätzen der Preisbildung im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen. Immerhin aber zieht in wenigstens zwei anderen Ländern die Rechtsordnung aus einem in der Auftragsvergabe fehlenden Wettbewerb Konsequenzen für die öffentliche Kontrolle der Beschaffungspreise: Im Vereinigten Königreich wird es künftig eine gesetzliche Regelung zur nicht-wettbewerblichen Vergabe im Rüstungsbereich geben, und die Schweiz kennt bereits seit längerem ein sektorübergreifendes Preisprüfungsverfahren zur Kompensation fehlenden Bieterwettbewerbs. Überdies sehen die NATO-Staaten ggf. auf vertraglicher Basis eine Kostenprüfung bei nicht im Wettbewerb vergebenen Rüstungsverträgen vor.³⁴¹

³⁴¹ Vgl. *Bertrand/Campbell/Munk* (Fn. 170). 10.

F. Zur Notwendigkeit und möglichen Gestaltung öffentlichen Preisrechts – Integrative Gesamtbewertung

I. Preisbildungsrecht in der Auftragsvergabe als staatliche Aufgabe?

Das auf die öffentliche Auftragsvergabe anwendbare Preisbildungsrecht kann auch heute noch ein sinnvoller und grundsätzlich verfassungsmäßiger Gegenstand des Bundesrechts sein. Seine legitimen Regelungszwecke können nach wie vor nicht vollständig durch andere Rechtsmaterien erfüllt werden. Das gilt vor allem für die historisch im Vordergrund stehende Funktion, die Durchsetzung wettbewerblicher Vergabe und die Wahrung des öffentlichen Preisstands. Obgleich angesichts der geringen Relevanz der staatlichen Auftragsvergabe außerhalb des Baubereichs für die Preisentwicklung in Deutschland und der geringen Beachtung der PreisVO in der tatsächlichen – vor allem kommunalen – Vergabepaxis durchaus Zweifel bestehen können, dass das geltende Preisrecht einen spürbaren Einfluss auf die Preisentwicklung entfaltet, dürfte die Einschätzung des Gesetz- und Verordnungsgebers, dass die PreisVO für die Förderung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist, sich auch heute noch in den Grenzen des verfassungs- und unionsrechtlich Zulässigen halten. Das gilt auch für den zweiten Regelungszweck, den Schutz der öffentlichen Haushalte, der durch die Höchstpreisregeln der PreisVO mit Sicherheit gefördert wird.

In der Rechtspraxis des bundesstaatlichen Gefüges unter dem Grundgesetz hat sich darüber hinaus ein dritter Regelungszweck etabliert, die rechtsstaatliche Referenz- und Sicherungsfunktion, welche die Kalkulationsregeln der LSP in anderen Rechtsbereichen, wie z.B. im öffentlichen Abgaben- und im Zuwendungsrecht erfüllen. Andere Rechtsregime, die zeitlich nach der PreisVO entstanden sind und grundsätzlich ebenfalls rechtliche Instrumente gegen überhöhte Preise im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe bereithalten (Kartellrecht, EU-Beihilferecht), können allein aufgrund ihrer fehlenden Präzision diese Funktion nicht übernehmen, vielmehr könnten manche ihrer Regelungen mithilfe der LSP konkretisiert und dadurch einer transparenten und vorhersehbaren Rechtsanwendung zugeführt werden.

Gerade weil das öffentliche Preisbildungsrecht heute verschiedene Regelungszwecke in der rechtsstaatlichen Ordnung unter dem Grundgesetz erfüllt (s. oben E.I.3), dürfte sich das Fortbestehen der PreisVO noch immer im Rahmen des Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetz- und Verordnungsgebers halten. Man mag zwar fragen können, ob die formalgesetzliche Grundlage in § 2 PreisG, die für die Verordnungsermächtigung lediglich auf die Aufrechterhaltung des Preisstands abstellt, mit der Assoziierung noch anderer Regelungszwecke nicht überdehnt und damit verfassungsrechtlich überfordert wird. Doch da der gesetzlich vorgesehene Regelungszweck der Verordnung nach wie vor zugrunde liegt und von ihr auch weiterhin verfolgt wird, besteht der vom BVerfG geforderte „spezifische Zusammenhang“ mit der Ordnungsfunktion des Gesetzes (s. oben E.V.1a) fort.

Auch wenn öffentliches Preisbildungsrecht damit weiterhin einen legitimen Regelungsgegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts bildet, ist das Rechtsregime der PreisVO als solches – und erst recht in seiner gegenwärtigen Gestalt – nicht etwa durch Verfassungs- oder EU-Recht geboten: Der Bundesgesetz- oder Verordnungsgeber wäre durch höherrangiges Recht nicht daran gehindert, die Verordnung ersatzlos abzuschaffen, etwa weil man die Beschränkung der freien Preisaushandlung in der öffentlichen Auftragsvergabe für inopportun oder überflüssig hält. Eine solche Aufhebung ist

durch das Recht nicht vorgegeben und daher zunächst allein eine Frage der politischen Willens- und Mehrheitsbildung. So könnte dann an die Stelle der PreisVO z.B. die Vereinbarung einzelvertraglicher Prüfungsrechte treten. Sollte man sich für die Aufhebung der PreisVO entscheiden, so würde für diejenigen Rechtsregime, in denen die LSP bislang eine objektive Referenzfunktion erfüllt (Abgabenrecht, öff. Zuwendungen) bzw. erfüllen könnte (Kartellrecht), die Notwendigkeit entstehen, vergleichbare Regelwerke mit einer ähnlichen Konkretisierungsleistung für die Preise öffentlicher Güter und Leistungen zu schaffen.

Für den Fall, dass der politische Willen zur Abschaffung der PreisVO nicht besteht, sondern grundsätzlich an den bestehenden Regelungen festgehalten werden soll, empfehlen sich aus Sicht der Gutachter eine Reihe von Veränderungen, die sowohl die grundsätzliche Regelungsstruktur des öffentlichen Preisbildungsrechts und seine Verknüpfung mit dem Vergaberecht (dazu II.), als auch seine konkrete inhaltliche Ausgestaltung (dazu III.) betreffen.

II. Veränderungen in der Regelungsstruktur des Preisbildungsrechts

Hält man im Grundsatz am Preisbildungsrecht als hoheitlicher Regelungsmaterie fest, so sollten in bezug auf die grundlegende Regelungsstruktur Rechtsgrundlage und Rechtsform des Preisrechts renoviert und die regelungssystematische Verknüpfung mit dem Vergaberecht i.e.S. überdacht werden. Beide Punkte hängen zusammen, denn als eine Form der systematischen Neuordnung wäre auch die normsystematische Integration des Preisrechts in das Vergaberecht denkbar.

1. Rechtsform und Rechtsgrundlage

Soll das Preisbildungsrecht in Gestalt einer **selbständigen Rechtsverordnung** des Bundes erhalten bleiben, so drängt es sich auf, die gesetzliche Rechtsgrundlage, die bislang aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes stammt, neu zu fassen und auf diese Weise vom Hautgout des Übergangsgesetzes zu befreien. Da sich hierbei die rechtspolitische Frage ergeben könnte, ob ein „Preisgesetz“ in die Regelungslandschaft einer seit Jahren funktionierenden marktwirtschaftlichen Ordnung passt, könnte es sich anbieten, die gesetzliche Neuregelung als ein Gesetz zur öffentlichen Auftragsvergabe zu fassen. Würde man eine entsprechende Verordnungsermächtigung schlicht in das Kartellvergaberecht, also den Vierten Teil des GWB, einbauen, so bezöge sie sich ausschließlich auf den unionsrechtlich harmonisierten Bereich („oberhalb der Schwellenwerte“) und erfasste die ganz überwiegende Mehrzahl der öffentlichen Auftragsvergaben nicht.

Dieses Problem würde vermieden, wenn das Preisbildungsrecht schlicht **in den 1. Abschnitt der VOL/A integriert** würde, der bisher in § 2 Abs. 4 bereits darauf verweist (s. oben E.II.3). Hier stellten sich dann zahlreiche Folgefragen in bezug auf die systematische Verknüpfung und die inhaltliche Abstimmung mit dem Vergaberecht (dazu sogleich 2.). Unter dem Gesichtspunkt der Regelungsstruktur ergäbe sich das schwierige Problem des Verhältnisses zum 2. Abschnitt der VOL/A, welcher der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie dient: Auf diesen 2. Abschnitt bezieht sich der Verweis in § 4 Abs. 1, 2 VgV, der die Regeln der VOL/A mit dem unionsrechtlich gebotenen Rechtssatzcharakter versieht, hierfür aber verfassungsrechtlich auf die gesetzliche Ermächtigung in § 97 Abs. 6 GWB verwiesen und beschränkt ist. Das Gesetz aber ermächtigt die Bundesregierung lediglich dazu, nähere Bestimmungen „über das bei der Vergabe einzuhaltende

Verfahren“ zu treffen, worunter nur mit einigen Schwierigkeiten auch das Preisbildungsrecht der heutigen PreisVO zu fassen ist.³⁴² Das heißt, bei einer Integration des Preisrechts in die VOL/A, müssten die Regeln entweder auf den 1. Abschnitt beschränkt bleiben und würden damit die unionsrechtlich harmonisierte Auftragsvergabe nicht erfassen oder aber die gesetzliche Verordnungsermächtigung in § 97 Abs. 6 GWB (bzw. wahlweise diejenige in § 127 GWB) müsste um das Preisbildungsrecht bei öffentlichen Aufträgen erweitert werden.

2. Verknüpfung mit dem Vergaberecht

Im Hinblick auf die Regelungssystematik von entscheidender Bedeutung für eine Reform des öffentlichen Preisrechts wäre eine transparente und konsistente Verknüpfung mit dem Vergaberecht i.e.S., denn schließlich teilen sich beide Rechtsregime denselben Regelungsgegenstand. Normsystematisch betrifft dies vor allem die Abstimmung der gegenseitigen Bezugnahmen, die beide Regime enthalten.

Selbst wenn das Preisbildungsrecht nicht in die VOL/A integriert würde, ja eigentlich erst recht dann, ist jedenfalls zu klären, was das pauschale **Beachtensgebot** („ist zu beachten“) in § 2 Abs. 4 VOL/A, § 2 EG Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV bedeuten und bewirken soll (s. oben E.II.3). Soll es den personellen Anwendungsbereich über die staatliche Auftragsvergabe hinaus erweitern? Soll es die Einhaltung des Preisbildungsrechts bereits in den Auswahlprozess der Vergabeentscheidung vorziehen, also praktisch zu einem Auswahlkriterium machen? Letzteres wäre im Bereich der harmonisierten Auftragsvergabe (§ 2 EG VOL/A und VSVgV) unionsrechtlich wohl problematisch. Die im geltenden Recht enthaltenen Bezugnahmen sollten in jedem Fall überarbeitet werden, um ihren konkreten Regelungsgehalt klarzustellen.

Das geltende Preisrecht verweist seinerseits – wenngleich implizit – mit dem Rechtsbegriff des „**öffentlichen Auftrags**“ auf das Vergaberecht i.e.S. (oben E.II.4c). Auch diese Bezugnahme, die den sachlichen Anwendungsbereich des Preisbildungsrechts markiert, sollte bei dessen Reform eindeutiger gefasst werden: Wird der Auftragsbegriff des Vergaberechts übernommen, der im Lichte der EuGH-Rechtsprechung heute die sog. Inhouse-Vergabe und horizontale Verwaltungskooperationen wohl nicht mehr umfasst, oder handelt es sich um einen autonomen preisrechtlichen Auftragsbegriff, der die vergaberechtlichen Bereichsausnahmen nach wie vor einschließt? Eine mögliche Integration in die VOL/A könnte auch hier der Anlass für eine Klarstellung sein, obwohl in diesem Fall ein einheitlicher Auftragsbegriff wohl sehr nahe läge.

Weniger eine Klarstellung als vielmehr eine rechtsgestaltende Veränderung könnte erwogen werden in bezug auf den **personellen Anwendungsbereich** des Preisbildungsrechts: Soll dieses (wie bislang) nur für Auftraggeber in öffentlich-rechtlicher Rechts- und Organisationsform gelten oder bietet sich nicht eine Erstreckung auf privatrechtlich organisierte Rechtsträger der öffentlichen Hand, evtl. sogar auf tatsächlich private Projekt- und Sektorenauftraggeber (§ 98 Nr. 4 und 5 GWB) an? Rechtliche Bedenken ergäben sich insoweit weder unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte noch der kommunalen Selbstverwaltung (oben E.V.1). Ein eher diffuses Einheits- und Einheitlichkeitsdenken wäre hierbei allerdings ein schlechter Ratgeber, vielmehr bietet sich der Rückgriff auf die Regelungszwecke des Preisrechts an: Sieht man diese vor allem auf die Wahrung

³⁴² Die bisher im Kartellvergaberecht enthaltenen, pauschalen Bezugnahmen auf das Preisrecht (§ 2 EG Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV; hierzu oben E.II.3) blenden dieses Problem der hinreichenden gesetzlichen Ermächtigung aus.

des öffentlichen Preisstands und den Schutz der öffentlichen Haushalte bezogen, so könnte es sich anbieten, auch die öffentlich finanzierten Rechtsträger einzubeziehen, selbst wenn sie privatrechtlich organisiert sind. Allerdings wäre zuvor der daraus zu erwartende volkswirtschaftliche Nutzen für die Preisstandswahrung kritisch mit dem bei einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs zu erwartenden Anstieg des Bürokratieaufwands abzuwägen. Für Projekt- und Sektorenauftraggeber drängt sich eine preisrechtliche Bindung eher nicht auf, denn erstere dürften regelmäßig über die öffentlichen Zuwendungen, die ihren Auftraggeberstatus begründen, einer Ausgaben- und Preiskontrolle unterliegen, während letztere zu einem erheblichen Teil von der Entgeltkontrolle im Regulierungsrecht (EnWG, AEG) erfasst sein sollten.

