

Greiffenhagen, Horst

Research Report

Über die "Befreiung" des verkehrsüblichen Preises (§ 4 Abs.1 VO PR Nr. 30/53) vom betriebssubjektiven Denken - Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 - 8 C 2.15 - zur Marktpreisbildung bei öffentlichen Aufträgen -

Suggested Citation: Greiffenhagen, Horst (2016) : Über die "Befreiung" des verkehrsüblichen Preises (§ 4 Abs.1 VO PR Nr. 30/53) vom betriebssubjektiven Denken - Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 - 8 C 2.15 - zur Marktpreisbildung bei öffentlichen Aufträgen -, Bundesverband der Preisprüfer und Wirtschaftssachverständigen e.V., Kiel

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/148302>

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.

**Über die „Befreiung“ des verkehrsüblichen Preises
(§ 4 Abs.1 VO PR Nr. 30/53) vom betriebssubjektiven Denken**

**- Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts
vom 13. April 2016 - 8 C 2.15 - zur Marktpreisbildung
bei öffentlichen Aufträgen -**

von Dr. jur. Horst Greiffenhagen, Überlingen¹

www.bvdpw.de

November 2016

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

Copyright Dr. Horst Greiffenhagen

Diese Abhandlung gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

Vorbemerkung: Der griffige, vorwärts weisende, fast ein wenig pathetisch wirkende Titel dieser kleinen preisrechtlichen Abhandlung ist in Anlehnung an eine vor vielen Jahrzehnten erschienene Habilitationsschrift gewählt worden. Es geht darum, einen vom Verordnungsgeber, an dessen Spitze der unvergessene Ludwig Erhard stand, geschaffenen weiten Begriff aus einer einengenden Denkweise zu lösen, um ihm nach einer viel zu langen Zeit des Schweigens die ihm ursprünglich zugedachte Bedeutung zurückzugeben.

Das in der Überschrift genannte Urteil bildet einen willkommenen Anlass zu einer Erörterung der Thematik. Es trifft mehrere Aussagen, die die Bildung von Marktpreisen bei öffentlichen Aufträgen berühren. Das Urteil ist als Anlage mit abgedruckt. Es dürfte in Fachkreisen zu lebhaften Diskussionen führen. Die nachfolgenden Anmerkungen mögen zur Diskussion beitragen.

Randziffer 18 f.: Das Gericht geht zutreffend davon aus, dass der Wettbewerb die Voraussetzung für die Bildung eines verkehrsüblichen Preises für eine marktgängige Leistung sein muss. Der Wettbewerb selbst wird in § 4 Abs.1 der VO PR Nr. 30/53 nicht besonders erwähnt, weil ein Marktpreis nur unter Wettbewerbsbedingungen entstehen kann². Der Begriff des Wettbewerbs wiederum wird in dem dem Preisrecht nahestehenden GWB und auch im EU-Kartellrecht offen gehalten; es finden sich dort keinerlei Definitionsversuche. Behörden und Gerichte müssen daher Zurückhaltung üben und dürfen den Wettbewerb nicht von sich aus definieren. Zielvorstellungen wie z.B. die eines „funktionsfähigen“ Wettbewerbs dürfen nicht in eine Definition eingebracht werden³. Genau dieser Versuchung aber erliegt das Gericht, wenn es bei der Umschreibung des Marktpreises von einem „funktionierenden“ Wettbewerb ausgeht. Für das Preisrecht bedeutet dies, dass jede marktgängige Leistung zunächst einmal einen Preis am Markt aufweist⁴. Auf einem Markt wird nichts geschenkt.

Erst in einem nächsten Schritt kann auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung, auf die das Gericht hinweist, eingegangen werden. Dogmatisch richtig regelt der Verordnungsgeber diesen Fall nicht in § 4 Abs.1 der VO, sondern erst in § 5 Abs.1 Nr.2 der VO, also im nachrangigen Selbstkostenbereich. Wenn eine solche Beeinträchtigung vorliegt, kann nicht mehr von einem Wettbewerb und folglich nicht mehr von einem Marktpreis gesprochen werden. Dabei ist aber zu beachten, dass nicht jede Wettbewerbsbeeinträchtigung den Übergang in den Selbstkostenbereich auslöst, sondern nur eine solche, durch die die Bildung eines Marktpreises „nicht nur unerheblich“ beeinflusst wird. Diese Grenze zur Erheblichkeit dürfte unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur bei ca. 10% des Ausgangspreises, für den ein gedachter

² Rainer Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl., 1993, S.31.

³ Rittner/Dreher, Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2008, S.396.

⁴ Hertel, Die Preisbildung und das Preisprüfrecht bei öffentlichen Aufträgen, 2. Aufl., 1998, S.25.

Selbstkostenpreis herangezogen wird, liegen⁵. Der Verordnungsgeber gibt also zu erkennen, dass er den Begriff des Wettbewerbes und damit den des Marktpreises in seinem Verständnis weit ausgedehnt sehen möchte. Diese Feststellung ist wegen der nachfolgenden Ausführungen wichtig.

