

Greiffenhagen, Horst

Research Report

Programmatische Überlegungen zu einer möglichen Reform der Preisverordnung für öffentliche Aufträge

Suggested Citation: Greiffenhagen, Horst (2014) : Programmatische Überlegungen zu einer möglichen Reform der Preisverordnung für öffentliche Aufträge, Bundesverband der Preisprüfer und Wirtschaftssachverständigen e.V., Kiel

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/118668>

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.

Programmatische Überlegungen zu einer möglichen Reform der Preisverordnung für öffentliche Aufträge

von Dr. jur. Horst Greiffenhagen, Überlingen

www.bvdpw.de

September 2014

Programmatische Überlegungen zu einer möglichen Reform der Preisverordnung für öffentliche Aufträge

von Dr. jur. Horst Greiffenhagen, Überlingen¹

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Aufrechterhaltung des Preisstandes = Stabilität des Preisniveaus
- III. Preisprüfer
 1. Neutralität
 2. Anzahl
 3. Befugnisse
 4. Organisation
- IV. Rechtsgrundlage für Änderungen
- V. Änderungen der VO PR Nr. 30/53
 1. Erstreckung auf Private als Auftraggeber (§ 2 Abs. 1 (ergänzt))
 2. Erstreckung auf wesentliche mittelbare Leistungen (§ 2 Abs. 4 Nr. 1 (ergänzt))
 3. Erstreckung auf internationale Auftraggeber (§ 2 Abs. 4 Nr. 3 (neu))
 4. Keine Schaffung eines „Wettbewerbspreises“
 5. Schaffung eines Festpreises (§ 8a (neu))
- VI. Ergänzungen zu den LSP
 1. Dienstleistungen: Ergänzung durch Verwaltungsvorschriften
 2. Kleine und mittlere Unternehmen: Ergänzung durch Verwaltungsvorschriften
 3. Pensionsrückstellungen: keine Änderung
- VII. Schlussbemerkung

¹ Der Verfasser ist Syndikus i. R. und Herausgeber des Loseblattwerkes Michaelis / Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen.

Leitsätze

1. Die Preisverordnung ist notwendig. Sie dient dem Ziel der Aufrechterhaltung des Preisstandes gleich Stabilität des Preisniveaus. Dieses Ziel ist durch das Bundesverfassungsgericht sanktioniert worden sowie im Grundgesetz und im Europarecht festgeschrieben.
2. Zur Aufrechterhaltung des Preisstandes bedarf es der Preisprüfer. Diese müssen als Neutrale tätig, in gehöriger Anzahl vorhanden, in ihren Befugnissen nicht eingeschränkt und von Weisungen unabhängig organisiert sein.
3. Die Rechtsgrundlage für eine Änderungsverordnung ist vorhanden.
4. Eine Erstreckung der VO PR Nr. 30/53 auf nicht-erwerbswirtschaftlich tätige Unternehmen des Privatrechts als Auftraggeber ist möglich.
5. Eine Erstreckung der VO PR Nr. 30/53 auf wesentliche mittelbare Leistungen ist möglich.
6. Eine Erstreckung der VO PR Nr. 30/53 auf internationale Auftraggeber ist grundsätzlich möglich.
7. Die Schaffung eines „Wettbewerbspreises“ ist überflüssig. Ein solcher Preistyp ist durch § 4 VO abgedeckt.
8. Für freiberufliche Tätigkeiten sollte ein „Festpreis“ geschaffen werden.
9. Einzelheiten für Dienstleistungen und für kleine und mittlere Unternehmen bedürfen keiner Änderung der LSP, sondern können in Verwaltungsvorschriften geregelt werden. Diese müssen von Ländern und Gemeinden übernommen werden.
10. Das Problem der Pensionsrückstellungen bedarf keiner Änderung im LSP-Bereich.

Ausführungen

I. Einleitung

Seit 60 Jahren vollzieht sich die Preisgestaltung bei Beschaffungen der öffentlichen Hand in Deutschland auf der Grundlage 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)². Sie ist nach ihrem § 12 Abs. 1 am 1. Januar 1954 in Kraft getreten. Die Verordnung ist seitdem – sieht man von einigen Änderungen ab – im Kern unverändert geblieben. Längst ist sie zu einem festen Bestandteil des öffentlichen Auftragswesens geworden. Das mag zeigen, mit welcher Gründlichkeit und Weitsicht die geistigen Väter der Verordnung ihre Vorarbeiten, die sich über mehrere Jahre erstreckten³, geleistet haben. Kein geringerer als Ludwig Erhard, der damalige und noch heute unvergessene Bundeswirtschaftsminister, hat ihr in der Präambel sein preispolitisches Credo vorangestellt („Um marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens verstärkt durchzusetzen ...“) und dem zur gleichen Zeit von ihm initiierten Kommentar von Michaelis / Rhösa⁴ sein Vorwort gewidmet. Und als in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts die Verordnung auf Anregung des Bundeswirtschaftsministeriums im Lichte einer Notwendigkeit etwaiger Änderungen überprüft werden sollte, war es der damalige Mitherausgeber des von Ebisch und Gottschalk begründeten Kommentars⁵, Dr. Knauss, zugleich Vorsitzender des Bund – Länder – Ausschusses „Preisbildung und Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen“, der sein Votum mit den Worten begann:

„Die Anwendungspraxis erleichternde grundlegende Vereinfachungsmöglichkeiten werden nicht gesehen. Die Rechtsvorschriften haben fast durchweg einen heute kaum noch anzutreffenden sehr hohen Abstraktionsgrad, der es in der Regel ermöglichte, sich ändernden Gegebenheiten ohne Normänderungen gerecht zu werden. Die Grundprinzipien der Regelungen sind – von ganz vereinzelt Ausnahmen abgesehen – heute noch überzeugend und bedürfen deshalb keiner Änderung. Bei jeder Änderung müsste erkannt und abgewogen werden, welche Unsicherheiten mit dem Abgehen von dem in

² BAnz. Nr. 244 vom 18.12.1953, zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.12.2010 (BGBl. I S. 1864).

³ Pribilla, Kostenrechnung und Preisbildung, Loseblatt 1954 ff., VPÖA § 9 Anm. I.

⁴ Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Loseblatt 1954 ff., herausgegeben von Greiffenhagen, zuletzt 101. Aktualisierung, Mai 2014, Ordner 1, Verordnung, Einführung (C) I.

⁵ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 1962, zuletzt fortgeführt von Hoffjan/Müller/Waldmann, 8. Aufl., 2010.

jahrzehntelanger Praxis bewährten Status quo verbunden wären. Im Ergebnis wird diese Abwägung häufig dazu führen, die Änderung als verzichtbar anzusehen.“⁶

Die damals angestellten Überlegungen wurden nicht mehr weiterverfolgt. Die vorzitierte Einschätzung dürfte aber auch heute grundsätzlich noch Gültigkeit haben, vorbehaltlich der in den letzten beiden Jahrzehnten eingetretenen Veränderungen.

War es also um die Preisverordnung in der öffentlichen Diskussion ruhiger geworden, so setzte mit dem Beginn dieses Jahrhunderts ein Wechsel in der Wahrnehmung ihrer Bedeutung ein. Ausgelöst wurde diese Veränderung durch die Schaffung eines Vergaberechts – das früher durch Verwaltungsvorschriften geregelte Vergabewesen war unter dem Einfluss europarechtlicher Gestaltungen in den Rang von Rechtsnormen erhoben worden, was durch die stärkere Betonung des Wettbewerbsgedankens stärkere Berührungspunkte zum Preisrecht ergab – und durch die sog. Privatisierungswelle vornehmlich im Gemeindebereich – bisherige Regie- und Eigenbetriebe waren in Gesellschaften des Privatrechts überführt worden, wodurch öffentliche Auftragsverhältnisse entstanden waren –. Es ist daher nicht überraschend, dass diese Entwicklungen das Preisrecht nicht unberührt lassen konnten. So ist es nur folgerichtig, dass in der Literatur eine lebhafte Diskussion eingesetzt hat und dass die Rechtsprechung Gelegenheit bekommen hat, zu Streitfragen Stellung zu nehmen. Vor kurzem hat sogar das Bundeswirtschaftsministerium ein Gutachten zur Standortbestimmung der Preisverordnung angefordert⁷.

Im folgenden sollen Einflüsse, die sich auf Grund der gewandelten rechtlichen und auch tatsächlichen Verhältnisse auf das Preisrecht auswirken können, erörtert werden.

II. Aufrechterhaltung des Preisstandes = Stabilität des Preisniveaus

Angesichts des Vorhandenseins des Vergaberechts wird die Frage aufgeworfen, ob das Preisrecht nicht überholt sei⁸. In der Tat drängt sich diese Frage auf. Bekanntlich geht eine jüngere Rechtsnorm einer älteren vor, und ein Gesetz geht einer Rechtsverordnung vor. Diese Betrachtungsweise ist aber zu eng, denn sie verkennt den Regelungszweck, der bei beiden Normkreisen verschieden ist. Das Vergaberecht dient in erster Linie dem Wettbewerb, der Transparenz und der Gleichbehandlung im Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB)⁹; das Preisrecht zielt auf Aufrechterhaltung des Preisstandes ab (§ 2 Abs. 2

⁶ Schreiben Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg vom 12.12.1997 – Az. 4442.21/7.

⁷ Bekanntmachungsnummer im Ausschreibungsblatt 2013/S. 8 – 009552 vom 11.01.2013.