Weitere Fragen zum Verhältnis von Preis- und Vergaberecht, wie z.B. die Konzepte von Markt- und Wettbewerbspreis oder die Abstimmung von preis- und vergaberechtlicher Preisprüfung, sind eher inhaltlicher Natur und werden daher sogleich unter III. erörtert.

III. Autonome Änderungen im Preisbildungsrecht

Unabhängig von der übergeordneten institutionellen Ausgestaltung sollte im Falle der grundsätzlichen Beibehaltung des Preisbildungsrechts eine Modernisierung der Vorschriften angestrebt werden. Dabei sollen die oben unter C.II aufgezeigten Anwendungsprobleme aufgegriffen werden. Demnach sollten nachstehende Stichworte maßgebend für eine Modernisierung sein:

- Mittelstandsgerechtes Preisrecht
- Konsequenter Marktpreisvorrang
- Reform der Organisation der Preisprüfung
- Ausrichtung der LSP auf Dienstleistungen
- Konvergenz zwischen LSP-Kosten und externer Rechnungslegung
- Angemessene Berücksichtigung moderner Beschaffungskonzepte
- Gleichbehandlung internationaler Auftragsvergaben

1. Mittelstandsgerechtes Preisrecht

Die aufgezeigten Probleme von kleinen und mittelständischen Unternehmen resultieren überwiegend aus grundlegenden Anforderungen des Preisrechts. Vor diesem Hintergrund besteht aus Sicht des Ordnungsgebers Handlungsbedarf hinsichtlich der KMU.

Auf die geringe Verbreitung und der damit verbundenen Unkenntnis über die Existenz des Preisrechts bei den Unternehmen könnte der Ordnungsgeber durch eine bessere Verknüpfung von Vergabe- und Preisrecht reagieren. Die KMU stellen oft dar, dass die herrschende Marktpreisdefinition nicht geeignet sei, um die im Unternehmen gelebte Realität abzubilden. Es wäre daher sinnvoll klare Kriterien eines Marktpreises – beispielsweise mit stärkerem Bezug auf die Wettbewerbspreise nach dem Vergaberecht – zu definieren. Auch wenn die Marktpreisdefinition den Mittelstand vor besondere Herausforderungen stellt, so handelt es sich doch um ein alle dem öffentlichen Preisrecht unterliegenden Auftragnehmer betreffendes Phänomen, welches aufgrund

seiner erheblichen Reichweite separat im nachfolgenden Abschnitt diskutiert werden soll. Ergänzend wäre ein deutlicher Hinweis des öffentlichen Auftraggebers auf die Relevanz des Preisrechts und der primären Rechtsfolgen bei der Auftragsvergabe aus Sicht der KMU wünschenswert. Zwar müssen sich Auftragnehmer eigenverantwortlich über Vertragsbedingungen informieren, dennoch wäre dies ein sinnvoller Ansatz der breiten Unkenntnis entgegen zu wirken.

Für eine speziell mittelstandsgerechtere Ausgestaltung des Preisrechts kommen vor allem nachstehende Überlegungen in Betracht. Zunächst könnte der Ordnungsgeber analog zu den Schwellenwerten im Vergaberecht **Wertgrenzen** vorsehen mit der Maßgabe, dass nur oberhalb des Schwellenwertes eine Prüfung möglich ist. Die Prüfung eines öffentlichen Auftrages ist für den Ordnungsgeber sowie für den Auftragnehmer mit messbarem Aufwand verbunden. Die Einführung von Wertgrenzen würde dazu führen, dass Kleinstaufträge unter einem bestimmten Gesamtvolumen, bei denen potentielle Rückzahlungen in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu den Prüfungskosten stehen, nicht geprüft werden. Als Richtwert für eine mögliche Wertgrenze könnte das Vorgehen des BAIINBw dienen, Unterauftragnehmer unterhalb eines Beschaffungsvolumens von 50.000 € nicht weiter zu prüfen. Im europäischen Vergleich haben 11 Staaten, darunter Frankreich, Großbritannien, Spanien und die USA Bagatellgrenzen unterhalb derer keine Prüfung vorgenommen wird. Dabei liegen im EU-Ausland die Wertgrenzen deutlich höher als bei den Unterauftragnehmern des BAIINBw. Beispielsweise beginnt in Spanien die zwingende Preisprüfung bei einer Grenze von 901.518,16 € (vormals 15 Mio. Peseta), darunter können die Aufträge optional geprüft werden. In Großbritannien wird die Vertragsprüfung erst bei einem Beschaffungswert von mehr als 1 Mio. Pfund eingesetzt. Ähnlich sehen die NATO-Richtlinien zur gegenseitigen Amtshilfe bei Preisprüfungen vor, dass die Hilfe grundsätzlich nur bei Aufträgen mit einem Wert von mehr als 1 Mio. € nachgefragt werden soll.³⁴³ Bei so hohen Wertgrenzen müsste besonders der Gefahr vorgebeugt werden, dass sachlich eigentlich zusammenhängendes öffentliches Beschaffungsvolumen in kleinere Aufträge unterhalb der Prüfgrenze aufgeteilt wird, um einer möglichen Preisprüfung zu entgehen. Analog könnte bestimmt werden, dass eine Prüfung von Kleinstaufträgen nur dann ausgeschlossen ist, sofern die Summe der von einem Unternehmen innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren für einen öffentlichen Auftraggeber bearbeiteten Aufträge diesen Schwellenwert nicht überschreitet.

In Ergänzung zu dieser Wertgrenze bieten sich für eine mittelstandsgerechte Ausgestaltung des öffentlichen Preisrechts **größenabhängige Vereinfachungen** an. Solche Vereinfachungen sind beispielsweise auch im Handels- oder Steuerrecht seit langem geläufig und anerkannt. So sieht bspw. § 4 Abs. 3 EStG vor, dass bei fehlender kaufmännischer Buchführung eine sogenannte Einnahmen-Überschuss-Rechnung zur Ermittlung des steuerlichen Gewinns durchgeführt werden kann. Analog dazu könnte der Ordnungsgeber Vereinfachungen für kleine und mittelständische Unternehmen in der Gestalt vorsehen, dass weniger auf Kosten sondern auf die Ausgaben eines Auftrags abgestellt wird. Dies scheint vor allem in den Fällen gerechtfertigt, wo die KMUs eher seltener für öffentliche Auftraggeber tätig werden. Von mittelständischen Unternehmen, die jedoch wiederholt und bezüglich des Umsatzes mehrheitlich dem öffentlichen Preisrecht unterliegen, kann ein geordnetes Rechnungswesen im Sinne der Nr. 2 LSP erwartet werden. Ein Beispiel für die mögliche Umsetzung vereinfachter Anforderungen an das Rechnungswesen findet sich in den

³⁴³ NATO 2012, S. 2.

Nebenbestimmungen für Zuwendungen auf Kostenbasis des Bundesministeriums für Bildung und Forschung an Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben (NKBF 98). Diese orientieren sich grundsätzlich an den LSP. In Punkt 5.4 NKBF 98 wird jedoch für Unternehmen ohne geordnetes Rechnungswesen nach Nr. 2 LSP die vereinfachte Abrechnung nach vermögenswirksamen Ausgaben zzgl. eines Gemeinkostenzuschlags von 5% vorgesehen. Zudem wird hier die Möglichkeit einer pauschalierten Abrechnung eingeräumt, die vor allem für personalintensive Leistungen sinnvoll ist. Der Abrechnungsbetrag ergibt sich hierbei nach Punkt 5.6 NKBF 98 durch Einzelkosten und einem Zuschlag von 120% auf die Personalkosten zur Abgeltung sämtlicher Gemeinkosten. Die dabei genutzte Bemessungsgrundlage des steuerpflichtigen Bruttogehalts ist sehr gut überprüfbar, von Unternehmen akzeptiert und stellt damit eine massive Vereinfachung in der Gewährung von Zuwendungen dar. Eine ähnliche Regelung – verbunden mit größenabhängigen Vorgaben – könnte auch in den LSP implementiert werden. Dabei könnte sich die Einstufung als KMU an den im §267 HGB genannten Merkmalen anlehnen. Für die Charakterisierung als KMU sind dort die Kriterien Anzahl der Mitarbeiter, Umsatz und Bilanzsumme maßgeblich. Vereinfachungen können beispielsweise Anwendung finden, wenn zwei der nachfolgend aufgeführten drei Kriterien erfüllt sind: das Unternehmen hat weniger als 250 Mitarbeiter, der Umsatz liegt unter 38,5 Mio. € und die Bilanzsumme ist geringer als 19,25 Mio. €. Darüber hinaus muss das Unternehmen eigenständig sein.

Für die Fälle in denen eine pauschalisierte Abrechnung nicht möglich ist und der Kostennachweis gemäß LSP erfolgt, sollte durch den Ordnungsgeber technische Unterstützung angeboten werden. So sind bei der Offenlegung von Kosteninformationen in der Automobilindustrie standardisierte Formulare, mittels derer Lieferanten die anfallenden bzw. erwarteten Kosten gegenüber ihren Kunden angeben, sogenannte *Supplier Cost Breakdowns*, weit verbreitet. Die Formulare orientieren sich dabei an einem klassischen Zuschlagskalkulationsschema, berücksichtigen ähnliche Kostenpositionen und sind typischerweise als Excel-Arbeitsmappen angelegt. Gleichmaßen würde es für die LSP Sinn machen, wenn sich Preisprüfer, öffentliche Auftraggeber und -nehmer auf einen standardisierten Erfassungsbogen einigen würden, der den Unternehmen eine eindeutige Kostenerfassung vorgibt. Dabei geht es vor allem um die genormte Erfassung, davon unbeschadet bleibt die betriebssubjektive Ermittlung des Preises. Dies vereinfacht nicht nur den entsprechenden Prüfungsorganen die Arbeit, sondern gibt den KMU auch die notwendige Sicherheit, dass Kosten aufgrund von Formfehlern nicht erstattet werden können.

Zusammenfassend sollte der Ordnungsgeber die Anwenderfreundlichkeit und Transparenz des öffentlichen Preisrechts verbessern, was mitunter auch zu einer erhöhten Akzeptanz und effizienteren Nutzung führen dürfte. Dabei sollte er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten und Erleichterungen für KMU implementieren.

2. Konsequenter Marktpreisvorrang

Im Rahmen der volkswirtschaftlichen Bewertung wurde die Sinnhaftigkeit der einzelnen Preistypen erörtert. Diesbezüglich können grundlegende Empfehlungen für die drei zentralen Preistypen abgegeben werden, die alle im Kern den Vorrang von Marktpreisen und die Nachrangigkeit von Selbstkostenpreisen betonen:

1. Die Anwendung von Selbstkostenerstattungspreisen könnte auf solche Fälle begrenzt werden, bei denen im Rahmen der Vergabe kein Anbieter aufgrund von Unsicherheit die nachgefragte Leistung zu

einem Festpreis anbietet oder das Risiko besteht, dass der Anbieter die Leistung nicht zu diesem Preis erbringen kann. Diesbezüglich ist die in der Preisteppe zum Ausdruck kommende Nachrangigkeit von Selbstkostenerstattungspreisen konsequent einzuhalten.

2. Der Preistyp „Selbstkostenfestpreis“ könnte entweder durch den Grundsatz der Vereinbarung fester Preise für nicht marktgängige Leistungen ersetzt werden. Sofern aus verteilungspolitischen Gründen eine Höchstpreisbegrenzung durch den Ordnungsgeber gewünscht ist, könnte die Prüfung an die wettbewerbsrechtliche Prüfung angelehnt werden. Dies umfasst die vorrangige Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes (räumlich und sachlich) und die Einführung einer Erheblichkeitsgrenze. Sollten sich die in der Praxis beobachteten Schwierigkeiten mit dem Vergleichsmarktkonzept bestätigen, wäre alternativ an der alten korkulatorischen Prüfung von Selbstkostenfestpreisen festzuhalten, allerdings unter der klaren Maßgabe einer zeitnahen Prüfung. Dies würde Streitigkeiten und Unsicherheiten vermeiden.

3. Die Bestimmungen für marktgängige Leistungen sollten prinzipiell beibehalten werden.

Die Probleme beim Marktpreisverständnis und der Grundsatz des Marktpreisvorrangs bedürfen aber einer klaren Regelung im Falle von Ausschreibungen. Entgegen der bisherigen Praxis sollte der Wettbewerbspreis entweder generell als Marktpreis oder zumindest in klar definierten Fällen anerkannt werden. In der engeren Variante würde die Anerkennung als Marktpreis stärker leistungsabhängig ausgestaltet sein. Die umfassendere Lösung hingegen würde generell den Wettbewerbspreises als neuen Preistyp akzeptieren.

