

Greiffenhagen, Horst

**Research Report**

**Gegen die "Flucht aus dem Preisrecht" im  
Kommunalbereich: zugleich ein Beitrag zu § 2 Abs. 4 Nr. 1  
VO PR Nr. 30/53**

DSi kompakt, No. 5

**Provided in Cooperation with:**

DSi - Deutsches Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler e.V., Berlin

*Suggested Citation:* Greiffenhagen, Horst (2013) : Gegen die "Flucht aus dem Preisrecht" im Kommunalbereich: zugleich ein Beitrag zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53, DSi kompakt, No. 5, DSi - Deutsches Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler, Berlin

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/85329>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

# DSi kompakt

## Gegen die „Flucht aus dem Preisrecht“ im Kommunalbereich

*Der Geltungsbereich des öffentlichen Preisrechts im kommunalen Bereich ist juristisch umstritten. Dies kann zulasten der Gebührenzahler gehen. Das DSi kompakt Nr. 5 skizziert Hintergründe und Lösungsmöglichkeiten.*

Die in vielen Kommunen zu beobachtende Erhöhung der Abwasserbeseitigungs- und Abfallentsorgungsgebühren geht häufig auf eine Umgehung des öffentlichen Preisrechts zurück. Eine solche Umgehung wird durch das Eingehen mittelbarer Auftragsverhältnisse möglich. Häufig schließen Kommunen mit privatrechtlich organisierten Unternehmen Betriebsführungsverträge ab. Die beauftragten Unternehmen bedienen sich zur Aufgabenerledigung nicht selten der Hilfe Dritter. So entsteht ein mittelbares Auftragsverhältnis. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die *Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (VO PR Nr. 30/53)* nebst der in der Anlage beigefügten *Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP)* auch verpflichtend für solch mittelbare Auftragsverhältnisse gilt.

Praktische Bedeutung erlangte diese Frage innerhalb eines Verfahrens, das die nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichte Anfang der 2000er Jahre beschäftigte:

Eine Großstadt hatte die in ihrem Mehrheitseigentum befindliche *Stadtwerke AG* mit der Abwasserbeseitigung beauftragt. Die *Stadtwerke AG* war wiederum Alleingesellschafterin einer *Entwässerungs GmbH*, die über das für die Abwasserbeseitigung notwendige Anlagevermögen (Kanalvermögen, Sonderbauwerke) verfügte. Zum Zweck der Abwasserbeseitigung pachtete die *Stadtwerke AG* das Anlagevermögen von der *Entwässerungs GmbH*. Das Pachtentgelt setzte sich im Wesentlichen aus den kalkulatorischen Abschreibungen und den Zinsen zusammen. Die *Stadtwerke AG* berücksichtigte dieses Pachtentgelt bei der Kalkulation des Betriebsführungsentgelts, das sie wiederum der Stadt in Rechnung stellte. Dieses Betriebsführungsentgelt wurde in Form von Abwasserbeseitigungsgebühren letztlich auf die Bürger umgelegt. Im Sommer 2001 gab das *Verwaltungsgericht Gelsenkirchen* einer Klage statt, in der die den Bürgern auferlegte Gebührenhöhe moniert wurde.

So hätte sich die Stadt einen Vorteil verschafft, indem die dem Pachtentgelt zugrunde liegenden Abschreibungen nach dem Wiederbeschaffungszeitwert berechnet wurden, anstatt den deutlich niedrigeren Anschaffungswert zu verwenden. Auch der Zinssatz sei zu hoch angesetzt worden. Das *Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen* sah dies anders. Eine Pflicht zur Anwendung des öffentlichen Preisrechts würde in diesem Fall nicht bestehen.

Im Laufe der Zeit haben sich mehrere Gerichte mit dem Geltungsbereich des öffentlichen Preisrechts beschäftigt. Dabei kamen sie zu teils widersprüchlichen Ergebnissen. Augenscheinlich besteht in diesem Bereich keine rechtliche Klarheit. Dies könnten sich die Kommunen immer wieder zunutze machen und sich auf Kosten der Gebührenzahler bereichern. Um dem entgegenzutreten, schlägt *Greiffenhagen* – wenn nicht auf das Haushaltsrecht zurückgegriffen werden soll – eine Ergänzungsklausel vor, die in die *Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen* implementiert werden könnte. Er regt an, die Maßstäbe des öffentlichen Preisrechts immer dann anzuwenden, wenn für eine unmittelbare Leistung Selbstkosten vereinbart werden und die Preise dieser Leistung wesentlich durch eine mittelbare Geschäftsbeziehung beeinflusst werden.

*Das entsprechende Rechtsgutachten wurde von Herrn Dr. jur. Horst Greiffenhagen, ein im öffentlichen Preisrecht einschlägiger juristischer Autor, erstellt und ist nachfolgend im Volltext zu finden.*

**Herausgeber:**

DSi - Deutsches Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler e.V.  
Französische Straße 9-12, 10117 Berlin  
Telefon: 030 / 25 93 96 32, Fax: -13  
E-Mail: [dsi@steuerzahlerinstitut.de](mailto:dsi@steuerzahlerinstitut.de)  
Web: [www.steuerzahlerinstitut.de](http://www.steuerzahlerinstitut.de)

# **Gegen die „Flucht aus dem Preisrecht“ im Kommunalbereich**

**- zugleich ein Beitrag zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 -**

**von Dr. jur. Horst Greiffenhagen, Überlingen**



## Vorwort

Bürger werden von Gemeinden mit immer höheren Gebühren für Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung belastet. Durch geschickte Organisationsformen umgehen einige Gemeinden die auch die Bürger schützende Wirkung des öffentlichen Preisrechts. Vor dem historischen und wirtschaftspolitischen Hintergrund einschlägiger Normen des Preisrechts wird in dieser Schrift dargestellt, dass diese Gemeinden aus dem auch von Gerichten bisher noch nicht erkannten Zusammenwirken preisrechtlicher und haushaltsrechtlicher Normen zur Kalkulation niedrigerer Gebühren verpflichtet sind. Es ist Aufgabe der Preis- und Aufsichtsbehörden, die Einhaltung dieser Verpflichtung zu überwachen. Auch sollten Bürger nicht zögern, bei neuen Gebührenbescheiden weiterhin die Gerichte anzurufen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie aber hätte es in der Hand, durch eine einfache Änderung der Preisverordnung hier Abhilfe zu schaffen.

Die Problematik der überhöhten Gebühren ist bisher schon vom Bund der Steuerzahler e.V. und vom Verein der Haus- und Grundbesitzer e.V. behandelt und vom ZDF in der Sendung „Frontal21“ angesprochen worden. In jüngster Zeit hat auch die ARD in ihrer Sendung „Panorama“ dieses aktuelle Thema aufgegriffen.

Dem Deutschen Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler e.V. danke ich für die Aufnahme dieser Schrift in seine Publikationsreihe „DSi kompakt“. Die Schrift habe ich aus eigener Initiative verfasst.

Überlingen, im August 2013

Der Verfasser

# **Gegen die „Flucht aus dem Preisrecht“ im Kommunalbereich**

**- zugleich ein Beitrag zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 -**

von Dr. jur. Horst Greiffenhagen, Überlingen\*

## **Gliederung**

- I. Geltung der VO PR Nr. 30/53 im privatisierten Gemeindebereich
- II. Unterschiedliche Rechtsprechung zu kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen bei privatisierten mittelbaren Unternehmen
- III. Das "Verlangen" nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53
  1. Vorgeschichte des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53
  2. Zweck des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53
  3. Inhalt der Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53
    - a) Der Begriff "sollte"
    - b) Der Begriff "wesentlich"
  4. Anwendungsbereich der Richtlinien zur VO PR Nr. 30/53
  5. Das Haushaltsrecht als Grundlage des "Verlangen" nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53
    - a) Gemeinsames Ziel: Die Stabilität des Preisniveaus
    - b) Der Grundsatz der stetigen Aufgabenerfüllung
    - c) Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit
    - d) Der Grundsatz des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts
  6. Auswirkungen des "Verlangen" nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53
  7. Keine Befreiung nach § 2 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 von der Anwendung der VO PR Nr. 30/53
- IV. Notwendigkeit der Ergänzung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53

---

\* Der Verfasser ist Syndikus i.R. und Herausgeber des Loseblattwerkes Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen.

## **Ausführungen**

### **I. Geltung der VO PR Nr. 30/53 im privatisierten Gemeindebereich**

Durch die seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts erfolgte Überführung von Regie- und Eigenbetrieben des Kommunalbereichs in Unternehmen des Privatrechts (durchweg in der Rechtsform von AG oder GmbH) sind öffentliche Auftragsverhältnisse auch im Bereich der Entsorgung (z. B. Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung) entstanden. Die Gemeinden schließen mit diesen Unternehmen Betriebsführungsverträge ab. Die an die Unternehmen zu zahlenden Entgelte unterliegen damit der "Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953" (VO PR Nr. 30/53) mit den in der Anlage beigefügten "Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten" (LSP)<sup>1</sup>. Die Entgelte werden von den Gemeinden für in Anspruch genommene Fremdleistungen im Sinne der Kommunalabgabengesetze der Länder nach Prüfung durch die Gemeinden in preisrechtlich zulässiger Höhe in die Kalkulation der von den abgabepflichtigen Bürgern zu erhebenden Beträge eingestellt.

Die beauftragten Unternehmen bedienen sich zur Erledigung der ihnen übertragenen Aufgaben häufig der Hilfe Dritter. Hier ist es in der jüngeren Vergangenheit zu Meinungsverschiedenheiten darüber gekommen, ob eine Gemeinde die Pflicht hat, dem beauftragten Unternehmen aufzuerlegen, die VO PR Nr. 30/53 mit den LSP auf die von Dritten zu erbringenden Leistungen zu erstrecken. Bekanntlich finden die Vorschriften der Verordnung bei mittelbaren Leistungen zu öffentlichen Aufträgen Anwendung, soweit der mittelbare Auftragnehmer von dem Verlangen Kenntnis erhalten hat oder nach Abschluss des Vertrages zustimmt (§ 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53). Die Verordnung selbst trifft zu einer Pflicht des öffentlichen Auftraggebers keine Aussage. Eine preisrechtlich vertiefte Rechtsprechung dieser für den Kommunalbereich bedeutsamen Frage liegt bisher nicht vor, und die Literatur ist nur spärlich vertreten.

### **II. Unterschiedliche Rechtsprechung zu kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen bei privatisierten mittelbaren Unternehmen**

Der Streit der Meinungen entzündete sich an einem viel beachteten Verfahren, das gegen eine Großstadt wegen vermeintlich überhöht angesetzter Beträge für Abwasserbeseitigung, die sich auf einen Zeitraum von zwei Jahren bezogen, angestrengt worden war. Die Stadt hatte die Kalkulation auf der Grundlage folgender privatrechtlicher Gestaltung vorgenommen:

Die Stadt hatte die ursprünglich in ihrem Alleineigentum, später durch Hinzutritt eines privaten Gesellschafters in ihrem Mehrheitseigentum stehende Stadtwerke AG mit der Abwasserbeseitigung gegen Erstattung der Selbstkosten beauftragt. Das zur Durchführung der Arbeiten notwendige Anlagevermögen, das aus

---

<sup>1</sup> BAnz. Nr. 244 vom 18.12.1953, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.12.2010 (BGBl. I S. 1864).



dem Kanalvermögen und den Sonderbauwerken bestand, hatte sie aber nicht unmittelbar den Stadtwerken, sondern einer Entwässerungs GmbH übertragen, deren alleiniger Gesellschafter die Stadtwerke waren. Diese pachteten das Anlagevermögen von der Entwässerungsgesellschaft. In dem zu zahlenden Pachtentgelt waren im Wesentlichen kalkulatorische Abschreibungen und Zinsen enthalten. Die Abschreibungen erfolgten nach dem Restwert vom Wiederbeschaffungszeitwert, und die Zinsen wurden zum Nominalzins von 7% des Anschaffungsrestwertes angesetzt. Das Pachtentgelt wurde von den Stadtwerken in das der Stadt in Rechnung gestellte Betriebsführungsentgelt einbezogen. Das von der Stadt gezahlte Entgelt wurde dann auf die abgabepflichtigen Bürger umgelegt. Durch diese privatrechtliche Gestaltung verschaffte sich die Stadt Einnahmen und Vermögenswerte in Höhe von 1.082.000.000 DM. Der Anschaffungswert hatte dagegen lediglich 556.000.000 DM betragen<sup>2</sup>.

