

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.*

**Anlage:**



**BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

BVerwG 8 C 2.15  
VGH 22 B 14.175

Verkündet  
am 13. April 2016

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 2016  
durch den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Dr. Christ,  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Held-Daab, Hooock,  
Dr. Rublack und den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Seegmüller

für Recht erkannt:

Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom  
6. November 2014 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Ent-  
scheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwie-  
sen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung  
vorbehalten.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die Anordnung einer Preisprüfung auf Selbstkostenbasis von insgesamt elf Aufträgen zur IT-Betreuung von Bundeswehrprojekten in den Jahren 2005 bis 2008.
- 2 Am 1. Oktober 2003 wurde die Klägerin durch Ausgliederung der "Gr. Q." aus der G. AG gegründet. Die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das damalige Bundesamt für Informationsmanagement und Informationstechnik der Bundeswehr (IT-AmtBw), beauftragte die G. AG im November 2003 mit der systemtechnischen Begleitung der Entwicklungs- und Fertigungsmaßnahmen Führungsinformationssystem (FülInfoSys) Heer, 1. Los, sowie im Mai/Juni 2004 mit

Unterstützungsleistungen zur externen Validierung und Verifikation (IV&V-Leistungen) für Beschaffungen und die Integration der Führungskomponente FENNEK. In beide Verträge trat die Klägerin zum 1. Oktober 2004 anstelle der G. AG als Auftragnehmerin ein. Nachfolgend erteilte ihr das IT-AmtBw drei weitere Aufträge, die Unterstützungsleistungen zur systemtechnischen Begleitung der Entwicklungsmaßnahmen Führungs- und Waffeneinsatzsystem der Heeresfliegertruppe (FüWES) HERGIS, die systemtechnische Begleitung der Fertigungs- und Beschaffungsmaßnahmen Integriertes Führungs- und Informationssystem (IFIS) und die systemtechnische Begleitung für die Weiterentwicklungs- und Beschaffungsmaßnahmen FüInfoSys Heer, 1. Los, und Führungsausstattung Taktisch (FAUST E 1) zum Gegenstand hatten. Zusätzlich erhielt die Klägerin im Jahr 2008 zwei Einzelaufträge zu Rahmenverträgen betreffend technisch-logistische Betreuungsleistungen für die Vorhaben FENNEK 2008/2009 und FüWES HERGIS. Als Vergütung wurde in sämtlichen Verträgen ein Selbstkostenerstattungspreis im Sinne des § 7 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BAnz 1953 Nr. 244, zuletzt geändert durch Art. 70 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 <BGBl. I S. 1864> im Folgenden: VO PR Nr. 30/53) vereinbart.

- 3 Darüber hinaus erbrachte die Klägerin als Unterauftragnehmerin der E. GmbH in den Jahren 2006 bis 2008 Zuarbeiten zu technisch-logistischen Betreuungsleistungen für das FüInfoSys Heer 2007 und 2008, das Vorhaben FüInfoSys Heer/Faust 2006 sowie für Leistungen zur Softwarepflege und -änderung des IT-AmtBw. Die vier dazu mit der Klägerin geschlossenen Verträge weisen jeweils auf die Vereinbarung eines Selbstkostenerstattungspreises mit dem öffentlichen Auftraggeber und auf eine mögliche Preisprüfung hin. Für den Fall einer Abrechnung zu Selbstkostenpreisen verpflichten sie die Klägerin, sich hinsichtlich der Gewinnspanne und der kalkulatorischen Zinsen wie ein unmittelbarer Auftragnehmer behandeln zu lassen und die preisbehördliche Entscheidung über die Höhe dieser Elemente der Preisbildung anzuerkennen.

- 4 Bei allen Aufträgen und Unteraufträgen wurden für auftragsbezogene Personalleistungen die in den damaligen Preislisten der Klägerin vorgesehenen, bis zum 30. September 2005 mit den Listenpreisen der G. AG übereinstimmenden Stundensätze für militärfachliche IT-Dienstleistungen als Verrechnungspreise angesetzt. Die Stundensätze waren entsprechend dem Schwierigkeitsgrad der zu erledigenden Aufgaben nach Kategorien gestaffelt. Sie reichten von 90 € in Kategorie III (für technisch-wissenschaftliche Anwendungsprogrammierung, Projektassistenz) über 102 € in Kategorie II (für Teamleitung, Systemprogrammierung, Toolentwicklung) bis zu 115 € - seit dem 1. Oktober 2005: 125 € - in Kategorie I (für Projektmanagement, Projektleitung, Systemanalyse, betriebswirtschaftliche Beratung).
  