⁸ Schafft, Die Preisverordnung Nr. 30/53 auf dem Prüfstand, in: Zeitschrift für Vergaberecht, 2000, S. 245; Brüning, Die Erweiterungsfähigkeit des geltenden öffentlichen Preisrechts, in: Vergaberecht, 2012, S. 833; bereits vorher Moritz, Nichtigkeit der Verordnung PR Nr. 30/53, in: Betriebs-Berater, 1994, S. 1871.

⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154).

PreisG)¹⁰. Dieses Ziel hat für die Preisbildung der öffentlichen Aufträge seine Ausprägung in der Preisverordnung gefunden. Diese Absicht ist auch von der Rechtsprechung bestätigt worden. Grundlegend ist hier der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.1958¹¹, der als die „Magna Charta“ des öffentlichen Preisrechts bezeichnet werden kann und der bis heute nichts an Aktualität eingebüßt hat. Das in ihm aufgestellte „Programm“ der Aufrechterhaltung des Preisstandes ist in sämtlichen später ergangenen Entscheidungen von Obergerichten bestätigt worden¹².

Zur Aufrechterhaltung des Preisstandes gehören nach der Preisverordnung – abgesehen von Preisen auf Grund allgemeiner und besonderer Vorschriften (§ 3 VO) – vorrangig Marktpreise (§ 4 VO), die die nach den Vergabevorschriften durch Ausschreibung oder freihändige Vergabe im Wettbewerb gebildeten Preise grundsätzlich mit einbeziehen¹³. Diese stellen allerdings nur einen Teilaspekt des weiter gefassten Begriffs des Marktpreises dar. Zur Aufrechterhaltung des Preisstandes gehören aber nachrangig auch Selbstkostenpreise (§§ 5 bis 8 VO). Diese Preise werden vom Vergaberecht nicht erfasst. Sie sind preispolitisch zwar nicht erwünscht¹⁴, nehmen aber im Geschehen des öffentlichen Auftragswesens einen bedeutsamen Platz ein¹⁵. Diese Gegenüberstellung zeigt, dass der Wettbewerb nach dem Vergaberecht nur einen Teilbereich der Aufrechterhaltung des Preisstandes nach dem Preisrecht abdecken kann. Man wird daher behaupten können, dass letzterer Gesichtspunkt Vorrang vor ersterem Gesichtspunkt hat.

Die zuvor getroffene Feststellung wird auch durch die Gesetzgebung unterstrichen: Das in § 2 Abs. 2 PreisG enthaltene Gebot zur Aufrechterhaltung des Preisstandes ist in dem bereits genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.1958¹⁶ mit dem Begriff der „Stabilität des Preisniveaus“ gleichgesetzt worden. Dieser Ausdruck hat fast ein Jahrzehnt

¹⁰ Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung vom 10.04.1948 (WiGBl. S. 27), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.02.1986 (BGBl. I S. 265).

¹¹ BVerfGE Bd. 8 S. 274.

¹² BayObLG, Beschlüsse vom 30.12.1959 – 4 StRS – BWReg 87/58 und vom 29.03.1962 – BWReg 4 St 94/60; Beschlüsse des VGH Kassel vom 11.01.1999 – 8 UE 3300/94, des OVG Weimar vom 13.04.1999 – 2 ZEO 18/99 und des BVerwG vom 04.05.1999 – 1 B 34/99; sämtlich abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen I.

¹³ Erster Runderlass betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 vom 22. Dezember 1953 (MinBIBMWi 1953 S. 515), Ziffer 5 b), wiederholt in den Richtlinien für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953 von 1. Juli 1955 in der Fassung vom 06. März 1961 (Beilage zum BAnz. Nr. 74), geändert am 18. Juli 1962 (BAnz. Nr. 142), Nr. 18 b); beide abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 2, Text-Teil II 1 c) und f).

¹⁴ Nr. 2 der in Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955 verwendet den Ausdruck „ausnahmsweise“.

¹⁵ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O., Einführung, RdNr. 9; Hoffjan/Hövelborn/Strickmann, Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen – Status quo und empirische Befunde vor dem Hintergrund aktueller Reformbemühungen, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 2013, S 3.

¹⁶ BVerfGE Bd. 8 S. 274.

später Eingang gefunden in § 1 StabG¹⁷, wonach der Staat verpflichtet ist, bei seinen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten, von dessen vier Zielen (sog. magisches Viereck) als erstes die „Stabilität des Preisniveaus“ genannt wird. Zugleich hat der Gesetzgeber das Gebot der Preisstabilität durch Aufnahme in Art. 109 Abs. 2 GG¹⁸, wonach Bund und Länder zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts berücksichtigen müssen, und später in Art. 88 Abs. 2 GG¹⁹, wonach die Aufgaben und Befugnisse der Bundesbank der Europäischen Zentralbank übertragen werden, die unabhängig dem vorrangigen Ziel der Preisstabilität verpflichtet ist, als Staatsziel normativ aufgewertet. Das Grundgesetz versteht unter Stabilität des Preisniveaus dasselbe, was das Bundesverfassungsgericht in seinem bereits genannten Beschluss vom 12.11.1958²⁰ – eine Rechtsentwicklung fast vorwegnehmend! – zum Ausdruck bringt: Es geht nicht um die Gleichmäßigkeit einzelner Preise, sondern um die Gleichmäßigkeit eines in möglichst geeigneter Weise zu bildenden Gesamtpreisdurchschnitts²¹. Es begegnet keinen Bedenken, wenn der Zweck der ermächtigenden Norm, hier also § 2 Abs. 2 PreisG, durch das übrige Recht ergänzt wird²². In Bezug auf das Preisrecht führt der bekannte ehemalige Bundesverfassungsrichter Prof. Paul Kirchhof aus: „Art. 109 GG Abs. 2 GG lässt eine Einwirkung (auf Preisabsprachen) nicht mehr nur in Grenzen des << staatlichen Krisenmanagements >> zu, sondern sucht eine ständige staatliche Steuerung des Wirtschaftsprozesses zur Vermeidung von Wirtschaftskrisen. Die Frage, ob die krisenbedingte Vorläufigkeit das (Preis-) Gesetzes nach Entfallen der Krisensituation zur Nichtigkeit geführt hat, es also keine spätere (Teil-) Abstützung mehr finden konnte, wird man aus der heutigen, von Art. 109 GG bestimmten Perspektive verneinen müssen“²³. Und weiter in Bezug auf haushaltsrechtliche Bindungen: „Zur Haushaltswirtschaft gehören auf der Ausgabenseite alle Vorgänge der Verwendung und Verplanung öffentlicher Mittel, also auch die Preisvereinbarung“²⁴. Damit dürften die Stimmen, die das Preisgesetz als ein mehr oder weniger überflüssiges Übergangsgesetz der Nachkriegszeit hinstellen²⁵, endgültig zum Verstummen gebracht sein. Der Wettbewerb hat demgegenüber im Grundgesetz keine ausdrückliche Erwähnung gefunden; er lässt sich dort nur mittelbar, wie z. B. aus Art. 12, herleiten.

¹⁷ Gesetz zu Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 08.06.1967 (BGBl. I S. 582), zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407).

¹⁸ 15. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 08.06.1967 (BGBl. I S. 581).

¹⁹ 38. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992 (BGBl. I S. 2086).

²⁰ BVerfGE Bd. 8 S. 274.

²¹ Rodi, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 114. Aktualisierung, Nov. 2004, Art. 109, RdNrn. 217 und 219.

²² Für das Preisrecht neuerdings Greiffenhagen, Die Erweiterungsfähigkeit des geltenden öffentlichen Preisrechts, in: Vergaberecht, 2013, S. 415 unter Bezugnahme auf u.a. Kopp/Ramsauer, Verwaltungsgerichtsordnung, 19. Aufl., 2010, § 40 RdNr. 48 m. w. N. insbesondere aus der Rechtsprechung.

²³ Kirchhof, Verwalten durch „mittelbares Einwirken“, 1977, S. 352.

²⁴ Kirchhof, a.a.O., S. 355 unter Bezugnahme auf Vogel/Wiebel, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bearbeitung 1971, Art. 109, RdNrn. 24 ff. und 41.

²⁵ Siehe die unter Fußnote 8) genannten Autoren.

Auch auf europäischer Ebene ist diese Entwicklung aufgegriffen worden. Die Gewährleistung der Preisstabilität ist dort ebenfalls als vorrangiges Ziel festgeschrieben worden (zunächst in Art. 4 Abs. 2 und in Art. 105 Abs. 1 S. 1 EGV²⁶, später in Art. 119 Abs. 2 und in Art. 127 Abs. 1 S. 1 AEUV²⁷).

Damit ist auch auf europäischer Ebene der Vorrang der Preisstabilität gegenüber allen anderen wirtschaftlichen Komponenten, zu denen auch der Wettbewerb gehört, klar zum Ausdruck gebracht worden. Also kann für das Preisrecht die Frage, ob es durch das Vergaberecht überholt sei, aus deutscher und auch europäischer Sicht eindeutig verneint werden.

Ist somit der Weg von der Aufrechterhaltung des Preisstandes zur Stabilität des Preisniveaus aufgezeigt worden, so ist es angebracht, aus der Frühzeit der Preisverordnung zwei Zitate des „Vaters der Sozialen Marktwirtschaft“, des bereits erwähnten Ludwig Erhard, anzuführen: „Die soziale Marktwirtschaft ist ohne eine konsequente Politik der Preisstabilität nicht denkbar“²⁸ und „Das Bemühen um ein stabiles Preisniveau steht an der Spitze der wirtschaftlichen Rangordnung“²⁹.