Konkret ist bei einem **Wettbewerbspreis** zwischen marktgängigen Leistungen und Individualleistungen zu unterscheiden. Bei marktgängigen Leistungen kann die Verkehrsüblichkeit auf Basis von Vergleichen mit ähnlichen früheren Angeboten des Auftragnehmers nachgewiesen werden. In diesen Fällen kann das Preisrecht sicherstellen, dass der öffentliche Auftraggeber keinen höheren Preis als den verkehrsüblichen Preis für die marktgängige Leistung zahlt. Für Individualleistungen hingegen, die nicht auf dem allgemeinen Markt angeboten werden, für die keine Chance besteht mittels Umsatzakten die Verkehrsüblichkeit des Preises nachzuweisen, bedarf es einer anderen Lösung. Bei Individualleistungen sollte der in einem Ausschreibungsverfahren zustande gekommene Preis bei Vorliegen zweier echter Konkurrenzangebote als Marktpreis anerkannt werden. Zwei echte Konkurrenzangebote liegen unter folgenden Voraussetzungen vor:

Die geforderte Leistung war genau beschrieben.

An der Ausschreibung haben sich mehrere Bieter beteiligt (mindestens zwei Angebote).

Die Angebote sind im Wettbewerb abgegeben worden.

Die Angebote entsprechen der Leistungsbeschreibung.

Die Angebote sind vergleichbar bzw. die Preise liegen nicht unverhältnismäßig weit auseinander.

In diesen Fällen ersetzt dann der im Wettbewerb zustande gekommene Preis andere Marktpreisnachweise. Demgegenüber reicht ein „gefühlter Wettbewerb“, d.h. der Anbieter wähnte sich mit anderen potentiellen Anbietern in Konkurrenz, nicht aus um einen Wettbewerb zu konstituieren.

Für den öffentlichen Auftragnehmer ergäbe sich insofern eine modifizierte Nachweispflicht. Bei Leistungen des allgemeinen Marktes würde es bei den Umsatzakten bleiben. Bei Individualleistungen hätte er entsprechend darzulegen, dass diese Leistung nicht auf dem allgemeinen Markt angeboten wird. Hier könnte sicherlich auf Seiten des öffentlichen Auftragnehmers eine Tendenz bestehen besondere Spezifikationen anzubieten, so dass für die so kreierte Individualleistung der Wettbewerbspreis als Marktpreis anerkannt wird. Allerdings darf man davon ausgehen, dass dem

öffentlichen Auftraggeber die Spezifikation der Leistungen obliegt und er für eine zahlreiche Wettbewerber adressierende Ausschreibung sorgen wird.

In diesen Fällen sollte der Preisprüfer durch den Auftragnehmer beratend zu den Vertragsverhandlungen hinzugezogen werden können. Er kann beurteilen, ob zum einen eine Individualleistung oder zum anderen mindestens zwei echte Konkurrenzangebote vorliegen. Denn selbst beim Vorliegen mehrerer Angebote ist nicht zwangsläufig echter Wettbewerb zustande gekommen. Dies gilt vor allem in den Fällen wo die Bieter in früheren Stufen der Wertschöpfungskette auf den gleichen Vorlieferanten zurückgreifen müssen. Ist ein Preisprüfer nach seiner Fachkenntnis überzeugt, dass keine wettbewerbliche Preisbildung stattgefunden hat bzw. keine Individualleistung vorliegt, so kann das Vorliegen eines Marktpreises nur durch entsprechende Umsatzakte glaubhaft gemacht werden.

Eine weiterreichende Lösungsmöglichkeit bestünde darin, den **Wettbewerbspreis als neuen Preistyp** generell einzuführen. Entsprechend würde dann der in einem Ausschreibungsverfahren zustande gekommene Preis bei Vorliegen zweier echter Konkurrenzangebote grundsätzlich als Marktpreis anerkannt werden, unabhängig davon, ob es sich um eine Leistung des allgemeinen Marktes oder um eine Individualleistung handelt. In diesem Fall obliegt es den Preisprüfer zu beurteilen, ob eine wettbewerbliche Preisbildung stattgefunden hat. Der Nachweis der Verkehrsüblichkeit des Preises bei Leistungen des allgemeinen Marktes anhand von Umsatzakten würde unter dieser Voraussetzung entfallen. Sofern der Wettbewerb funktioniert, dürften ohnehin Auftragnehmer ihre Leistungen nicht zu höheren Preisen als üblich anbieten, da sie ansonsten fürchten müssen, dass ein Konkurrent den Zuschlag erhält. Sofern der Preisprüfer zu dem Schluss kommt, dass keine zwei echten Konkurrenzangebote vorliegen, könnte der Auftragnehmer das Vorliegen eines betriebssubjektiven Marktpreises ergänzend anhand von Umsatzakten nachweisen.

In allen Fällen sollte über den zugrundeliegenden Preistyp möglichst zeitnah Rechtssicherheit geschaffen werden. Daher sollte grundsätzlich bei Verfahren zur Vergabe von unterhalb der Schwellenwerte liegenden Aufträgen, die nicht zu mehreren Angeboten geführt haben, eine **Kurzpreisprüfung** zum Bestehen eines Marktpreises verpflichtend vorgesehen sein. Diese Kurzpreisprüfung sollte in die vergaberechtliche Preisprüfung eingepasst werden. Damit wird den öffentlichen Auftragnehmern, die sich subjektiv im Wettbewerb glaubten aber faktisch es nicht waren frühzeitig das Signal gegeben, dass der in der Ausschreibung zustande gekommene Preis nicht automatisch den Anforderungen eines Marktpreises genügt. Diese Kurzpreisprüfung sollte zum einen prüfen, ob nicht doch die Voraussetzungen eines Wettbewerbspreises vorliegen. Zudem sollte bei dem öffentlichen Auftragnehmer geprüft werden, ob er einen betriebssubjektiven Marktpreis nachweisen kann. Die erforderlichen Umsatzakte muss dann der Auftragnehmer zeitnah herbeiführen. Die verpflichtende Kurzpreisprüfung verschafft dem Auftragnehmer Sicherheit über den zugrundeliegenden Preistyp. Sollte in der Tat dann nur der Preistyp eines Selbstkostenpreises festgestellt werden können, ist der öffentliche Auftragnehmer von Beginn der Auftragsbearbeitung über diesen Umstand informiert und sich somit von Anfang an des Erfordernisses der Kostennachweise bewusst. Sollten sich beide Vertragspartner darüber einig sein, dass ein Selbstkostenpreis vorliegt, kann auf die Kurzpreisprüfung verzichtet werden. Hiervon bleibt aber unberührt, dass der Preisprüfer nachträglich einen Marktpreis feststellen kann. Für den Fall dass dem öffentlichen Auftragnehmer in der weiteren Zukunft durch Umsatzakte ein

Marktpreisnachweis gelingen sollte, ist ein Marktpreisvorbehalt zwischen öffentlichen Auftraggeber und -nehmer zu vereinbaren.

Damit es aber nicht zugleich zu einer Verlagerung des Problems in Richtung intensiverer Marktpreisprüfungen kommt, sollten die Voraussetzungen für den **Nachweis eines Marktpreises** klarer definiert werden. Bei der Anerkennung von Marktpreisen anhand von Umsatzakten bestehen wie zuvor dargelegt in der preisrechtlichen Praxis erhebliche Unsicherheiten. Gegenüber der bestehenden Prüfungspraxis scheint eine Klärung der Marktpreisvoraussetzungen geboten. Dabei sollte dem Marktpreisvorrang des öffentlichen Preisrechts folgend ein erweitertes Marktpreisverständnis zugrunde gelegt werden. Dieses erweiterte Marktpreisverständnis ist den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen geschuldet: der Globalisierung des Wettbewerbs, der Lieferung komplexer Produkt- und Dienstleistungsaufträge sowie den vermehrt langfristigen Lieferaufträgen. Dieses Umfeld erfordert eine Erweiterung des Marktpreisverständnisses in räumlicher, zeitlicher und objektbezogener Sicht.

Bei langfristigen Lieferverträgen ist nicht zu erwarten, dass jedes Jahr vergleichbare Leistungen an Dritte veräußert werden. Insofern sollte zum Nachweis der Verkehrsüblichkeit den in der Praxis zu beobachtenden langfristigeren Lieferverträgen durch einen größeren Betrachtungszeitraum von drei Jahren Rechnung getragen werden. Diese **zeitliche Erweiterung** in Form des Rückgriffs auf die beiden Vorjahre wird dem öffentlichen Auftragnehmer den Nachweis des Marktpreises erleichtern. Diese Vereinfachung des Nachweises bedingt aber dass zwischenzeitlich eingetretene Preissteigerungen für den Auftragnehmer nicht berücksichtigt werden. Insofern bleibt der Anreiz bestehen, die Verkehrsüblichkeit anhand aktueller Umsatzakte zu belegen. Neben dieser Ausdehnung des relevanten Zeitraums in die Vergangenheit kann in bestimmten Konstellationen eine zukunftsorientierte Ausweitung des Betrachtungszeitraums sinnvoll sein. Dies gilt für Fälle in denen es gegenwärtig noch keinen Marktpreis gibt, selbiger sich aber in näherer Zukunft herausbilden könnte. Dieser preisliche Vorgriff scheint insbesondere dann sinnvoll, wenn ein neues Produkt auf den Markt eingeführt wird, für das bei einem späteren Nachweis ein Marktpreis festgestellt werden kann. Bei einer neuen Preisliste müsste hingegen der Marktpreisnachweis weiterhin anhand der Umsätze des laufenden Jahres erfolgen. Bei mehrmaliger Verlängerung von Projekten stellt sich ergänzend die Frage, ob ohne aktuelle Umsatzakte weiterhin ein Marktpreis vorliegt. Grundsätzlich erscheint es sinnvoll auf Basis des oben definierten Zeitraums den Marktpreis fortzuschreiben zu können. Demnach würde ein einmal festgestellter Marktpreis auf die beiden folgenden Kalenderjahre ausstrahlen. Dabei würde jedoch eine zwischenzeitlich eingetretene Preissteigerung nicht automatisch anerkannt werden, sondern müsste über einen erneuten Marktpreisnachweis auf Basis jüngerer Umsatzakte für das Unternehmen sichergestellt werden.

In der Vergangenheit hatten Auslandsmärkte abweichende Marktstrukturen und wettbewerbliche Regelungen. Diese spezifischen Marktgegebenheiten im Ausland haben zuweilen zu einer Nichtanerkennung von Auslandsumsätzen beim Marktpreis geführt. So stellen sich das Rabattverhalten und allgemeine Geschäftsbedingungen anders dar. Gleichermäßen haben mit der Integration der Märkte und der Währungsunion bestimmte Auslandsspezifika an Bedeutung verloren, z.B. spielen Wechselkursrisiken im Euroraum überhaupt keine Rolle mehr. Aufgrund der Integration zu einem Binnenmarkt, der sich auch für öffentliche Auftraggeber in einer oberhalb bestimmter Schwellenwerte verpflichtenden europaweiten Ausschreibung manifestiert, scheint inzwischen die Vergleichbarkeit der Märkte weitgehend akzeptiert zu sein. Insofern sollte sich das

Preisrecht bei der Anerkennung von Marktpreisen im Sinne einer **räumlichen Erweiterung** in Richtung der internationalen Märkte öffnen und in Europa erzielte Marktpreise zwingend anerkennen. Bei auf dem weiteren globalen Markt realisierten Umsatzakten sollte der öffentliche Auftragnehmer einen Nachweis erbringen, dass er international zu gleichen Preisen und Konditionen verkauft. In solchen Fällen ist von einem globalen Markt auszugehen, so dass auch Umsatzakte im außereuropäischen Raum Anerkennung finden könnten.

Von der Entstehungsgeschichte der LSP, der Serienfertigung mit hoher Stückzahl, hat sich die betriebliche Wirklichkeit weit entfernt. An die Stelle des standardisierten Produkts ist gerade im Dienstleistungsbereich ein verschiedene Bausteine umfassender öffentlicher Auftrag getreten, die individuell höchst unterschiedlich konfiguriert werden. Die auftragsspezifische Zusammenstellung des Leistungsbündels steht dem Nachweis eines Marktpreises durch Umsatzakte entgegen. Im Ergebnis liegt dann zumeist eine Vielzahl marktgängiger Bestandteile innerhalb eines Selbstkosten-erstattungspreises vor.

Der Nachweis zweier vergleichbarer Leistungen gehört zu den Aufgaben des öffentlichen Auftragnehmers. Damit haben manche Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten. Dies liegt zum einen daran, dass ihre Angebote eher verkaufs- als produktorientiert strukturiert sind. So werden einzelne Komponenten nicht explizit aufgeführt, weil dem Kunden entsprechende Abschläge eingeräumt worden sind. Hier ist der öffentliche Auftragnehmer gefordert seine Dokumentation zu verbessern, um auf der Ebene der einzelnen Komponenten vermehrt Nachweise für marktgängige Bestandteile herbeizuführen. Im Ergebnis aber führt diese Mischkalkulation zu einem deutlich erschwerten Nachweis der Verkehrsüblichkeit der Preise.