Randziffer 22 f.: Das Gericht führt sodann aus, dass bei einem unvollkommenen Markt als verkehrsüblicher Preis i.S. des § 4 Abs.1 der VO nur der betriebssubjektive Marktpreis des betreffenden Bieters in Betracht kommt. Es geht mit keinem Wort auf die vom Bundesminister für Wirtschaft und vom Bundesminister der Finanzen erlassenen Richtlinien von 1955 zur Anwendung der Preisverordnung⁶ ein. Dort wird in Nr. 18b) der Marktpreis als der im Verkehr übliche Preis bezeichnet und der verkehrsübliche Preis wiederum als „eine Mehrzahl verschiedener, am Markt wiederholt gezahlter Preise“ umschrieben. Nun stellen Richtlinien allerdings lediglich eine Verwaltungsverordnung dar, an die ein Gericht nicht gebunden ist⁷. Man wird bei den Verwaltungsvorschriften aber zu unterscheiden haben: es gibt solche, die lediglich Vorgänge von geringer Bedeutung, wie z.B. Zuständigkeiten innerhalb einer Behörde, regeln bis zu solchen, die Vorgänge erfassen, die von ihrem Gehalt her richtigerweise in einer höherrangigen und damit justiziablen Rechtsverordnung hätten geregelt werden müssen. Die vorgenannten Richtlinien gehören zu dieser letzteren Gruppe. Es handelt sich bei ihnen um offizielle Verlautbarungen zweier Bundesminister. Um den Richtlinien das notwendige Gewicht zu geben, sind sie seinerzeit im Bundesanzeiger veröffentlicht worden. Nach damaliger Verwaltungspraxis pflegten derartige Erläuterungen noch in Erlassen, Verfügungen, Anordnungen, Anweisungen usw. gegeben zu werden; die spätere und heutige Praxis sieht dafür Amtliche Begründungen zu Rechtsverordnungen vor. Dies ist im Preisrecht z.B. bei den Änderungsverordnungen VO PR Nr. 1/86 und VO PR Nr. 1/89 geschehen. Es ist ständige Praxis der Gerichte, dass Amtliche Begründungen zur Auslegung von Gesetzen und Rechtsverordnungen herangezogen werden. Das Vorgehen des Gerichts muss daher in Frage gestellt werden. Es durfte den Willen zweier Bundesminister nicht einfach unbeachtet lassen, sondern hätte sich mit der Vorschrift der Nr. 18b) der Richtlinien von 1955 auseinandersetzen und im Falle der Ablehnung eine Begründung geben müssen.

Der vom Gericht seinen Ausführungen zu Grunde gelegte Begriff des betriebssubjektiven Marktpreises ist eine Wortschöpfung, die im Wirtschaftsrecht nicht weiter vorkommt. Man könnte sprachlich sogar soweit gehen und ihn fast als einen Widerspruch in sich bezeichnen. Im Preisrecht ist er grundsätzlich fehl am Platze, da § 4 Abs.1 der VO im Gegensatz zu den §§ 5 ff. der VO betreffend den Selbstkostenbereich leistungs- und nicht personenbezogen gefasst ist. Die Wortwahl weist - entsprechend dem Ziel der Verordnung - auf ein weites, von den Parteien eines öffentlichen Auftrags losgelöstes Verständnis des

⁵ Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Loseblatt 1954 ff., herausgegeben von Greiffenhagen, zuletzt 105. Aktualisierung, September 2016, Ordner 1, Verordnung, § 5 (B) III. 3.e) mit ausführlichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur.

⁶ 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., Ordner 2, Text. Teil II 1 f.

⁷ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 31.5.1988 - 1 BVR 520/83, in: BVerfGE 78, 214 (227,229).

Marktpreises hin; sie enthält keine auf den jeweiligen Auftragnehmer bezogene Einschränkung bei der Preisbildung. Der Verordnungsgeber hat nicht die Worte „die im Betrieb des Auftragnehmers üblichen Preise“, sondern „die im Verkehr üblichen Preise“ gewählt. Dieses weite Verständnis kehrt folgerichtig in Nr. 18b) der Richtlinien von 1955 wieder. Der seinerzeit bekannte Kommentator des Preisrechts, Pribilla, hat in seinem Werk „Kostenrechnung und Preisbildung“⁸ die Thematik wie folgt umschrieben:

„Unter „Verkehr“ im Sinne des § 4 (1) VPÖA ist der allgemeine Marktverkehr, d. h. eine Mehrzahl verschiedener am Markt gezahlter Preise zu verstehen. Nicht immer ist der Markt ausgeglichen, und es besteht häufig das Problem, dass für die gleiche Leistung verschiedene Preise am Markte wiederholt gezahlt werden. Der Ausdruck „verkehrsübliche Preise“ kann sich sowohl auf die üblichen Preise eines Unternehmens als auch auf die Preise mehrerer Unternehmen beziehen. Die Formulierung lässt die Anpassung an die tatsächlichen Verhältnisse des Marktes ohne weiteres zu; denn „im Verkehr üblich“ können sowohl Preise eines einzelnen Lieferanten als auch die Preise vieler Lieferanten sein. Der Markt würde sich lediglich durch die Zahl der Marktteilnehmer graduell unterscheiden.“

Diese Ausführungen sind in keiner Weise veraltet, sondern gelten, da die Marktpreisvorschriften sich nicht geändert haben, auch noch heute. Es muss also zwischen dem Preis i.S. eines übergeordneten Rechtsbegriffs und dem Preis i.S. eines Betrages unterschieden werden. Das Werk von Pribilla wurde wegen seiner Bedeutung des öfteren auch von Gerichten zitiert. Weitere Aussagen finden sich in der damaligen Literatur nicht. Offenbar wurde die Thematik als so selbstverständlich angesehen, dass davon Abstand genommen wurde, näher auf sie einzugehen.