III. Preisprüfer

Das anspruchsvolle Ziel der Aufrechterhaltung des Preisstandes gleich Stabilität des Preisniveaus erfordert auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge Personen, die als Sachverständige neutral, in ausreichender Anzahl vorhanden, in ihren Befugnissen nicht eingeschränkt und in einer optimalen Organisationsstruktur tätig sind. Diese Personen sind die Preisprüfer.

1. Neutralität

Die Preisprüfer gehören Preisbehörden an, die als neutrale Stellen im Rahmen der Preisaufsicht innerhalb der zulässigen Preisobergrenze den Interessenausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vollziehen sollen. Hatte sich unter dem Einfluss des bereits genannten Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.1958, in der u.a. von „den Preisstand insgesamt ... zu stabilisieren“ und von „zum Nutzen des Gemeinwohls“ gesprochen wird, zunächst die Ansicht herausgebildet, dass letzten Endes eher die Interessen des beschaffenden Staates gewahrt werden sollten³⁰, so ist hier in jüngerer Zeit ein Wandel in der Betrachtungsweise eingetreten. Das Bundesverfassungsgericht spricht, worauf früher kaum abgehoben worden ist, in seinen

²⁶ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABIEG C 325/33 vom 24.12.2002).

²⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABIEU C 115/47 vom 03.05.2008).

²⁸ Erhard, Wohlstand für alle, 8. Aufl., 1964, S. 15.

²⁹ Erhard, Regierungserklärung vom 08.10.1963, Deutscher Bundestag, Stenographische Berichte, Bd. 53, S. 1492 ff..

³⁰ So insbesondere Heinz Müller, Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, 1970, S. 23, 95; etwas abgeschwächt Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 284 f..

Ausführungen auch von „Maßnahmen gegen Preisverfall zu Erhaltung der Rentabilität bestimmter Wirtschaftskreise im allgemeinerwirtschaftlichen Interesse“. Dieser Gedanke ist von der späteren Literatur und Rechtsprechung aufgenommen worden³¹. Danach müssen nicht nur überhöhte, sondern auch unvertretbar niedrige Preise verhindert werden. Für die Tätigkeit der Preisprüfer bedeutet dies, dass sie nicht nur den zulässigen Höchstpreis zu ermitteln haben, sondern bei der Prüfung z. B. von kleinen und mittleren Unternehmen und hier wiederum im Selbstkostenbereich den Auftragnehmern Hilfestellung bei der Preisgestaltung leisten und vorhandene Ermessensspielräume bis zur Grenze des Vertretbaren ausschöpfen sollen, zumal diese Unternehmen bekanntlich durch die Komplexität preisrechtlicher Regelungen häufig schlichtweg überfordert sind.

Für das Ergebnis einer mit dieser Vorgehensweise durchgeführten Preisprüfung ist die Persönlichkeit des Preisprüfers von besonderer Bedeutung. So müssen von ihm u. a. gründliche preisrechtliche sowie gute betriebswirtschaftliche und auch technologische Kenntnisse, praktische Erfahrungen, rasches Einfühlungs- und Auffassungs- sowie kritisches Wertungsvermögen verlangt werden³², um Konfliktsituationen bei der Prüfung zu vermeiden³³. Durch eine solche Vorgehensweise würden die Preisbehörden ihrer Verpflichtung zur Neutralität gerecht werden. Auch würden die Preisprüfer von dem ihnen von Auftragnehmern mitunter entgegengebrachten Verdacht, ihre Prüfungen ausschließlich im fiskalischen Interesse des Auftraggebers wahrzunehmen, um ihre Existenzberechtigung zu rechtfertigen, befreit werden. Aus diesem Geist heraus sollte der Preisprüfer nicht nur, wie früher geschehen, als Vertreter einer „Preispolizei“, die – ausschließlich – „Sicherheit und Ordnung“ im Preisrecht aufrechtzuerhalten hat, sondern auch als Sachverständiger, dessen Tätigkeit zur Aufrechterhaltung des Preisstandes im Interesse des Gemeinwohls beiträgt, angesehen werden. Die Auffassung wird auch durch die Tatsache bestätigt, dass es seit ca. drei Jahrzehnten keine preisrechtlichen Bußgeld- oder Strafverfahren, die ein besonderes Interesse in den einschlägigen Kreisen ausgelöst hätten, mehr gegeben hat.

2. Anzahl

Um die Aufrechterhaltung des Preisstandes zu gewährleisten, bedarf es der erforderlichen Anzahl von Preisprüfern. Und hier ist die inzwischen eingetretene Entwicklung mehr als besorgniserregend. Waren in den Bundesländern im Jahre 1990 noch 186 Prüfer tätig, so betrug die Zahl im Jahre 2010 nur noch 68; wurden im Jahr 1990 noch 8.381 öffentliche Aufträge und Zuwendungen geprüft, so ging diese Zahl im

³¹ Rittner, Öffentliches Auftragswesen und Privatrecht, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1988, S. 318; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O, Einleitung, RdNr. 4; VGH Kassel, Beschluss vom 11.01.1999 – 8 UE 3300/94, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen I.

³² Daub, Handkommentar der VPÖA und LSP, 1954, § 9 Anm. 8.

³³ Gerst, Probleme der Überprüfung der Gemeinkosten bei Preisprüfungen öffentlicher Aufträge, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 1981, S. 12.

Jahre 2010 auf 3.073 zurück. Das entspricht in beiden Fällen einem Rückgang von ca. 64 %³⁴. Es erscheint daher dringend notwendig, dass die Wirtschaftsverwaltungen der Länder diese verhängnisvolle Entwicklung aufhalten und durch Personalaufstockungen den früheren Zustand wiederherstellen. Nur so lässt sich auch der von Auftragnehmerseite erhobene Vorwurf, dass Preisprüfungen häufig erst nach unverhältnismäßig langer Zeit stattfinden, entkräften³⁵. In der Pflicht steht aber auch das Bundeswirtschaftsministerium, das – wie in Art. 84 Abs. 3 GG vorgesehen – die Länder darauf hinweisen sollte, dem verfassungsmäßigen Ziel der Aufrechterhaltung des Preisstandes die gebührende Aufmerksamkeit zu widmen.

3. Befugnisse

Die Befugnisse der Preisprüfer ergeben sich vor allem aus § 9 Abs. 2 S. 1 VO. Danach sind sie berechtigt zu prüfen, ob die Vorschriften dieser Verordnung beachtet worden sind. Dieses Recht ist durch die Einräumung von vertraglichen Preisprüfrechten an das Verteidigungsressort durch mehrere, seit 1966 aufeinanderfolgende Abkommen de facto zurückgedrängt worden. Die Diskussion über die Zulässigkeit dieser Abkommen, die an die Stelle eines Feststellungsrechts nach § 10 VO getreten sind, sind bis heute nicht zur Ruhe gekommen³⁶. Der Bundeswirtschaftsminister hatte dem Haushaltsausschuss des Bundestages, der die Einräumung eines Feststellungsrechts nach § 10 VO gefordert hatte, entgegengehalten, dass es nicht Aufgabe der Preisprüfung sei, möglichst hohe Einsparungen für den Auftraggeber herbeizuführen, sondern den höchstzulässigen Preis zu ermitteln. Er hat diese Auffassung gegenüber dem Rechnungsprüfungsausschuss des Bundestages in den Jahren 1999 und 2001 wiederholt. Unter Beachtung des zuvor dargestellten verfassungsmäßigen Zieles der Stabilität des Preisniveaus dürfte die Stellung des Bundeswirtschaftsministeriums für künftige Verhandlungen wesentlich gestärkt worden sein. Wie auch immer "Arbeitsteilungen" in künftigen Abkommen ausgestaltet sein mögen: sie können die Befugnisse der Preisprüfer nach § 9 Abs. 2 S. 1 VO, die diese aus verfassungsmäßig abgesicherten preispolitischen Gründen jederzeit wahrnehmen können, niemals einschränken. Dieser Gedanke sollte in künftigen Abkommen mehr als bisher geschehen stärker zum Ausdruck gebracht und, falls erforderlich, auch verwirklicht werden.

4. Organisation

Eine erfolgreiche Tätigkeit der Preisprüfer ist nur gewährleistet, wenn die organisatorischen Gegebenheiten optimal gestaltet werden. Als die Preisaufsicht den

³⁴ Mitteilung des Bundesverbandes der Preisprüfer und Wirtschaftssachverständigen vom 27.07.2011 an die Mitglieder.

³⁵ Hoffjan, Mit 60 schon zum alten Eisen?, in: Behördenspiegel, November 2013, S. 45.

³⁶ Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 10 (B) II; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O., § 10 RdNr. 47 ff.; beide mit zahlreichen Nachweisen.