Zum anderen böte es sich an, der Ausdifferenzierung der Leistungen durch eine **objektbezogene Erweiterung** des Marktpreises zu entsprechen. Für Leistungen, für die keine Marktpreise im Sinne von § 4 Abs. 1 PreisVO existieren, können gegenwärtig unter bestimmten Voraussetzungen Marktpreise abgeleitet werden. Der Marktpreis, von dem ausgehend eine Ableitung vorgenommen wird, muss unter gleichartigen Bedingungen zustande gekommen sein. Die erbrachten Leistungen müssen im Wesentlichen vergleichbar sein. Es ist die Leistung zugrunde zu legen, die der Leistung für den öffentlichen Auftrag am meisten entspricht. Beispielsweise wird der Marktpreis für ein Endgerät aus dem Preis für ein bedeutendes Teil abgeleitet. Dabei könnte man den Begriff der Wesentlichkeit auf 90 % des Auftragswertes spezifizieren und darüber den abgeleiteten Marktpreis stärken. Wenn dem Kern des hybriden Produktes, also der wesentlichen Leistung, auf Basis von Umsatzakten Marktpreischarakter zugesprochen werden kann, dann gilt dies auch für die Gesamtleistung. Im Ergebnis würde bei individualisierten Leistungspaketen der Marktpreis abgeleitet werden, indem gegenüber den mit Umsatzakten belegten Marktpreisen Zu- und Abschläge auf Selbstkostenbasis für die anderen Auftragsinhalte vorgenommen werden.

Mit der zeitlichen, räumlichen und objektbezogenen Erweiterung des Marktpreises dürfte dem zentralen Marktpreisvorrang mehr Bedeutung zukommen. Damit dieses Ansinnen auch in der Prüfungspraxis Bestand hat, bedarf es aber einer klaren Definition seitens der Preisüberwachungsstellen was als Marktpreisnachweis anerkannt wird. Manche öffentlichen Auftragnehmer beklagen, dass sie infolge der komplexen und aufwändigen Nachweismethodik die höheren Stufen der Preistreppe nur schwer erreichen oder wenn überhaupt nur mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen einen Marktpreis nachweisen können. Die Kriterien für die

Vergleichbarkeit von Marktpreisen müssen einfach sein und sich auf möglichst wenige Kategorien beschränken. Nachfolgend sind einige Anregungen aufgeführt, die der **Erleichterung eines Marktpreisnachweis** dienen könnten:

Die Vergleichbarkeit sollte nicht im Sinne einer vollumfänglichen Vergleichbarkeit interpretiert werden. Einzelne Leistungsbestandteile sind für sich betrachtet durchaus vergleichbar. Den spezifischen Randbedingungen des Auftrags, z.B. Ausmaß an Reisekosten und Auftragsvolumen, sollte durch einfache Ab- bzw. Zuschläge Rechnung getragen werden.

Der Nachweis marktgängiger Stundensätze wird durch viele Dienstleistungen in Projekten und Preise für Geräte erschwert. Hier sollte man sich auf eine überschaubare Anzahl von Mitarbeitergruppen beschränken.

Komponentenpreise aus anderen Aufträgen sollten grundsätzlich anerkannt werden, wenn das Verhältnis zur Gesamtleistung nicht gravierend voneinander abweicht.

Die Anerkennung sollte zudem unabhängig vom Preistyp der jeweiligen Umsatzakte erfolgen, also gleichermaßen für vorkalkulatorische Festpreise als auch für nachkalkulatorisch geprüfte Erstattungspreise.

Im Ergebnis sollten diese Überlegungen in einen für alle Akteure verbindlichen Leitfaden münden, aus dem klar hervorgeht was ein öffentlicher Auftragnehmer im Einzelnen tun muss, um eine Vergleichbarkeit nachzuweisen. Ein Prüfungsstandard für das Vorliegen von Marktpreisen würde bei dieser in Einzelfällen schwierig zu beantwortenden Fragestellung zu mehr Verbindlichkeit und Planungssicherheit für alle Beteiligten beitragen.

Die konsequente Anwendung des Marktpreisvorrangs in Verbindung mit der Erleichterung des Marktpreisnachweises bei gleichzeitiger Nachrangigkeit der Selbstkostenpreise wird den volkswirtschaftlichen Zielsetzungen an die institutionelle Ausgestaltung im besonderen Maße gerecht. Während auf der einen Seite der öffentliche Auftraggeber vor der Zahlung eines höheren Preises als des Wettbewerbspreises geschützt wird, geht auf der anderen Seite diese Intervention mit geringen Kosten einher, da Kostenprüfungen im großen Maße entfallen werden und der Einfluss auf den bestehenden Wettbewerb begrenzt ist.

3. Reform der Preisüberwachung

Die in den letzten Jahren infolge des Personalabbaus zu beobachtenden Schwierigkeiten in der Preisüberwachung sollten durch Maßnahmen zur Reform der Organisation der Preisüberwachung adressiert werden.

In Analogie zu den in Deutschland vom Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) herausgegebenen Prüfungsstandards sollte die Berufsauffassung der Preisprüfer zu bestimmten prüferischen Fragestellungen und Themen in Form von **Prüfungsstandards** definiert werden. Sie sind daher von Preisüberwachungsstellen bei der Durchführung von Preisprüfungen grundsätzlich zu beachten und erhöhen damit die Qualität der Preisprüfung. Vor dem Hintergrund des Generationswechsels bei den Preisprüfern und der in der Praxis zu beobachtenden Auslegungsspielräume stellen sie die konsistente Anwendung des öffentlichen Preisrechts über einzelne Dienststellen hinweg sicher. Schließlich gibt die Veröffentlichung der von den Preisprüfern verabschiedeten Prüfungsstandards den öffentlichen Auftragnehmern die Chance sich auf die besonderen Erfordernisse einer Einzelauftrags- oder Grundsatzprüfung vorzubereiten. Das bestehende Transparenzgefälle zwischen sich auf Preisprüfertagungen und im Bund-Länder-Ausschuss abstimmenden Preisprüfern auf der einen und öffentlichen Auftragnehmern auf der anderen Seite würde damit vermindert. Eine

stärkere Professionalisierung der Preisprüfung scheint auch im Hinblick auf die Ergebnisse der Preisprüfung, die Prüfberichte ratsam. Die von den Preisüberwachungsstellen erwarteten Dokumentationspflichten sollten in Berichtsstandards eingehen. Hintergrund ist die zuweilen eingeschränkte Nachvollziehbarkeit der gutachterlichen Ergebnisse der Preisprüfung. Es fehlen Begründungen für die Ablehnung, sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach.

Sind sich die Preisüberwachung und die Auftragnehmer bzw. Auftraggeber uneinig, könnte theoretisch die **Preisbildungsstelle** als normale Fachaufsichtsbehörde eingeschaltet werden. Infolge der aufgezeigten praktischen Schwierigkeiten kann die Preisbildungsstelle dieser Aufsichtsfunktion jedoch nicht wirklich gerecht werden. Hier empfiehlt sich die Einrichtung einer **zentralen Schiedsstelle** beim BMWi, die im Sinne einer nach fachlichen Gesichtspunkten gebildeten unabhängigen Instanz die Möglichkeit bietet, in begründeten Einzelfällen mit grundsätzlicher Tragweite die Ergebnisse der Preisprüfung außergerichtlich prüfen zu lassen. Die organisatorisch nah am Verordnungsgeber anzusiedelnde Schiedsstelle soll etwaige Meinungsverschiedenheiten zum preisrechtlichen Gutachten der Preisprüfung sachgerecht lösen. Mit der Funktion der Schiedsstelle würde auch die Rolle des BMWi als zentraler preisrechtlicher Autorität gestärkt. Möglichen verfassungsrechtlichen Bedenken, nach der eine zentrale Schiedsstelle beim BMWi dann Fachaufsichtsbehörde der Preisüberwachungsstellen der Länder würde, könnte u.a. durch die personelle Besetzung und das Aufgabenverständnis des Gremiums entgegengewirkt werden.

Personell könnte sich die Schiedsstelle aus der gleichen Anzahl von Vertretern der Preisprüfer aus den Ländern und den öffentlichen Auftragnehmern sowie einem von beiden Seiten akzeptierten neutralen Dritten zusammensetzen. Die Schiedsstelle bedarf eines hauptamtlichen Mitarbeiters, der die Schlichtungsersuchen einer Vorprüfung unterzieht. Diese Vorprüfung soll die keiner weiteren Prüfung erfordernden klaren Sachverhalte von den echten Streitfällen mit grundsätzlicher Tragweite unterscheiden. Die organisatorische Verankerung der Schiedsstelle beim BMWi würde sicherstellen, dass zentrale Auslegungen des Preisrechts oder der LSP nicht nur im Bund-Länder-Ausschuss „Preisbildung und Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen“ beraten würden. Vielmehr bietet die Schiedsstelle die Chance zur Mitwirkung aller betroffenen Akteure und stellt sicher, dass über den Einzelfall hinausgehende Ergebnisse von grundsätzlicher Tragweite als Auslegung veröffentlicht werden. Damit wäre für alle Beteiligten im öffentlichen Preisrecht ein hohes Maß an Planungssicherheit gewährleistet. Um eine übermäßige Einschaltung der Schiedsstelle auch in offensichtlich ungerechtfertigten Fällen vorzubeugen, sollte die Vorprüfung mit einer festen Prüfungsgebühr und die eigentliche Arbeit der Schiedsstelle mit einer am Streitwert bemessenen prozentualen Gebühr belegt werden. Für den Fall, dass den Preisprüfern weder Unterlagen noch Zutritt gewährt werden, gelten die Bußgeldregelungen als viel zu schwach. Zudem sind die Preisüberwachungsstellen häufig personal schwach besetzt und rechtlich nicht kompetent aufgestellt. Eine solche Zentrale könnte im Sinne eines „fair play“ auch als zentrale Verfolgungsstelle für Bußgeld im Zusammenhang mit Preisprüfungen tätig werden. Als Maßstab für die Aufgaben einer Schiedsstelle könnte das frühere „Review Board“ in Großbritannien dienen, welches als unabhängige Institution für Verteidigungsaufträge zuständig war.³⁴⁴ Es war allein verantwortlich für die Auslegung der anzuerkennenden Kosten und für die Lösung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien.

³⁴⁴ *Aguado-Romero/López-Hernández/Vera-Rios* (Fn. 337), 674.

Die in der Praxis zu beobachtenden Prüfungslatenzen machen geeignete Ansätze zur Sicherstellung zeitnaher Prüfungsergebnisse erforderlich. Zum einen sind verschiedene Maßnahmen zur Beschleunigung der Preisprüfung denkbar, zum anderen sind auch feste Fristen für die Preisprüfung vorstellbar. Als genereller Ansatz bietet sich zunächst einmal eine **Verringerung der Prüfungstiefe** an. Statt einer Vollprüfung über sämtliche Kontenklassen wird im Normalfall auch eine Stichprobenprüfung völlig ausreichen. Dabei sollte die Wesentlichkeit der einzelnen Kostenpositionen eine zentrale Rolle spielen. Beispielsweise sollte man im Selbstkostenbereich keine Materialkostenprüfung zu 100% verlangen, sondern sich mit Stichproben der wesentlichen Elemente begnügen. Von überzogenen Nachweisforderungen wurde insbesondere in Verbindung mit Reisekostenabrechnungen berichtet, obgleich die Reisekosten nur einen Bruchteil der Projektsumme ausmachen. Eine Preisprüfung sollte dem Grundsatz der Wesentlichkeit folgend die zentralen Kostenpositionen des Gesamtauftrags umfassen. Dazu sind unterschiedlich kategorisierte Prüfungsmaßstäbe zu definieren, z.B. nach Auftragsstyp, Kunde, Liefergegenstand, Vertragsregelungen. Zudem müssten dann die Preisüberwachungsstellen analog zur Finanzverwaltung das Recht haben, sich für die Prüfung Aufträge auszuwählen, die lohnend erscheinen.

Mit der hier im Gutachten vorgeschlagenen Stärkung des Marktpreisvorrangs ist ein deutlicher Rückgang der Selbstkostenpreise zu erwarten, so dass zukünftig ein Teil der zeitintensiven Kostenprüfungen entfallen dürfte. Bei Begrenzung der Anwendung der Selbstkostenerstattungspreise auf Fälle, bei denen im Rahmen der Vergabe kein Anbieter aufgrund von Unsicherheit die nachgefragte Leistung zu einem Festpreis anbietet oder das Risiko besteht, dass der Anbieter die Leistung nicht zu diesem Preis erbringen kann, wird vor allem auch der Anteil zeitlich weit entfernt liegender und somit aufwändiger Prüfungen sinken. Schließlich ist zu erwarten, dass die in der Praxis zu beobachtenden Versuche zum Hinauszögern der Vorlage eines Preisprüfungsberichts durch den öffentlichen Auftragnehmer mit der vorgeschlagenen Einrichtung einer Schiedsstelle nachlassen werden. Mit dem Prüfbericht muss der Auftragnehmer bisher befürchten, dass der öffentliche Auftraggeber seine Rückzahlungsansprüche unmittelbar geltend macht. Mit der Schiedsstelle hätte er die Chance auf eine zweite unabhängige Beurteilung des Sachverhalts und könnte daher auf die zuweilen zu beobachtenden Verschleppungstaktiken verzichten. Als zentrale Maßnahme ist sicherlich von Seiten der Bundesländer der seit Jahren fortwährende Personalabbau in der Preisüberwachung zu stoppen und für eine dem Volumen öffentlicher Aufträge angemessene Personalausstattung Sorge zu tragen.