Das mit dem Streit befasste Verwaltungsgericht (VG) Gelsenkirchen hatte mit Urteil vom 6.9.2001 - 13 K 2116/98<sup>3</sup> der Klage stattgegeben. Die Stadt habe sich durch überhöhte Übertragungswerte zu Lasten abgabepflichtiger Bürger Einnahmen und Vermögenswerte verschafft, die zur Durchführung der Abwasserbeseitigung nicht erforderlich gewesen seien. Nach den LSP hätten die Abschreibungen vom Anschaffungswert erfolgen müssen, und der Zinssatz hätte nach der "Verordnung PR Nr. 4/72 über die Bemessung des kalkulatorischen Zinssatzes vom 17.4.1972"<sup>4</sup> 6,5% nicht überschreiten dürfen. Eine Vertragsgestaltung, durch welche abgabepflichtige Bürger benachteiligt würden, weil die Stadt die Anwendung der VO PR Nr. 30/53 bei mittelbaren Leistungen nicht verlangt habe, sei nicht hinzunehmen.

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) als Berufungsinstanz hat im Urteil vom 14.12.2004 - 9 A 4187/01<sup>5</sup> die Vorgehensweise der Stadt nicht beanstandet, weil eine Pflicht, die Anwendung der LSP bei der Ermittlung des Pachtentgelts zu verlangen, nicht bestanden habe. Eine solche Pflicht habe sich weder aus kommunal- bzw. gebührenrechtlichen Grundsätzen noch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Verhinderung eines Rechtsmissbrauchs ergeben. Das in § 75 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung enthaltene Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit für die kommunale Haushaltsführung lasse eine vertragliche Regelung zu, wonach in ein Fremdentgelt Kosten einfließen können, die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen unter Berücksichtigung der von einem beauftragten Dritten zu beachtenden kommunalabgabenrechtlichen Grundsätze zu berechnen sind. Auch liege eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Preisrechts nicht vor, da in die Gebührenkalkulation keine höheren Kosten eingestellt worden seien, als sie ohne die gewählte privatrechtliche Gestaltung von der Stadt selbst hätten eingestellt werden können: die Abschreibungen hätten vom Restwert vom Wiederbeschaffungszeitwert vorgenommen werden dürfen, und der Zinssatz hätte sogar bis zu 8% vom Anschaffungswert betragen können.

---

<sup>2</sup> Wiesemann, Privatisierung und kommunale Benutzungsgebühren, in: Kommunale Steuer-Zeitschrift (KStZ) 2007, S. 141 (144).

<sup>3</sup> Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl.) 2001, S. 485 (487 f.).

<sup>4</sup> BAnz. Nr. 78, vom 25.4.1972.

<sup>5</sup> NWVBl. 2005, S. 219 (220 f.).

In mehreren, inhaltlich ähnlich gelagerten Verfahren hat das VG Gelsenkirchen mit Urteilen vom 1.12.2005 - 13 K 1776/00, 2671/02, 1748/03 und 2561/04 seinen Standpunkt unter ausdrücklichem Widerspruch zur Rechtsprechung des OVG NRW aufrechterhalten; das OVG NRW hat jedoch insbesondere im Urteil vom 1.6.2007 - 9 A 372/06<sup>6</sup> zur erstgenannten Entscheidung des VG Gelsenkirchen seine Auffassung wiederholt. Das Betriebsführungsentgelt für ein Jahr betrug in diesem Fall 106.468.280 DM (einschließlich Umsatzsteuer); in diesem Betrag war das Pachtentgelt in Höhe von 62.461.000 DM (ohne Umsatzsteuer) enthalten<sup>7</sup>.

Ähnliches hat sich in jüngster Zeit noch zweimal zugetragen, und zwar auf dem Gebiet der Abfallentsorgung. Das VG Düsseldorf hatte im Urteil vom 26.11.2008 - 16 K 960/08 zwar die Frage nach einer Anwendung der VO PR Nr. 30/53 auf mittelbare Leistungen aufgeworfen und auf die Gefahr der Umgehung preisrechtlicher Bestimmungen hingewiesen; es ist in seinen Ausführungen jedoch der Rechtsprechung des OVG NRW gefolgt, das im Berufungsurteil vom 25.11.2010 - 9 A 94/09<sup>8</sup> seinen Standpunkt ein weiteres Mal bekräftigt hat. Auch das VG Arnsberg hat sich im Urteil vom 13.04.2010 - 11K 597/09 (s. Fußnote 6) der Auffassung des OVG NRW im vorgenannten Urteil vom 01.06.2007 angeschlossen.

### **III. Das "Verlangen" nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53**

Angesichts der Beharrlichkeit, mit der das VG Gelsenkirchen versucht hat, preisrechtlichen Grundsätzen, die in einer Rechtsverordnung des Bundes enthalten sind, zur Kalkulation von Abschreibungen und Zinsen Geltung zu verschaffen, und angesichts der stets wiederkehrenden, fast wortgleichen Begründung, mit der das OVG NRW diesen Versuch zurückgewiesen und stattdessen die betriebswirtschaftlichen Grundsätze des Kommunalrechts des Landes herangezogen hat, muss es fast verwundern, dass die Gerichte sich nicht mit der Bestimmung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 auseinandergesetzt haben, die die Anwendung der Verordnung auf mittelbare Leistungen, hier also auf das Vertragsverhältnis der Stadtwerke AG zur Entwässerungs GmbH, vom Verlangen des öffentlichen Auftraggebers, hier also der Stadt, abhängig macht.

#### **1. Vorgeschichte des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53**

Zum besseren Verständnis des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 muss in seine Entstehungsgeschichte eingetreten werden. Die Bestimmung stellt einen Kompromiss dar. Während nach früheren Regelungen Preisvorschriften auf mittelbare Leistungen zu öffentlichen Aufträgen uneingeschränkt Anwendung fanden<sup>9</sup>, sollte nunmehr dem öffentlichen Auftraggeber die Ent-

<sup>6</sup> Abgedruckt bei Michaelis/Rhōsa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Loseblatt, 1954 ff., zuletzt 100. Aktualisierung, Februar 2013, Ordner 4, Entscheidungen II.

<sup>7</sup> Dies entspricht bei ersterem Betrag ohne 16% Umsatzsteuer einem Betrag von 91.783.000 DM.

<sup>8</sup> NWVBl. 2011, S. 179 (181).

<sup>9</sup> Michaelis, VPÖ und LSÖ in neuer Gestalt, in: Der Betrieb (DB) 1953, S. 85 (86); Guido Fischer, Die Neuregelung von Preisen und Kosten für Aufträge von öffentlichen Auftraggebern, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft (ZfB) 1954, S. 5 (12).

scheidung im Einzelfall überlassen werden, ob Preisvorschriften auf mittelbare Leistungen erstreckt werden sollen. Diese Verfahrensweise ist ungewöhnlich, weil nicht mehr der Ordnungsgeber, sondern eine Vertragspartei einseitig bestimmt, ob ein Dritter öffentlichrechtlichen Preisvorschriften unterliegen soll. Der Ordnungsgeber hat diese Regelung aber aus praktischen Überlegungen gewählt. Einerseits wäre es angesichts des wirtschaftspolitischen Ziels der Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, wie es in der Präambel und in § 1 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 zum Ausdruck kommt, übertrieben gewesen, jede noch so geringe Zulieferung der Verordnung zu unterstellen, andererseits wäre es angesichts des preispolitischen Ziels der Zügelung von Preisaufläufen, wie es in dem Preisüberhöhungsverbot des § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 ausgesprochen wird, nicht vertretbar gewesen, mittelbare Leistungen von erheblicher finanzieller Bedeutung von der Geltung der Preisvorschriften freizustellen. Nicht ohne Berechtigung wurde schon damals darauf hingewiesen, dass "preisliche Auswüchse" eher bei Unterlieferungen als bei Hauptlieferungen vorkommen<sup>10</sup>. Der Ordnungsgeber hat damit dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber eine große markt- und preispolitische Verantwortung für seine Entscheidung übertragen. Man könnte hier fast von einer "LSP-Vollmacht" des Ordnungsgebers sprechen. Und bekanntlich hat der Bevollmächtigte bei seinen Entscheidungen die Interessen des Vollmachtgebers wahrzunehmen.

## **2. Zweck des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53**

Die Bestimmung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 räumt dem öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf die Ausübung des Verlangens ein Ermessen ein. Die zutreffende Entscheidung kann aber nur in Übereinstimmung mit dem Zweck der ermächtigenden Norm getroffen werden, wobei der Zweck durch das übrige Recht ergänzt werden kann<sup>11</sup>. Die ermächtigende Norm ist hier in § 2 des Preisgesetzes vom 10.04.1948<sup>12</sup> enthalten. Zweck dieser Bestimmung ist es, den "Preisstand aufrecht(zu)erhalten". Diese Bestimmung hat ihre Ausprägung einige Jahre später durch den grundlegenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 12.11.1958 - 2 BVL 4, 26, 40/56, 1, 7/57<sup>13</sup> erfahren. Danach zielt die Ermächtigung des § 2 zum Erlass von Rechtsverordnungen darauf ab, den Preisstand für alle Preise zu halten, also das allgemeine Preisniveau zu stabilisieren; es soll verhindert werden, dass die Preise unangemessen steigen; Preisregelungen müssen für besondere Bereiche des Wirtschaftslebens zum Nutzen des Gemeinwohls geboten sein; dem § 2 kommt eine vornehmlich ordnungssichernde, schützende und bewahrende Funktion zu.

---

<sup>10</sup> Rentrop, Handbuch der Vergaberechts, 1964, S. 57.

<sup>11</sup> Statt vieler: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl., 2010, § 40 RdNr. 48 f. mit Nachweisen insbesondere aus der Rechtsprechung.

<sup>12</sup> Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung (WiGBI. S. 27), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.2.1986 (BGBl. I S. 265).

<sup>13</sup> BVerfGE 8, 274 (307 ff.).