Eine Verengung des verkehrsüblichen Preises auf den betriebssubjektiven Marktpreis erfolgte dann in der 1. Auflage des Kommentars von Ebisch/Gottschalk über „Preise und Preisprüfungen“⁹. Danach können als Marktpreise nur diejenigen Preise anerkannt werden, die der jeweilige Auftragnehmer auf dem Markt erzielt. Preise anderer Auftragnehmer werden also nicht mehr in die Betrachtung einbezogen. Mit keinem Wort wird auf Nr. 18b) der Richtlinien von 1955 eingegangen. Mögen die Autoren auch dem Bundesministerium für Wirtschaft als höhere Beamte angehört haben, so ist es ungewöhnlich, dass sie sich über den in einer Verwaltungsvorschrift zweier Bundesminister erklärten Willen ohne Begründung hinwegsetzen konnten. Die Ansicht der Autoren wird in späteren Auflagen des Werkes aufrechterhalten. Sie hat weitgehende Verbreitung gefunden, ohne dass eine Auseinandersetzung mit der Thematik

⁸ Pribilla, Kostenrechnung und Preisbildung, Loseblatt 1954 ff., § 4 VPÖA, S.7 f.

⁹ Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, 1. Aufl., 1962, S.107 f.

stattgefunden hätte¹⁰. Allerdings hat in jüngerer Zeit Berstermann in seiner Kommentierung bei Pünder/Schellenberg „Vergaberecht“¹¹ der von Ebisch/Gottschalk geäußerten Ansicht widersprochen, dass es für eine marktgängige Leistung nur einen verkehrsüblichen Preis als preisrechtlich höchstzulässigen Preis geben könne; vielmehr seien als verkehrsüblich alle Preise anzusehen, zu denen die am Markt beteiligten Unternehmen ihre Leistungen anbieten würden.

Eine Gegenüberstellung des in Nr. 18b) der Richtlinien von 1955 zum Ausdruck kommenden weiten Verständnisses vom verkehrsüblichen Preis mit der seit der von Ebisch/Gottschalk verbreiteten verengenden Ansicht vom betriebssubjektiven Marktpreis ergibt, dass die in Nr. 18b) gebrauchte Wortwahl von der „Mehrzahl verschiedener ... Preise“ in der verengenden Ansicht nicht erwähnt und dass das auf am Markt gezahlte Preise ausgerichtete Wort „wiederholt“ in einem anderen Bezug verwendet wird. Diese Unterschiedlichkeiten haben Auswirkungen auf den Vorrang der Marktpreisbildung; ihnen muss nachgegangen werden.

- Eine Mehrzahl verschiedener Preise kann nicht nur von einem einzigen Auftragnehmer, sondern kann vielmehr von mehreren Auftragnehmern herbeigeführt werden. Ein Markt setzt begriffsnotwendig das Tätigwerden mehrerer Teilnehmer voraus. Wenn mehrere Teilnehmer dieselbe marktgängige Leistung umsetzen, bilden sich in praxi mehrere Preise heraus. Dann muss der verkehrsübliche Preis auch die durch diese Umsätze gebildeten Preise in ihrer Gesamtheit umfassen; dann kann nicht jeweils der Preis eines einzelnen Auftragnehmers als Bezugspunkt herausgegriffen werden. Der verkehrsübliche Preis ist daher ein Preisband, das aus verschiedenen Preisen gebildet wird. Dieses Preisband ist, dem Höchstpreischarakter der Verordnung entsprechend, nach oben begrenzt. Wie folgerichtig diese Überlegung ist, zeigt der „Umkehrschluss“: Wenn der verkehrsübliche Preis sich im betriebssubjektiven Marktpreis erschöpfen soll, dann müsste die allgemeine Marktgängigkeit auch auf eine „betriebssubjektive Marktgängigkeit“ zurückgeführt werden. Diese Folgerung ist bisher wohl kaum erhoben worden. Die Begriffe Marktgängigkeit und verkehrsüblicher Preis müssen in eine gleichwertige Relation zueinander gesetzt werden.

- Eine Wiederholung knüpft sprachlich an ein Tätigwerden an. Sie kann sich daher nur auf Umsatzakte, nicht aber auf Personen beziehen. Sie fragt nicht danach, wer die Umsatzakte herbeigeführt hat, sondern danach, bei wievielen Akten sie stattfindet.

Diese Unterschiedlichkeiten sprechen für das weite Verständnis und entwerfen das einengende Verständnis vom verkehrsüblichen Preis zum betriebssubjektiven Marktpreis.

¹⁰ Siehe dazu in der Literatur Möllhoff, Das öffentliche Auftragswesen des Verteidigungsresorts ... , 1986, S.167 ff. (der den betriebsüblichen Marktpreis im Zusammenhang mit dem Sonderfall der Listenpreise erörtert); Rainer Müller, a. a. O., S.32 f.; Rogmans, Öffentliches Auftragswesen, 3. Aufl., 2002, S.140; Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 1. Aufl., 2009, S.208; in der Rechtsprechung Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz vom 7.1.1988 - 5 U 1990/87 und Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes vom 29.8.2000 - 11 UE 537/98 (ebenfalls zum Sonderfall des Listenpreises), beide abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 4, Entscheidungen II, 1986-1990/02 und 1996-2000/14.

¹¹ Berstermann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl., 2011, S.2118.