Wenn mittelfristig eine hinreichende Personalausstattung in den Preisüberwachungsstellen gewährleistet ist und der zur Zeit vorhandene Prüfungsrückstau abgebaut wurde sollten sich die beteiligten Akteure auf einen verbindlichen **Prüfungsfahrplan** verständigen. Dieser sollte verbindliche Fristen für die Beantragung von Prüfungen, die Information über eine beabsichtigte Preisprüfung, die Durchführung der Prüfung und die Verjährung der Prüfung umfassen. Gerade bei sich im Zeitablauf regelmäßig wiederholenden, weitgehend identischen Verträgen macht eine zeitnahe Preisprüfung Sinn, da die zeitnahe Rückkopplung den öffentlichen Auftragnehmern die Chance gibt aus Fehlern zu lernen und selbige bei Folgeaufträgen zu vermeiden. Die Prüffristen sollten ähnlich klar geregelt sein wie bisher die Aufbewahrungsfristen von Unterlagen für die Preisprüfung auf der Seite des öffentlichen Auftragnehmers. Dabei hat sich in der Praxis je nach Preistyp ein unterschiedlicher Fristbeginn bewährt.

Analog sollte ein Zusammenhang zwischen den Fristen zur Beauftragung der Prüfung und dem Preistyp bestehen. Ein Marktpreis sollte innerhalb der Kurzpreisprüfung spätestens innerhalb von vier Wochen nach der Auftragserteilung geprüft sein. Der Zeitraum beginnt mit dem Nachweis der Umsatzakten durch den öffentlichen Auftragnehmer bzw. der eingegangenen Konkurrenzangebote durch den öffentlichen Auftraggeber. Die Prüfung der Selbstkostenfestpreise sollte spätestens innerhalb von drei Monaten nach der Auftragserteilung erfolgen. Die Frist beginnt mit der vollständigen Bereitstellung der Kalkulationsunterlagen durch den Auftragnehmer. Gleiches gilt für den Selbstkostenrichtpreis, der spätestens drei Monate nach Umwandlung geprüft sein sollte mit einem analogen Fristbeginn. Schließlich sollte die Prüfung des Selbstkostenerstattungspreises spätestens bis zum Jahresende des Folgejahres nach Projektende abgeschlossen sein. Liegt eine Information über ein Prüfungsersuchen des Auftraggebers vor, so ist dies dem öffentlichen Auftragnehmer binnen vier Wochen zu kommunizieren. Von diesen Fristen bleibt das Recht auf Initiativprüfung durch die Preisprüfung unberührt. Diese Verbindlichkeit ist allerdings auch von den öffentlichen Auftragnehmern einzufordern, so dass die Fristen mit der vollständigen Einreichung der für die Prüfung erforderlichen Unterlagen zu laufen beginnen sollten.

Über die konkreten Maßnahmen zur Reform und Modernisierung der Preisprüfung hinaus sollte der Verordnungsgeber auch zukünftig die **Preisüberwachung als neutrale Instanz stärken**. Hierzu sollen konkret keine Maßnahmen vorgeschlagen werden, allerdings wird ein Prüfauftrag für gegenwärtige organisatorische Ausgestaltungen ausgesprochen, die möglicherweise der Neutralität der Preisprüfung entgegenstehen. Dies betrifft zum einen die Zuordnung zu den Bundesländern und zum anderen die Ressortvereinbarung.

Die ursprüngliche Einrichtung der Preisüberwachungsstellen bei den Ländern entsprach der Idee, einer Mittlerstellung der Länder zwischen Bund als Auftraggeber und der Wirtschaft als Auftragnehmer. Infolge der zahlreichen Privatisierungen im Gemeindebereich nehmen die Regierungspräsidien aber inzwischen eine Doppelstellung wahr. Sie haben zum einen die Kommunalaufsicht inne und kontrollieren damit die Gemeinden als Auftraggeber, sie sollen zum anderen aber bei der Preisüberwachung neutral sein. Insbesondere in Einzelfällen, in denen die Gemeinde unter Haushaltssicherung steht und zugleich über kommunale Gesellschaften über die Gewinnbeteiligung am öffentlichen Auftrag partizipiert, ist der Interessenkonflikt evident. Demzufolge haben Länderinteressen zuweilen bei den Preisüberwachungsstellen Vorrang vor den Prüfungen des Bundes. Dies zeigen auch die erheblichen zeitlichen Verzögerungen bei nachkalkulatorischen Grundsatzprüfungen, deren Ergebnisse dem Verteidigungsbereich zum Zeitpunkt einer Einzelauftragsprüfung vorliegen sollten. Die zeitnahe Wahrnehmung der hoheitlichen Preisprüfung für Aufträge mit hohem Bundesinteresse ist gegenwärtig bei den Ländern nur unzureichend gesichert.

Im Rahmen eines weiterführenden Gutachtens wären auch unter Berücksichtigung eventueller verfassungsrechtlicher Bedenken mögliche Organisationsalternativen im Hinblick auf ihren Beitrag zur Stärkung der Neutralität der Preisüberwachung zu analysieren. Möglicherweise könnte es sinnvoll sein, die Preisprüfer aus der Hierarchie der Regierungspräsidenten herauszunehmen und sie einer von den Ländern gemeinsam zu unterhaltenden neutralen „Preisprüfbehörde“ mit Außenstellen zuzuordnen. Als Vergleichsmaßstab für eine mögliche zukünftige organisatorische Verankerung könnte die Unabhängigkeit der Betriebsprüfer in der Finanzverwaltung dienen. Womöglich wäre auch eine Zuordnung zu bestehenden Einrichtungen zu überdenken, insbesondere zu den für die externe Finanzkontrolle verantwortlichen Rechnungshöfen von Bund und Ländern.

Mit der Grundintention des Interessenausgleichs im öffentlichen Preisrecht erscheint es nur schwer vereinbar, dass der Auftraggeber zugleich auch Preisprüfer ist. Eine solche Vermengung sieht die Ressortvereinbarung mit den vertraglichen Preisprüfrechten des BAIINBw gerade vor. Dem BAIINBw obliegt vornehmlich die vorkalkulatorische Prüfung von Selbstkostenfestpreisen. Auch wenn der Prüfer die zugrundeliegenden Sachverhalte aus eigener Sicht selbstständig beurteilen wird, widerspricht es grundsätzlich der Schutzfunktion von Auftraggeber und -nehmer, dass in der Praxis Auftragsverhandlungen und Preisprüfungen miteinander vermischt werden. In den Expertengesprächen wurde die daraus resultierende Unausgewogenheit in der Auslegung der LSP deutlich zum Ausdruck gebracht. Entgegen der originären Intention der Verordnung finden weder der Marktpreisvorrang noch der Vorrang von festen Preisen konsequente Anwendung. Idealtypisch sollte das Recht zur Preisprüfung ausschließlich einer unabhängigen Stelle, konkret den eine Neutralität der Preisprüfung gewährleistenden Preisüberwachungsstellen, übertragen werden. Insofern ist seitens des BMWi eine weitere Verlängerung der Ressortvereinbarung kritisch zu prüfen.

Voraussetzung für eine Aufgabe vertraglicher Preisprüfrechte wäre aber eine deutliche Aufstockung der personellen Kapazitäten in den Preisüberwachungsstellen der Länder. In Ergänzung ließen sich die beim BAIINBw beschäftigten Preisprüfer in die Strukturen der regulären Preisüberwachungsstellen integrieren. Sie wären aus dem eigentlichen Verhandlungsprozess rausgenommen und würden allein dem neutralen Auftrag des öffentlichen Preisrechts aber nicht mehr ihrem Dienstherrn als Auftraggeber verpflichtet sein. Inhaltlich könnten sie sich weiterhin auf den Prüfungsschwerpunkt Wehrtechnik konzentrieren. Generell scheint es erstrebenswert innerhalb der Struktur der Preisüberwachungsstellen neben dem regionalen Aufbau **fachliche Schwerpunktsetzungen** vorzunehmen. Dies könnte neben der Wehrtechnik für weitere zentrale Anwendungsbereiche wie die Zuwendungen im Bereich Forschung und Entwicklung sinnvoll sein. Möglicherweise wäre auch eine Spezialisierung auf bestimmte Preistypen interessant. Insbesondere in Verbindung mit den hier vorgeschlagenen Veränderungen zugunsten eines konsequenteren Marktpreisvorrangs würden spezielle Kapazitäten für eine zeitnahe Kurzpreisprüfung Sinn machen. Die Integration der Prüfer des BAIINBw hätte weiterhin den Vorteil, dass die Preisüberwachungsstellen mit ihrer vornehmlich kaufmännischen Prüfungskompetenz auf entsprechend technisch qualifizierte Mitarbeiter zugreifen könnten. Gegenwärtig fehlt dort das Know-how für eine technische Preisprüfung und könnte bei einem Personalwechsel aufgebaut werden. Eine **technische Qualifizierung** erscheint dort vor allem zur Validierung des Mengengerüsts von Aufträgen wichtig.

Die technische Qualifizierung betrifft aber nicht nur den Aufbau technischer Prüfungskompetenz, sondern auch die Bereitstellung und Zulassung technisch unterstützter Prüfmittel in der Preisprüfung. Gerade bei einer weitergehenden Spezialisierung innerhalb der Preisprüferschaft scheint es ratsam, die technische Vernetzung der Prüfer untereinander auszubauen. Dann könnte die lokal verantwortliche Preisprüfung im Rahmen der Prüfung vor Ort auf das Know-how der Schwerpunktstellen zurückgreifen. Generell sind in dem Zusammenhang auch die eingesetzten Arbeitsmethoden der fortgeschrittenen technischen Entwicklung anzupassen. Ähnlich wie in der Betriebsprüfung die eigens für die Finanzverwaltung weiterentwickelte Prüfsoftware IDEA zum Einsatz kommt, könnte gleichermaßen die Prüfung vermehrt softwaregestützt erfolgen. So wäre vorstellbar, dass sich der Preisprüfer für die Prüfungszwecke auf das ERP-System des

Unternehmens zuschalten kann und sich damit im System die Kostenpositionen anzeigen lässt, ohne auf eine eigens für die Preisprüfung aufbereitete Sekundärunterlagen zurückgreifen zu müssen.

4. Ausrichtung der LSP auf Dienstleistungen

Bei den LSP wurde ihre mangelnde Ausrichtung auf Dienstleister kritisiert. Zur Behebung dieser Schwierigkeiten wird eine Anpassung der Kalkulationsschemata und der Gewinnbemessung auf Dienstleistungen angeregt. Zentral wäre sicherlich die Entwicklung eines **vereinfachten Kalkulationsschemas**, welches den Kostenstrukturen moderner Dienstleister besser gerecht wird. So fallen bei IT-Dienstleistungen vornehmlich Personalkosten und Fremdleistungen an. Besonders wissensbasierte Dienstleistungen weisen einen hohen Personalkostenblock auf, so dass deren Berechnung auf Basis von Mitarbeiterstundensätzen eine besondere Rolle spielt. Die LSP sehen derweil keine konkreten Kalkulationsvorschriften hierzu vor, als Maßstab dienen lediglich Auslegungen in den einschlägigen Kommentierungen zu den einer wirtschaftlichen Betriebsführung entsprechenden Auslastungsgraden. Dies führt in der Anwender- und Prüfpraxis zu Unsicherheiten seitens der Berechnung der Basisbeschäftigung. Die in der Praxis zu beobachtenden unterschiedlichen Herangehensweisen³⁴⁵ bedingen gravierende Unterschiede in der Berechnung der Mitarbeiterstundensätze und somit letztlich auch der Selbstkostenpreise. Demgegenüber gibt es in der pauschalierten Abrechnung für Zuwendungen für die Ermittlung der anzusetzenden Jahresstundenkapazität eine klare Vorgabe der Berechnungsmethodik. Darauf aufbauend sollte gemeinsam von Preisprüfern und öffentlichen Auftragnehmern ein vereinfachtes Kalkulationsschemata für Dienstleistungsaufträge bzw. Musterberichte für Dienstleister entwickelt werden, welche als Durchführungsbestimmungen zu den LSP verbindlich zu verankern sind.

Für die Berechnung eines angemessenen Gewinns bedarf es keinerlei Änderung der VO, da selbige für die Bemessung des allgemeinen Unternehmerwagnisses verschiedene Möglichkeiten offen lässt und mit der Bemessung in einem Hundertsatz vom Umsatz ein für Dienstleister geeigneter Ansatz vorliegt. Allerdings wäre eine Klarstellung im Rahmen einer Ausführungsbestimmung für die Praxis hilfreich. Analog zur BRH-Klausel, nach der sich bei einer Erhöhung der jährlichen Umschlagshäufigkeit des betriebsnotwendigen Vermögens der Gewinnsatz auf die Nettoselbstkosten vermindert, ließe sich eine mit zunehmendem Dienstleistungsanteil gestaffelte Progression des Gewinnsatzes auf den Personalkostenanteil vorstellen.