- 5 Sämtliche Aufträge wurden ohne Ausschreibung vergeben, wobei die Klägerin - bzw. ihre Rechtsvorgängerin - jeweils als einziges Unternehmen aufgefordert wurde, ein Angebot abzugeben. Gegenüber dem Beklagten erklärte das IT-AmtBw, die Klägerin verfüge über Alleinstellungsmerkmale. Zur Begründung verwies es überwiegend auf umfassende system- und militärfachliche Kenntnisse der Klägerin aufgrund einschlägiger früherer Aufträge und auf eine besondere Dringlichkeit, die keine Einarbeitungszeit zugelassen habe. Bei anderen Aufträgen wurde angeführt, nur die Klägerin habe sie wirtschaftlich erledigen können. Zu den Aufträgen betreffend IV&V-Leistungen wurde angeführt, die Klägerin verfüge als einzige vorhabenneutrale Firma über das aus technisch-wirtschaftlichen Gründen nötige Know-how.
  
- 6 Mit Bescheid vom 1. August 2011 ordnete die Regierung von Oberbayern für die elf Aufträge eine Preisprüfung auf Selbstkostenbasis an, bestehend aus einer Grundsatzprüfung und Einzelauftragsprüfungen. Unter Zwangsgeldandrohung (Ziff. 4 des Bescheides) gab sie der Klägerin auf, der Preisüberwachungsstelle Einsicht in näher umschriebene Unterlagen betreffend die Gemeinkosten und Stundensätze zu gewähren (Ziff. 1 des Bescheides), das Anfertigen von Abschriften und Auszügen zu erlauben (Ziff. 2 des Bescheides) und dazu den Zutritt zu ihren Geschäftsräumen zu gestatten (Ziff. 3 des Bescheides). Zur Begründung wurde ausgeführt, ein Marktpreis sei mangels wettbewerblicher Preisbildung nicht feststellbar.

- 7 Die dagegen erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht München mit Urteil vom 19. Juni 2012 abgewiesen. Die Klägerin müsse sich wegen des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) an der vertraglichen Vereinbarung von Selbstkostenpreisen festhalten lassen. Außerdem seien ihre Leistungen nicht marktgängig, sondern auf den Bundeswehrbedarf zugeschnitten. Ein besonderer Markt sei mangels Ausschreibung nicht geschaffen worden.
- 8 Die Regierung von Oberbayern führte bei der Klägerin eine Grundsatzprüfung für das Geschäftsjahr 2006 durch und erstellte dazu unter dem 8. April 2014 einen Grundsatzprüfungsbericht.
- 9 Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung der Klägerin mit Urteil vom 6. November 2014 zurückgewiesen. Die Grundsatzprüfung lasse das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin unberührt. Der angegriffene Bescheid sei jedoch rechtmäßig. Das gelte auch für die Einordnung der von der Klägerin angesetzten Stundensätze als Selbstkostenpreise, ohne dass es darauf ankomme, ob insoweit das Verbot widersprüchlichen Verhaltens eingreife. Ebenso wenig müsse geklärt werden, ob eine Preisprüfung auf Selbstkostenbasis nur bei Fehlen eines Marktpreises vorgenommen werden dürfe. Ein Marktpreis sei hier nämlich nicht feststellbar. Dabei könne offenbleiben, wie die geforderten Leistungen zu konkretisieren seien. Auch ihre Marktgängigkeit könne dahinstehen. Jedenfalls sei kein verkehrsüblicher, wettbewerblich gebildeter Preis für diese Leistungen festzustellen. Ein objektiver Marktpreis sei mangels vollkommenen Wettbewerbs nicht entstanden. Bei einer Bandbreite auf dem Markt gezahlter Preise könne weder der höchste oder niedrigste Preis noch der Durchschnittspreis zum Marktpreis erklärt werden. Ein Marktpreis sei in solchen Fällen auch mit betriebswirtschaftlichen Methoden nicht zu ermitteln. Vielmehr sei bei Fehlen eines objektiven Marktpreises der betriebssubjektive Marktpreis maßgeblich, also der Preis, den der Auftragnehmer für diese Leistung üblicherweise auf dem Markt erziele. Hier sei kein solcher Preis festzustellen, weil die Klägerin ihre Stundensätze für die geforderten Leistungen nicht auch gegenüber anderen Auftraggebern durchgesetzt habe. Ihre Leistungen für Dritte hät-