Angesichts der vom Ordnungsgeber in § 4 Abs.1 der VO und in Nr. 18b) der Richtlinien von 1955 getroffenen Regelungen ist es nur schwer verständlich, dass das Gericht nicht den vom Oberverwaltungsgericht Niedersachsen¹² aufgezeigten Weg seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat. Offenbar hat es sich - wie auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof¹³ in der Vorinstanz - von der Wortwahl der „nicht näher bezeichneten betriebswirtschaftlichen Methoden“ irritieren lassen. Diese „Methoden“ sind nicht irgendwelche unbestimmten Berechnungsgrundsätze, sondern sind in § 4 Abs.4 der VO angesprochen. Danach sind verkehrsübliche Preise zu unterschreiten oder können überschritten werden, wenn besondere Verhältnisse dies kostenmässig rechtfertigen. Die kostenmässige Berechnung erfolgt dann nach den Leitsätzen für die Preisermittlung (LSP)¹⁴, die einen Bestandteil der Preisverordnung bilden (§ 8 der VO). Damit ist, wie es auch in Nr. 21d) der Richtlinien von 1955 verlangt wird, die Anwendung preisrechtlicher Vorschriften sichergestellt. Bedauerlicherweise hat das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen es unterlassen, auf diese Regelung durch ein Zitat aufmerksam zu machen, und so ist dieser Hinweis von den bereits genannten Gerichten nicht erkannt worden. Man mag spekulieren, ob die Entscheidung des erkennenden Gerichts sonst anders gelautet hätte. Jedenfalls hat das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen wohlthuend „frischen Wind“ in ein lange geschütztes Tabu gebracht; sie war seit langen Jahren überfällig, um den weiten Umfang des verkehrsüblichen Preises allen am Marktgeschehen Beteiligten wieder ins Gedächtnis zu rufen. Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Niedersachsen, wäre ihr gefolgt worden, hätte bedeutet, dass der betriebssubjektive Marktpreis als Teil des verkehrsüblichen Preises auf den Fall des monopolistischen Auftragnehmers zurückgeführt worden wäre, der Umsätze mit mehreren Auftraggebern tätigt. Anders ausgedrückt: Das Vorhandensein eines Marktes mit mehreren Anbietern hätte die Bildung eines verkehrsüblichen Preises (Rechtsbegriff) zur Folge gehabt, auch wenn dieser anhand verschiedener gezahlter Preise (Beträge) hätte ermittelt werden müssen. Somit wäre der Marktpreis als eine Bandbreite auf dem Markt gezahlter Preise anzusehen gewesen, bei der allerdings „Ausreisserpreise“ zu vernachlässigen gewesen wären.

Ergänzend sei angeführt, dass die Erwägungen des Oberverwaltungsgerichts Niedersachsen bereits kurz zuvor in einer Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes¹⁵ zu finden sind. Dieses Gericht war auch davon ausgegangen, dass Preise anderer Auftragnehmer in die Beurteilung des Vorliegens eines verkehrsüblichen Preises einzubeziehen sind. Im dort behandelten Fall war dies allerdings nicht möglich, weil sich eine vertretbare Bandbreite von Preisen nicht bilden liess.

¹² Oberverwaltungsgericht Niedersachsen, Urteil vom 20.12.2000 - 7 L 1276/00, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 4, Entscheidungen II, 1996-2000/15.

¹³ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 6.11.2014 - 22 B 14.175.

¹⁴ Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 1, Leitsätze, Nr. 1, Ziff. 2.1.

¹⁵ Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27.4.1999 - 5 N 3909/98, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 4, Entscheidungen II, 1996-2000/09.

Das Gericht lehnt die Anerkennung einer Bandbreite für den verkehrsüblichen Preis auch deswegen ab, weil sonst die Möglichkeit bestünde, dass verschiedene Preise für eine bestimmte Leistung austauschbar sein könnten; in den verschiedenen Preisen drücke sich jedoch die Wertschätzung aus, die der Markt einer bestimmten Leistung entgegenbrächte. Diese Ablehnung kommt einer Art „Bevormundung“ des Auftragnehmers gleich, die nicht geteilt werden kann. Der betriebsübliche Marktpreis darf die Handlungsfähigkeit des Auftragnehmers nicht einschränken. Wie ein Blick in die Vorschrift der Nr. 18b) der Richtlinien von 1955 zeigt, ist sich der Verordnungsgeber dieser Situation durchaus bewusst gewesen. Dem dort bereits zitierten Satz folgt ein weiterer Satz, wonach es zu den wichtigsten Aufgaben der Beschaffungsstellen gehört, unter Abwägung aller Umstände zu dem für sie günstigsten Preis abzuschliessen. Dieser Hinweis enthält eine Bezugnahme auf die einschlägigen Vorschriften der VOL/A. Sollte also ein Auftragnehmer versuchen, den günstigeren Preis eines anderen Auftragnehmers, bei dem die Wiederholung bereits dargetan ist, für seine eigene Leistung zu verlangen, so ist es Sache des Auftraggebers, diese ihm überhöht erscheinende Forderung zurückzuweisen. Gerade beim Aushandeln eines Preises zeigt sich der Charakter des Marktes! Das Preisband gibt doch keinen „Rechtsanspruch“, wohl aber eine Chance auf Vereinbarung eines günstigeren Preises. Hier greift der vom Gericht herausgestellte Gesichtspunkt der Wertschätzung, der allerdings nicht so sehr der preisrechtlichen, sondern eher der vergaberechtlichen Sphäre zuzuordnen ist. Der verkehrsübliche Preis ist - wie bereits betont - auf die Leistung und nicht auf die Person bezogen.