5. Orientierung an der handelsrechtlichen Rechnungslegung

Bei den Anwendungsproblemen wurde insbesondere die abweichende Anerkennung von Kostenpositionen gegenüber dem Handelsrecht kritisiert. Ein preisrechtlicher Sonderweg sollte zukünftig nur noch in begründeten Ausnahmefällen möglich sein. Eine solche Beurteilung der verschiedenen Bewertungsvorschriften für Pensionsrückstellungen zeigt, dass die Berücksichtigung der Pensionsrückstellungen gemäß HGB n.F. die relevanten Grundsätze der LSP, den Grundsatz zur Führung eines geordneten Rechnungswesens, den Grundsatz der verursachungsgerechten

³⁴⁵ Nach Georgi (Fn. 172), S. 235 werden Auslastungsgrade zwischen 50% und annähernd 100 % als adäquat anerkannt.

Kostenzuordnung sowie den Grundsatz der angemessenen Kosten unter wirtschaftlicher Betriebsführung, am besten erfüllt.³⁴⁶

Die hier vertretene Anerkennung von Pensionsrückstellungen nach den Vorgaben des HGB steht im Widerspruch zur gegenwärtigen Praxis der Preisprüfung und der vom Bund-Länder-Ausschuss „Preisbildung und Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen“ vertretenen Auffassung. Aus Sicht des BMWi lassen die Grundsätze der VO/PR Nr. 30/53 eine vorweggenommene Berücksichtigung zukünftiger, erwarteter Kosten wegen deren unsicheren Charakters nicht zu.³⁴⁷ Ein schwerwiegender Grund für die Spreizung zwischen Handels- und Preisrecht ist bei den Pensionsrückstellungen jedoch nicht zu erkennen. Im Gegenteil: Wird doch ein relevanter Eckpfeiler der LSP, der Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung, weitaus besser mit der Bewertung nach neuem HGB erfüllt. Die für DAX-Konzerne berechneten mittleren Gehalts- bzw. Rententrends in Höhe von 1,25 % bis 4,18 % bzw. von 1 % bis 3,8 % jährlich werden der Auffassung des BMWi folgend preis- und steuerrechtlich erst im Falle der Beförderung berücksichtigt, damit in der Regel nicht perioden- und verursachungsgerecht. Das neue HGB hingegen ordnet die zu erwartenden Kosten auf Basis des mittleren zukünftigen Karrierepfades sauber dem Zeitpunkt des Ressourcenverbrauchs zu. Abweichungen von den handelsrechtlichen Ansätzen sollten zukünftig nur in Ausnahmefällen zugelassen werden, wenn sie mittels der zentralen Grundsätze des öffentlichen Preisrechts klar zu begründen sind.

Die Höhe der Pensionsrückstellungen strahlt dabei auf viele Bereiche ab, da sie als Personalkosten typischerweise in die Ermittlung von Stunden- und Zuschlagsätzen eingehen. Generell spielen die auf dem externen Rechnungswesen basierenden Vorschriften eine elementare Rolle für die Verrechnungssätze. Insofern führt eine Orientierung an den handelsrechtlichen Vorschriften zu einer deutlichen Arbeitserleichterung bei den öffentlichen Auftragnehmern. Die zusätzliche Ermittlung preisrechtskonformer Stundenverrechnungssätze kann entweder vollständig entfallen oder gestaltet sich deutlich einfacher. Gerade den wenig mit dem Preisrecht vertrauten mittelständischen Unternehmen würde eine Anlehnung an das ihnen bekannte Handelsrecht helfen. Die z.T. aufwändigen Überleitungsrechnungen vom handelsrechtlichen Gewinn zur preisrechtlichen Kostenrechnung würden dann zwar nicht entfallen, aber deutlich einfacher werden.

Für die Zukunft sollte das Handelsrecht als zentraler Maßstab für die preisrechtliche Bewertung dienen. Dies ist gegenwärtig ja bereits bei der Bestimmung der Höhe kalkulatorischer Abschreibungen der Fall, deren Bemessungsgrundlage die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten sind. Diese Ausrichtung betrifft verschiedenste Kostenpositionen, neben den Pensionsrückstellungen auch die Höhe der kalkulatorischen Zinsen. Mittelfristig würde es bei einer gleichzeitigen Anpassung der Gewinnbemessung auch auf die Fremdkapitalzinsen und die Factoringkosten ausstrahlen können.

Die grundsätzliche Orientierung am Handelsrecht sollte auch die Abzinsungsfaktoren der Pensionsrückstellungen einschließen. Mit den dortigen Zinssätzen hat man ein transparentes und

³⁴⁶ Vgl. *Strickmann*, Preiskalkulation nach den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten. Herleitung einer normativen Handlungsempfehlung zum Umgang mit den preisrechtlichen Implikationen verschiedener Rechnungslegungskonzeptionen, 2012, S. 201.

³⁴⁷ Vgl. Schreiben des BMWi an den BDI vom 26.05.2014 betreff „Preisrechtliche Berücksichtigung von Zuführungen zu Pensionsrückstellungen“.

objektives Maß zur Bemessung der **Höhe der kalkulatorischen Zinsen**. Die Orientierung an den für Pensionsrückstellungen geltenden Durchschnittszinssatz der vergangenen sieben Jahre für einen Anlagehorizont von 15 Jahren verspricht realistischere Werte als die gegenwärtige Praxis. Die Festsetzung der Höchstzinssatzes für die kalkulatorischen Zinsen durch das BMWi in Höhe von 6,5% folgt nicht den aktuellen Entwicklungen am Kapitalmarkt. In der gegenwärtigen Niedrigzinsphase erscheint dieser maximal mögliche Zinssatz von 6,5% für kalkulatorische Zinsen überhöht. Umgekehrt würde die Anlehnung an den von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Zinssatz dafür sorgen, dass in Zeiten hoher Zinsen den öffentlichen Auftragnehmern auch der Gesamtlage auf dem Kapitalmarkt angemessene Zinssätze eingeräumt würden. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen würde eine Orientierung an den Referenzzinssätzen der Bundesbank den Marktverhältnissen deutlich gerechter werden. Eine ähnliche Empfehlung, die Bindung der kalkulatorischen Zinsen des LSP an einen langfristigen Marktzinssatz, wurde übrigens bereits 2005 in einem vom ZEW für das BMF erstellten Gutachten ausgesprochen.³⁴⁸

Vom Charakter entspricht die Höhe der kalkulatorischen Zinsen dabei der Bestimmung des risikolosen Basiszinssatzes. Hierbei handelt es sich nicht um einen marktüblichen Eigenkapitalzinssatz. Dazu wäre gemäß dem CAPM-Modell noch die mit dem unternehmensspezifischen Beta-Faktor gewichtete Marktrisikoprämie hinzuzuaddieren. Davon zu trennen ist gemäß LSP Nr. 51 die Möglichkeit für Auftragnehmer einen kalkulatorischen Gewinn zur Abgeltung seines Unternehmerwagnisses und einen eventuellen Leistungsgewinn anzusetzen. Bei der Bestimmung der Höhe des Gewinns nach Nr. 52 LSP lassen sich Hinweise auf Anwendungsprobleme identifizieren, da unterschiedliche Interpretationen zu gerichtlichen Auseinandersetzungen ohne allgemeingültige Lösungen führten.³⁴⁹ Die Ermittlung der korrekten Gewinnhöhe wird zuweilen als komplex eingestuft und führte wiederholt zu Konflikten in der Preisprüfung. Zwar nutzten Unternehmen der Wehrtechnik überwiegend die sogenannte „Bonner-Formel“³⁵⁰ zur Gewinnermittlung, jedoch lassen sich selbst bei Anwendung dieser konkreten Ermittlungsvorgabe Unklarheiten und abweichende Interpretationen beobachten. Generell sollte bei der Bemessung des allgemeinen Unternehmerwagnisses weniger auf die Anlagenintensität und stärker auf die eigene Wertschöpfung, auf die Risikosituation (Fest- versus Erstattungspreis) sowie auf branchentypische Renditen Bezug genommen werden. Der Ansatz von kalkulatorischen Zinsen in Höhe eines Basiszinssatzes wäre ein guter Einstieg in eine sich an die marktübliche Eigenkapitalverzinsung anlehrende moderne Variante zur Bestimmung eines preisrechtlich angemessenen Gewinns.³⁵¹

Im Zuge einer möglichen Neujustierung der Gewinnbemessung würde bei einer weitergehenden Orientierung an der handelsrechtlichen Anerkennung von Kosten auch die Trennung zwischen Eigen- und Fremdkapitalverzinsung zu prüfen sein. Dies entspräche dem für die LSP zentralen Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung. Dieser besagt, dass nur die Kosten

³⁴⁸ Vgl. *Meitner/Westerheide*, Problematik der kalkulatorischen Zinsen im Rahmen öffentlicher Aufträge, 2005, S. 64.

³⁴⁹ Vgl. *Hövelborn*, Angemessener Gewinnaufschlag von Entsorgungsunternehmen bei öffentlichen Aufträgen zu Selbstkosten, 2014, S. 61.

³⁵⁰ Hierbei handelt es sich um eine mathematische Formel, welche vor allem im Rüstungsbereich konkrete Vorgaben zur Ermittlung des Gewinns festlegt, vgl. und weitere Ausführungen siehe *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann* (Fn. 3), Nr. 52 LSP Rn. 8.

³⁵¹ Vgl. dazu *Hövelborn* (Fn. 349).

geltend gemacht werden dürfen, die aufgrund der Leistungserstellung in der zugrunde liegenden Periode entstanden sind. Die Anerkennung der tatsächlich angefallenen Finanzierungskosten dürfte diesem Prinzip weitaus besser gerecht werden als der Ansatz mit einem kalkulatorischen Zinssatz. Maßgeblich für die Verzinsung des eingesetzten Fremdkapitals wären dann die **tatsächlich angefallenen Fremdkapitalkosten** des Unternehmens. Dazu wäre der auf das Fremdkapital entfallende Anteil des betriebsnotwendigen Kapitals mit dem aktuell entrichteten Durchschnittssatz des Unternehmens für Fremdkapital zu bewerten. Damit werden mögliche Verluste oder auch Gewinne bei abweichenden unternehmensindividuellen Finanzierungsbedingungen gegenüber der Berechnung der kalkulatorischen Zinsen auf Basis der Abzinsungsfaktoren der Deutschen Bundesbank vermieden. Dabei würde der allgemeine Grundsatz der wirtschaftlichen Betriebsführung eine tatsächlich unwirtschaftliche Kreditfinanzierung begrenzen, so dass vom öffentlichen Auftraggeber keine überhöhten Finanzierungskosten zu übernehmen sind.

Das Abstellen auf die tatsächlich gezahlten Fremdkapitalzinsen würde ein weiteres Problem lösen, das der **Factoringkosten**. Gerade im Mittelstand steigt die Bedeutung neuer Finanzierungsformen zur Sicherung der (kurzfristigen) Liquidität. Ein solches Instrument stellt das Factoring – also der Verkauf von Forderungen – dar.³⁵² Die Kosten des Factorings teilen sich in eine Zinskomponente für die vorzeitige Bereitstellung liquider Mittel sowie eine Gebührenkomponente für den administrativen Aufwand des Forderungskäufers.³⁵³ Bisher muss die Frage nach einem möglichen Ansatz von Factoringkosten in der Kalkulation eines öffentlichen Auftrags im Einzelfall zwischen Auftragnehmer und Preisprüfer verhandelt werden. Hierbei vertreten die Preisprüfer die Ansicht, dass die Factoringkosten in voller Höhe nicht ansatzfähig sind, diese wären bereits über die kalkulatorischen Zinsen mit abgegolten. Aus Sicht der KMU wird die Gebührenkomponente nicht über die kalkulatorischen Zinsen abgedeckt und müsse daher kostenmäßig berücksichtigt werden. Bei einem Wegfall der kalkulatorischen Zinsen auf das Fremdkapital wäre zukünftig der Ansatz der Factoringkosten in voller Höhe unstrittig.

Schließlich wäre bei dem Gesamtpaket Gewinnbemessung bei gleichzeitiger stärkerer Orientierung an den handelsrechtlichen Ansätzen ebenso der Umfang der **kalkulatorischen Gewerbe-ertragsteuer** auf den Prüfstand zu stellen. Nach Nr. 30 LSP ist die Gewerbeertragsteuer eine Kostensteuer und darf daher in der Selbstkostenpreiskalkulation angesetzt werden. Echten Kostencharakter hat dabei aber nur der auf den ergebnisunabhängigen Anteil zurückzuführende Steuerbetrag, z.B. durch die Zahlung von Mieten, Pachtentgelten und Leasingzahlungen. Ansonsten besteuert die Gewerbeertragsteuer den Unternehmenserfolg und ist entsprechend auch als Gewinnsteuer zu verstehen. Nach dem Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung sollte nur der Anteil mit Substanzbesteuerung, der eindeutig Kostencharakter besitzt, anerkannt werden. Es sei aber abschließend noch einmal betont, dass diese erweiterten Vorschläge zur stärkeren Anlehnung an das Handelsrecht nur im Zusammenhang mit einer gleichzeitigen ergebnisneutralen Anpassung der Gewinnbemessung zu empfehlen sind.

Mit der grundsätzlichen Orientierung an den Ansätzen der externen Rechnungslegung stellen sich vor dem Hintergrund der globalisierten Wirtschaft weitergehende Fragen. Dies betrifft zum einen

³⁵² Vgl. *Schäfer/Eckert*, in: Horváth (Hrsg.), *Finanz-Controlling*, 2011, S. 115.