Wirtschaftsministern der Länder als Preisbildungsstellen übertragen wurde, die durchweg von ihrem Recht der Delegation auf die den Regierungspräsidenten zugeordneten Preisüberwachungsstellen Gebrauch gemacht haben, geschah dieses auch, um den Gesichtspunkt der Neutralität in einer „Mittlerinstanz“ zu verfestigen. Da seinerzeit in erster Linie an die bedeutenden Auftraggeber des Bundes gedacht wurde, erschienen die Länder als berufene „Neutrale“, um zwischen den Interessen des Bundes und ihrer heimischen Wirtschaft als Auftragnehmer zu vermitteln. Mit der bereits erwähnten Geltung der Preisverordnung im Gemeindebereich für rechtlich verselbständigte ehemalige Regie- und Eigenbetriebe sind die Regierungspräsidenten, da sie die Aufsicht über die Gemeinden führen, nunmehr in die Rolle von „mittelbaren“ Auftraggebern geraten. Sie sind also indirekt Partei eines öffentlichen Auftrags und sollen zugleich „neutral“ sein. Sie sollen sich von fiskalischen Erwägungen zugunsten der Gemeinden leiten lassen und zugleich die wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen im Auge haben. Dieser Konflikt geht im Zweifelsfall zu Lasten der Neutralität und kann nur aufgelöst werden, indem die Preisprüfer ihre Tätigkeit in einer von den Weisungen des Regierungspräsidenten unabhängigen eigenständigen Preisbehörde ausüben können. (Im Rahmen dieser Abhandlung kann nur die Problematik aufgezeigt, nicht aber können Organisationsmodelle dargestellt werden).

IV. Rechtsgrundlage für Änderungen

Überlegungen zur Reform einer Preisverordnung werfen zunächst die Frage nach einer Rechtsgrundlage zu einer Änderungsverordnung auf. Die letzte substantielle Änderung, nämlich die VO PR Nr. 1/89³⁷, war auf § 2 Abs. 2 PreisG gestützt worden. Seitdem sind jedoch Stimmen laut geworden, die diese Vorschrift nicht mehr als tragfähige Rechtsgrundlage für Änderungen anerkennen wollen. Sie folgern aus dem Charakter des Preisgesetzes als eines Übergangsgesetzes, dass die in ihm enthaltene Ermächtigungsgrundlage inzwischen hinfällig geworden sei³⁸. Diese Ansicht übersieht jedoch zweierlei: Erstens gilt ein Gesetz so lange, bis entweder der in ihm enthaltene Regelungsanlass oder Regelungsgegenstand – hier also die Aufrechterhaltung des Preisstandes – weggefallen ist, oder bis der Gesetzgeber das Gesetz förmlich aufgehoben hat³⁹; beides ist bis heute nicht geschehen. Zweitens hat der Entscheidungssatz des zuvor genannten Beschlusses vom 12.11.1958⁴⁰, wonach der Bundeswirtschaftsminister zum Erlass von Rechtsverordnungen zur Aufrechterhaltung des Preisstandes ermächtigt ist, nach § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG⁴¹ Gesetzeskraft. Im übrigen hat, wie zuvor ausgeführt, die Vorschrift des

³⁷ Verordnung zur Änderung preisrechtlicher Vorschriften (Verordnung PR Nr. 1/89) vom 13.06.1989 (BGBl. I S. 1094).

³⁸ Siehe die unter Fußnote 8) genannten Autoren; ferner bereits Meng, Die Auszehrung der allgemeinen preisrechtlichen Ermächtigungsgrundlage (§ 2 Abs. 1 PreisG), in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1980, S. 813.

³⁹ Siehe die unter Fußnote 12) genannten Beschlüsse des VGH Kassel, des OVG Weimar und des BVerwG.

⁴⁰ BVerfGE Bd. 8 S. 274.

⁴¹ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.03.1951 (BGBl. I S. 243), nunmehr vom 11.08.1993 (BGBl.

§ 2 Abs. 2 Preisgesetz durch die Hervorhebung des Gesichtspunktes der Aufrechterhaltung des Preisstandes gleich Stabilität des Preisniveaus in der jüngeren Gesetzgebung eine Stärkung ihrer Rechtswirksamkeit erfahren.

V. Änderungen der VO PR Nr. 30/53

Nachfolgend sollen die wesentlichen Gesichtspunkte, die reformbedürftig erscheinen können, erörtert werden:

1. Erstreckung auf Private als Auftraggeber (§ 2 Abs. 1 (ergänzt))

Unter dem Einfluss des Vergaberechts ist die Frage aufgeworfen worden, ob es zulässig sei, auch die in § 98 Abs. 2 und 4 GWB aufgezählten Arten von Auftraggebern, die privatrechtlich organisiert und im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen oder in den sog. Sektorenbereichen tätig sind, dem Preisrecht zu unterstellen, indem der in § 2 Abs. 1 VO enthaltene Auftraggeberbegriff erweitert würde⁴². Hier liegt eine sog. delegierende Aufgabenübertragung vor. Diese Frage kann unter rechtlichen Gesichtspunkten bejaht werden. Der zuvor genannte Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.1958⁴³ bezog sich auch auf die Preisverordnung in der ursprünglich geltenden Fassung. Diese sah in § 2 Abs. 1 vor, dass zu den Auftraggebern unter bestimmten Voraussetzungen auch „Unternehmungen des Privatrechts“ gehören konnten. Es bestand jedoch Einigkeit, dass die Ausdehnungsmöglichkeit sich nicht auf die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand erstrecken dürfte⁴⁴. Als Musterbeispiel für eine Unternehmung des Privatrechts wurde eine „Beschaffungs-GmbH“ genannt⁴⁵. Diese Möglichkeit der Erweiterung wurde durch die im Jahre 1961 erfolgte Novellierung⁴⁶ als für die Praxis überflüssig gestrichen. Sie kann daher, falls die Notwendigkeit bejaht wird, wieder in § 2 Abs. 1 eingeführt werden. Der Wortlaut sollte dann – vorbehaltlich einer eventuellen Anpassung an den Wortlaut des § 98 Abs. 2 und 4 GWB – wie folgt gefasst werden:

„Öffentliche Aufträge im Sinne dieser Verordnung sind die Aufträge des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ferner, soweit der Auftragnehmer hiervon vor oder

I S. 1473).

⁴² Brüning, Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht, 2012, S., 642; derselbe, Die Erweiterungsfähigkeit des geltenden öffentlichen Preisrechts, a.a.O.; Grünewald, Öffentliches Preisrecht und Abfallgebühren, in: Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft, 2013, S. 30.

⁴³ BVerfGE Bd. 8 S. 274.

⁴⁴ Daub, a.a.O. § 2 Anm. 7A; Pöckel, Die Neuregelung der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, in: Neue Betriebswirtschaft, 1954, S. 61.

⁴⁵ Pöckel, a.a.O..

⁴⁶ Verordnung PR Nr. 8/61 zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen von 09.11.1961 (BAnz. Nr. 223 vom 18.11.1961).

bei Abschluss seines Vertrages Kenntnis erhalten hat oder nach Abschluss des Vertrages zustimmt, die Aufträge der nicht-erwerbswirtschaftlich tätigen Unternehmen des Privatrechts, denen die Vergabe von Aufträgen durch juristische Personen des öffentlichen Rechts übertragen wurde.“

In diesem Zusammenhang sei die im Vergaberecht erörterte Problematik der sog. Inhouse-Geschäfte erwähnt. Sie tritt vor allem im Gemeindebereich auf, wo Aufgaben der Entsorgung häufig in privatrechtlicher Organisationsform durch Eigengesellschaften erledigt werden. Dabei geht es darum, ob die Beauftragung ohne vorhergehende Ausschreibung erfolgen darf. Derartige Überlegungen sind dem Preisrecht fremd⁴⁷. Die Preisverordnung trifft keine Aussage, an welchen Bieter ein öffentlicher Auftrag zu vergeben ist; sie bestimmt allein nur den höchstzulässigen Preis. Die Grundsätze zur Auswahl des Auftragnehmers regeln sich dagegen nach den Vergabevorschriften⁴⁸.

2. Erstreckung auf wesentliche mittelbare Leistungen (§ 2 Abs. 4 Nr. 1 (ergänzt))

Unter dem Einfluss des Gemeindebereichs ist die Streitfrage entstanden, ob das Preisrecht auch auf Unteraufträge, die von Eigengesellschaften an Dritte erteilt werden, angewendet werden soll⁴⁹. Hier liegt eine sog. mandatierende Aufgabenübertragung vor. Auch diese Frage kann unter rechtlichen Gesichtspunkten bejaht werden. In § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO wird die Erstreckung der Preisverordnung auf Unterverträge vom „Verlangen“ des Auftraggebers abhängig gemacht. In den zu dieser Vorschrift ergangenen Richtlinien von 1955⁵⁰ wird dieses Verlangen in Nr. 12 Abs. a) zu einer Sollvorschrift bezüglich wesentlicher mittelbarer Leistungen ausgestaltet. Der Begriff der Wesentlichkeit kann im Preisrecht bei einer Grenze von 10 % des Wertes des Hauptvertrages angesetzt werden⁵¹. Die Richtlinien gelten jedoch nur für den Bundesbereich; trotz der Intention des Bundeswirtschaftsministers und des Bundesfinanzministers und der ihnen innewohnenden Tendenz sind sie im Länder- und damit Gemeindebereich nicht

⁴⁷ Brüning, Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht, a.a.O.; derselbe, Die Erweiterungsfähigkeit des geltenden öffentlichen Preisrechts, a.a.O.; Grünewald, a.a.O..

⁴⁸ Siehe die unter Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955, Nr. 6. Es ist daher zumindest missverständlich, wenn Grünewald, a.a.O., das Preisrecht als „subsidiär“ gegenüber dem Vergaberecht bezeichnet.