### 3. Inhalt der Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53

Offenbar ist die Notwendigkeit, den öffentlichen Auftraggebern Maßstäbe für die von ihnen nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 vorzunehmende Entscheidung - wie auch für weitere Überlegungen und Tätigkeiten betreffend die VO PR Nr. 30/53 - an die Hand zu geben, schnell erkannt worden, denn es wurden zunächst gegensätzliche Ansichten zur Ausübung des Ermessens nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 vertreten. Während Daub<sup>14</sup> bei dieser Bestimmung von einer Kannvorschrift, die gesteigert werden konnte, ausging, sah Pöckel<sup>15</sup> in ihr umgekehrt eine Mussvorschrift, die abgeschwächt werden konnte. Diese Gegensätze in den Ausgangsbetrachtungen wurden dann durch ministerielle Durchführungsbestimmungen einer Konkretisierung zugeführt. Diese waren die "Richtlinien für öffentlichen Auftraggeber zur Anwendung der Verordnung PR NR. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953" vom 1.7.1955<sup>16</sup>. Ihrem Sinn und Zweck nach dienen diese Bestimmungen an Stelle einer nicht vorhandenen amtlichen Begründung zur Auslegung und Anwendung der VO PR Nr. 30/53<sup>17</sup>. Die Richtlinien befassen sich in ihrer Nr. 12 Abs. a) mit der Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung auf mittelbare Leistungen zu verlangen. Die Bestimmung lautet:

"12. Anwendung der Vorschriften des VO bei mittelbaren Leistungen zu öffentlichen Aufträgen (§ 2 Abs. 4 Nr. 1)

- a) Ein Verlangen nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 sollte nur in besonders begründeten Ausnahmefällen, vor allem nur dann gestellt werden, 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 ...."

Zwecks Ausübung des in § 2 Abs. 4 Nr. 1 enthaltenen Ermessens erfordern die in der vorgenannten Richtlinie verwendeten Begriffe "sollte" und "wesentlich" eine nähere Erörterung.

#### a) Der Begriff "sollte"

Trotz der Abschwächung des sonst üblichen Begriffs "soll" zu "sollte" handelt es sich bei der Richtlinie formell und materiell um eine Sollvorschrift, mag sie auch auf dem ersten Blick eher den Charakter einer Empfehlung haben. Bei einer Sollvorschrift ist die Behörde zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, wenn nicht überwiegende Gründe, die nicht von der Behörde zu vertreten sind, ein Abweichen rechtfertigen<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Daub, Handkommentar der VPÖA und LSP, 1954, LSP Nr. 11 - 21, Ez. 6.

<sup>15</sup> Pöckel, Die Neuregelung der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, in: Neue Betriebswirtschaft (NB) 1954, S. 61 (63).

<sup>16</sup> BAnz. 1955 Nr. 196, 1961 Nr. 74, 1962 Nr. 142;  
MinBlFin. 1961 S. 510, 1962 S. 534;  
BWMBL. 1961 S. 247, 1962 S. 152.

<sup>17</sup> Michaelis / Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung, Präambel, A. S. 6.

<sup>18</sup> Statt vieler: Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 40 RdNr. 44 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; auch Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, S. 138; Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung,

Die Abschwächung wie auch der in seiner Tendenz abwehrende Wortlaut erklären sich aus der mit Inkrafttreten der VO PR Nr. 30/53 betonten Zielsetzung, nämlich dem Marktpreis als angestrebtem Normalfall den Vorrang zu geben und den Selbstkostenpreis als abzulehnenden Ausnahmefall in den Hintergrund treten zulassen. In Nr. 2 der Richtlinien wird hierfür das Wort "ausnahmsweise" gebraucht. Auch in der Literatur wird der Selbstkostenpreis mit geradezu abfälligen Ausdrücken wie "ganz und gar unerwünscht"<sup>19</sup>, "notwendiges Übel"<sup>20</sup> oder "Behelfspreis"<sup>21</sup> belegt. Daher soll die VO PR Nr. 30/53 auf eine mittelbare Leistung, wenn überhaupt, nur Anwendung finden, wenn (1) für die unmittelbare Leistung Selbstkostenpreise vereinbart werden und (2) die mittelbare Leistung, gleich zu welchem Preistyp, von wesentlichem Einfluss auf die Höhe des Preises der unmittelbaren Leistung ist. Sind diese Voraussetzungen aber erfüllt, dann hat der öffentliche Auftraggeber das Verlangen nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR 30/53 auszuüben. Insbesondere kann ein öffentlicher Auftraggeber sich nicht unter Hinweis auf eine günstigere privatrechtliche Gestaltung in seinem Bereich auf einen Ausnahmetatbestand berufen, da dieser Tatbestand von ihm selbst geschaffen wäre und damit den Charakter einer Sollvorschrift aushöhlen würde.

#### **b) Der Begriff "wesentlich"**

Der Begriff "wesentlich" ist im Zusammenhang mit Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien noch nicht konkretisiert worden. Er stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der durch Bezugnahme auf den Sinn und Zweck der Vorschrift auszulegen ist<sup>22</sup>. Zweck der Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien ist es, wesentliche mittelbare Leistungen den Vorschriften der VO PR Nr. 30/53 zu unterwerfen, weil anderenfalls die vorher genannten wirtschafts- und preispolitischen Ziele der VO PR Nr. 30/53 gefährdet werden können.

Das Merkmal der Wesentlichkeit wird im Preisrecht der öffentlichen Aufträge noch an drei anderen Stellen angesprochen, von denen zwei aus systematischen Gründen weiterführende Rückschlüsse erlauben.

ba) Der Begriff "wesentlich" wird in der früheren "Verordnung PR Nr. 8/55 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen für Bauleistungen vom 10. Dezember 1955"<sup>23</sup> verwendet. Nach § 5 Abs. 1 dieser Verordnung waren Wettbewerbspreise unzulässig, wenn der Preis in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stand; dies war der Fall, wenn er einen nach Selbstkostenfestpreisgrundsätzen ermittelten Preis, den sog. Richtlinienpreis, wesentlich überschritt. Da in der früheren VO PR Nr. 8/55 eine Wesentlichkeitsgrenze nicht enthalten

---

3. Aufl., 2010, § 114 RdNr. 138; Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl., 2010, § 114 RdNr. 15.

<sup>19</sup> Michaelis, in: Bulletin der Bundesregierung vom 26.11.1952, Nr. 185, S. 1631 (zum Selbstkostenerstattungspreis).

<sup>20</sup> Diederich, Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen, 1961, S. 44.

<sup>21</sup> Birgel, Öffentliches Auftragswesen und Preisrecht, 1994, S. 108.

<sup>22</sup> Statt vieler: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Aufl., 2012, § 114 RdNr. 24 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur.

<sup>23</sup> BAnz. Nr. 249 vom 24.12.1955.

war, haben Literatur und Rechtsprechung versucht, hier Maßstäbe zu setzen. Während Lehning<sup>24</sup>, Crome<sup>25</sup>, Altmann<sup>26</sup> und Hereth<sup>27</sup>, sich für eine enge Begrenzung des Wesentlichkeitsbereiches ausgesprochen haben, haben Pribilla<sup>28</sup>, Rhösa/Pantke<sup>29</sup>, Depenbrock<sup>30</sup> und Heinz Müller<sup>31</sup> eine weitere Ausdehnung dieses Bereiches befürwortet. Letzterer hat unter Hinweis insbesondere auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts (OLG) Celle betont, dass die Ermittlung des zugrunde liegenden Richtpreises von Zufälligkeiten und Unwägbarkeiten abhängig sei. In einer früheren Entscheidung hat das Landgericht (LG) Aachen durch Urteil vom 18.4.1961 - 3 O 228/60 (s. Fußnote 6) einen Prozentsatz von 8,3% , in einer späteren Entscheidung hat das OLG Celle durch Urteil vom 12.1.1965 - 8 U 91/64 (siehe Fußnote 6) einen Prozentsatz von 4,6 % noch nicht als wesentlich bezeichnet. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) hat Überschreitungen von 3,7%, auch von 4% (vgl. das Urteil vom 5.12.1968 - VII ZR 92/66 (s. Fußnote 6)) und von 7 % (vgl. das Urteil vom 5.12.1968 - VII ZR 50/67 (s. Fußnote 6)) noch nicht als wesentlich angesehen. Der letzteren Entscheidung war ein Urteil des OLG Celle vom 9.3.1966 - 6 U 113/65<sup>32</sup> vorausgegangen, nach dem eine wesentliche Überschreitung des Richtlinienpreises erst vorliegen sollte, wenn der geforderte Wettbewerbspreis den Richtlinienpreis um mindestens 10% übersteigen würde. Auch das LG Bremen hat mit Urteil vom 10.10.1975 - 1 O 1600/73 (s. Fußnote 6) einen Prozentsatz von sogar 10% noch nicht für wesentlich erklärt. Es erscheint danach durchaus vertretbar, von einer Wesentlichkeitsgrenze erst dann zu sprechen, wenn 10% überschritten sind (so im Ergebnis auch Heinz Müller (s. Fußnote 31) zu § 5 Abs. 1 der früheren VO PR Nr. 8/55).

Diese Ausführungen lassen sich schließlich auf die spätere, inzwischen aber auch aufgehobene "Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen" vom 6. März 1972<sup>33</sup> übertragen. Nach § 5 Abs. 2 dieser Verordnung waren Wettbewerbspreise unzulässig, wenn sie einen Selbstkostenfestpreis so erheblich überschritten, dass sie in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung standen. Da auch hier eine Erheblichkeitsgrenze nicht genannt wurde, hat Altmann<sup>34</sup> mehrfach darauf hingewiesen, dass diese Grenze erst bei

<sup>24</sup> Lehning, Wettbewerbspreise bei öffentlichen Aufträgen über Bauleistungen, in: DB 1965, S. 283.

<sup>25</sup> Crome, Wettbewerbspreise bei öffentlichen Aufträgen über Bauleistungen, in: DB 1965, S. 697.

<sup>26</sup> Altmann, Die Baupreisverordnung, 2. Aufl., 1966, Erl. 5.5.

<sup>27</sup> Hereth, Baupreisrecht, 2. Aufl. 1968, S. 116 ff.

<sup>28</sup> Pribilla, Kostenrechnung und Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Loseblatt 1954 ff., § 5 VPÖA-Bau, S. 4.

<sup>29</sup> Rhösa/Pantke, Baupreisverordnung, 1958, § 5 Anm. (B) II.

<sup>30</sup> Depenbrock, Wettbewerbspreis für Bauleistungen auf Grund öffentlicher oder mit öffentlichen Mitteln finanzierter Bauaufträge, in: Die Bauverwaltung, 1965, S. 749 (750).

<sup>31</sup> Heinz Müller, Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, 1970, S. 80 ff..

<sup>32</sup> Abgedruckt in: Der Kartell- und Preisdienst, 1966, P IV - 10, S. 39 f..

<sup>33</sup> BGBl. I S. 293, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378).

<sup>34</sup> Altmann, z.B.: Zur Höchstbegrenzung von Wettbewerbspreis und "frei vereinbartem Preis" im Sinne der Baupreisverordnung 1972, in: Baurecht, 1980, S. 506 ff..

Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des Wuchers i. S. des § 138 Abs. 2 BGB erreicht sei; folglich sei ein Preisband von 20 - 25% beim Marktpreis durchaus üblich; diese Feststellung träfe auch für die VO PR Nr. 30/53 zu. Demgegenüber hatten Hereth/Crome<sup>35</sup> unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse eine Überschreitung von lediglich 7% zugestehen wollen. Eine vermittelnde Aussage hatte Daub<sup>36</sup> getroffen: danach sei unter Berücksichtigung des Wuchertatbestandes eine Grenze von 10% als niedrig anzusehen. Diese Auffassung kann unbedenklich als Erheblichkeitsgrenze für § 5 Abs. 1 der VO PR Nr. 1/72 übernommen werden. Es müssen auch hier 10% überschritten werden.