³⁵³ Vgl. *Perridon/Steiner*, *Finanzwirtschaft der Unternehmung*, 14. Aufl. 2007, S. 435.

nationale und internationale Verrechnungspreise, die sich nicht immer als kompatibel zum Preisrecht erweisen. Hier ist zu überprüfen, inwieweit die Verrechnungspreisrichtlinie im Preisrecht stärker der nationalen und internationalen Steuergesetzgebung folgen könnte. Zum anderen berührt die Angleichung die für ausländische Auftragnehmer vorgeschriebenen Rechnungslegungssysteme wie US-GAAP. In Verbindung mit der Harmonisierung der internationalen Rechnungslegungsstandards und der vermehrten Anerkennung handelsrechtlicher Ansätze im Preisrecht ergäbe sich die Chance mit leichten Anpassungen auch aus anderen Rechnungslegungssystemen stammende Wertansätze zu übernehmen. Ähnlich wie der US-amerikanische öffentliche Auftraggeber Prüfergebnisse der Preisüberwachungsstellen bei deutschen Auftragnehmern auf Basis hiesiger LSP anerkennt und dann für die zentralen Unterschiede zwischen dem Preisrecht beider Länder Anpassungen vornimmt, könnten vereinfacht die Wertansätze der US-GAAP als Prüfbasis übernommen werden. Diese Wertansätze würden mittels wesentlicher Überleitungen von US-GAAP auf die deutschen Verhältnisse angepasst. Dies würde die Preisprüfung bei Auftragnehmern mit einem ausländischen Mutterkonzern für selbige erleichtern. Zudem dürfte es die Akzeptanz von Preisprüfungen bei ausländischen Auftragnehmern erhöhen, bei denen sich bekanntlich das Preisprüfungsersuchen hoheitlich nicht durchsetzen lässt.

6. Angemessene Berücksichtigung moderner Beschaffungskonzepte

Im Hinblick auf moderne Ansätze der Beschaffung ist die mangelnde Berücksichtigung langfristiger Verträge, hoher Unterauftragnehmerleistungen und von Leistungsanreizen bemängelt worden. Der Vielfalt der Beschaffungskonzepte sollte entsprechend auch in der Auslegung der VO Rechnung getragen werden.

Zukünftig sollten **Arbeitsanweisungen für Dauerschuldverhältnisse** eine verbindliche Regelung treffen. Gerade bei langfristigen Aufträgen und den dafür erforderlichen Investitionen spielt der Aspekt Planungssicherheit eine zentrale Rolle. Der Prüfungszeitraum sollte sich daher grob an der Auftragsdauer orientieren. So könnte bei Dauerschuldverhältnissen der einmal preisrechtlich geprüfte Selbstkostenfestpreis oder möglicherweise zukünftig vereinbarte feste Preis mittels vereinbarter Preisgleitklauseln gemäß den gesetzlichen Vorschriften für Preisgleitungen auch über einen Zeitraum von drei bis maximal fünf Jahren fortgeschrieben werden. In ersterem Fall erscheint es aus preisrechtlicher Perspektive ausreichend, den Selbstkostenfestpreis einmal behördlich zu prüfen und dann für den Zeitraum nur noch die Preisgleitung und bei Mengenwachstum mögliche Produktivitätsfortschritte zu überwachen. Nach Ablauf dieses Zeitraums wäre dann eine wiederholte Preisprüfung vorzunehmen. Damit würde man sich für Dauerschuldverhältnisse dem zeitlichen Turnus der Grundsatzprüfung annähern, was durchaus der Kontinuität dieses öffentlichen Auftrags gerecht wird. Im Falle der Überbeschäftigung sollten bei Dauerschuldverhältnissen Verfahren der Teilkostenrechnung anerkannt werden.

Bei der Anwendung des Preisrechts auf **mittelbare Leistungen** ist die Frage zentral, in welchem Ausmaß die Unteraufträge verpflichtend in die Preisprüfung einbezogen werden sollten. Dem berechtigten Ansinnen nach einer Prüfung der Kosten mittelbarer Aufträge, stehen die damit verbundenen erheblichen Bürokratiekosten gegenüber. Generell ist davon auszugehen, dass der Hauptauftragnehmer an einer wirtschaftlichen Leistungserbringung durch seine Lieferanten interessiert ist. Demzufolge wird er sein Ermessen zur vertraglichen Weitergabe des Preisrechts auf Unteraufträge sicherlich zielsetzungsgerecht nutzen. Hier geht es vor allem darum, den als „Flucht

aus dem Preisrecht“ titulierten offensichtlichen Missbrauch einzugrenzen. Dafür erscheint eine Wertgrenze in Höhe von 80% im Verhältnis zum originären öffentlichen Auftrag angemessen. Konkret bedeutet dies, dass wenn ein einzelner Unterauftrag mehr als 80% des ursprünglichen Anteils am Auftragsvolumen umfasst, dieser zwingend dem Preisrecht unterliegt. Sollte für den Unterauftragnehmer kein Wettbewerbspreis oder betriebssubjektiver Marktpreis zustande gekommen sein, wären dann im Falle eines Selbstkostenpreises auch die Kosten des Unterauftragnehmers entsprechend den LSP zu kalkulieren. Andernfalls könnte das Gros der Kosten nicht hinsichtlich ihrer Angemessenheit beurteilt werden, vielmehr müsste die Rechnung des Unterauftragnehmers als Fremdleistungskosten pauschal anerkannt werden. Sollten die Unteraufträge über mehrere Stufen vergeben werden, sollte die 80%-Wertgrenze bezogen auf den originären Auftrag weitergelten. Das Preisrecht würde damit ggfs. über mehrere Stufen von Unterauftragnehmern weitergereicht werden, solange der Anteil am originären Auftragswert wesentlich ist. Faktisch aber wird infolge dieser hohen Wertgrenze nur bei einem Glied der Wertschöpfungskette intensiv geprüft. Gegenüber dem Fall einer integrierten Fertigung würden die Prüfung somit bei dieser verschachtelten Leistungserbringung keine höheren bürokratischen Lasten verursachen. Auf Basis der in der Prüfungspraxis gesammelten Erfahrungen sollte man diese Wertgrenze sicherlich im Zeitablauf überprüfen, inwieweit sie zwischen den beiden Zielen Senkung der Bürokratiekosten und Vermeidung von Umgehungstatbeständen gerecht austariert ist.

Schließlich sollten zukünftig auch **Anreizsysteme** wie das „Performance Based Contracting“ innerhalb der LSP abgebildet werden können. Diese verknüpfen Leistungskriterien mit angepassten Bonus-/Malusregelungen bei der Vergütung.³⁵⁴ Eine solche Incentivierung könnte insbesondere bei Selbstkostenerstattungspreisen Sinn machen, da diese eher „das Kosten machen“ belohnen. Das Ziel, durch einfachere Regelungen das Anreizelement zu stärken, könnte vor allem durch eine überarbeitete Handhabung der Gutschriften und Nebenerträge des betriebsnotwendigen Kapitals erreicht werden. Bisher ist die Erwirtschaftung hoher Nebenerträge infolge der Verrechnung mit den kalkulatorischen Zinsen auf das betriebsnotwendige Kapital für den öffentlichen Auftragnehmer uninteressant. Die Nebenerträge werden bis zur Gesamtsumme der kalkulatorischen Zinsen dort als Gutschrift verrechnet, erst der übersteigende Teil der Nebenerträge verbleibt dem öffentlichen Auftragnehmer. Aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers tragen hohe Nebenerträge über die Verrechnung zur Senkung seiner Kosten bei. Eine anteilige Partizipation des Auftragnehmers im Sinne eines „profit sharing“ würde zu einer Anreizsymmetrie zwischen den beiden Vertragspartnern führen. Dabei kann man sich an der Aufteilung der Ersparnisse orientieren, die Zulieferer und Abnehmer bei der Offenlegung von Kosteninformationen und gemeinsamen Kostensenkungsmaßnahmen vornehmen. Erfahrungswerte zeigen, dass beim interorganisationalen Kostenmanagement im Durchschnitt ein Anteil von 20-30% der Gesamtersparnis an die Zulieferer geht.³⁵⁵ Bei einer analogen Anwendung bei öffentlichen Aufträgen würden die Nebenerträge nur zu ca. 75% mit den kalkulatorischen Zinsen verrechnet. Allerdings ist eine anteilige Partizipation an den Nebenerträgen nur dann möglich, wenn der Grundsatz der wirtschaftlichen Betriebsführung durch den öffentlichen Auftragnehmer bereits erfüllt ist.

³⁵⁴ Vgl. zum Erfordernis von Anreizsystemen bei wehrtechnischen Aufträgen *KPMG/P3 Group/TaylorWessing* (2014): Umfassende Bestandsaufnahme und Risikoanalyse zentraler Rüstungsprojekte: Exzerpt 20.09.2014.

³⁵⁵ Vgl. *Hoffjan/Lühns*, (FN 105), S. 8.

Bei einer Betrachtung der Regelungen im benachbarten europäischen Ausland finden sich verstärkt Anreizelemente. So sollen die für Großbritannien maßgeblichen *Single Source Pricing Regulations* zukünftig noch stärker Aspekte der Wirtschaftlichkeit belohnen.³⁵⁶ Erstens sollten Effizienzziele in den ursprünglichen Preis eingebettet werden. Zweitens sollten Auftraggeber die aktuelle Kostenentwicklung und Kostenvorhersagen beobachten können, so dass sie sich frühzeitig bei dem Auftragnehmer einschalten können, um Kostenanstiegen zu begegnen. Drittens sollten Auftragnehmer starke Anreize haben eine größere Effizienz zu erreichen. Daher sollte das neue Regime Wirtschaftlichkeitssteigerungen noch stärker belohnen als das gegenwärtig bei britischen Rüstungsaufträgen gültige *Profit Sharing*. Dieses greift sobald die tatsächlichen Profite die vereinbarten Profite um mehr als 5% des Vertragspreises überschreiten. Drei Viertel der Überschreitung gehen zurück an den Auftraggeber, ein Viertel verbleibt beim Auftragnehmer. Zur Verbesserung der Anreize wird empfohlen, die Grenze für das *Profit Sharing* auf 10-15% anzuheben und danach die Mehrerlöse hälftig aufzuteilen.³⁵⁷ Mit diesem Anreizsystem gehen aber umfassendere Prüfrechte einher. In Großbritannien können Festpreise im Rahmen des *Post-Costing* noch geprüft werden. Beim *Post-Costing* werden die Ist-Kosten eines Vertrags mit den ursprünglich vereinbarten Kosten zum Zeitpunkt der Preisfindung verglichen.

Ein weiteres Beispiel für die Umsetzung moderner Anreizsysteme bei öffentlichen Auftraggebern stellt der niederländische Ansatz des „gain sharing“ dar. Dabei handelt es sich um einen in Rahmenverträgen vereinbarten gemeinsamen Fonds, der aus Rationalisierungsgewinnen gespeist wird. Die Mittel dieses Fonds werden für Entwicklungen oder besondere Aufwendungen eingesetzt, z.B. Kosten für Nachentwicklungen weil die Kosten des laufenden Unterhalts zu hoch ausgefallen sind. Von den Ersparnissen profitieren somit Auftragnehmer wie auch -geber.

Die Anreizsysteme in anderen NATO-Ländern dürfen jedoch nicht isoliert betrachtet werden. In der Regel korrespondiert ihre Ausgestaltung mit erheblichen Unterschieden bei der Anerkennung spezifischer Kostenkategorien, insbesondere Zinsen und Finanzierungskosten, sowie einer großen Bandbreite bei der Behandlung des Gewinnelements.³⁵⁸ Große Unterschiede zeigen sich bei der Behandlung von Zinsen und Finanzierungskosten. Sieben Länder, darunter auch Frankreich, behandeln sie als normale Kosten. Acht Länder, darunter Deutschland, Italien und in Teilen die USA, berechnen kalkulatorische Kosten. Zehn Länder, darunter Großbritannien und in Teilen die USA, erkennen sie als Kosten nicht an, aber decken sie aus dem kalkulierten bzw. verhandelten Gewinn. Zudem setzt sich der Basisgewinn typischerweise aus verschiedenen Einzelkomponenten zusammen, die zum Teil Anreizcharakter entfalten. Dies soll nachfolgend am Beispiel Großbritanniens dargestellt werden.

In Großbritannien umfasst der Gewinn bei nicht-wettbewerbsorientierten Aufträgen drei Komponenten:³⁵⁹ (1) Eine Anrechnung für die Bereitstellung des Anlagevermögens (*Fixed Capital*

³⁵⁶ Vgl. Currie (Fn. 186). Die Verabschiedung der *Single Source Pricing Regulations* erfolgte Ende 2014 als 2014 No. 3337. Siehe dazu auch <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/3337/made>

³⁵⁷ Vgl. Currie (Fn. 186), S. 30

³⁵⁸ Vgl. Bertrand/Campbell/Munk (Fn. 170).

³⁵⁹ Vgl. Aguado-Romero/López-Hernández/Vera-Rios (Fn. 337), 664 f.