ten entweder keinen militärfachlichen Bezug, oder sie seien auf einem Exportmarkt unter anderen Wettbewerbsbedingungen erbracht worden. Überdies sei ihr Umfang im Vergleich zu den für die Bundeswehr erbrachten Dienstleistungen marginal. Die Aufträge und Preislisten der G. AG dürften bei der Prüfung, ob die Klägerin ihre Stundensätze auf dem Markt habe durchsetzen können, nicht berücksichtigt werden. Ob das schon aus der rechtlichen Verselbständigung der Klägerin folge, könne dahinstehen. Jedenfalls sei nicht nachgewiesen, dass es sich bei den Listenpreisen der G. AG um wettbewerblich gebildete Preise handele. Ein potentieller Wettbewerb reiche zur Marktpreisbildung nicht aus.

- 10 Für die geforderten Leistungen lasse sich auch kein abgeleiteter Marktpreis gemäß § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 bilden, da keine vergleichbaren Leistungen vorlägen. Wegen der für die Auftragsvergabe maßgeblichen subjektiven Merkmale der Klägerin könnten nur von ihr selbst erbrachte Leistungen, nicht jedoch Leistungen der von ihr benannten anderen IT-Dienstleister vergleichbar sein. Bei den Leistungen der Klägerin für andere Auftraggeber fehle die Vergleichbarkeit jedoch aus den bereits dargelegten Gründen.
- 11 Mit ihrer Revision macht die Klägerin geltend, der Verwaltungsgerichtshof habe nach § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 zu Unrecht den Nachweis eines betriebssubjektiven Marktpreises gefordert. Das Konzept des betriebssubjektiven Preises sei ungeeignet, den Marktpreisvorrang zu verwirklichen, weil es bei einem Nachfragemonopol der öffentlichen Hand und bei Unternehmen, die erstmals auf den Markt träten ("Newcomer"), keine Marktpreisfeststellung zulasse. Der verkehrsübliche Preis müsse auch außerhalb vollkommener Märkte anhand der üblicherweise für die marktgängige Leistung verlangten Preise oder Stundensätze festgestellt werden. Marktgängigkeit liege schon vor, wenn die Leistung generell von mehreren im Wettbewerb stehenden Unternehmen angeboten werde, sodass die geforderte Leistung von mehreren Anbietern erbracht werden könne. Subjektive Merkmale einzelner Anbieter oder persönliche Präferenzen des Auftraggebers dürften bei dieser Prüfung nicht berücksichtigt werden. Aus der Marktgängigkeit folge bereits, dass ein verkehrsüblicher Preis festzustellen sei. Ergebe sich eine Bandbreite von Preisen für die betreffende

Leistung, seien sämtliche darin liegenden Preise verkehrsüblich, sodass der höchste anzutreffende Preis gefordert werden dürfe. Die Preisprüfungsbehörde habe das Vorhandensein mehrerer (potentieller) Anbieter und die Bandbreite der am Markt verlangten Preise von Amts wegen zu ermitteln und gegebenenfalls den höchstzulässigen Preis mit betriebswirtschaftlichen Methoden festzustellen. Die Darlegungs- und Beweislastregel des § 9 Abs. 1 Satz 1 und 2 VO PR Nr. 30/53 stehe dem nicht entgegen. Hilfsweise macht die Klägerin geltend, ein betriebssubjektiver Marktpreis setze keine Umsatzakte mit Dritten voraus, sondern sei nach dem Sinn und Zweck der Verordnung auch bei einem Nachfragemonopol der öffentlichen Hand denkbar. Im Übrigen seien als Umsätze mit Dritten auch Verträge mit dem vormaligen Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB), dem Vorgänger des IT- AmtBw, sowie der E. GmbH anzuerkennen. Auch die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die G. AG, sei nach der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise in die Prüfung einzubeziehen.

12 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 6. November 2014 und das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 19. Juni 2012 zu ändern und den Bescheid des Beklagten vom 1. August 2011 aufzuheben.