⁴⁹ Verwiesen sei z. B. auf die gegensätzlichen Auffassungen zwischen dem VG Gelsenkirchen (Urteil vom 06.09.2001 – 13 K 2116/98-, NWVBl. 2001, 485) und dem OVG Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 14.12.2004 – 9 A 4187/01-, NWVBl. 2005, 219). Weitere Entscheidungen siehe bei Greiffenhagen, Gegen die „Flucht aus dem Preisrecht“ im Kommunalbereich, www.steuerzahlerinstitut.de, S. 5 bis 7.

⁵⁰ Siehe die unter Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955.

⁵¹ Siehe hierzu die ausführliche Darstellung unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur bei Greiffenhagen, a.a.O., S 10 bis 13; siehe auch Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 2 (E) I.

umgesetzt worden⁵². Um diese Lücke zu schließen, sollte der Wortlaut des § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO wie folgt 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.“

3. Erstreckung auf internationale Auftraggeber (§ 2 Abs. 4 Nr. 3 (neu))

Dem mitunter geäußerten und verständlichen Wunsch nach einer Europäisierung oder gar Internationalisierung des Preisrechts⁵³ sind allerdings Grenzen gesetzt. Realistisch ist es jedoch, in eine neu zu schaffende Nr. 3 zu § 2 Abs. 4 VO die an § 2 Abs. 5 Nr. 3 der früheren BaupreisVO Nr. 1/72⁵⁴ angelehnte Regelung zu übernehmen. Die Fassung sollte daher lauten:

„3. bei Aufträgen internationaler Organisationen, soweit die Anwendung dieser Verordnung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer vereinbart worden ist.“

Die in der früheren Baupreisverordnung getroffene Regelung hatte in der preisrechtlichen Literatur Zustimmung gefunden⁵⁵: durch privatrechtliche Vereinbarung konnte eine unmittelbar hoheitliche Anwendung der Baupreisverordnung herbeigeführt werden, falls nicht der internationale Auftraggeber vom deutschen Preisrecht abweichende, in praxi: eigene Vorschriften seinen Verträgen zu Grunde legen wollte. Diese Überlegungen würden auch für eine Neuregelung zutreffen. Eine weitere hoheitliche Ausdehnung deutschen Preisrechts ist nicht möglich.

Diese Aussage gilt auch als Antwort auf die für das eingangs genannte Gutachten⁵⁶ gestellte Frage, ob deutsches Preisrecht auch auf Auftragsvergaben internationaler Einrichtungen angewendet werden kann, wenn Leistungsanteile aus deutschen Haushaltsmitteln bezahlt werden. Die ablehnende Antwort ergibt sich aus der Tatsache, dass internationale Organisationen nach ihren Regeln gehalten sind, eigene Vorschriften für die Preisbildung anzuwenden. Da solche Vorschriften von der Gemeinschaft der Mitgliedsstaaten, die die Organisation finanzieren, genehmigt werden, kann nicht der Mitgliedsstaat Deutschland – nachträglich – versuchen,

⁵² Greiffenhagen, a.a.O., S. 13 bis 16.

⁵³ Hoffjan, a.a.O..

⁵⁴ Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 06.03.1972 (BGBl. I S. 2378), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378), aufgehoben durch Verordnung vom 16.06.1999 (BGBl. I S. 1419).

⁵⁵ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, 6. Aufl., 1994, § 2 VO PR Nr. 1/72, RdNr. 17 ff.; Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 2 (A) VII.

⁵⁶ Bekanntmachungsnummer im Ausschreibungsblatt 2013/S. 8 – 009552 vom 11.01.2013.

Auftragsvergaben der Organisation, die an deutsche Auftragnehmer erfolgen, seinen eigenen Preisvorschriften zu unterwerfen. Ein solches Verhalten würde von der Organisation und den anderen Mitgliedsstaaten nicht hingenommen werden; es wäre widersprüchlich.

4. Keine Schaffung eines „Wettbewerbspreises“

Von verschiedenen Seiten wird eine Neugestaltung des Marktpreisbereichs angestrebt mit dem Ziel, einen eigenständigen, im Wettbewerb gebildeten Preis zu schaffen⁵⁷.

a) Nach dem bisher wohl unstreitigen Verständnis schließt der Marktpreis gemäß § 4 VO den nach der VOL/A im Wettbewerb als sog. besonderen Marktpreis ermittelten Preis grundsätzlich mit ein. Dies folgt, wie bereits ausgeführt, aus Ziffer 5 b) des Ersten Runderlasses von 1953 und Nr. 18 b) der Richtlinien von 1955⁵⁸. Angesichts dieser eindeutigen Feststellung des Verordnungsgebers, die in der Folgezeit niemals Anlass zu Zweifeln gegeben hat, ist die in jüngster Zeit in der Literatur erstmals aufgestellte Behauptung, VOL/A und Preisverordnung seien - wie die Entstehungsgeschichte zeige - „normtechnisch nicht aufeinander abgestimmt“, es gebe keinen Bezug von Preisrecht zu den Preisen des Vergaberechts, und es bedürfe hier einer gesonderten Regelung in der Preisverordnung⁵⁹, nicht nachvollziehbar. Die Behauptung befindet sich in Widerspruch zu Nr. 5 der Richtlinien von 1955⁶⁰, wonach die Grundsätze der VOL mit den Bestimmungen der Preisverordnung in Einklang stehen. Die Richtlinien sind seinerzeit vom Bundeswirtschafts- und vom Bundesfinanzminister gemeinsam erlassen worden; letzterer war für den VOL/A-Bereich zuständig. Auch die frühen Kommentierungen zur Preisverordnung beziehen den nach der VOL/A im Wettbewerb ermittelten Preis in ihre Erläuterungen zu § 4 VO ein und verweisen auch auf andere einschlägige Vorschriften der VOL/A, aus denen sich ebenfalls der Zusammenhang von Vergabe und Preisbildung ergibt⁶¹.

Aus der angeblich mangelnden Abstimmung von Vergabe- und Preisvorschriften wird nunmehr durch Rückgriff auf das ehemalige Baupreisrecht die Forderung nach einem gesonderten Wettbewerbspreis für die Preisverordnung erhoben. In der Tat sah die BaupreisVO Nr. 1/72⁶² in § 5 diesen Preistyp vor. Die dort geregelten Wettbewerbspreise entsprachen den besonderen Marktpreisen nach § 4 VO, die bei

⁵⁷ Berstermann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl., 2011, S. 2078 f.; ihm folgend Brüning, Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht, a.a.O., und Hoffjan/Hövelborn/Strickmann, a.a.O..

⁵⁸ Siehe den unter Fußnote 13) genannten Ersten Runderlass von 1953 und die dort genannten Richtlinien von 1955.

⁵⁹ Berstermann, a.a.O..

⁶⁰ Siehe die unter Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955.

⁶¹ Daub, a.a.O., § 4 Anm. 5 bis 9; Pribilla, a.a.O., VPöA § 4 Anm. II 3; Pöckel, a.a.O., S. 128.

⁶² Siehe die unter Fußnote 54) genannte BaupreisVO Nr. 1/72.

der Vergabe von Individualleistungen entstehen; allgemeine Marktpreise im Sinne der Preisverordnung kannte das Baupreisrecht nicht, weil der Charakter jeder Bauleistung als einer <<streng individuellen Leistung>> die Entstehung von allgemeinen Märkten verhinderte⁶³. Eine Bezugnahme auf das Baupreisrecht geht also als Begründung für die Schaffung eines eigenständigen Wettbewerbspreises ins Leere. - Auch der Hinweis auf die fehlende Verkehrsüblichkeit des Preises im Sinne des § 4 VO vermag an dieser Aussage nichts zu ändern. Eine Verkehrsüblichkeit kann in Ermangelung von Umsatzakten noch gar nicht vorliegen⁶⁴, es sei denn, man sieht sämtliche von den Bietern angebotene Preise bereits als verkehrsüblich an⁶⁵.

Voraussetzung für die Bildung eines besonderen Marktpreises ist jedoch, dass die Preise nicht unter störenden Einwirkungen zustande gekommen sind. An diesem Erfordernis würde es mangeln, wenn z.B. Preisabsprachen getroffen oder Scheinangebote abgegeben worden wären. Um diese unerwünschten Erscheinungen zu verhindern, hat der Ordnungsgeber in Ziffer 5 b) des Ersten Runderlasses von 1953, wiederholt in Nr. 18 b) der Richtlinien von 1955⁶⁶, bereits eine Vorsichtsmaßnahme gegen den unechten Wettbewerb getroffen. Danach werden Preise, die im Wettbewerb ermittelt worden sind, nur dann als Marktpreise nach § 4 VO anerkannt, „wenn der Wettbewerb der Anbieter alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Preise geboten hat“. Der Begriff der Ordnungsmäßigkeit bezieht sich vor allem auf die von Beschränkungen unbeeinflusste Bildung von Marktpreisen⁶⁷. Im Idealfall entspricht also der im Wettbewerb nach den Vergabevorschriften gebildete Preis dem Marktpreis nach § 4 VO; eine Preisprüfung insbesondere in Hinblick auf die Verkehrsüblichkeit ist nicht erforderlich. Andernfalls kann der Auftraggeber nach Nr. 38 der Richtlinien von 1955⁶⁸, wenn er Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit des Preises hat, eine Preisprüfung durch die Preisbehörde beantragen. Es muss also beim Auftraggeber stets ein Verdacht im Einzelfall vorliegen, dass Preisvorschriften nicht eingehalten worden sind⁶⁹. Der Auftraggeber darf daher ohne Vorliegen von Verdachtsgründen beim Auftragnehmer im Einzelfall eine Preisprüfung nicht verlangen⁷⁰. Aber selbst bei

⁶³ Heinz Müller, a.a.O., S. 76 unter Bezugnahme auf Schwantag, Die Bauwirtschaft, 1953, S. 1154.

