

Greiffenhagen, Horst

**Research Report**

**Potenzieller Wettbewerb und Marktpreisbildung –  
Anmerkung zum Urteil des LG Bonn vom 18.12.2013 – 1 O  
465/12 –**

*Suggested Citation:* Greiffenhagen, Horst (2015) : Potenzieller Wettbewerb und Marktpreisbildung – Anmerkung zum Urteil des LG Bonn vom 18.12.2013 – 1 O 465/12 –, Bundesverband der Preisprüfer und Wirtschaftssachverständigen e.V., Kiel

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/118669>

**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.*

**Potenzieller Wettbewerb und Marktpreisbildung –**

**Anmerkung zum Urteil des LG Bonn**

**vom 18.12.2013 – 1 O 465/12 –**

**von Dr. jur. Horst Greiffenhagen, Überlingen<sup>1</sup>**

**[www.bvdpw.de](http://www.bvdpw.de)**

**September 2015**

---

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

Selten dürfte ein landgerichtliches Zivilurteil mehrere Anmerkungen ausgelöst haben. Das mag zeigen, dass durch die im Urteil<sup>2</sup> behandelte Problematik ein Nerv des Preisrechts der öffentlichen Aufträge getroffen worden ist. Den bisherigen Stellungnahmen<sup>3</sup> soll eine weitere Anmerkung hinzugefügt werden.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Rahmen einer Ausschreibung hatten nur zwei Bieter Angebote für die Lieferung einer Reisegepäckkontrollanlage abgegeben. Zuvor hatten zunächst mehrere Bewerber ihr Interesse an dem Auftrag bekundet. Von den zwei abgegebenen Angeboten wurde eines aus formalen Gründen ausgeschlossen. Auf das somit einzige Angebot wurde der Zuschlag erteilt.

Das LG hat den Angebotspreis als Marktpreis nach § 4 VO PR Nr. 30/53 qualifiziert. Damit hat es, ohne den terminus technicus zu verwenden, den potenziellen Wettbewerb als zum Marktpreis führend anerkannt.

In zwei der bisherigen Stellungnahmen ist die Aussage des Urteils zum potenziellen Wettbewerb begrüßt worden. Sie stützen sich auf das befürwortende Urteil des OLG Hamm aus dem Jahre 1961<sup>4</sup>. Danach kann potenzieller Wettbewerb vorliegen, wenn lediglich ein Bieter vorhanden ist, dieser aber mit Angeboten anderer Bieter rechnen muss; auch darf ihm nicht erkennbar sein, dass weitere Bewerber fehlen. Dieses Urteil hatte seinerzeit von Altmann<sup>5</sup> und Hertel<sup>6</sup> Zustimmung erfahren, da der Preisverordnung die Absicht zugrunde liege, den Marktpreisgedanken weit auszudehnen. Es ist jedoch von der Mehrheit der Kritiker wie z. B. Gottschalk<sup>7</sup>, ihm folgend Heinz Müller<sup>8</sup>, und Möllhoff<sup>9</sup> abgelehnt worden; die Ansicht von Gottschalk ist bis in die 4. Auflage des bekannten, von Ebisch und Gottschalk begründeten Kommentars<sup>10</sup> übernommen worden. Diese Autoren weisen im wesentlichen darauf hin, dass bei einer Anerkennung des potenziellen Wettbewerbs als Grundlage für einen Marktpreis nach § 4 VO PR Nr. 30/53 die Grenzen zum Selbstkostenpreis verwischt würden. Ab der 5. Auflage des Kommentars Ebisch/Gottschalk<sup>11</sup> wird von Knauss darauf abgestellt, dass beim potenziellen Wettbewerb die Verkehrsüblichkeit des angebotenen Preises nicht dargetan sei. Zu den ablehnenden Stimmen gehören ferner, ohne auf das Urteil des OLG Bezug zu nehmen, Rainer Müller<sup>12</sup>, der aus der Sicht des Beschaffungspraktikers

<sup>2</sup> Abgedruckt in NZBau 2014, S. 390 ff..