13 Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

14 Er verteidigt das angegriffene Urteil und trägt ergänzend vor, aus dem Umstand, dass mehrere Anbieter die Leistung erbringen könnten, folge allenfalls deren Marktfähigkeit, nicht jedoch schon deren Marktgängigkeit. Diese setze tatsächliche Umsatzakte auf dem Markt voraus. Ebenso sei der verkehrsübliche Preis nicht der Preis, der potentiell erzielt werden könne, sondern nur derjenige, der sich durch mehrere Umsatzakte am Markt durchgesetzt habe. Die Tatbestandsmerkmale der Marktgängigkeit der Leistung und der Verkehrsüblichkeit des Preises seien getrennt zu prüfen und müssten kumulativ vorliegen. Die Durchsetzung der von der Klägerin verlangten Stundensätze am Markt sei nicht

mit Aufträgen des BWB oder der E. GmbH zu belegen, da es sich jeweils nicht um von der Bundeswehr wirtschaftlich unabhängige Auftraggeber handele.

- 15 Der Vertreter des Bundesinteresses beteiligt sich am Verfahren, ohne einen eigenen Antrag zu stellen.

## II

- 16 Die Revision der Klägerin ist begründet. Das angegriffene Urteil verletzt § 4 Abs. 1 und 2 VO PR Nr. 30/53 und erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 137 Abs. 1, § 144 Abs. 4 VwGO). Da seine tatsächlichen Feststellungen keine abschließende Entscheidung ermöglichen, war es aufzuheben und die Sache an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).
- 17 1. Das Berufungsurteil hält die angeordnete Preisprüfung auf Selbstkostenbasis in Bezug auf die stundenweise abgesehenen IT-Dienstleistungen für rechtmäßig, weil ein vorrangiger Marktpreis für diese Leistungen (§ 1 Abs. 1 und 3, § 5 Abs. 1 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53) weder nach § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 festgestellt noch nach Absatz 2 dieser Vorschrift aus Marktpreisen für vergleichbare Leistungen abgeleitet werden könne. Die Feststellbarkeit eines Marktpreises nach § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 verneint es mit der Erwägung, unabhängig von der Frage zutreffender Konkretisierung der Leistungen und ihrer Marktgängigkeit liege jedenfalls kein verkehrsüblicher Preis vor, da die Klägerin den von ihr geforderten Preis nicht in Geschäften mit anderen Auftraggebern als der Bundeswehr als betriebssubjektiven Marktpreis etabliert habe. Entgegen der Auffassung der Revision ist diese Erwägung nicht zu beanstanden, soweit sie das Vorliegen eines verkehrsüblichen Preises als selbständige, nicht schon aus dem Vorliegen der Marktgängigkeit folgende Tatbestandsvoraussetzung behandelt (a). Die Berufungsentscheidung geht auch zutreffend davon aus, dass als verkehrsüblicher Preis bei unvollkommenen Märkten nur ein betriebssubjektiver Marktpreis in Betracht kommt (b). Sie fasst dessen Voraussetzungen aber

zu eng, soweit sie annimmt, der Auftragnehmer müsse den geforderten Preis stets auch in Geschäften mit Dritten durchgesetzt haben (c).

- 18 a) Für Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge, wie die hier von der Bundeswehr in Auftrag gegebenen IT-Dienstleistungen, dürfen gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 keine Selbstkostenpreise vereinbart werden, wenn ein nach § 1 Abs. 1 und 3 VO PR Nr. 30/53 vorrangiger Marktpreis im Sinne des § 4 VO PR Nr. 30/53 festzustellen ist. § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 betrifft Fälle, in denen ein Marktpreis für die geforderte Leistung besteht. Das setzt nicht nur deren Marktgängigkeit voraus, sondern auch, dass sich auf dem betreffenden Markt ein verkehrsüblicher Preis für die Leistung gebildet hat. Die Erfüllung dieser zweiten Bedingung folgt entgegen dem Revisionsvorbringen nicht schon zwangsläufig aus der Erfüllung der ersten.
- 19 Dass eine Leistung auf einem Markt angeboten und umgesetzt wird, führt nicht zwangsläufig zur Bildung eines verkehrsüblichen Preises im Sinne des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53. Diese Vorschrift setzt nämlich voraus, dass der auf dem Markt üblicherweise für die Leistung gezahlte Preis unter wettbewerblichen Bedingungen zustande gekommen ist. Daran kann es fehlen, wenn Wettbewerbsbeeinträchtigungen wie etwa ein Kartell oder ein Abschotten des Marktes gegenüber einzelnen Anbietern eine wettbewerbliche Preisbildung verhindert haben. Ein nicht wettbewerblich zustande gekommener Preis stellt keinen Marktpreis im Sinne des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 dar. Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der Regelung mit § 1 Abs. 1 und 3 sowie § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO PR Nr. 30/53, die den Marktpreisvorrang und dessen Grenzen bei Wettbewerbsverzerrungen normieren. Es folgt auch aus dem daraus abzuleitenden Sinn und Zweck des Marktpreisvorrangs, die marktwirtschaftliche Ordnung und die Stabilität der wettbewerblich gebildeten Preise zu schützen. § 4 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 5 VO PR Nr. 30/53 soll verhindern, dass Marktmechanismen, die zur Bildung von Wettbewerbspreisen für bestimmte Leistungen geführt haben, durch abweichende, höhere Preisvereinbarungen für öffentliche Aufträge gestört werden. Als Marktpreis wird deshalb nur derjenige Preis einer Leistung anerkannt und geschützt, der sich als Ergebnis eines tatsächlich vor-