⁶⁴ Ebisch, Einzelne Auslegungsfragen zur VO PR Nr. 30/53 vom 21.11.1953, in: Der Kartell- und Preisdienst Nr. 23 vom 01.12.1959, S. 21.

⁶⁵ Gottschalk, Marktpreisbildung und potentieller Wettbewerb bei der Vergabe von Individualleistungen, in: Der Kartell- und Preisdienst Nr. 1 vom 1.1.1964, S. 1.; Heinz Müller, a.a.O., S. 49; Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 1. Aufl., 2009, S. 212; anderer Ansicht Berstermann, a.a.O., S. 2116.

⁶⁶ Siehe den unter Fußnote 13) genannten Ersten Runderlass von 1953 und die dort genannten Richtlinien von 1955.

⁶⁷ Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 9 (B) I.

⁶⁸ Siehe die unter Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955.

⁶⁹ Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 9 (B) I; Pribilla, a.a.O., VPÖA § 9 Anm. I.

⁷⁰ Anderer Ansicht Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O., § 4 RdNr. 70, und Hans-Peter Müller, Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen - vorbeugendes Instrumentarium gegen Wettbewerbsverstöße, in:

Vorliegen solcher Gründe hat er zunächst die ihm nach den Vergabevorschriften gegebenen Möglichkeiten zur Ausräumung von Zweifeln auszuschöpfen⁷¹. Er hat der Preisbehörde gegenüber mit seinem Antrag auf Preisprüfung seine Verdachtsgründe darzulegen. Die Preisbehörde entscheidet dann nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie die vorgetragenen Gründe als stichhaltig ansieht. Ihre Überlegungen dürfen nicht von einem fiskalischen Interesse des Auftraggebers, sondern nur von einem eigenständigen Interesse an der Aufrechterhaltung des Preisstandes geleitet werden. Sind die Gründe des Auftraggebers nicht überzeugend, so muss sie den Antrag ablehnen. Sie ist keine „Preisprüfstelle des Auftraggebers“. Andernfalls wird sie beim Auftragnehmer im Rahmen einer Preisprüfung nach § 4 VO insbesondere die notwendigen Unterlagen einsehen und Auskünfte verlangen. Die Prüfungshandlungen beziehen sich auf die mit der Angebotsaufforderung und -abgabe zusammenhängenden Unterlagen⁷². Die Prüfung selbst wird sich darauf erstrecken, dass auf Seiten des Auftragnehmers z.B. keine Preisabsprachen stattgefunden haben oder keine Scheinangebote abgegeben worden sind. Diese Ausführungen zeigen, dass das eingangs erwähnte Verlangen nach einem eigenständigen Wettbewerbspreis abgelehnt werden muss, da es für das Ziel der Aufrechterhaltung des Preisstandes überflüssig ist.

b) Soweit das Bestreben darauf gerichtet ist, einen nach der VOL/A im Wettbewerb gebildeten Preis für eine allgemeine Leistung, für die bereits ein verkehrsüblicher Preis besteht, zu schaffen, wäre ein solches Verlangen erst recht überflüssig. Zu denken ist an den Fall, dass ein Auftragnehmer trotz Wettbewerbs einen höheren als seinen betriebssubjektiven Preis anbietet. Dieser Fall wird von Ziffer 5 b) des Ersten Runderlasses und von Nr. 18 b) der Richtlinien von 1955⁷³ nicht erfasst, weil der Preis gar nicht mehr durch eine Ausschreibung oder freihändige Vergabe im Wettbewerb "ermittelt" werden kann: es liegt bereits ein allgemeiner Marktpreis vor⁷⁴. Auf einen solchen Tatbestand finden vielmehr die Grundsätze, die zur Prüfung der Verkehrsüblichkeit eines Preises im Sinne des § 4 VO entwickelt worden sind, Anwendung. Diese beinhalten z. B. den Vergleich mit Preisen, die bei vergleichbaren Aufträgen auf dem Markt erzielt werden⁷⁵. Zu diesen Grundsätzen gehört auch die Bestimmung der bereits erwähnten Nr. 38 der Richtlinien von 1955⁷⁶, wonach der

Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht, 2011, S. 720; beide entgegen Nr. 38 der Richtlinien von 1955.

⁷¹ Roth, in: Müller/Wrede, Verdingungsverordnung für Leistungen (VOL/A), 2. Aufl., 2007, § 15 RdNr. 18 f..

⁷² Birgel, Öffentliches Auftragswesen und Preisrecht, 1994, S. 128; Noelle/Rogmans, Öffentliches Auftragswesen, 3. Aufl., 2002, S. 167.

⁷³ Siehe den unter Fußnote 13) genannten Ersten Runderlass von 1953 und die dort genannten Richtlinien von 1955.

⁷⁴ Gottschalk, Die Auswirkungen des Wettbewerbs bei der Preisbildung nach § 4 der Verordnung PR Nr. 30/53, in: Der Kartell- und Preisdienst Nr. 6 vom 15.03.1959, S. 21.

⁷⁵ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O., § 4 RdNr. 47.

⁷⁶ Siehe die unter Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955.

Auftraggeber bei Zweifeln an der Ordnungsmäßigkeit des Preises eine Preisprüfung durch die Preisbehörde beantragen kann.

c) Gelegentlich wird auch die Einführung eines Wettbewerbspreises ohne preisrechtliche Begrenzung und damit ohne Preisprüfung unter Berufung auf das frühere Baupreisrecht angeregt. Ursprünglich unterlag der Wettbewerbspreis in der Baupreisverordnung einer preisrechtlichen Begrenzung, und zwar dann, wenn die Preise infolge unzureichenden Wettbewerbs in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung standen. Diese Einschränkung entfiel auf Grund der Änderungsverordnung PR Nr. 1/84⁷⁷. Offenbar ist dies die Grundlage für die Forderung nach einem gesonderten Wettbewerbspreis in der Preisverordnung ohne preisrechtliche Begrenzung. Dieses Verlangen kann jedoch nicht gerechtfertigt sein. Es würde dazu führen, dass im Interesse der Aufrechterhaltung des Preisstandes nicht mehr vertretbare Preiserhöhungen, die durch sog. unechte Wettbewerbe wie z. B. Preisabsprachen oder Scheinangebote ausgelöst werden, den echten Wettbewerben gleichgestellt werden. So ist denn auch die vorbeschriebene Änderung der Baupreisverordnung als „gesetzgeberische Fehlleistung hohen Grades“ bezeichnet worden, zumal durch kartellbehördliche und gerichtliche Tätigkeit unzulässige Kartelle großen Umfangs aufgedeckt wurden⁷⁸. Es ist sogar der Ruf nach Wiedereinführung der Baupreisverordnung in der ursprünglichen Fassung erhoben⁷⁹, zumindest ihre gewohnheitsrechtliche Weitergeltung befürwortet worden⁸⁰.

d) In diesem Zusammenhang sei auf den mitunter geäußerten Einwand eingegangen, dass die Preisverordnung für Marktpreise gar nicht notwendig sei, da das Wettbewerbsrecht doch bereits ausreichende Garantien und Sanktionen gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthalte. Dieser Einwand greift jedoch zu kurz. Das GWB befasst sich u.a. mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Unternehmen, die einen Marktanteil von mindestens 40% haben (§ 18 GWB); die Preisverordnung will dagegen lediglich die nachteiligen Auswirkungen eines beschränkten Wettbewerbs auf die Preise eines jeden Auftragnehmers ausgleichen (siehe § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO). Die Preisverordnung enthält somit eine einengende Regelung für die ausschließlich preisrechtlichen Auswirkungen derartiger Erscheinungen. Zugleich kann durch die Sanktionsnorm des § 11 VO Preisverstößen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, bereits mit dem Anbieten eines unzulässigen

⁷⁷ Erste Verordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen (Verordnung PR Nr. 1/84) vom 23.02.1984 (BGBl. I S. 375).

⁷⁸ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, 6. Aufl., 1994, Einleitung VO PR Nr. 1/72, RdNr. 6 ff..

⁷⁹ Klose, in: Fokus-Magazin Nr. 22 vom 27.05.2013 – Politik – Betr.: Steuerverschwendung – Seite 3.

⁸⁰ Petersen, Die gewohnheitsrechtliche Fortgeltung der Grundgedanken der aufgehobenen Baupreisverordnung im Rahmen der Pflicht zur wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung, in: Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht, 2000, S. 549.

Preises durch die Verhängung eines Bußgeldes entgegengetreten werden⁸¹, während die Sanktionsnormen des Wettbewerbsrechts erst später nach Durchführung aufwändiger Verfahren greifen (vgl. § 32 ff. GWB). Von den sämtlichen durch Wettbewerbsbeschränkungen hervortretenden Umständen sollen also preisrechtlich nur solche Umstände betrachtet werden, die eine gestörte Preisbildung auslösen. Auf diese Weise ist die „Aufgabenteilung“ zwischen Preisrecht und Wettbewerbsrecht gewahrt. Folgerichtig besagt Nr. 24 d3) der Richtlinien von 1955⁸², dass die Verordnung eine preispolitische Zielsetzung hat, die unabhängig von den Vorschriften des GWB und den sich aus ihnen ergebenden Rechtsfolgen ist⁸³. Diese preispolitische Zielsetzung ist - wie bereits ausgeführt - die Aufrechterhaltung des Preisstandes.