Mit dieser Darlegung kann auch dem vom Gericht weiterhin geäusserten Bedenken, eine Bandbreite des verkehrsüblichen Preises könne die Preisstabilität gefährden, entgegengetreten werden. Preise, die sich innerhalb eines Preisbandes bewegen, nachdem sie zuvor nach den Grundsätzen der VOL/A gebildet worden sind, können nicht als gegen die Preisstabilität gerichtet angesehen werden.

(Im Zusammenhang mit der Erweiterung des betriebssubjektiven Marktpreises sei auf Reformbestrebungen des Bundesministeriums für Wirtschaft betreffend die VO PR Nr. 30/53 aus dem Jahre 1974 aufmerksam gemacht. In einem neuen Absatz 5 zum Marktpreisparagrafen war vorgesehen worden, dass - wenn bei marktgängigen Leistungen die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 beim Auftragnehmer nicht vorliegen - diejenigen Preise zulässig sind, die auf Grund der Marktverhältnisse angemessen sind; Absatz 1 Satz 1 besagte, dass Preise für marktgängige Leistungen, die der Auftragnehmer bei anderen Auftraggebern regelmässig erzielt, nicht überschritten werden dürfen¹⁶. Es sollten also die allgemeinen Marktverhältnisse bei der Marktpreisgestaltung mit berücksichtigt werden. Dazu zählen auch die Preise anderer Auftragnehmer. Offenbar wollte auch das Bundesministerium für Wirtschaft von dem engen Verständnis des verkehrsüblichen Preises abrücken. Die Reformbestrebungen sind seinerzeit nicht weiter verfolgt worden).

Randziffer 25 f.: Vorweg muss dem Gericht mit seiner allgemeinen Feststellung widersprochen werden, dass eine Preisprüfung stets nachträglich durchzuführen ist. Dies

¹⁶ Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 10.7.1974.

ist beim - hier nicht weiter interessierenden - Selbstkostenerstattungspreis, nicht aber beim Marktpreis der Fall. Beim Marktpreis kann die Preisprüfung bereits mit der Vorlage des Angebotes beim Auftraggeber stattfinden, da die Preisverordnung bereits - wie das Wort „fordert“ in § 1 Abs.3 zeigt - zu diesem Zeitpunkt Anwendung findet¹⁷.

Das Gericht führt weiter aus, dass der Preis eines neuen Anbieters (Newcomer) für eine marktgängige Leistung dann als Marktpreis beurteilt werden kann, wenn der beim ersten Vertragsschluss vereinbarte Marktpreis sich bei den darauf folgenden Abschlüssen durchsetzen konnte. Es bezieht sich dabei auch auf den ähnlichen Fall des geänderten Listenpreises.

Dazu ist folgendes anzumerken:

Das Beispiel des Listenpreises will hier nur bedingt greifen. Dieser Sonderfall geht davon aus, dass bereits ein Listenpreis des Auftragnehmers vorlag, als die Anhebung des Preises erfolgte. Um den Zeitraum zwischen dem Auslaufen der früher praktizierten Preisliste und der praktischen Anwendung der neuen Liste durch mehrere Umsatzakte zu überbrücken, wird der so praktizierte neue Listenpreis auf die Zwischenzeit rückwirkend erstreckt. Wenn das Gericht diesen Gedanken auf den Ausgangsfall überträgt, so bedeutet dieses allerdings einen gewagten Schritt nach vorn zum Marktpreis hin, weil hier noch kein vorhergehender Marktpreis beim Auftragnehmer vorhanden ist (es bieten sich die Redewendungen vom „vorausseilenden Gehorsam“ oder vom „Wechsel auf die Zukunft“ an). Dieser Gedanke der Rückwirkung ist in der frühen Literatur schon einmal geäußert worden¹⁸, aber später nur noch vereinzelt aufgegriffen worden¹⁹. Ihm liegt die Überlegung zu Grunde, dass die in der Präambel zur Preisverordnung aufgestellte Forderung, marktwirtschaftliche Grundsätze durchzusetzen, stärker ist als die nachgiebige Vorschrift des § 1 Abs. 2 S. 2 der VO, wonach die Preise bei Abschluss des Vertrages festgelegt werden sollen. Diese Vorschrift ist in erster Linie für Selbstkostenricht- und -erstattungspreise gedacht. Ausgangspunkt muss jedoch sein, dass jeder öffentliche Auftrag gesondert zu betrachten ist. Veränderungen, die sich nach Vertragsschluss ereignen, lassen den ursprünglich einschlägigen Preistyp unberührt²⁰. Dieses gilt unabhängig von Vereinbarungen der Parteien. Selbst wenn diese es unterlassen würden, beim ersten Vertragsschluss einen Preistyp zu vereinbaren, findet der sich aus der Preisverordnung ex lege ergebende Preistyp Anwendung, dessen Zulässigkeit vom Preisprüfer bestimmt wird. Wenn das Gericht das rückwirkende Entstehen eines Marktpreises bei einem erstmaligen Umsatz nach mehreren folgenden Umsätzen zulässt, so müsste aber zumindest gefordert werden, dass der dem ersten Auftrag folgende nächste Auftrag noch während der Laufzeit des ersten Vertrages vereinbart wird; es würde

¹⁷ Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 1, Verordnung, § 1 (D) III; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl., 2010, § 1 RdNr. 64.