Servicing Allowance), im laufenden Jahr 2015 in Höhe von 5,94%.³⁶⁰ (2) Eine Anrechnung für die Bereitstellung von Umlaufvermögen (*Working Capital Servicing Allowance*), zur Zeit in Höhe von 1,72% für ein positives bzw. 1,03% für ein negatives Working Capital. (3) Eine Basisprofitrate (*Baseline Profit Rate*). Dazu wird auf Basis der durchschnittlichen Rendite eines repräsentativen Sample britischer Unternehmen eine Zielrendite für die Gewinnformel bestimmt. Diese Zielrendite wird als Prozentsatz der Herstellkosten ausgedrückt und als gleitender Durchschnitt der letzten drei Jahre berechnet. Diese Marge beläuft sich für 2015 auf einen Wert von 10,6%. Bei der Höhe dieser Gewinnelemente ist zu berücksichtigen, dass die Kapitalkosten des öffentlichen Auftragnehmers nicht anerkannt werden. Bei langfristigen Verträgen soll die Basismarge angepasst werden, um das unterschiedliche Risikoausmaß in verschiedenen Aufträgen angemessen zu reflektieren.

Insgesamt zeigen die Regelungen und weiteren Bestrebungen bei anderen NATO-Ländern, dass preisrechtliche Vorgaben auch Anzeielemente enthalten sollten. Eine Incentivierung kann aber nicht isoliert betrachtet werden, sondern erfordert eine gleichzeitige Anpassung der Gewinnbemessung. Eine mögliche Reform sollte unter Berücksichtigung der jüngsten Erfahrungen in Großbritannien integriert die Themen kalkulatorische Zinsen, Gewinnbemessung und Anreizsysteme angehen. Auf der Zeitachse empfiehlt es sich aber zunächst den Marktpreisvorrang konsequent umzusetzen. Der damit einhergehende Bedeutungsverlust der Selbstkostenpreise und die mögliche Begrenzung der Anwendung der Selbstkostenerstattungspreise könnten die Voraussetzungen dafür schaffen, dass dieses sehr kontroverse Thema gezielt mittels branchenspezifischer Ansätze gelöst werden kann.

7. Gleichbehandlung internationaler Auftragsvergaben

Im Zusammenhang mit der internationalen Auftragsvergabe sind Benachteiligungen deutscher Anbieter ausgemacht worden. Diese betreffen die Prüfbarkeit ausländischer Hauptauftragnehmer sowie die Konzernumlagen ausländischer Mutterunternehmen an ihre deutschen Vertriebsgesellschaften.

Bei der fortschreitenden Internationalisierung der Märkte sollte die Vergabe durch deutsche, öffentliche Auftraggeber grundsätzlich der PreisVO unterliegen, unabhängig vom Sitz des Rechnungswesens des Auftragnehmers. Wenn der öffentliche Auftraggeber die Angemessenheit des Preises bei ausländischen Auftragnehmern hoheitlich nicht feststellen kann, so kommen nur Lösungen individualvertraglicher Art in Frage. Diese würden bei Selbstkostenpreisen den vorherigen Austausch der Kalkulation vertraglich regeln bzw. vertragliche Prüfrechte vorsehen. Allerdings lässt sich dieses „open book accounting“ zumeist nur bei wirtschaftlicher Abhängigkeit des Lieferanten durchsetzen. Hier erscheint es fraglich, ob der ausländische Anbieter ähnlich stark auf den öffentlichen Auftrag angewiesen ist wie ein Automobilzulieferer auf die großen Kontingente der Automobilproduzenten. Eine alternative individualvertragliche Lösung könnte in der Vereinbarung einer Meistbegünstigungsklausel bestehen. Bei letzterem handelt es sich um eine Garantie, dass der Anbieter mit keinem anderen Kunden günstigere Vertragsbedingungen vereinbart hat. Auch hier stellt sich die Frage der Durchsetzbarkeit und Überprüfbarkeit dieser Klausel.

Zukünftig sollten Ansätze zur Prüfung der Angemessenheit der Höhe der Verrechnungspreise speziell für grenzüberschreitende Prüfaufträge entwickelt werden. Denkbar wäre eine vereinfachte

³⁶⁰ Zu den aktuellen Sätzen vgl. *Single Source Regulation Office*: 2015 Contract Profit Rate.

Grundsatzprüfung. Es werden die Ergebnisse aus dem ERP-System unter Berücksichtigung der Abzugsposten akzeptiert, wenn die branchenübliche Höhe der Verrechnungssätze nicht überschritten wird. Interessant ist dazu auch ein Vorschlag für die britischen LSPs.³⁶¹ Der Ergebnisanteil bei Verrechnungspreisen sollte ausgeschlossen werden, und die Lieferanten sollten nur noch die ursprünglichen Kosten an den Auftraggeber berichten. Idealerweise wäre dann vertraglich sicherzustellen, dass bei verbundenen Unternehmen die jeweils nationale Niederlassung, also das deutsche Tochterunternehmen, die dezidierten Prüfnachweise herbeizuführen hat.

Die hier unterbreiteten Vorschläge zu autonomen Änderungen im Preisbildungsrecht bzw. den LSPs sind natürlich nachgelagert gegenüber der Entscheidung für eine der institutionellen Ausgestaltungsalternativen zu sehen. Entscheidet man sich für einen Fortbestand der PreisVO, sollten diese Gestaltungsvorschläge zeitlich differenziert umgesetzt werden. Im Falle einer nicht hoheitlichen Vorgabe der Kalkulationsgrundsätze wären entsprechend nur die direkt die LSP betreffenden Vorschläge zu berücksichtigen, insbesondere die Ausrichtung der LSP auf Dienstleistungen sowie die Konvergenz zwischen LSP-Kosten und externer Rechnungslegung.

³⁶¹ Vgl. *Currie* (Fn. 186), S. 34.

Anhang 1: Verzeichnis der zitierten Studien

EU-Kommission (2007): Bericht der EU-Kommission: Models to Reduce the Disproportionate Regulatory Burden on SMEs, Brüssel.

KPMG/P3 Group/TaylorWessing (2014): Umfassende Bestandsaufnahme und Risikoanalyse zentraler Rüstungsprojekte: Exzerpt 20.09.2014

Nationaler Normenkontrollrat (2008): Leitfaden für die Ex-ante-Abschätzung der Bürokratiekosten nach dem Standardkosten-Modell (SKM), Berlin.

NATO Standard: Guidelines for mutual provision of contract audits, AACP-2 Volume 10, February 2012.

Öko-Institut e.V. (2008): Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungsrichtlinien, Forschungsbericht, <http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3666.pdf>, letzter Zugriff am 09.01.2014 Statistik über preisrechtlich geprüfte Aufträge 2012

Review Board for Government contracts (2013) – Report on the 2013 General Review of the profit formula for non-competitive government contracts, February 2013 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/197263/gr_non_competitive_gov_contracts_feb2013.pdf.

Statistisches Bundesamt (2006): Einführung des Standardkosten-Modells - Methodenhandbuch der Bundesregierung, Wiesbaden.

Statistisches Bundesamt (2013): Konjunkturindikatoren – Arbeitskosten, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Arbeitskosten/kaki111.html?cms_gtp=146470_list%253D2&https=1, abgerufen am 27.01.2013.

Statistisches Bundesamt (2014): Finanzen und Steuern – Rechnungsergebnisse der öffentlichen Haushalte, in: Fachserie 14 Reihe 3.1, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/OeffentlicheHaushalte/AusgabenEinnahmen/RechnungsergebnisOeffentlicherHaushalt2140310117004.pdf?__blob=publicationFile, abgerufen am 7.03.2014.

Anhang 2

Interviewleitfaden zur „Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“

Zentrale Anregungen

- Welche generellen Empfehlungen haben Sie im Hinblick auf die Anwendung des öffentlichen Preisrechts?
- An welcher Stelle sehen Sie in der Verordnung rechtlichen Aktualisierungsbedarf?
- Wo sehen Sie betriebswirtschaftliche Änderungserfordernisse bei den LSP?
- Welche Anregungen oder Empfehlungen haben Sie speziell für die mit dem Preisrecht befassten Akteure (Auftraggeber, Auftragnehmer, Kommentatoren, Preisprüfungsstellen)?

Konkrete Schwierigkeiten bei der Anwendung

- Welche konkreten Probleme sind Ihnen in der Praxis bei der Anwendung der Verordnung besonders aufgefallen?
- Woraus resultieren Ihres Erachtens die größten Herausforderungen in Verbindung mit der Verordnung (Internationalisierung, Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft, Internet)?
- Deckt die Verordnung zu viele Sachverhalte bzw. Anwendungsbereiche ab? Wenn ja, welche?
- Sollte der Geltungsbereich der Verordnung erweitert werden? Wenn ja, auf welche Aufträge?
- Sehen Sie bei Auftraggebern und -nehmern Ermessensspielräume für die Anwendung bzw. Nicht-Anwendung der Verordnung?
- Bei welchen Aufträgen wird die Verordnung außerhalb ihres Geltungsbereichs vertraglich angewendet?

Preistyp

- Welche konkreten Vorschriften bzw. Grundprinzipien (Marktpreisvorrang, Vorrang für feste Preise, Höchstpreisprinzip) der Verordnung halten Sie für die wichtigsten?
- Unter welchen Voraussetzungen sollte Ihrer Meinung nach ein im Wettbewerb zustande gekommener Angebotspreis dem verkehrüblichen Preis im Sinne der Verordnung entsprechen?
- Bei welchen Beschaffungen sehen Sie Schwierigkeiten beim Zustandekommen eines marktgerechten Preises im Rahmen der Vergabe? Warum?
- Kommt es regelmäßig zu nachträglichen Änderungen des Preistyps? Wenn ja, warum?

Internationale Auftragsvergaben

- Welche praktische Relevanz hat das deutsche Preisrecht bei Auftragsvergaben ins Ausland oder an internationale Konsortien?
- Welche preisrechtlichen Probleme sind Ihnen bei internationalen Auftragsvergaben aufgefallen?
- Welche Regelungen aus dem öffentlichen Preisrecht anderer Länder würden Sie übernehmen?

Bürokratieaufwand und Nutzen

- Welche Rolle spielt die Verordnung beim Beschaffungsprozess?
- Wie trägt eine konsequente Beachtung der Verordnung zur Senkung der Beschaffungskosten bei?
- Welche Bürokratiekosten fallen beim Auftragnehmer an, z.B. Nachweispflichten?
- Welche Ansätze sehen Sie, um die bürokratischen Lasten aus der Verordnung zu reduzieren?

Anhang 3

Ermittlung der gewichteten Prozentsätze – kommunale Ebene

Kommune [Angaben in Mio. €]	betrachtetes Auftrags- volumen	Anteil Selbstkosten	gewichteter Anteil Selbst- kosten	Vereinbarung Preistypen	gewichteter Anteil Beachtung Preisrecht
Kommune 1	25	0%	0	nein	0
Kommune 2	130	10%	13	ja	130
Kommune 3	49	0%	0	nein	0
Kommune 4	3	0%	0	nein	0
Kommune 5	32	0%	0	nein	0
Kommune 6	54	0%	0	keine Angabe	0
Kommune 7	2	0%	0	nein	0
Kommune 8	13	20%	2,68	teilweise	2,68
Kommune 9	3	0%	0	nein	0
Kommune 10	1	0%	0	nein	0
Kommune 11	4	0%	0	nein	0
Kommune 12	2	0%	0	nein	0
Kommune 13	6	0%	0	nein	0
gesamt	323		15,68	268,2	132,68
gewichtete Sätze		(15,68/323)	4,86%	(132,68/268,2)	49,47%

Ermittlung der gewichteten Prozentsätze –Landesebene

Landes- institution [Angaben in Mio. €]	betrachtetes Auftrags- volumen	Anteil Selbstkosten	gewichteter Anteil Selbst- kosten	Vereinbarung Preistypen	gewichteter Anteil Beachtung Preisrecht
Land 1	112	0%	0	ja	112
Land 2	10	0%	0	nein	0
Land 3	25	20%	5	ja	25
Land 4	10	0%	0	nein	0
Land 5	24	20%	4,8	ja	24
Land 6	6,3	0%	0	nein	0
Land 7	1	0%	0	ja	1,3
gesamt	188,6		9,8	188,6	162,3
gewichtete Sätze		(9,8/189)	5,20%	(162,3/188,6)	86,05%

Ermittlung der gewichteten Prozentsätze – Bundesebene

Bundes- institution [Angaben in Mio. €]	betrachtetes Auftrags- volumen	Anteil Selbstkosten	gewichteter Anteil Selbst- kosten	Vereinbarung Preistypen	gewichteter Anteil Beachtung Preisrecht
Bund 1	30	5%	1,5	ja	30
Bund 2	263	k.a.	k.a.	ja	263
Bund 3	15	0%	0	nein	0
Bund 4	800	20%	160	teilweise	160
Bund 5	22,5	40%	9	ja	22,5
Bund 6	8	0%	0	nein	0
Bund 7	1700	60%	1020	ja	1700
gesamt	2838,5		1190,5		2175,5
gewichtete Sätze		(1190,5/2838,5- 263)	41,94%	(2175,5/2838,5)	76,64%

Anhang 4

Gesamtfördervolumen der Projektträger

Projektträger	Volumen [in Mio. €]	Erhebung	Anteil Abrechnung nach LSP
PT 1	484	indirekt	
PT 2	110	direkt	23%
PT 3	1.170	indirekt	
PT 4	243	geschätzt	
PT 5	11	indirekt	
PT 6	629	indirekt	
PT 7	1.240	indirekt	
PT 8	557	direkt	20%
PT 9	115	geschätzt	
PT 10	300	direkt	25%
PT 11	170	geschätzt	
Gesamt	5.028		