5. Schaffung eines „Festpreises“ (§ 8a (neu))

Von verschiedenen Seiten wird gefragt, ob es sich nicht empfehle, in die Preisverordnung einen Schwellenwert nach Art des Vergaberechts einzuführen, unterhalb dessen Preisprüfungen nicht durchgeführt werden sollen⁸⁴.

Die gestellte Frage hat ihre Berechtigung; sie muss für Marktpreise und Selbstkostenpreise getrennt beantwortet werden.

Während bei Marktpreisen – wie zuvor ausgeführt – eine „Trennungslinie“ dort verläuft, wo die Ordnungsmäßigkeit der Preisbildung in Zweifel gezogen wird – ordnungsgemäß gebildete Marktpreise werden in praxi nicht geprüft, nicht ordnungsgemäß gebildete Marktpreise können dagegen geprüft werden –, ist bei Selbstkostenpreisen bis in die 70er Jahre des letzten Jahrhunderts der sog. 22 b)-Preis praktiziert worden. Dieser Preis beruhte auf Nr. 22 b) der Richtlinien von 1955⁸⁵. Diese Vorschrift besagt, dass eine Selbstkostenprüfung ausgeschlossen ist, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer einen Festpreis vereinbart haben, obwohl die Voraussetzungen zum Abschluss eines Selbstkostenvertrages gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VO erfüllt sind; sie besagt weiter, dass der Auftraggeber beim Abschluss solcher Festpreisverträge eine besondere Verantwortung dafür trägt, dass die Wirtschaftlichkeit der Beschaffungen gewahrt bleibt. Dieser Festpreis ist jedoch unter dem Einfluss zweier obergerichtlicher Entscheidungen⁸⁶ später nicht mehr angewendet worden. Nach dieser Rechtsprechung will die Preisverordnung ein geschlossenes Preisgefüge geben und kann eine Verwaltungsanweisung nicht eine

⁸¹ Hans-Peter Müller, a.a.O..

⁸² Siehe die unter Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955.

⁸³ Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 1, Verordnung § 5 (B) III 2 e).

⁸⁴ Brüning, Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht, a.a.O., Grünwald, a.a.O., ablehnend Hans-Peter Müller, a.a.O..

⁸⁵ Siehe die unter Fußnote 13) genannten Richtlinien von 1955.

⁸⁶ OLG Hamm, Urteil vom 10.07.1961 – 2 U 4/61, und BayObLG, Urteil vom 22.09.1971 – RReg 4 St 516/71; beide abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen II.

Rechtsverordnung ändern. Hinzu kam, dass in § 12 der früheren BaupreisVO Nr.1 /72⁸⁷ mit dem „Frei vereinbarter Preis“ eine Regelung in einer Rechtsverordnung erfolgt war. Das Fehlen der Möglichkeit, eine freie Vereinbarung zum Festpreis für bestimmte, nicht marktgängige Leistungen ohne Preisprüfung zu treffen, ist jedoch alsbald bedauert worden⁸⁸. Zu Recht ist daher vorgeschlagen worden, diesen Mangel durch Änderung der Preisverordnung zu beseitigen⁸⁹.

Angesichts dieser „Vorgeschichte“ sollte für den Selbstkostenbereich die Anregung zur Aufnahme eines von der Preisprüfung freigestellten Preistyps nach Art des sog. 22 b)-Preises in die Tat umgesetzt werden. Zu denken ist an solche Auftragnehmer, die von ihrer Tätigkeit her über kein Rechnungswesen im Sinne der Nr. 2 LSP verfügen, da sie eine freiberufliche Tätigkeit ausüben. Zwecks Begriffsbestimmung kann hier – wie auch in der Fußnote in § 1 VOL /A geschehen, mit der die Anwendbarkeit der VOL/A ausgeschlossen wird – auf die in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG⁹⁰ enthaltene Aufzählung von Tätigkeiten Bezug genommen werden. Als geeignete Stelle in der Preisverordnung würde sich ein neuer § 8a anbieten. Er sollte folgenden Wortlaut, der ebenfalls mit der vorgenannten Fußnote versehen wird, haben:

„8a Festpreise

Vereinbaren öffentlicher Auftraggeber und Auftragnehmer für eine freiberufliche Tätigkeit*) einen Festpreis, so kann dieser Preis einer Selbstkostenpreisprüfung auf Grund der §§ 9 und 10 nicht unterzogen werden.

*) Vgl. § 18 Absatz 1 Nr. 1 EStG:

(1) Einkünfte aus selbständiger Arbeit sind:

1. Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit. Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten

⁸⁷ Siehe die unter Fußnote 54) genannte BaupreisVO Nr. 1/72.

⁸⁸ Birgel, a.a.O., S. 114; Noelle/Rogmans, a.a.O., S. 150.

⁸⁹ Pietzcker, a.a.O., S. 293; Möllhoff, Das öffentliche Auftragswesen des Verteidigungsressorts, 1985, S.194; Hertel, Die Preisbildung und das Preisprüferecht bei öffentlichen Aufträgen, 2. Aufl., 1998, S. 44.

⁹⁰ Einkommensteuergesetz vom 08.10.2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.02.2013 (BGBl. I S. 4318).

Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen;“

Auf diese Weise würde dem Anliegen nach Einführung eines Schwellenwertes zwecks Ausschluss einer Preisprüfung zwar nicht durch eine Bezifferung, wohl aber bei Marktpreisen bereits durch die bestehende Rechtslage und bei Selbstkostenpreisen durch eine Aufzählung von Tätigkeiten entsprochen werden.

VI. Ergänzungen zu den LSP

In Bezug auf den LSP-Bereich werden verschiedene Anregungen gegeben, die vornehmlich Dienstleistungen⁹¹ sowie die Rechnungs- und Kalkulationswesen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)⁹² betreffen. Hinzu kommt noch das Problem der Pensionsrückstellungen⁹³ bei Unternehmen, die nach den inzwischen geänderten handelsrechtlichen Vorschriften anders als bisher bilanzieren müssen.

1. Dienstleistungen: Ergänzung durch Verwaltungsvorschriften

Was Dienstleistungen anbetrifft, so ist es unbestritten, dass diese im Vergleich zu Lieferleistungen inzwischen eine wichtige Bedeutung erlangt haben. Es sei aber daran erinnert, dass die Preisverordnung mit den LSP nicht nur für die Preisbildung von Lieferleistungen, sondern gleichermaßen auch für die von Dienstleistungen geschaffen worden ist. Dies ist bisher niemals angezweifelt worden. Verwiesen sei beispielhaft auf die ersten Kommentierungen zur Preisverordnung⁹⁴. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich jedes Problem, das mit der Preisbildung von Dienstleistungen – auch von längerer Dauer – zusammenhängt, anhand der geltenden Bestimmungen der Preisverordnung mit den LSP lösen lässt⁹⁵. Insbesondere die bewusst weit gefassten Bestimmungen der Nr. 2 und der Nr. 4

⁹¹ Hoffjan, a.a.O..

⁹² Hoffjan/Hövelborn/Strickmann, a.a.O.; Hoffjan, a.a.O..

⁹³ Hoffjan/Hövelborn/Strickmann, a.a.O.; Hoffjan, a.a.O..

⁹⁴ Daub, a.a.O., § 2 Anm. 2; Pribilla, a.a.O., VPöA § 2 Anm. I; später Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 1962, § 2 RdNr. 2.

⁹⁵ Als Beispiel wird auf die Rechtsprechung des VG Düsseldorf zu einem Selbstkostenfestpreisvertrag mit Preisgleitklausel für Abwasserbeseitigung über eine Laufzeit von 20 (!) Jahren verwiesen (Urteile vom 23.12.2008 – 5 K 605/08 und 5 K 1205/08); abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 4, Entscheidungen II.

Abs. 4 LSP eröffnen Gestaltungsräume für neuere Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre und Kostenrechnung, die durch die Schaffung von Verwaltungsvorschriften nach Art des Ersten Runderlasses von 1953 und der Richtlinien von 1955⁹⁶ genutzt werden sollten. Hier wäre es Sache des Bundeswirtschaftsministeriums, unter Beteiligung von Auftraggebern, Auftragnehmern, Preisprüfern und Wissenschaftlern die entsprechenden Vorarbeiten durchzuführen. Jedenfalls sollte von einer Änderung des Wortlauts der LSP unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungen Abstand genommen werden, da dies nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber Lieferleistungen führen würde⁹⁷. Wichtig für derartige Verwaltungsvorschriften wäre aber – wie bereits betont –, dass sie nicht nur für den Bundesbereich gelten, sondern auch für den Länder- und damit den Gemeindebereich umgesetzt werden⁹⁸.

2. Kleine und mittlere Unternehmen: Ergänzung durch Verwaltungsvorschriften

Für den Bereich der KMU gelten die vorherigen Darlegungen entsprechend. Einen Ansatzpunkt für Erleichterungen, die das Rechnungswesen und die Preisprüfung betreffen würden, könnten hier zum Zwecke der Abgrenzung die sog. Mittelstandsrichtlinien des Bundes⁹⁹ geben. Sie enthalten in ihrer Nr. 9¹⁰⁰ eine Aufzählung von Unternehmen, insbesondere des Handwerks, der Industrie, des Einzelhandels, des Großhandels und des sonstigen Gewerbes, bei denen größenbedingte Nachteile bei der Vergabe von Aufträgen ausgeglichen werden sollen. Die dort aufgeführten Wertgrenzen, die je nach Wirtschaftszweig an

⁹⁶ Siehe den unter Fußnote 13) genannten Ersten Runderlass von 1953 und die dort genannten Richtlinien von 1955.