¹⁸ Pöckel, Die Neuregelung der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, in: Neue Betriebswirtschaft, 1954, S.128 (129), unter Bezugnahme auf Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 1, Verordnung, § 4, S.4.

¹⁹ Bejahend Hertel, a. a. O., S.34; ablehnend Dierkes/Hamann, a. a. O., S.197.

²⁰ Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 1, Verordnung, § 1 (B) II mit weiteren Nachweisen und (D) III; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl., 2010, § 1 RdNr. 64.

schwerlich angehen, wollte man den Marktpreis eines späteren Auftrags auf einen bereits beendeten früheren Auftrag zurück erstrecken. In jedem Fall ist aber während der „Schwebezeit“ bis zur nachträglichen Festlegung des möglichen Marktpreises mit einer erheblichen Unsicherheit für alle Beteiligten zu rechnen²¹. Die vorbeschriebene, ein wenig aus dem herkömmlichen Rahmen fallende Problematik könnte jedoch einfacher gelöst werden, wenn der Auffassung von der Anerkennung eines Preisbandes gefolgt würde. Dann könnte dieser Preis beim Vorliegen anderer Preise im Rahmen des Preisbandes bereits bei der erstmaligen Vereinbarung als Marktpreis bezeichnet werden. Um dem Erfordernis der „wiederholten“ Zahlung zu genügen, müsste der Preis dieses erstmaligen Umsatzes sich in andere im Preisband befindliche Preise, bei denen die Wiederholung bereits dargetan ist, einfügen, ohne dieses zu überschreiten. Auf diesen Gesichtspunkt der Bezugnahme auf den Preis eines anderen Auftragnehmers wird auch in derjenigen Literatur, die sonst vom betriebsüblichen Marktpreis ausgeht, verschiedentlich aufmerksam gemacht²².

Wie richtig diese Überlegung ist, möge das folgende anschauliche Beispiel zeigen: Wenn auf einem Wochenmarkt vier Obsthändler ihre Äpfel der gleichen Sorte zu Preisen von 98, 101, 99, 100 (Preisband) verkaufen, und wenn erstmals ein fünfter Obsthändler seine Äpfel zu 100 verkauft, sich also in ein Preisband einreicht, dann ist dieser Händler doch mit dem ersten Verkauf „am Markt“. Niemand würde verlangen, dass dieser Händler mehrere folgende Verkäufe zum gleichen Preis tätigen muss, um als Marktteilnehmer gelten zu können. So etwas käme doch einer Art „Marktzutrittszulässigkeitsverfahren“ gleich.

In Wirklichkeit dürfte das Problem tiefer liegen und praktische Gründe haben. Das fiskalisch geprägte Haushaltsrecht (Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit) anerkennt das Preisrecht (Nr. 1 der Anlage zur VV Nr. 1.2.4 zu § 23 BHO). Auch der Bundesminister der Finanzen hat bei den Richtlinien von 1955 mitgewirkt. Beim Selbstkostenpreis ergeben sich normalerweise keine Reibungspunkte (Angemessenheit, wirtschaftliche Betriebsführung); beim Marktpreis dagegen wird, bildlich gesprochen, die Tür aufgestossen zu der Weite des Marktes, wo die haushaltsrechtlichen Kriterien nicht mehr greifen wollen. Um aber dieser Weite nicht schutzlos „ausgeliefert“ zu sein, macht sich das fiskalische Denken sozusagen „durch die Hintertür“ in Gestalt des betriebssubjektiven Marktpreises wieder bemerkbar. Man engt den verkehrsüblichen Preis inhaltlich ein. Er ist dann besser fassbar. Man ist schneller am Selbstkostenpreis. Auch kann der Preisprüfer bei einer Kürzung eines Selbstkostenerstattungspreises für statistische Zwecke einen zahlenmässigen „Erfolg“ vorweisen, was ihm beim „Preisband-Marktpreis“ versagt ist, es sei denn, die Statistik würde auf die Fälle erweitert, in denen die Prüfung zum Vorliegen

²¹ Berstermann, Wie erfolgt die Preisprüfung bei einem Nachfragemonopol der öffentlichen Hand?, in: Vergabep Praxis & -recht, 2016, S.197.

²² Gottschalk, Die preisrechtliche Beurteilung neu eingeführter Listenpreise, in: Der Kartell- und Preisdienst, 1965, Nr. 23 und 24, P IV - 00/ S.219 (221);
 Heinz Müller, Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, 1970, S.48;
 Hertel, a. a. O., S.35 f.;
 Fischer, Marktwirtschaftliche Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2005, S.106 (108);
 Berstermann, a. a. O., S.2118 mit Einschränkungen.