Bedenken gegen eine Gleichsetzung der Begriffe "wesentlich" und "erheblich" dürften nicht bestehen, da beide Begriffe mit dem Begriff des "auffälligen Missverhältnisses der Leistung" in Beziehung stehen. Dieser Begriff ist vom OLG Celle im vorgenannten Urteil vom 12.1.1965 (s. Fußnote 6) einprägsam mit den Worten "ins Auge springen" umschrieben worden.

- bb) Der dem Begriff "wesentlich" gleichgewichtige Begriff "erheblich" ist in der "Arbeitsanleitung für die Prüfung der Bewertung zu Wiederbeschaffungspreisen nach der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen"<sup>37</sup> verwendet worden. Danach konnten, falls bei Abschreibungen die Abweichung von den Wertansätzen der Handels- und Steuerbilanz erheblich war, unter weiteren Voraussetzungen Wiederbeschaffungswerte berücksichtigt werden. Diese Arbeitsanleitung war zu der durch die Änderungsverordnung PR Nr. 1/89 vom 13.6.1989<sup>38</sup> aufgehobenen Nr. 38 Abs. 2 LSP ergangen. In dieser Arbeitsanleitung war die Grenze der Erheblichkeit mit mindestens 10% angegeben worden.
- bc) Der Begriff "wesentlich" wird ferner im Zusammenhang mit der sog. werterhöhenden Instandsetzung verwendet, die in Nr. 26 Abs. 2 Buchst. a) LSP geregelt ist. Er findet sich auch in dem entsprechenden § 255 Abs. 2 HGB. Dort ist er von der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (BFH)<sup>39</sup> durch Umschreibungen ausgefüllt worden; eine Konkretisierung durch Prozentsätze ist offenbar nicht möglich. Eine Befassung mit Nr. 26 Abs. 2 Buchst. a) LSP ist daher nicht ergiebig.

Die Erörterung der in Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien enthaltenen Begriffe "sollte" und "wesentlich" führt zu dem Ergebnis, dass öffentliche Auftraggeber, die Verträge zum Selbstkostenpreis abschließen, die Pflicht haben, von Auftragnehmern die Anwendung der VO PR Nr. 30/53 auf Leistungen Dritter zu verlangen, wenn die mittelbaren Leistungen mehr als 10% des Preises des Hauptvertrages ausmachen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Grenze von

---

<sup>35</sup> Hereth/Crome, Baupreisrecht, 3. Aufl., 1972, S. 133.

<sup>36</sup> Daub, In der Praxis leider anders, in: Baugewerbe, 1979, S. 12 (13).

<sup>37</sup> Abgedruckt bei Michaelis/Rhōsa, a.a.O., Ordner 2, Text-Teil II 2 h, Pkt. 3.1.

<sup>38</sup> BGBl. I. S. 1094.

<sup>39</sup> BFH, Urteile vom 12.9.2001 - IX R 39/97 und vom 3.12.2002 - IX R 64/99.

mindestens 10% durch einen oder durch mehrere Unterverträge erreicht wird und ob die mittelbaren Leistungen nur auf der ersten oder auch auf nachgeordneten Vertragsstufen erbracht werden. Für die Beurteilung des Begriffs der Wesentlichkeit ist der Prozentsatz das einzige Bezugskriterium; es kommt daher nicht an auf die Eigenart der Tätigkeitsgebiete oder auf die Bedeutung des Vertragsgegenstandes für die Vertragspartner, auf die Eigenart der Leistungen oder auf die absolute Höhe von Preisen<sup>40</sup>.

Die Vorschrift der Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien ist längst durch wichtige öffentliche Auftraggeber des Bundes in ihren Vertrags- oder Geschäftsbedingungen konkretisiert worden und damit in den Hintergrund getreten. So verlangen des Bundesverteidigungsministerium in seinem Anlageblatt K zum Formularauftrag eine Anwendung der VO PR Nr. 30/53 auf Unterverträge, gleich welcher Stufe, wenn der Gesamtwert (ohne Umsatzsteuer) je Unterauftragnehmer 50.000 Euro übersteigt<sup>41</sup>, oder das Bundesforschungsministerium in seinen Allgemeinen Bedingungen für Forschungs- und Entwicklungsverträge (BEBF 98) diese Anwendung, wenn die Vergütung (ohne Umsatzsteuer) für den Einzelauftrag (an den Dritten) 20% der Gesamtkosten des Vorhabens oder 50.000 Euro übersteigt<sup>42</sup>; das Bundesumweltministerium hat in seinen vergleichbaren Bedingungen (ABFE - BMU) dieselbe Regelung aufgenommen<sup>43</sup>. Diese Beträge dürften sich in praxi bei Großvorhaben weit unterhalb der zuvor ermittelten Wesentlichkeitsgrenze von 10% bewegen. Es sei daher angemerkt, dass diese Grenze allerdings auch durch eigene fiskalische Interessen dieser öffentlichen Auftraggeber gewählt worden ist.

#### **4. Anwendungsbereich der Richtlinien zur VO PR Nr. 30/53**

Die Richtlinien sind vom Bundesminister der Finanzen und vom Bundesminister für Wirtschaft erlassen worden. Sie geben die preispolitischen Vorstellungen der Bundesregierung wieder. Ihrem Rechtscharakter nach stellen sie allgemeine Verwaltungsvorschriften i. S. des Art. 86 GG dar. Wenn in diesem Artikel die Zuständigkeit der Bundesregierung hervorgehoben wird, so wird es doch für genügend angesehen, wenn einzelne Bundesminister für ihren Geschäftsbereich derartige Verwaltungsvorschriften erlassen<sup>44</sup>. Die Vorschriften sind grundsätzlich für die Bundesverwaltung bestimmt. Die Absicht der beiden Bundesminister geht jedoch, wie die Vorbemerkung zu den Richtlinien besagt, dahin, dass auch die obersten Landesbehörden die Anwendung der Richtlinien für ihre öffentlichen Auftraggeber vorschreiben sollen. In diesem Sinn hat der Bundesfinanzminister in seinem an die Länder gerichteten Rundschreiben vom 8.9.1955 angeregt, die Richtlinien für die mit Landesmitteln finanzierten Aufträge verbindlich einzuführen<sup>45</sup>. Dies betrifft

---

<sup>40</sup> Zu letzterem BGH, Urteil vom 5.12.1968 - VII ZE 92/66, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4; Entscheidungen II.

<sup>41</sup> Abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 3, Text-Teil V 3 a (20).

<sup>42</sup> Abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 2, Text-Teil II 6 f (1).

<sup>43</sup> Abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 2, Text-Teil II 6 i (1).

<sup>44</sup> Statt vieler: Maurer, a.a.O., S. 628; auch Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2006, S. 598 f..

<sup>45</sup> Abgedruckt bei Eberstein, Die Preise bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl., 1992, S. 59 f..



mittelbar auch den gemeindlichen Bereich. Trotz dieser Aufforderungen scheinen die Richtlinien von Ländern und auch Gemeinden nicht als eigene übernommen zu sein. In den Amtsblättern der Länder findet sich keine entsprechende Veröffentlichung; ob die Richtlinien auf andere Weise mitgeteilt worden sind, was für zulässig angesehen wird<sup>46</sup>, lässt sich nach mehr als fünf Jahrzehnten nicht mehr feststellen. Entsprechendes dürfte für den Gemeindebereich gelten.

Der Grund für das Nichthandeln der Länder dürfte wahrscheinlich in der Tatsache zu suchen sein, dass zu jener Zeit in Rechtsprechung und Literatur streitig war, ob die Generalklausel des § 2 des Preisgesetzes überhaupt noch eine gültige Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Preisverordnungen sein konnte. Es waren mehrere Gerichtsverfahren anhängig. Offenbar sollte die höchstrichterliche Entscheidung des BVerfG abgewartet werden. Sie erging am 12.1.1958 (s. Fußnote 13) und bestätigte die Gültigkeit des § 2 des Preisgesetzes. Wenn danach die Länder dennoch keine Veröffentlichung der Richtlinien mehr vorgenommen haben, so kann das nur damit erklärt werden, dass die Richtlinien bereits wenige Jahre nach ihrem Erlass als hinreichend bekannt und praktisch als eingeführt angesehen wurden, zumal sie auch im Bundesanzeiger veröffentlicht worden waren<sup>47</sup>.

Tatsächlich ist den Richtlinien seit ihrem Erlass schnell besondere Aufmerksamkeit in den mit der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen befassten Kreisen zuteil geworden, was daran gelegen haben mag, dass sie von den damals einflussreichen und allseits bekannten Ressortministern Schäffer (Finanzen) und Ludwig Erhard (Wirtschaft) persönlich und nicht, wie häufig üblich, von nachgeordneten Ministerialbeamten unterzeichnet worden sind. Sie haben schnell einen festen Platz in den Text-Teilen der Kommentare von Michaelis/Rhösa<sup>48</sup>, Pribilla<sup>49</sup> und später von Ebisch/Gottschalk<sup>50</sup> gefunden, wobei letzter Kommentar seit langem den Charakter eines offiziellen Publikationsorgans einnimmt, da auch Angehörige des Bundeswirtschaftsministeriums ihn mit herausgeben. Die Richtlinien sind in diesen Werken wie auch in der sonstigen Literatur schlichtweg als preisrechtliche Gegebenheit behandelt worden. Aus dem großen Kreis der Autoren, die die Richtlinien herangezogen haben, seien beispielhaft genannt Altmann<sup>51</sup>, Dipper<sup>52</sup>, Holzapfl<sup>53</sup>, Heinz Müller<sup>54</sup>, Pietzcker<sup>55</sup> und Birgel<sup>56</sup>, weil diese Autoren sich eingehend

---

<sup>46</sup> Statt vieler: Maurer, a.a.O., S. 638; auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 464.

<sup>47</sup> § 6 Abs. 1 Preisgesetz schreibt allerdings lediglich die Verkündung von "Anordnungen" (gleich: Rechtsverordnungen) vor.

<sup>48</sup> Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 2, Text-Teil II 1 f.

<sup>49</sup> Pribilla, a.a.O., Gesetzestexte, Nr. 22 f.

<sup>50</sup> Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 1962, Textteil C.1, zuletzt fortgeführt von Hoffjan, Müller, Waldmann, 8. Aufl., 2010, Anhang 4.b).

<sup>51</sup> Altmann, Festpreis mit Preiserläuterung, in: Die Wirtschaftsprüfung, 1962, S. 425 (427); Festpreiselemente im Selbstkostenpreis, in: DB 1963, S. 440 (441).

<sup>52</sup> Dipper, Unterliegen Festpreisverträge mit öffentlichen Auftraggebern der Preiskontrolle?, in: Der Betriebsberater (BB) 1957, S. 589 f.

<sup>53</sup> Holzapfl, Das gesetzliche Selbstkostenprüferecht der Preisbehörde bei Festpreisverträgen mit öffentlichen Auftraggebern, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1957, S. 142 (143 f.).

<sup>54</sup> Heinz Müller, a.a.O., S. 70 ff.

<sup>55</sup> Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 292.