<sup>3</sup> In alphabetischer Reihenfolge:

Berstermann, in: Vergabepaxis und Recht (VPR) 2014, S. 1054 (nur online); Drömann/Niestedt, in: NZBau 2014, S. 392; Klein, unter: Vergabeblog.de vom 17.08.2014, Nr. 19874; Münch, unter: Law-Blog zum Baurecht, Architektenrecht und Immobilienrecht vom 08.07.2014.

<sup>4</sup> OLG Hamm, Urteil vom 10.07.1961 – 2 U 4/61, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Loseblatt, 1954 ff., zuletzt 102. Aktualisierung, Dezember 2014, Ordner 4, Entscheidungen II.

<sup>5</sup> Altmann, Die „Marktgängigkeit“ der Leistung im Sinne der Verordnung PR Nr. 30/53 – VPöA -, in: Der Betrieb 1964, S. 979 ff..

<sup>6</sup> Hertel, Öffentliches Auftragswesen: Vergütung im „potentiellen Wettbewerb“, in: Betriebs-Berater 1983, S. 1315 ff..

<sup>7</sup> Gottschalk, Marktpreisbildung und potentieller Wettbewerb bei der Vergabe von Individualleistungen, in: Der Kartell- und Preisdienst (DKP), 1964, P IV 00/S. 179 ff..

<sup>8</sup> Heinz Müller, Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, 1970, S. 44 ff..

<sup>9</sup> Möllhoff, Das öffentliche Auftragswesen des Verteidigungsressorts ..., 1985, S. 172 ff..

<sup>10</sup> Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 4. Aufl., 1977, § 4 RdNr. 2.

<sup>11</sup> Ebisch/Gottschalk, a.a.O, 5. Aufl., 1987, § 4 RdNr. 66 ff., zuletzt 8. Aufl., 2010, § 4 RdNr. 77 ff..

<sup>12</sup> Rainer Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl., 1993, S. 45 f..

darauf hinweist, dass trotz eines beim Bieter vorhandenen Wettbewerbsbewusstseins der Mangel der faktisch nicht vorliegenden Konkurrenzangebote nicht geheilt werden könne, und unter Berufung auf Ebisch/Gottschalk neuerdings auch Berstermann<sup>13</sup>.

Angesichts dieser zahlreichen, z. T. ausführlichen Darlegungen muss es fast verwundern, dass keiner der genannten Autoren auf die zur Preisverordnung ergangenen Verwaltungsvorschriften der zuständigen Ministerien eingegangen ist. Die einzige Ausnahme macht der den potenziellen Wettbewerb ebenfalls ablehnende, von Michaelis und Rhösa begründete Kommentar<sup>14</sup>, in den der hier interessierende 1. Runderlass des BMWi von 1953<sup>15</sup> und die ihm folgenden gemeinsamen Richtlinien des BMWi und BMFin von 1955<sup>16</sup> in die Erläuterungen einbezogen werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist es verdienstvoll, dass das LG Bonn seine Entscheidungsgründe ebenfalls auf eine Vorschrift der Richtlinien gestützt hat, in der auf die Bestimmungen der Abs. 3 und 4 des § 4 VO PR Nr. 30/53 Bezug genommen wird. Es handelt sich hierbei um Nr. 21 Abs. e) der Richtlinien. Sie lautet:

„Wenn im Rahmen der wettbewerblichen Preisbildung auf Grund einer ordnungsgemäßen Ausschreibung der Zuschlag nach den einschlägigen Bestimmungen pflichtgemäß erteilt wird, ist davon auszugehen, dass diese ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibungspreise den Bestimmungen des § 4 Abs. 3 und 4 Rechnung tragen.“