eines Marktpreises beigetragen hätte. Das ist menschlich verständlich. Dabei ist dieser „Preistyp“ durch Erkundigungen beim Auftraggeber relativ leicht zu ermitteln. Vielleicht würde es sich hier sogar empfehlen, vom Fachverband der Preisprüfer und Wirtschaftssachverständigen ein Formblatt mit einem Fragenkatalog zu entwickeln, das von den Preisprüfstellen gegenüber in Betracht kommenden Auftraggebern einheitlich angewendet wird. Es ist doch verwaltungsökonomischer und für einen Preisprüfer einfacher, beim Auftraggeber durch Schriftverkehr Erkundigungen einzuziehen als durch Anwesenheit beim Auftragnehmer im Rahmen einer Selbstkostenpreisprüfung zeitlich aufwändige Berechnungen zu bestimmten Kostenarten wie z.B. der Gewerbeertragsteuer vorzunehmen, deren Ergebnis geringfügige Beträge sind. Die Beurteilung erfordert allerdings vom Preisprüfer ein hohes Mass an Können. Hier werden von ihm fachliche Kenntnisse, praktische Erfahrungen, Wertungsvermögen, Verantwortungsbewusstsein usw. verlangt. Er ist der „Herr des Verfahrens“ und damit „Hüter des Wettbewerbs“ bei öffentlichen Aufträgen! Kraft seiner gutachterlichen Unabhängigkeit bestimmt er - und nur er allein - die Zulässigkeit des Preistyps. So kann auch dem zuweilen geäußerten Unbehagen, dass Gründe eher gegen als für das Vorliegen eines Marktpreises gesucht werden, begegnet werden. Das hohe Ziel der Preisverordnung wird bis in die Gegenwart durch die Hürde des betriebssubjektiven Marktpreises erschwert.

Das Gericht wendet sich sodann mit gebotener Deutlichkeit gegen die Annahme eines fiktiven Wettbewerbs. Seine Aussagen sind zu begrüßen. Seit der immer wieder zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm aus dem Jahre 1961²³, wonach potentieller Wettbewerb zu einem Marktpreis führen kann, ist der Streit um diese Frage nicht zur Ruhe gekommen²⁴. Auch hier kann auf die nicht weiter beachteten Richtlinien von 1955 zurückgegriffen werden. Nach Nr. 18b) müssen die Leistungen von mehreren unabhängig im Wettbewerb stehenden Unternehmen angeboten werden. Der Begriff „angeboten“ setzt die Abgabe eines Angebotes voraus, was beim fiktiven Wettbewerb nicht der Fall ist. Der Auftraggeber kann nur werten, was ihm tatsächlich vorliegt; er kann seine Beurteilung nicht auf gedankliche Vorstellungen von Bietern stützen. Es ist zu hoffen, dass durch diese höchstrichterliche Entscheidung der langjährige Streit zu einem Abschluss gekommen sein möge!

Randziffer 27 f.: Das Gericht stellt klar, dass ein Marktpreis bereits vorliegen kann, wenn dieser vom Anbieter für gleiche marktgängige Leistungen gegenüber nur einem einzigen öffentlichen Auftraggeber im Wettbewerb durchgesetzt werden konnte. Damit bestätigt das Gericht die in Nr. 5a) des Ersten Runderlasses betreffend die Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53²⁵ getroffene Regelung, dass eine Leistung, die sogar nur der

²³ Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 10.7.1961 - 2 U 4/61, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 4, Entscheidungen II, 1961-1965/02.

²⁴ Aus der jüngeren Zeit: ablehnend Urteile des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 12.12.2007 - 5 K 1099/06, 1151/06, 1171/06 und 2939/06, befürwortend Urteil des Landgerichts Bonn vom 18.12.2013 - 1 O 465/12, sämtlich abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 4, Entscheidungen II, 2006-2010/08 und 2011-2015/04, mit ablehnender Anmerkung von Greiffenhagen, Potenzieller Wettbewerb und Marktpreisbildung, www.bvdpw.de vom September 2015 (gibt den gesamten Stand der Diskussion wieder).

²⁵ Erster Runderlass betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953 vom 22.12.1953 (MinBIBMWI 1953 S.515), abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 2, Text-Teil II 1 c.

Deckung eines öffentlichen Auftraggebers dient, eine marktgängige Leistung sein kann. Und jede marktgängige Leistung hat - wie eingangs dargelegt wurde - einen Preis am Markt. Somit wird die weitergehende Ansicht, dass für das Vorliegen eines Marktpreises Umsätze auch mit anderen Abnehmern getätigt sein müssen, abgeschwächt²⁶.