<sup>56</sup> Birgel, a.a.O., S. 114 f.

mit der Frage nach der Zulässigkeit eines Festpreises nach Nr. 22 b) der Richtlinien auseinandergesetzt haben. An keiner Stelle in der Literatur ist eine Unterscheidung innerhalb des Kreises der öffentlichen Auftraggeber nach Bund einerseits, Ländern und Gemeinden andererseits gemacht worden. Auch die Rechtsprechung hat die Richtlinien ihren Entscheidungen zugrunde gelegt, und zwar in Fällen, in denen öffentlicher Auftraggeber nicht der Bund war. Genannt seien das Urteil des OLG Hamm vom 10.7.1961 - 2 U 4/61 (s. Fußnote 6) und der Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 29.3.1962 - BWReg 4 St 14/1960 (s. Fußnote 6) (öffentlicher Auftraggeber war jeweils eine Besatzungsmacht) sowie der Beschluss des OLG Celle vom 6.11.1964 - 3 Wa (B) 14/64 (s. Fußnote 6) (öffentlicher Auftraggeber war ein Land) und am treffendsten das Urteil des OVG Niedersachsen vom 20.12.2000 - 7 L 1276/00 (s. Fußnote 6), in dem öffentlicher Auftraggeber eine Großstadt war und die gegen sie getroffene Entscheidung auf eine Bestimmung der Richtlinien gestützt wurde.

Es kann also davon ausgegangen werden, dass die Richtlinien angesichts des hohen Verbreitungsgrades und der langjährigen Anwendbarkeit in den mit der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen befassten Kreisen auch des Gemeindebereichs als bekannt angesehen werden können, was gerade bei Großstädten mit juristischen Diensten der Fall sein dürfte. Es müsste fast als rechtsmissbräuchliches Verhalten bezeichnet werden, wenn sich insbesondere eine Großstadt auf eine mangelnde offizielle Inkennzeichnung berufen würde. Sie würde umgekehrt, würde die Anwendung dieser Richtlinien des Bundes für sie vorteilhaft sein, nicht zögern, die Richtlinien heranzuziehen. Die freiwillige Beachtung von Verwaltungsvorschriften anderer Hoheitsträger ist im übrigen nicht zu beanstanden, wenn derartige Vorschriften eine bei sich selbst bestehende Lücke füllen würden<sup>57</sup>.

Andererseits würde es zu weit führen, die Richtlinien im Gemeindebereich als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen. Gewohnheitsrecht ist zwar auch im Verwaltungsrecht möglich<sup>58</sup>; es setzt aber eine lang dauernde, von der Rechtsüberzeugung getragene Übung voraus<sup>59</sup>. Diese Übung dürfte aber bei der Vielzahl und unterschiedlichen Größe der Gemeinden nur schwer feststellbar sein.

Es muss daher bei der Aussage verbleiben, dass Gemeinden durch Verwaltungsvorschriften des Bundes nicht gebunden werden<sup>60</sup>, wenn sie nicht umgesetzt worden sind, was bei den Richtlinien nicht der Fall gewesen sein dürfte. Die Richtlinien können also zur Begründung einer Pflicht zur Ausübung des Verlangens nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 im Gemeindebereich nicht herangezogen werden, mag dieses Ergebnis auch nicht recht befriedigen wollen.

---

<sup>57</sup> Maurer, a.a.O., S. 628.

<sup>58</sup> Ossenbühl, Gesetz und Recht- die Rechtsquellen, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 2007, S. 163 ff.

<sup>59</sup> Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 1.12.1960 - 7 C 48.60, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1961, S. 593 (596).

<sup>60</sup> Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 386; auch Pietzcker, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 2008, S. 540.

Als Folge dieser Feststellung muss zur Ausgangsfrage zurückgekehrt werden, nämlich ob § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 nicht bereits selbst die Verpflichtung der Gemeinden, die Anwendung der Verordnung auf mittelbare Leistungen zu verlangen, enthält. In jüngster Zeit ist diese Pflicht noch einmal von Pauka/Chrobot<sup>61</sup> bejaht worden. Trotzdem muss eine solche Verpflichtung angesichts des "offenen" Wortlauts eher verneint werden. Es liegt eine "lex imperfecta" vor. Mag eingangs auch der Begriff der "LSP-Vollmacht" verwendet worden sein, so zeigt die Tatsache, dass - wie bereits dargestellt - mehrere Ministerien des Bundes es für geboten gehalten haben, in ihre Vertrags- oder Geschäftsbedingungen Regelungen zur Anwendung der VO PR Nr. 30/53 auf Unterverträge aufzunehmen, eine bloße "LSP-Vollmacht" des Bundeswirtschaftsministers nicht als konkret angesehen werden kann, um eine Verpflichtung der Gemeinden zu begründen.

## **5. Das Haushaltsrecht als Grundlage des "Verlangens" nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53**

### **a) Gemeinsames Ziel: Die Stabilität des Preisniveaus**

Geht man davon aus, dass § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR 30/53 keine preisrechtliche Aussage zu der Frage trifft, welche Rechtsgrundlage für die Ausübung des Verlangens in Betracht kommt, so liegt es nahe, auf Vorschriften des Haushaltsrechts zurückzugreifen, worauf neuerdings Berstermann<sup>62</sup> hinweist. In der Tat wird die enge Verbindung zwischen Preisrecht und Haushaltsrecht<sup>63</sup> in diesem Fall noch dadurch unterstrichen, dass die Richtlinien nicht nur vom Bundeswirtschafts-, sondern auch vom Bundesfinanzminister erlassen worden sind. Anknüpfungspunkt für das Haushaltsrecht sind hier die Gemeindeordnungen der Länder, die teils wörtlich, teils inhaltlich gleichlautende Grundsätze zur Führung der Haushaltswirtschaft aufstellen. So enthält z.B. § 75 Abs. 1 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung (GO NRW)<sup>64</sup> die Gebote zur Sicherung der stetigen Aufgabenerfüllung, zur Wirtschaftlichkeit, Effizienz und Sparsamkeit und zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts<sup>65</sup>. Diese drei Grundsätze gelten im Gemeindebereich für sämtliche Selbstverwaltungsaufgaben i.S. des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, zu denen auch gesetzlich auferlegte Pflichtaufgaben wie Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung und Straßenreinigung zählen. Die Grundsätze stellen nicht etwa nur Programmsätze dar, sondern begründen eine Rechtspflicht der Gemeinden; die Nichtbeachtung ist daher ein Verstoß gegen

---

<sup>61</sup> Pauka/Chrobot, Öffentliches Preisrecht und Vergaberecht - Hinweise zu § 2 Abs. 4 VOL/A, insbesondere bei der Einbeziehung von Unterauftragnehmern, in: Vergaberecht, 2011, S. 405 (410).

<sup>62</sup> Berstermann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl., 2011, S. 2105; auch Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 1. Aufl., 2009, S. 193 f halten offenbar die Heranziehung anderer gesetzlicher Bestimmungen für denkbar.

<sup>63</sup> Ebisch/Gottschalk, a.a.O., VO § 1 RdNr. 99; auch Noelle/Rogmans, Öffentliches Auftragswesen, 3. Aufl., 2002, S. 18.

<sup>64</sup> Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen i.d.F. vom 14.7.1994 (GV. NW. S. 666) mit späteren Änderungen, zuletzt vom 18.9.2012 (GV. NW. S. 436).

<sup>65</sup> Wenn hier und im Folgenden nur auf Bestimmungen des Landesrechts von NRW Bezug genommen wird, so geschieht dies, weil die eingangs genannten Verfahren vor Gerichten von NRW stattgefunden haben.

geltendes Recht mit allen sich daraus ergebenden Rechtsfolgen<sup>66</sup>. Will sich eine Gemeinde dem Vorwurf eines Verstoßes gegen diese Pflicht nicht aussetzen, so hat sie alle Möglichkeiten zur Vermeidung eines solchen Verstoßes auszuschöpfen.

Von den genannten drei Grundsätzen ist für die Ausübung des Verlangens nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 der dritte Grundsatz der Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts in diesem Zusammenhang am meisten einschlägig. Das fast ein Jahrzehnt nach dem grundlegenden Beschluss des BVerfG vom 12.11.1958 (s. Fußnote 13) erlassene Stabilitätsgesetz (StabG) vom 8.6.1967<sup>67</sup> verpflichtet in seinem § 1 den Staat<sup>68</sup>, bei seinen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten, von dessen vier Zielen als erstes die "Stabilität des Preisniveaus" genannt wird<sup>69</sup>. Dieses Ziel ist in dem vorgenannten Beschluss des BVerfG (s. Fußnote 13) zur Gültigkeit der Ermächtigungsgrundlage des § 2 des Preisgesetzes ebenfalls genannt. Die Ziele sind also - was bedeutsam ist - gleichlautend. Durch § 16 StabG werden auch die Gemeinden auf dieses Ziel verpflichtet. Die Inhalte des §§ 1 und 16 StabG sind in der Folgezeit, um mögliche verfassungsrechtliche Bedenken aus dem Verhältnis zwischen Bund und Gemeinden auszuschließen<sup>70</sup>, in das Haushaltsrecht der Länder übernommen worden.

Bedenkt man also, dass zur Äußerung des Verlangens nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR NR. 30/53 das Haushaltsrecht als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann und dass dieses es einer Gemeinde zur Pflicht macht, das Ziel der Stabilität des Preisniveaus - als Teil der Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts - in ihren Entscheidungsvorgang aufzunehmen, so ist die Lücke, die in der Nichtanwendbarkeit der Nr. 12. Abs. a) der Richtlinien im Gemeindebereich besteht, geschlossen. (Dabei ergibt sich die Eigenart, dass das in § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR 30/53 enthaltene Ermessen bei öffentlichen Aufträgen des Bundes sich in einer Richtlinie mit dem Charakter einer Sollvorschrift äußert, die aber - wie oben ausgeführt - tatsächlich den Charakter einer Mussvorschrift annimmt, während bei öffentlichen Aufträgen im Gemeindebereich sich dieses "auf Null" verringerte Ermessen in einer gesetzlichen Mussvorschrift wiederfindet.)

Bevor in die Erörterung des dritten Grundsatzes eingetreten werden kann, muss jedoch berücksichtigt werden, dass es beim Entscheidungs-

---

<sup>66</sup> OVG NRW, Urteil vom 24.10.1978 - XV A 1862/76, in: Der Gemeindehaushalt, 1979, S. 164 ff.; Rehn/Cronauge /v. Lennep /Knirsch, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 38. Erg., März 2012, § 75 Anm. I 3.

<sup>67</sup> Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (BGBl. I S. 582), zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407).

<sup>68</sup> Gemeint sind Bund, Länder und Gemeinden; siehe für den gleichlautenden Art. 109 Abs. 2 GG Rodi, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 114. Akt., November 2004, Art. 109, RdNr. 178.

<sup>69</sup> Die drei weiteren Ziele sind: hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und Wirtschaftswachstum. In der staats- und neuerdings europarechtlichen Literatur wird dem ersten Ziel der Vorrang vor den drei anderen Zielen zugesprochen, siehe Rodi, a.a.O., RdNr. 219 f. mit weiteren Nachweisen..

<sup>70</sup> Scheel/Steup, Gemeindehaushaltsrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. 1997, § 75 RdNr. 2; Rehn/Cronauge/v. Lennep/Knirsch, a.a.O., 35. Erg., Dezember 2010, § 75 Anm. IV 1.

vorgang einer Gemeinde nicht zu einer Konfliktsituation zwischen den drei Grundsätzen kommen darf. Es ist daher davon auszugehen, dass der erste Grundsatz der Sicherung der stetigen Aufgabenerfüllung stets Vorrang vor den anderen beiden Grundsätzen<sup>71</sup> und dass der zweite Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, Effizienz und Sparsamkeit stets Vorrang vor dem dritten Grundsatz der Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts<sup>72</sup> haben muss. Es muss daher zunächst erörtert werden, ob der erste oder der zweite Grundsatz der Anwendung des dritten Grundsatzes im Wege stehen.