gefundenen, funktionierenden Wettbewerbs auf dem Markt für diese Leistung darstellt.

- 20 b) Revisionsrechtlich fehlerfrei ist das angegriffene Urteil davon ausgegangen, dass als verkehrsüblicher Preis im Sinne des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 hier nur ein betriebssubjektiver Marktpreis in Betracht kommt.
- 21 Ein vollkommener Markt, auf dem der Wettbewerb zur Bildung eines einheitlichen Preises für die geforderten Leistungen geführt hätte, lag im maßgeblichen Zeitpunkt der jeweiligen Preisvereinbarungen nicht vor. Das ergibt sich aus den Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts, die nach § 137 Abs. 2 VwGO die revisionsgerichtliche Beurteilung binden, weil sie nicht mit Verfahrensrügen angegriffen wurden.
- 22 Bei unvollkommenen Märkten, auf denen für die geforderte Leistung verschiedene Preise gezahlt werden, ist nicht jeder innerhalb der vorgefundenen Bandbreite liegende Preis als verkehrsüblicher Preis im Sinne des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 anzusehen. Das Tatbestandsmerkmal des verkehrsüblichen Preises bezeichnet keine Spannbreite, sondern einen bestimmten Preis für die geforderte Leistung, der als Obergrenze zulässiger Preisvereinbarung definiert wird. Dieser Preis stimmt weder mit dem höchsten in der Bandbreite liegenden Preis überein, noch kann er aus dem Durchschnitt der gezahlten Preise errechnet oder, einem anderen Vorschlag folgend (vgl. dazu OVG Lüneburg, Urteil vom 20. Dezember 2000 - 7 L 1276/00 - Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Stand Juni 2015, Entscheidungen II, 1996-2000/15, S. 56 <61> für unvollkommene Märkte ohne Anbietermonopol), anhand - nicht näher bezeichneter - betriebswirtschaftlicher Methoden ermittelt werden. Als verkehrsüblicher Preis innerhalb der Bandbreite stellt sich vielmehr der betriebssubjektive Marktpreis dar. Das ist der Preis, den der betreffende Anbieter für die Leistung unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt durchsetzen konnte (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 7. Januar 1988 - 5 U 1090/87 - DB 1988, 2096; VGH Kassel, Urteil vom 29. August 2000 - 11 UE 537/98 - juris Rn. 38; Beißel, in: Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Stand Juni 2015, § 4 VO PR Nr. 30/53 S. 6; Waldmann/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/

Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 28, 48 ff.; Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, S. 208).