Randziffer 31 f.: Das Gericht verlangt für das Vorliegen eines Marktpreises, dass bei aufeinander folgenden Beauftragungen diese jeweils im Wettbewerb mit anderen Anbietern erfolgen. Zu diesem Zweck wird bestimmt, weil eine Ausschreibung nicht stattgefunden hat, dass Prüfungsmassnahmen i.S. des § 9 der VO sich auch auf den Bereich des Auftraggebers erstrecken müssen. Diese bedeutsame Aussage ist sehr zu begrüßen. In der Kommentarliteratur ist dieser Gesichtspunkt erst in jüngerer Zeit wieder hervorgehoben worden²⁷. In der Tat wird der Auftragnehmer zum wettbewerblichen Verhalten vom Mitbewerbern nur beschränkte Angaben machen können. Hier ist es Sache der Preisprüfstelle, auch auf Grund sachdienlicher Hinweise des Auftragnehmers beim Auftraggeber Erkundigungen dahingehend einzuholen, ob ihm Konkurrenzangebote im jeweiligen Einzelfall vorgelegen haben. Auf diese Weise kann festgestellt werden, ob der Auftraggeber aus dem Vorliegen mehrerer Angebote den richtigen Schluss auf das Bestehen eines im Wettbewerb zustande gekommenen Preises gezogen hat. Eine solche Handlungsweise ist Ausfluss der Neutralität der Preisprüfung. Auftragnehmer und Auftraggeber nehmen am Marktgeschehen gleichermassen teil. Und bekanntlich soll der Auftraggeber keine Sonderstellung oder Sonderbehandlung innehaben oder geniessen. Die Erkundigungen beim Auftraggeber sind mit gleicher Gründlichkeit wie Prüfungen beim Auftragnehmer durchzuführen. Auch hier kann die Preisprüfstelle ihrem Verlangen äusserstenfalls durch Erlass eines Verwaltungsaktes Nachdruck verleihen. Eine solche Massnahme ist auch zwischen Behörden verschiedener Hoheitsträger möglich²⁸. Erst nach Abschluss einer solchen Prüfung kann die vom Gericht geforderte wettbewerbliche Preisprüfung als erfolgt angesehen werden. Dieses Ergebnis deckt sich mit den Feststellungen der Nr. 5b) des Ersten Runderlasses des Bundesministers für Wirtschaft von 1953 betreffend Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53, wonach Preise, die im Wettbewerb ermittelt worden sind, grundsätzlich Marktpreise sind. Sollte diese Vorgehensweise ergebnislos verlaufen, hätten sich bei Anerkennung einer Bandbreite die Erkundigungen auch auf Umsatzakte des Auftraggebers - oder weiterer Auftraggeber - mit anderen Auftragnehmern zu beziehen, denn auch hier wird der Auftragnehmer eine wettbewerbliche Preisgestaltung unter Bezugnahme auf andere im Wettbewerb gestaltete Preise vorgenommen haben. Würde der zu prüfende Preis sich in andere im Preisband befindliche Preise einordnen lassen, ohne dieses zu überschreiten, so wäre der Marktpreis für den zu prüfenden Auftrag dargetan.

²⁶ So aber Rainer Müller, a. a. O., S.29 und 32; Dierkes/Hamann, a. a. O., S.206.

²⁷ Für die ältere Literatur: befürwortend Pribilla, a. a. O., § 9 Anm. II 2 b; ablehnend Daub, Handkommentar der VPÖA und LSP, 1954, S.73; für die jüngere Literatur: befürwortend Berstermann, a. a. O., S.2155; auch F. Roth, Das öffentliche Preisrecht im Spannungsfeld zwischen Zivilrecht und Vergaberecht, in: Neue Zeitschrift für Baurecht, 2015, S.209 (211); Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 1, Verordnung, § 9 (B) II; ablehnend Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a. a. O., § 9 RdNr. 50.

²⁸ Siehe Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 25.9.2008 - 7 A 4.07.

Hat der Preisprüfer durch seine Erkundigungen den Bereich des Marktpreises auf der Auftraggeberseite ausgeschöpft, so kann er sich jetzt dem Bereich des Auftragnehmers, der keine Wettbewerber hat, zuwenden, um dort den betriebssubjektiven Marktpreis zu ermitteln. Hier ist der Begriff angebracht. Dessen Kriterien sind üblicherweise eine Mehrzahl von Umsatzakten, gleichmässige Preisgestaltung, zeitnahe Preisgestaltung, eindeutiges Ausweisen von Preisen in der Rechnung²⁹. Erst wenn auch dieses auf den Marktpreis ausgerichtete Vorgehen ergebnislos verlaufen ist, ist der Weg zu einer Selbstkostenpreisprüfung eröffnet³⁰.

Schlussbemerkung: Dem Gericht gebührt Dank, dass es in dem schwer fassbaren Bereich des verkehrsüblichen Preises Leitlinien gezogen hat. Diese betreffen das Herausstellen des Wettbewerbsgedankens bei der Preisgestaltung auch gegenüber demselben Auftraggeber und das Tätigwerden der Preisprüfung auch im Bereich des Auftraggebers. Leider hat das Gericht nicht die Gelegenheit wahrgenommen, beim verkehrsüblichen Preis den diesem vom Ordnungsgeber zugedachten Freiraum voll auszuschöpfen und den Anwendungsbereich des betriebssubjektiven Marktpreises zurückzudrängen. Er steht lediglich einen Teil des verkehrsüblichen Preises dar. Ein Preisband gibt die von der Verordnung für den Wettbewerb vorgesehenen Entfaltungsmöglichkeiten, der betriebssubjektive Marktpreis dagegen engt den Anwendungsbereich ein. Dies zeigt sich insbesondere bei der Figur des „Newcomer“: hier versagt der betriebssubjektive Marktpreis dogmatisch und kann nur durch Rückgriff auf das nicht gewünschte Preisband aufrechterhalten werden. Zu Recht wird in der vom Gericht abgelehnten Entscheidung des Obergerichtes Niedersachsen darauf hingewiesen, dass in der marktwirtschaftlichen Wirklichkeit der Marktpreis stets als eine Bandbreite gezahlter Preise wahrgenommen wird. Der Verkehr fragt bei einer Leistung in erster Linie nach dem Preis und erst in zweiter Linie nach der Person des Leistenden. Dieses weite Verständnis entspricht dem Willen des Ordnungsgebers vom verkehrsüblichen Preis als eines durch Wettbewerb geschaffenen, nach oben begrenzten Preisbandes bei öffentlichen Aufträgen.

²⁹ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a. a. O., § 4 RdNr. 49 ff.

³⁰ Oberlandesgericht Koblenz, Urteil vom 7.1.1988 - 5 U 1090/87, abgedruckt bei Michaelis/Rhösa, a. a. O., Ordner 4, Entscheidungen II, 1986-1990/02.