## **b) Der Grundsatz der stetigen Aufgabenerfüllung**

Der erste Grundsatz beinhaltet den Gedanken, dass eine Gemeinde zum Wohle ihrer Bürger handeln und dass eine mögliche Vermehrung des Gemeindevermögens zweitrangig sein muss<sup>73</sup>. Sehr einprägsam wird hier von "Gemeinwohlmaximierung" vor "Gewinnmaximierung" gesprochen<sup>74</sup>. Überhöhte Abgaben, die durch eine privatrechtliche Gestaltung zwecks Nichtanwendung des Preisrechts erzielt werden, dienen nicht dem Wohl der Bürger, sondern allein dem finanziellen Eigeninteresse der Gemeinde. Das dürfte insbesondere der Fall sein, wenn durch eine solcher Gestaltung Beträge "in Millionenhöhe" (s. Fußnote 2) zu Lasten der Bürger auflaufen können. Keines der eingangs genannten Verwaltungsgerichte hat diesem Gesichtspunkt Aufmerksamkeit gewidmet. Der erste Grundsatz ist daher nicht beachtet worden; eine Konfliktsituation mit den folgenden beiden Grundsätzen kann nicht vorliegen.

## **c) Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit**

Der zweite Grundsatz stellt eine Verbindung zum ersten Grundsatz her<sup>75</sup>. Auch er enthält den Gedanken der Rücksichtnahme auf die Belastbarkeit Bürger<sup>76</sup>. Insoweit gilt auch hier das soeben Ausgeführte. Wirtschaftlichkeit bedeutet, dass mit dem geringsten Aufwand der größtmögliche Nutzen erzielt wird<sup>77</sup>. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeit hat die Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum, der allerdings dann überschritten wird, wenn die Entscheidungsbefugnis in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeübt wird<sup>78</sup>. Die Verrechnung von kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen in einer Höhe, die im Ergebnis zu einer ungerechtfertigten Belastung abgabepflichtiger Bürger führt, muss - wie das VG Gelsenkirchen eingangs zu Recht ausgeführt hat - als gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gerichtet angesehen werden. Mit der unterlassenen Erstreckung der VO PR Nr. 30/53 auf den Pachtvertrag und auf das daraus

---

<sup>71</sup> Scheel/Steup, a.a.O., § 75 RdNr. 2 und 3; Rehn/Cronauge/v. Lennep/Knirsch, a.a.O., § 75 Anm. II 1; Kleebaum/Palmen, Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, 1. Aufl., 2008, § 75 Anm. II.

<sup>72</sup> Scheel/Steup, a.a.O., § 75 RdNr. 4; Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl., 2012, § 75 Erl. 3.

<sup>73</sup> Rehn/Cronauge/v. Lennep/Knirsch, a.a.O., § 75 Anm. II 2.

<sup>74</sup> Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, 2001, S. 180 mit weiteren Nachweisen.

<sup>75</sup> Articus/Schneider, a.a.O., § 75 Erl. 3.

<sup>76</sup> Scheel/Steup, a.a.O., § 75 RdNr. 4; Articus/Schneider, a.a.O., § 75 Erl. 3.

<sup>77</sup> Statt vieler: Scheel/Steup, a.a.O. § 75 RdNr. 4.

<sup>78</sup> OVG NRW, Urteil vom 26.10.1990 - 15 A 1099/87, in: DÖV 1991, S. 611 (612) mit weiteren Nachweisen.

herrührende Pachtentgelt, das in die Kalkulation des Betriebsführungsvertrages eingeht, handelt die Gemeinde gegen die für sie geltenden kommunalrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze. Nach § 6 Abs. 2 S. 4 des nordrhein-westfälischen Kommunalabgabengesetzes (KAG NRW)<sup>79</sup> zählen zu den für eine Gebührenerhebung ansatzfähigen Kosten auch "Entgelte für in Anspruch genommene Fremdleistungen" (sog. Fremdkosten). Diese in einem Betriebsführungsvertrag enthaltenen Entgelte werden von der Gemeinde in preisrechtlich zulässiger Höhe in die Kalkulation der von den abgabepflichtigen Bürgern zu erhebenden Gebühren eingestellt<sup>80</sup>. Für die Ermittlung des Entgelts für Fremdleistungen sind also preisrechtliche, nicht kommunalrechtliche Grundsätze maßgeblich<sup>81</sup>. Was aber für einen unmittelbaren Betriebsführungsvertrag gilt, muss auch für einen mittelbaren Pachtvertrag gelten. Der kommunalrechtliche Grundsatz der Erforderlichkeit<sup>82</sup>, der beim Betriebsführungsvertrag durch das Preisrecht konkretisiert wird<sup>83</sup>, muss in gleicher Weise beim Pachtvertrag konkretisiert werden. Der Grundsatz wirkt nicht nur auf der Ebene des unmittelbaren, sondern auch auf der des mittelbaren Fremdleisters. Denn auch die Kosten des Pachtvertrages, die in die Kalkulation des Betriebsführungsvertrages eingehen, stellen Fremdkosten dar. Die Gemeinde hat es in der Hand, den Untervertrag durch einseitige Willenserklärung des "Verlangens" nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR 30/53 den Preisvorschriften, die für den erteilten Hauptauftrag gelten, zu unterstellen. Wenn sie trotzdem davon absieht, lässt das den kommunalrechtlichen Grundsatz der Erforderlichkeit unberührt: er gilt für den Untervertrag weiterhin. Aber auch das Preisrecht verzichtet in einem solchen Fall auf seinen Einfluss nicht ganz. Es verlangt, dass das vom Hauptauftragnehmer, hier also die Betriebsführungsgesellschaft, dem Unterauftragnehmer, hier also die Objektgesellschaft, zu zahlende Pachtentgelt als Teil des Betriebsführungsentgeltes den Grundsätzen der Angemessenheit (§ 5 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53) und der wirtschaftlichen Betriebsführung (Nr. 4 Abs. 2 LSP) entsprechen muss<sup>84</sup>, auch wenn diese Kosten beim Unterauftragnehmer nicht ermittelt, sondern beim Hauptauftragnehmer lediglich geschätzt werden können. Dabei wird die Angemessenheit von Kosten bejaht, wenn sie zur Leistungserbringung objektiv notwendig sind<sup>85</sup>. Mit dem Begriff der Notwendigkeit des Preisrechts ist die Übereinstimmung mit dem Begriff der Erforderlichkeit des Kommunalrechts dargetan. Dabei soll nicht verkannt werden, dass das Preisrecht den höchstzulässigen Preis herstellen will, während der

---

<sup>79</sup> Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1969 (GV. NW. S. 712), zuletzt geändert am 29.5.2001 (GV. NW. S. 708).

<sup>80</sup> OVG Niedersachsen, Urteile vom 24.6.1998 - 9 L 2504/96, vom 22.1.1999 - 9 L 1803/97 und vom 17.7.2012 - 9 LB 187/09, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen II; ferner Dierkes/Hamann, a.a.O., S. 77 und 80 mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

<sup>81</sup> OVG NRW, Beschluss vom 30.8.2005 - 9 A 403/04, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen II.

<sup>82</sup> Näheres zum Prinzip der Erforderlichkeit siehe Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, a.a.O., 30. Erg. Lfg., März 2004, § 6 RdNr. 71.

<sup>83</sup> Brüning, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 40. Erg. Lfg., März 2009, § 6 KAG NRW RdNr. 197 f.

<sup>84</sup> Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, LSP Nr. 34, Erl. 2.1; im Ergebnis auch Ebisch/Gottschalk, a.a.O., LSP Nr. 34 RdNr. 4 ff., die allerdings eher einen Betreibervertrag im Auge haben.

<sup>85</sup> Daub/Naschold, Baupreisrecht und Baupreisbildung, 1951, zitiert nach Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, LSP Nr. 4, Erl. 2.1.1; ferner Birgel, a.a.O., S. 107 und Noelle/Rogmans, a.a.O., S. 178.

Erforderlichkeitsgrundsatz den Bürger vor überhöhten Abgaben schützen will<sup>86</sup>.

Angesichts dieser Rechtslage können die "betriebswirtschaftlichen Grundsätze" des § 6 Abs. 2 S.1 KAG NRW, die die Verrechnung höherer kalkulatorischer Abschreibungen und Zinsen als preisrechtlich zulässig erlauben, auf den Pachtvertrag - entgegen der eingangs wiedergegebenen Auffassung des OVG NRW - nicht zur Anwendung gelangen. Einer ausführlichen Befassung mit betriebswirtschaftlichen Lehrmeinungen durch die Verwaltungsgerichte zur Frage der Abschreibungen und Zinsen unter Hinzuziehung von Gutachtern der Wirtschaftswissenschaften hätte es nicht bedurft. Die betriebswirtschaftlichen Grundsätze stehen ebenfalls unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 1 und 2 KAG NRW, wonach das KAG NRW hinter die bundes- und landesgesetzlichen Normen, hier also hinter die VO PR Nr. 30/53 und die GO NRW, zurücktritt. Auch sind die betriebswirtschaftlichen Grundsätze für das Verhältnis einer Gemeinde zu ihren abgabepflichtigen Bürgern, also für Fälle, in denen die Gemeinde die Entsorgung durch einen Regiebetrieb selbst durchführt, aufgestellt worden<sup>87</sup>, sie können aber nicht auf das Verhältnis zwischen zwei Gesellschaften des Privatrechts, also auf Fälle, in denen eine Objektgesellschaft einer Betriebsführungsgesellschaft Leistungen erbringt, übertragen werden, mag die Gemeinde mit diesen Gesellschaftern auch kapitalmäßig verbunden sein. Eine privatrechtliche Vereinbarung, die trotzdem die Anwendung dieser Grundsätze vorsieht, verstößt somit gegen den öffentlichrechtlichen Grundsatz der Erforderlichkeit und ist daher hinsichtlich des "überschießenden" Betrages nichtig (§ 134 BGB). Wenn demgegenüber - wie das OVG NRW in dem von ihm angestellten Wirtschaftlichkeitsvergleich<sup>88</sup> ausführt - die Kosten sich infolge der privatrechtlichen Gestaltung nicht erhöht haben sollen, so ist dem entgegenzuhalten, dass mit der Privatisierung der gemeindeeigenen Wirtschaftsbetriebe die Kosten nicht höher oder gleich geblieben sind, sondern sich hätten ermäßigen müssen. Eine Gemeinde, die aber auf einen regelungsbedürftigen Tatbestand den ihr vorgegebenen Grundsatz der Erforderlichkeit nicht anwendet und stattdessen auf diesen Tatbestand nicht zutreffende überhöhende betriebswirtschaftliche Grundsätze anlegt, handelt nicht wirtschaftlich. Sie lässt den ihr eingeräumten Entscheidungsspielraum als in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeübt erscheinen. Der zweite Grundsatz ist daher ebenfalls nicht beachtet worden; eine Konfliktsituation mit dem folgenden Grundsatz kann nicht vorliegen.

---

<sup>86</sup> Jessen, a.a.O., S. 212.

<sup>87</sup> Siehe das grundlegende Urteil des OVG NRW vom 5.8.1994 - 9 A 1248/92, in: NWVBl. 1994, S. 428; ferner Wiesemann, Benutzungsgebühren und Privatisierung, in: NWVBl. 1998, S. 257 (260) mit weiteren Nachweisen.

<sup>88</sup> Siehe hierzu Dierkes/Hamann, a.a.O., S. 68 ff.