⁹⁷ Greiffenhagen, Die Erweiterungsfähigkeit des geltenden öffentlichen Preisrechts, a.a.O..

⁹⁸ Greiffenhagen, Gegen die „Flucht aus dem Preisrecht“ im Kommunalbereich, a.a.O., S. 13 bis 16.

⁹⁹ Richtlinien der Bundesregierung zur angemessenen Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen in Handwerk, Handel und Industrie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL) vom 01.06.1976 (BAnz. Nr. 111 Beilage 16/76), abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 2, Text-Teil II 5 c) (1).

¹⁰⁰ 9. Im Sinne dieser Richtlinien gelten als kleine und mittlere Unternehmen:

- a) Handwerksunternehmen und Industrieunternehmen mit einem Jahresumsatz bis zu 10,0 Millionen DM oder bis zu 65 Beschäftigten.
- b) Einzelhandelsunternehmen mit einem Jahresumsatz bis zu 5,0 Millionen DM und Großhandelsunternehmen mit einem Jahresumsatz bis zu 15,0 Millionen DM.
- c) Sonstige Gewerbe mit einem Jahresumsatz bis zu 1,0 Millionen DM.
- d) Freie Berufe mit einem Jahresumsatz bis zu 1,0 Mio DM, soweit nicht der Anwendung der VOL die Besonderheiten dieser Berufe entgegenstehen.
- e) Kooperationen in handwerklichen oder anderen Arbeits- und Liefergemeinschaften, die ausschließlich Unternehmen wie zu Buchstaben a bis c umfassen.

Ist ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens, das nicht unter Buchstaben a bis c fällt, so finden die Richtlinien auf das Unternehmen keine Anwendung. Das gleiche gilt für ein Unternehmen, das mit Mehrheit an einem anderen nicht unter Buchstaben a bis c fallenden Unternehmen beteiligt ist. Zur Feststellung, ob Bieter eine der vorstehenden Voraussetzungen erfüllen, sind von diesen mit dem Angebot entsprechende Erklärungen zu fordern.

Jahresumsätzen von bis zu höchstens 1, 5, 10 und 15 Millionen DM ausgerichtet sind, müssten allerdings den gegenwärtigen Verhältnissen angepasst werden. Wegen der Geltung der zu schaffenden Verwaltungsvorschriften auch im Länder- und damit Gemeindebereich sei auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen¹⁰¹.

3. Pensionsrückstellungen: keine Änderung

Das Problem der Pensionsrückstellungen infolge geänderter Bilanzierungsregeln gibt bei näherer Betrachtung keinen Anlass zu einer Änderung der LSP oder der Ergänzung durch Verwaltungsvorschriften, sondern löst sich bei Befassung mit dem Sachzusammenhang, in den die Nr. 25 LSP und die Bilanzierungsvorschriften gestellt sind, von selbst.

Pensionsrückstellungen sind seit jeher als zusätzliche Sozialaufwendungen im Sinne der Nr. 25 LSP behandelt worden¹⁰². Das Preisrecht ist hier wie auch in anderen Nummern der LSP durchweg dem Handelsrecht gefolgt¹⁰³. Die Vorschrift der Nr. 25 LSP weist, wie ihre Anordnung im Zusammenhang mit den Nrn. 22 ff. LSP zeigt, wo von Löhnen, Gehältern und sonstigen Personalkosten die Rede ist, Gemeinsamkeiten mit § 275 Abs. 2 Nr. 6 HGB, wo ebenfalls von Löhnen, Gehältern, sozialen Abgaben und Aufwendungen für Altersversorgung gesprochen wird, auf. Soweit das Preisrecht eigene Regeln berücksichtigt haben wollte, hat es dies ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, wie z. B. in Nr. 38 LSP, wo der Abschreibungsbetrag für Anlagegüter unabhängig von den Wertansätzen in der Handels- und Steuerbilanz zu verrechnen ist, oder in Nr. 8 Abs. 2 b) LSP, wo Stoffe zu Tagespreisen statt zu Anschaffungskosten bewertet werden, wenn sie nicht besonders für den Auftrag beschafft worden sind, oder in Nr. 14 Abs. 2 und Nr. 26 Abs. 1 LSP, wo Sonderbetriebsmittel und Aufwendungen für laufende Instandhaltung auch ratenweise verrechnet werden können. Eine derartige Abänderung ist für Pensionsrückstellungen in Nr. 25 LSP als Folge des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes¹⁰⁴ nicht erfolgt. Zusammen mit diesem Gesetz sind – wie ein Blick in das Bundesgesetzblatt zeigt – zahlreiche andere, von den Änderungen ebenfalls betroffene wirtschaftsrechtliche Gesetze und Rechtsverordnungen den neuen Verhältnissen angepasst worden. Die Preisverordnung befindet sich nicht darunter; dies beweist, dass es nicht gesetzgeberische Absicht gewesen ist, handelsrechtlich zulässige Pensionsrückstellungen im Falle der Anwendung der LSP bei öffentlichen Aufträgen nur in verkürzter Form zuzulassen, zumal insbesondere dem Gebot der

¹⁰¹ Greiffenhagen, a.a.O., S. 13 bis 16.

¹⁰² Statt vieler bereits früher Pribilla, a.a.O., LSP Nr. 25 Anm. II, und später Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O., Nr. 25 RdNr. 16 ff..

¹⁰³ Strickmann, Preiskalkulation nach den Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten, 2010, S. 38 ff., 60 ff..

¹⁰⁴ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom 25.05.2009 (BGBl. I S. 1102).

Periodengerechtigkeit mehr als bisher entsprochen wird. Dieser Überlegung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber an die Preisverordnung schlichtweg "nicht gedacht" habe. Wie mehrere frühere Vorgänge zeigen, ist bei Änderungen von Gesetzen oder Rechtsverordnungen die Preisverordnung mitberücksichtigt und aufgeführt worden¹⁰⁵. Da nunmehr Pensionsrückstellungen bereits bis zum Eintritt des Versorgungsfalls ausfinanziert sein müssen (§ 253 Abs. 1 S. 2 HGB), war zunächst der Eindruck entstanden, dass infolge der neuen Regelung Rückstellungen für erst zukünftige, also noch nicht kostenwirksame Personalentwicklungen gebildet werden sollten. In Wirklichkeit geht es jedoch lediglich um eine angepasste Bewertung von Pensionsverpflichtungen. An dieser Feststellung vermag auch die in § 6 Abs. 1 Nr. 3a Buchstabe f) EStG¹⁰⁶ getroffene Regelung, wonach künftige Preis- und Kostensteigerungen bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden dürfen, nichts zu ändern. Diese Vorschrift schreibt für das Steuerrecht lediglich die frühere, nunmehr für das Handelsrecht durch das Bilanzmodernisierungsgesetz überholte Regelung fest. Eine Änderung der Nr. 25 LSP oder eine Ergänzung durch eine Verwaltungsvorschrift ist somit nicht geboten. (Vielmehr ist eine praktische Lösung gefragt, um die der öffentlichen Hand durch die Gesetzesänderung auferlegten – offenbar unerwartet hohen - finanziellen Lasten über einen längeren Zeitraum verteilen zu können).

VII. Schlussbemerkung

Eine mögliche Reform der Preisverordnung für öffentliche Aufträge sollte die vorstehenden Ausführungen und Empfehlungen in ihre Überlegungen einbeziehen, um dem Preisrecht wieder den ihm gebührenden Platz zukommen zu lassen. Wenn sich in den letzten beiden Jahrzehnten das Interesse eher dem jüngeren Vergaberecht zugewendet hat, so sollte die allgemeine Finanzkrise, die in jüngster Zeit auch an Deutschland nicht spurlos vorbeigegangen ist, den Blick dafür geschärft haben, wie wichtig es für das Gemeinwohl ist, den Preisstand aufrechtzuerhalten und das Preisniveau zu stabilisieren. Zu den vielen Möglichkeiten, die sich einem der Nachhaltigkeit verpflichteten Staat anbieten, zählen auch Maßnahmen, die auf die Ausgewogenheit der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen abzielen. Es ist Aufgabe der Verantwortlichen, die an der Spitze staatlicher Preisgestaltung stehen, der Durchsetzung dieses Zieles den Weg zu bereiten. Dazu gehören Impulse, die sämtliche Beteiligten auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge erreichen müssen, gleich welchem Wirkungskreis die Betroffenen angehören mögen. Auf diese Weise sollte sich wieder ein Bewusstsein entwickeln, wie es in der „Gründerzeit“ der Preisverordnung

¹⁰⁵ Siehe VO vom 20.10.2001 (BGBl. I S. 2785), Art. 340; VO vom 25.11.2003 (BGBl. I S. 2304), Art. 289; Gesetz vom 8.12.2010 (BGBl. I S. 1864), Art. 70.

¹⁰⁶ Siehe das unter Fußnote 90) genannte Einkommensteuergesetz.

offenbar der Fall gewesen ist. In diesem Sinn sei dieser Abhandlung der folgende Untertitel gewidmet:

„Zum Selbstverständnis des Preisrechts der öffentlichen Aufträge“

Der Preisverordnung selbst, die sich nunmehr über sechs Jahrzehnte im Spannungsverhältnis von Staat und Wirtschaft bewährt hat, sei für die Zukunft zugerufen: „Multos ad annos“!