- 23 Erklärte man stattdessen den jeweils höchsten auf dem Markt gezahlten Preis, einen Durchschnittspreis oder einen betriebswirtschaftlich als angemessen zu bestimmenden Preis für maßgeblich, würde dies dem Kriterium der Üblichkeit nicht gerecht. Verkehrsüblichkeit setzt voraus, dass der ermittelte Preis tatsächlich wiederholt auf dem Markt gezahlt wird. Den Spitzenpreis als Preisobergrenze festzulegen, widerspräche überdies dem Regelungszweck des Marktpreisvorrangs gemäß § 1 Abs. 1 und 3, § 4 VO PR Nr. 30/53, die Preisstabilität zu gewährleisten. Zudem bliebe ebenso wie bei der Durchschnittsbildung und bei einer betriebswirtschaftlichen Preisbestimmung unberücksichtigt, dass die auf unvollkommenen Märkten gezahlten, innerhalb einer Bandbreite differierenden Preise für eine bestimmte Leistung nicht beliebig austauschbar sind. Vielmehr stellen sie sich jeweils als Ausdruck der Wertschätzung dar, die der Markt der Leistung eines bestimmten Anbieters zu einem bestimmten Zeitpunkt entgegenbringt. Dabei ist gleichgültig, ob höhere Preise innerhalb der Bandbreite die Qualität der Leistung, ihre Schnelligkeit, die Verlässlichkeit des Anbieters, dessen Ruf oder sonstige Umstände honorieren. Unerheblich ist auch, ob die vom Markt getroffenen Unterscheidungen in der Wertschätzung bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung als sachlich angemessen erscheinen. Die Regelung des Marktpreisvorrangs verlangt weder, die preisbildenden Faktoren für die Leistung zu identifizieren, noch, dass ihr Einfluss auf den Preis sachlich gerechtfertigt wäre. Sie schützt die Stabilität des wettbewerblich gebildeten Marktpreises nicht wegen dessen "Richtigkeit", sondern allein, weil der Marktpreis sich als Produkt des marktwirtschaftlichen freien Wettbewerbs darstellt. Kann ein Anbieter auf einem unvollkommenen Markt einen bestimmten Preis durchsetzen, bildet dies die Wertschätzung der auf der Nachfrageseite stehenden Marktteilnehmer für seine Leistung ab und bestimmt den für diese seine Leistung marktüblichen Preis. Dass andere Anbieter wegen möglicherweise (oder auch nur vermeintlich) abweichender, von den Nachfragern honorierter Modalitäten einen höheren Preis für die gleiche Leistung erzielen können, lässt nicht darauf schließen, dass dieser höhere Preis auch vom vorgenannten Anbieter

für die Leistung zu erzielen wäre. Im Verkehr üblich ist für dessen Erbringen der Leistung nur der von ihm selbst dafür im Wettbewerb durchgesetzte Preis.

- 24 Die dagegen von der Revision erhobenen Einwände treffen nicht zu. Den verkehrsüblichen Preis auf unvollkommenen Märkten im Sinne des betriebssubjektiven Marktpreises zu konkretisieren, schließt weder die Feststellung eines Marktpreises bei erstmaligem Umsatz der Leistung durch einen neuen Anbieter auf dem Markt ("Newcomer") aus noch greift es unzulässig in die grundrechtlich geschützte Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung gemäß Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG ein, auf die sich die Klägerin nach Art. 19 Abs. 3 GG berufen kann.
- 25 Setzt ein neuer Anbieter die Leistung erstmals um, kann die Preisprüfung, die nach § 9 VO PR Nr. 30/53 stets nachträglich durchzuführen ist, anhand nachfolgender weiterer Umsätze des Anbieters beurteilen, ob dieser den beim ersten Vertragsabschluss vereinbarten Preis für die marktgängige Leistung auch bei späteren Abschlüssen durchsetzen konnte. Gleiches gilt in Fällen von Preiserhöhungen einschließlich der Anhebung von Listenpreisen (dazu Beißel, in: Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Stand Juni 2015, § 4 VO PR Nr. 30/53 S. 10 f. unter B.V.2.b). Auch hier lässt sich rückblickend ohne Weiteres feststellen, ob der Anbieter den höheren Preis nur einmal oder auch bei späteren Umsätzen erzielen konnte. Welche Zeiträume dabei in den Blick zu nehmen sind, richtet sich nach den zeitlichen Grenzen des Marktes für die umgesetzte Leistung; regelmäßig werden mindestens die Umsätze innerhalb eines Jahreszeitraums zu betrachten sein.
- 26 Die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG, die auch die unternehmerische Freiheit zur Preisgestaltung von Angeboten einschließt, verlangt keine abweichende Auslegung des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53. Sie gebietet insbesondere nicht, jeden zwischen Anbieter und Auftraggeber vereinbarten Preis schon bei Vorliegen eines fiktiven Wettbewerbs als Marktpreis anzuerkennen (Waldmann/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 1 VO PR Nr. 30/53 Rn. 111; vgl. a.a.O. § 4 VO PR Nr. 30/53