#### **d) Der Grundsatz des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts**

Der dritte Grundsatz wird in der Literatur zum Gemeindebereich durchweg als von nachgeordneter Bedeutung behandelt<sup>89</sup>. In der Tat kann die einzelne Gemeinde nur in geringem Maße oder gar überhaupt nicht zum gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht beitragen. Die Zusammenfassung sämtlicher Gemeindehaushalte ergibt jedoch ein anderes, ein beeindruckendes finanzielles Bild<sup>90</sup>. Es muss daher verwundern, dass keines der eingangs genannten Verwaltungsgerichte sich mit diesem dritten Grundsatz auseinandergesetzt hat.

Wenn eine Gemeinde eine mittelbare Leistung zu einem öffentlichen Auftrag, die einen erheblichen finanziellen Umfang hat, nicht der Anwendung von Preisvorschriften unterwirft und durch die Unterlassung dem Unterauftragnehmer die Verrechnung höherer kalkulatorischer Abschreibungen und Zinsen als nach Preisrecht zulässig ermöglicht mit der Folge, dass Gebühren für Entsorgung "hochgetrieben" werden, begeht sie einen Verstoß gegen die Pflicht zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, das das Ziel der Stabilität des Preisniveaus mit einschließt. Dieser Verstoß ergibt sich auf Grund folgender Beurteilung:

Wenn mehrere öffentliche Auftraggeber des Bundes Unteraufträge ab 50.000 Euro der VO PR Nr. 30/53 unterstellen (siehe oben Abschnitt III. 3. letzter Absatz), eine Stadt jedoch keinen Anlass sieht, die Anwendung der VO PR Nr. 30/53 auf einen Pachtvertrag mit einem einjährigen Entgelt von mehr als 60 Mio. DM (siehe oben Abschnitt II. vorletzter Absatz) als Untervertrag zu einem Betriebsführungsvertrag zu verlangen, dann scheinen bei Bund und der betreffenden Stadt die Vorstellungen über einen Beitrag zur Stabilität des Preisniveaus äußerst unterschiedlich zu sein.

Wenn nach den Maßstäben des Preisrechts des Bundes, wie sie in Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien zum Ausdruck kommen, die Anwendung der VO PR Nr. 30/53 im Selbstkostenbereich auf Unterverträge, die mehr als 10% des Preises der Hauptvertrages ausmachen (siehe oben Abschnitt III. 3. vorletzter Absatz), verlangt werden soll, eine Stadt jedoch bei einem Betriebsführungsvertrag, der ein aus einem Pachtvertrag herrührendes Entgelt, das ca. 70% des Preises des Hauptvertrages ausmacht (siehe oben Abschnitt II. vorletzter Absatz), das in der VO PR Nr. 30/53 vorgesehene Verlangen für den Untervertrag nicht stellt, so scheinen auch hier die Betrachtungsweisen über einen Beitrag zur Stabilität des Preisniveaus weit auseinanderzuklaffen.

Zur Vervollständigung dieser Überlegungen sei noch eine Billigkeitserwägung eingebracht. Wenn eine Gemeinde ein bisher als Regie- oder Eigenbetrieb geführtes Unternehmen durch Privatisierung in die Marktwirtschaft überführt, so tut sie dieses, weil sie sich davon Vorteile ver-

---

<sup>89</sup> Scheel/Steup, a.a.O., § 75 RdNr. 3; auch Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, a.a.O., § 75 Anm. IV 3; Kleerbaum/Palmen, a.a.O., S. 75 Anm. IV; Articus/Schneider, a.a.O., § 75, Erl. 4.

<sup>90</sup> Siehe Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2011 für die Bundesrepublik Deutschland, S. 572 und 577.



spricht<sup>91</sup>. Zu den Regeln der Marktwirtschaft gehört auch die VO PR Nr. 30/53, die, wie eingangs ausgeführt, in Ausnahmefällen Kalkulationen auf der Grundlage von Selbstkosten vorsieht. Die Gemeinde muss also in Kauf nehmen, gegenüber ihrer bisherigen Praxis Einschränkungen durch Selbstkostenregeln ausgesetzt zu sein. Dieses Risiko war bereits vor der Privatisierung erkennbar. Die Gemeinde kann sich nicht in dem für sämtliche in § 2 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 aufgezählten öffentlichen Auftraggeber geltenden Preisrecht ein "Reservat" einrichten, indem sie es unterlässt, entgegen haushaltsrechtlichen Verpflichtungen in Fällen von beachtlichem finanziellen Umfang die Anwendung von Selbstkostenvorschriften auf Unterverträge zu verlangen. Der Nachteil müsste dann unter dem Gesichtspunkt der Substanzerhaltung durch Anhebung des kalkulatorischen Gewinns<sup>92</sup> ausgeglichen oder es müsste äußerstenfalls an eine Rekommunalisierung<sup>93</sup> gedacht werden.

## **6. Auswirkungen des "Verlangens" nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53**

Werden also die drei Grundsätze des § 75 Abs. 1 GO NRW verletzt, weil eine Gemeinde das Verlangen nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR 30/53 zur Anwendung der Verordnung auf einen Pachtvertrag zwischen der Betriebsführungsgesellschaft und der Objektgesellschaft nicht ausübt, so ist zu fragen, wie dieser Mangel behoben werden kann.

Sollte die Laufzeit eines Pachtvertrages noch nicht beendet sein, so hat die Gemeinde mittels der Betriebsführungsgesellschaft das Verlangen gegenüber der Objektgesellschaft auch jetzt noch auszuüben, und die Gesellschaft hat diesem Verlangen zuzustimmen, da sie von der Gemeinde mittelbar beherrscht wird. Die Zustimmung hat rückwirkende Kraft (§ 184 Abs. 1 BGB).

Bei zukünftig abzuschließenden Betriebsführungsverträgen hat die Gemeinde die Verpflichtung, der Betriebsführungsgesellschaft aufzugeben, von der Objektgesellschaft die Anwendung der VO PR 30/53 zu verlangen. Auch hier hat die Objektgesellschaft dem Verlangen zu entsprechen.

Sollten die Gemeinden ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, so sollte aus Anlass eines neuen Gebührenbescheides der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten beschritten werden. Gegebenenfalls ist auch an Regressansprüche abgabepflichtiger Bürger zu denken.

In beiden Fällen unterliegen nunmehr die Pachtverträge nach § 9 VO PR 30/53 der Prüfung durch die für die Preisprüfung und Preisüberwachung zuständigen Behörden. Diese Behörden sind als Preisüberwachungsstellen im Regelfall den Regierungspräsidien zugeordnet und haben als "neutrale" Stellen zwischen den Interessen des öffentlichen Auftraggebers und des Auftragnehmers "zum Nutzen des Gemeinwohls" auf der Grundlage von Einzelfällen aus hoheitlicher Sicht darauf zu achten, "den Preisstand aufrecht(zu)erhalten", um das von § 2 des Preisgesetzes geforderte Ziel in der

---

<sup>91</sup> Wiesemann, Benutzungsgebühren und Privatisierung, a.a.O., S. 257 (261 f.).

<sup>92</sup> Siehe hierzu statt vieler Reif, Preiskalkulation privater Wasserversorgungsunternehmen, 2002, S. 294 ff., S. 296 ff. mit weiteren Hinweisen auf die betriebswirtschaftliche und preisrechtliche Literatur.

<sup>93</sup> Siehe hierzu Brüning, in: Driehaus, a.a.O., 43. Erg. Lfg., September 2010, § 6 KAG NRW RdNr. 72 a.

Ausprägung, wie sie durch den bereits angeführten Beschluss des BVerfG vom 12.11.1958 (s. Fußnote 13) erfolgt ist, zu verwirklichen. Angesichts der durch eine überhöhte und damit unzulässige Verrechnung von kalkulatorischen Zinsen und Abschreibungen "in Millionenhöhe" (s. Fußnote 2) aufgelaufenen Beträge kann auf die Dienste von Preisprüfern, die über eine hohe Sachkenntnis in betriebswirtschaftlichen Fragen des Preisrechts verfügen, auch im Gemeindebereich nicht verzichtet werden, und es wäre dringend wünschenswert, wenn die zuständigen Wirtschaftsverwaltungen der aufgezeigten Problematik mehr Aufmerksamkeit widmen würden. Die Preisprüfer können bei Objektgesellschaften Auskünfte einholen und Unterlagen einsehen. Die Unterlagen sind für eine Dauer von 5 Jahren aufzubewahren, gerechnet ab Abgabe des Angebotes, bei Selbstkostenerstattungspreisen also ab Abgabe der Nachkalkulation<sup>94</sup>.

Die Möglichkeit der Verhängung eines Bußgeldes durch die Preisbehörden gegen Gemeinden, die ihrer haushaltsrechtlichen Pflicht zur Ausübung des Verlangens nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO/PR Nr. 30/53 nicht nachkommen, wegen einer Zuwiderhandlung, also eines Preisverstosßes gegen § 11 VO PR Nr. 30/53 i. Vbdg. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 WiStG, dürfte allerdings ausscheiden. Ist es bereits fraglich, ob Bußgelder gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts, die öffentliche Aufträge vergeben, verhängt werden können<sup>95</sup>, so würde ein solches Vorgehen im Zweifel daran scheitern, dass es sich bei § 75 Abs. 1 GO NRW nicht um eine "Rechtsvorschrift über Preise" handelt, wie dies in § 3 Abs. 1 Nr. 1 WiStG gefordert wird.

In der Pflicht, die Anwendung des § 75 Abs. 1 GO NRW durch die Gemeinden zu überwachen, stehen aber die für die Kommunalaufsicht zuständigen Behörden. Diese sind in NRW der Landrat, die Bezirksregierung oder das Innenministerium; für eine kreisfreie Stadt führt die Bezirksregierung die allgemeine Aufsicht und ist das Innenministerium die obere und oberste Aufsichtsbehörde (§ 120 GO NRW). Diese Behörden entscheiden grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie einschreiten und welche Aufsichtsmittel sie wählen. Wenn aber Gemeinden ihren in der Gemeindeordnung vorgesehenen Rechtspflichten nicht nachkommen, verringert sich das Ermessen der Behörden "auf Null"<sup>96</sup>. In solchen Fällen haben die Behörden die Pflicht, die in der Gemeindeordnung vorgesehenen Maßnahmen zu ergreifen. Diese sind in NRW z. B. Beanstandungen, Ersatzvornahme oder Bestellung eines Beauftragten (§§ 122 bis 124 GO NRW).

## **7. Keine Befreiung nach § 2 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 von der Anwendung der VO PR Nr. 30/53**

Die von der aufgezeigten Problematik des Preisrechts betroffenen Gemeinden werden das Bestreben haben, angesichts der eingeschränkten Kalkulationsmöglichkeiten bei kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen nach Wegen zu suchen, um die erweiterten Kalkulationsmöglichkeiten, wie sie die

---

<sup>94</sup> Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 9, C VII 2, S. 29 f.

<sup>95</sup> Für ein Bußgeld: Rittner, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, 1988, S. 58 mit Hinweisen insbesondere auf die Rechtsprechung. Gegen ein Bußgeld: Ebisch/Gottschalk, a.a.O., § 11 RdNr. 21.