Zunächst ist festzuhalten, dass durch die Hervorhebung der Abs. 3 und 4 keine Beschränkung innerhalb des § 4 vorgenommen werden soll. Diese Absätze stellen vielmehr Modifikationen der in den vorhergehenden Absätzen geregelten Fälle dar<sup>17</sup>. So ist es nur folgerichtig, auch die Verwaltungsvorschriften zu Abs. 1 heranzuziehen. Die einschlägige Vorschrift ist Nr. 5 b) des 1. Runderlasses, die in Nr. 18 b) der Richtlinien wiederholt wird. Sie lautet:

„Preise, die durch öffentliche oder beschränkte Ausschreibung ermittelt worden sind, sind Preise nach § 4, wenn der Wettbewerb der Anbieter alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Preise geboten hat.....“

Die Schwerpunkte in den Aussagen der erstgenannten Vorschrift liegen also auf den Begriffen „Ausschreibung“ und „Preise“ sowie „wettbewerbliche Preisbildung“. Die ersten beiden Begriffe hat das LG Bonn berücksichtigt, den letztgenannten Begriff hat es jedoch nicht erwähnt. Die zuständigen Ministerien haben dagegen den Begriff der „wettbewerblichen Preisbildung“ nicht einfach dahinstehen lassen, sondern ihn in Nr. 18 a) der Richtlinien zu Abs. 1 des § 4 näher beschrieben. Sie hat folgenden Wortlaut:

<sup>13</sup> Berstermann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl., 2009, § 4 VO PR Nr. 30/53, RdNr. 15.

<sup>14</sup> Michaelis/Rhösa, a.a.O., 24. Nachtragslieferung, Januar 1976, Ordner 1, Kommentar zu VPÖA und LSP, Verordnung § 4, B III, S. 7.

<sup>15</sup> 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. 525), abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Ordner 2, Text – Teil II 1 c).

<sup>16</sup> Richtlinien für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953 vom 1. Juli 1955 in der Fassung vom 6. März 1961 (Beilage zum BAnz. Nr. 74), geändert am 18. Juli 1962 (BAnz. Nr. 142), abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a.a.O., Text-Teil II 1 f).

<sup>17</sup> Ebisch/Gottschalk, a.a.O., 8. Aufl., 2010, § 4 RdNr. 125 und RdNr. 162.

„Marktgängige Leistungen sind Leistungen, die allgemein im wirtschaftlichen Verkehr hergestellt und gehandelt werden. Hierbei ist Voraussetzung, dass ein Markt mit wettbewerblicher Preisbildung besteht, d. h. die Leistungen von mehreren unabhängig im Wettbewerb stehenden Unternehmen angeboten werden.“

Nun ist ein Gericht an Verwaltungsvorschriften nicht gebunden<sup>18</sup>. Wenn es aber Nr. 21 Abs. e) der Richtlinien, in der von „wettbewerblicher Preisbildung“ die Rede ist, herangezogen hat, war kein Anlass ersichtlich, die in Nr. 18 a) der Richtlinien enthaltene Umschreibung der „wettbewerblichen Preisbildung“ nicht Anwendung finden zu lassen. Die Umschreibung gilt also auch hier.

Unterstützt wird diese Ansicht durch die in Nr. 18 b) der Richtlinien verwendete Wortwahl „Wettbewerb der Anbieter“. Der Begriff „Anbieter“ setzt die Abgabe eines Angebotes voraus.

Durch die in Nr. 18 a) und b) der Richtlinien getroffenen Aussagen haben BMWi und BMFin klar zum Ausdruck gebracht, dass ein Marktpreis nach § 4 als Folge einer Ausschreibung nur vorliegen kann, wenn Angebote mehrerer Bieter vorhanden sind. Der Ordnungsgeber hat damit dem potenziellen Wettbewerb eine eindeutige Absage erteilt. Dieser Begriff hat im Preisrecht der öffentlichen Aufträge bei der Marktpreisbildung nichts zu suchen.

---

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83, in: BVerfGE 78, 214 (227, 229).