<sup>96</sup> Articus/Schneider, a.a.O., § 119 Erl. 4.

betriebswirtschaftlichen Grundsätze des Kommunalrechts bieten, wahrnehmen zu können. Eine solche Möglichkeit würde bestehen, wenn Verträge, die von Betriebsführungsgesellschaften abgeschlossen werden, von dem Anwendungsbereich des Preisrechts befreit werden könnten. Eine derartige Gestaltung hält der Verordnungsgeber in § 2 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 bereit. Nach dieser Vorschrift kann das Bundeswirtschaftsministerium verfügen, dass die VO PR Nr. 30/53 "auf Aufträge bestimmter Unternehmen, die ... von juristischen Personen des öffentlichen Rechts betrieben werden", nicht anzuwenden ist, "sofern sie mit ihren Lieferungen und Leistungen im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehen". Es fragt sich jedoch, ob diese Vorschrift einem Anliegen der Gemeinden weiterhelfen kann. Der Wortlaut lässt zwei Fallgestaltungen zu:

- 1) Das Unternehmen handelt in Vertretung der juristischen Person des öffentlichen Rechts<sup>97</sup>. Die Gestaltung trifft auf Betriebsführungsgesellschaften nicht zu. Sie schließen ihre Pachtverträge nicht als Vertreter der Gemeinden ab.
- 2) Das Unternehmen schließt einen Untervertrag zu einem öffentlichen Auftrag ab<sup>98</sup>. Diese Gestaltung trifft auf Betriebsführungsgesellschaften zu. Sie schließen ihre Pachtverträge im eigenen Namen ab.

In beiden Fällen werden die Betriebsführungsgesellschaften von der Gemeinde "betrieben". Sollte die Betriebsführungsgesellschaft jedoch nicht im Alleineigentum, sondern nur im Mehrheitseigentum einer Gemeinde stehen, so würde sie nicht ausschließlich von der Gemeinde "betrieben" mit der Folge, dass eine Befreiung nach § 2 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 schon aus diesem Grunde nicht möglich wäre. Darüber hinaus müssen die Unternehmen sich aber am allgemeinen Wirtschaftsverkehr erwerbswirtschaftlich betätigen. Sie müssen gleichartige Lieferungen und Leistungen wie privatrechtliche Unternehmen erbringen<sup>99</sup>. Die Befreiung von der VO PR Nr. 30/53 bezieht sich dann auf einzelne, mehrere oder sämtliche Aufträge des jeweiligen Unternehmens. Bei den Tätigkeiten der eingangs genannten Betriebsführungsgesellschaften handelt es sich - mit Ausnahme der Abfallentsorgung - um Leistungen der Abwasserbeseitigung. Derartige Leistungen pflegen aber nicht im Wettbewerb mit privaten Unternehmen erbracht zu werden. Folgerichtig hat es die Rechtsprechung bisher abgelehnt, solche Leistungen als marktgängige Leistungen anzuerkennen, für die dann Marktpreise in Betracht kommen würden<sup>100</sup>. Eine Möglichkeit, aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden zu können, besteht also nicht. Das Bundeswirtschaftsministerium müsste ein dahingehendes Anliegen der Gemeinden ablehnen. (Das Erfordernis, Einvernehmen mit dem fachlich zuständigen Bundesministerium herbeizuführen, kommt im Gemeindebereich nicht zum Tragen, da kein

---

<sup>97</sup> Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 2, C.

<sup>98</sup> Ebisch/Gottschalk, a.a.O., § 2 RdNr. 25 ff.; Berstermann, a.a.O., S. 2103.

<sup>99</sup> Pöckel, a.a.O., S. 61 (62).

<sup>100</sup> OVG NRW, Urteile vom 14.12.2004 - 9 A 4187/01, vom 1.6.2007 - 9 A 372/06, vom 24.6.2008 - 9 A 373/06, 374/06 und 488/06; VG Düsseldorf, Urteile vom 12.12.2007 - 5 K 1171/06, vom 23.12.2008 - 5 K 605/08 und 1205/08 und vom 9.8.2012 - 5 K 1552/10, sämtlich abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen II.

Bundesministerium eine Aufsicht über Gemeinden führt oder ihnen Finanzmittel zur Verfügung stellt). Ob sich im Lauf der Zeit ein Markt für Abwasserbeseitigung herausbilden kann, muss einstweilen dahinstehen. Es bleibt somit bei der Feststellung, dass die mittelbaren Leistungen, die von Betriebsführungsgesellschaften auf dem Gebiet der Abwasserbeseitigung bei Dritten in Auftrag gegeben werden, den Vorschriften der VO PR Nr. 30/53 auch weiterhin unterliegen, wenn das Verlangen nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 geäußert ist.

Zur weiteren Vervollständigung der Problematik der Befreiung von der Anwendung der VO PR Nr. 30/53 sei darauf aufmerksam gemacht, dass die für die Abwasserbeseitigung gemachten Ausführungen grundsätzlich auch für die Abfallentsorgung der Gemeinden zutreffen. Allerdings hat hier die Rechtsprechung bei der Beurteilung des Vorliegens eines Marktes eine unterschiedliche Haltung eingenommen<sup>101</sup>. Auch hier bleibt die Entwicklung abzuwarten; ein Markt wäre hier aber eher vorstellbar. Damit würde auch die Möglichkeit einer Befreiung der Betriebsführungsgesellschaften von der Pflicht, die VO PR Nr. 30/53 auf mittelbare Leistungen zu erstrecken, näher rücken.

Schließlich sei zur abschließenden Vervollständigung der Problematik noch die Straßenreinigung erwähnt. Hier ist bisher von der Rechtsprechung niemals die Möglichkeit eines Marktes erörtert worden<sup>102</sup>.

#### **IV. Notwendigkeit der Ergänzung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53**

Den Schlüssel zur Auflösung der für die abgabepflichtigen Bürger, die durch überhöhte Gebühren belastet werden, unbefriedigenden Situation hält das Bundeswirtschaftsministerium in der Hand. Es sollte durch eine Ergänzung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR 30/53 klare Verhältnisse schaffen, indem es den Inhalt der Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien in den Rang einer Rechtsverordnung erhebt. Wie oben ausgeführt, hat die Richtlinie seinerzeit offenbar keinen Eingang bis in den gemeindlichen Bereich gefunden. Zu dieser Änderung bedarf es aus rechtlicher Sicht nur des berühmten "Federstrichs"; einer Befassung durch den Bundestag oder gar Bundesrat bedarf es ebenso wenig, wie es zum Erlass der VO PR Nr. 30/53 selbst oder der bisher ergangenen Änderungsverordnungen einer solchen

---

<sup>101</sup> Gegen Vorliegen eines Marktes: VG Düsseldorf, Urteile vom 3.3.1999 - 6 K 6550/95 und vom 22.6.2009 - 17 K 2086/08, 4765/07 und 707/09; VGH Hessen, Urteil vom 27.4.1999 - 5 N 3909/98; OVG NRW, Urteil vom 5.4.2001 - 9 A 1795/99 und Beschluss vom 30.8.2005 - 9 A 403/04; VG Köln, Urteil vom 25.2.2003 - 14 K 20010/99; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 20.3.2008 - 13 K 2057/05; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 31.5.2010 - 2 S 2423/08;

einen Markt für möglich haltend: OVG NRW, Urteil vom 19.6.1997 - 9 A 652/95; VG Köln, Urteil vom 21.9.1999 - 14 K 6097/97 und OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 16.2.2005 - 2 LB 109/03;

für das Vorliegen eines Marktes: OVG Niedersachsen, Urteil vom 20.12.2000 - 7 L 1276/00, sämtlich abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen II; ferner für das Vorliegen eines Marktes: VG Köln, Urteil vom 16.2.1999 - 14 K 7212/96.

<sup>102</sup> Beispiele für das Nichtvorliegen eines Marktes: VG Gelsenkirchen, Urteile vom 20.2.2007 - 13 K 3389/06 und vom 17.10.2007 - 13 K 795/06; Urteile des VG Düsseldorf vom 23.12.2008 - 5 K 605/08 und 1205/08, sämtlich abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen II.

Befassung bedurft hat<sup>103</sup>. Nach dem ersten Teil des Entscheidungssatzes aus dem Beschluss des BVerfG vom 12.11.1958<sup>104</sup>, der gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951<sup>105</sup> Gesetzeskraft hat, ist der Bundesminister für Wirtschaft ermächtigt, Rechtsverordnungen zu erlassen, "durch die ... der Preisstand aufrecht erhalten werden soll". Die vorgeschlagene Änderung würde den nicht einfachen Rückgriff auf landesgesetzliche Regelungen wie z.B. auf die GO NRW oder auf das KAG NRW überflüssig machen. Bekanntlich hat Bundesrecht jeder Stufe Vorrang vor Landesrecht jeder Stufe<sup>106</sup>. Gilt die VO PR Nr. 30/53 nach ihrem § 2 Abs. 1 auch für Länder und Gemeinden, so erscheint es nur als folgerichtig, dass die zu ihr ergangenen Richtlinien, insbesondere soweit sie Anweisungen enthalten, aus Gründen der Preispolitik auch dort Beachtung finden müssen. Auch aus verwaltungsrechtlichen Gründen dürfte eine Änderung angebracht sein. Bei Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien handelt es sich nicht um eine auslegende, nur nach innen gerichtete, sondern um eine lenkende, nach außen wirkende Verwaltungsvorschrift, die aus systematischen Gründen als Rechtsnorm hätte erlassen werden müssen<sup>107</sup>. Das Bundeswirtschaftsministerium würde auf diese Weise seine eigenen preispolitischen Vorstellungen, wie sie in § 2 Abs. 2 Preisgesetz, in § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 und in Nr. 12 Abs. a) der Richtlinien nur unvollständig zum Ausdruck kommen, auch im Gemeindebereich gebührend Nachdruck verleihen und, falls nötig und möglich, durch verwaltungsrechtliche Maßnahmen<sup>108</sup> seitens der Preisbehörden der zunehmenden "Flucht aus dem Preisrecht", die durch privatrechtliche Gestaltungen ermöglicht wird, Einhalt gebieten. Zu diesen letzteren Maßnahmen gehören auch gestaltende Verwaltungsakte, mit denen den Gemeinden auferlegt wird, ihre Verpflichtung zur Erstreckung der VO PR Nr. 30/53 auf mittelbare Leistungen zu erfüllen. Das Bundeswirtschaftsministerium würde damit, sozusagen in eigener Sache, einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Stabilisierung des Preisniveaus leisten und den Kreis der abgabepflichtigen Bürger vor überhöhten Gebührenforderungen seitens der Gemeinden schützen. Der Wortlaut des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 sollte daher durch folgenden Satz ergänzt werden:

"Dieses Verlangen soll ausgeübt werden, wenn für die unmittelbare Leistung Selbstkostenpreise vereinbart werden und die mittelbare Leistung von wesentlichem Einfluss auf den Preis der unmittelbaren Leistung ist,".

---

<sup>103</sup> Zu den Einzelheiten siehe die Beschlüsse des VGH Hessen vom 11.1.1999 - 8 UE 330/94 und des OVG Thüringen vom 13.4.1999 - 2 ZEO 18/99, beide abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen I, sowie des BVerwG vom 4.5.1999 - 1 B 34/99, in: DVBl. 1999, S. 1364.

<sup>104</sup> Veröffentlichung des Bundesministers der Justiz vom 6.2.1959 (BGBl. I S. 48).

<sup>105</sup> BGBl. I S. 243, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.7.2012 (BGBl. I S. 1501).

<sup>106</sup> Pietzcker, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., S. 540.

<sup>107</sup> Siehe hierzu Eyermann/Fröhler, a.a.O., S. 814 mit weiteren Nachweisen.

<sup>108</sup> Ebisch/Gottschalk, a.a.O., § 1 Rdnr. 93 f. mit weiteren Nachweisen aus der gegensätzlichen Rechtsprechung.