Rn. 38; R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, S. 46). Die Regelung der Anforderungen an einen vorrangigen Marktpreis gemäß § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 beruht auf der gesetzlichen Ermächtigung durch § 2 des Übergangsgesetzes über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz - PreisG) vom 10. April 1948 (WiGBl. S. 27), zuletzt geändert durch Art. 22 des Gesetzes vom 18. Februar 1986 (BGBl. I S. 265) und schränkt die unternehmerische Freiheit der Angebotsgestaltung nicht unverhältnismäßig ein. Wie eben dargelegt, schließt sie die Feststellung eines Marktpreises weder bei erstmaligem Marktauftritt noch bei Preiserhöhungen eines Anbieters aus, da sich die Verkehrsüblichkeit des beim ersten Umsatz geforderten Preises aus dessen wettbewerblicher Durchsetzung bei weiteren Umsätzen ergeben kann. Die Anknüpfung an das Ergebnis eines tatsächlichen Wettbewerbs dient dem verfassungsrechtlich legitimen Ziel, die marktwirtschaftliche Ordnung zu schützen und die Preisstabilität zu wahren. Sie ist auch geeignet und erforderlich, dieses Ziel zu verwirklichen. Ein fiktiver Wettbewerb, der schon bei der hypothetischen Möglichkeit der Leistungserbringung durch andere Anbieter bejaht wird, gewährleistet noch keine wettbewerbliche Preisbildung bei der konkreten Auftragserteilung. Ob etwas anderes gelten kann, wenn der - einzige - Anbieter das Fehlen von Konkurrenzangeboten nicht kennt (so OLG Hamm, Urteil vom 10. Juli 1961 - 2 U 4/61 - Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Stand Juni 2015, Entscheidungen II 1961-1965/02; Hertel, BB 1983, 1315), ist zweifelhaft, weil eine Wettbewerbsbeschränkung auch in einem solchen Fall nicht von vornherein auszuschließen ist. Die Frage muss hier aber nicht geklärt werden, weil die Klägerin nach den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz unter Berufung auf Alleinstellungsmerkmale - unter anderem wegen einschlägiger Vorbefassung - beauftragt wurde, die der Klägerin bekannt waren und im Übrigen auch in mehreren Auftragsunterlagen angesprochen wurden (vgl. etwa Bl. 49 der Beiakte 22-3153-20-07 G. Service; Bl. 19 der Beiakte 22-3153-350-06 G.; Bl. 20 und 42 der Beiakte 330-3153-11/04 G.). Die Anknüpfung des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 an die tatsächliche wettbewerbliche Durchsetzung des vom Anbieter geforderten Preises führt schließlich nicht zu einer Belastung, die unverhältnismäßig im engeren Sinne wäre. Ist für marktgängige Leistungen ein Marktpreis feststellbar, erhalten die Anbieter jedenfalls diesen; andernfalls dürfen sie nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53

Selbstkostenpreise vereinbaren. Bei Geschäften über nicht marktgängige Leistungen, bei denen wiederholte Umsätze schon durch diese Eigenart der Leistung ausgeschlossen sind, kommt eine Marktpreisbildung auf einem besonderen Markt oder, wenn kein solcher Markt geschaffen wurde, die Ableitung eines Marktpreises nach § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 in Betracht. Fehlen auch deren Voraussetzungen, darf wiederum nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 ein Selbstkostenpreis vereinbart werden.

- 27 c) Das angegriffene Urteil geht jedoch zu Unrecht davon aus, ein betriebssubjektiver Marktpreis sei nur festzustellen, wenn der Anbieter seinen Preis für die geforderte Leistung gegenüber verschiedenen Nachfragern auf dem Markt durchgesetzt hat. Damit wird die Definition des Marktpreises für unvollkommene Märkte in einer Weise verengt, die nicht mit § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 zu vereinbaren ist.
- 28 Für das Vorliegen eines betriebssubjektiven Marktpreises ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Anbieter seinen Preis für die gleiche marktgängige Leistung wiederholt unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt durchgesetzt hat. Treten mehrere Nachfrager auf dem Markt auf, mag dies durch Umsätze mit verschiedenen Auftraggebern geschehen. Besteht ein Nachfragemonopol der öffentlichen Hand, genügt die wettbewerbliche Durchsetzung des Preises gegenüber dem (einzigen) öffentlichen Auftraggeber. Eine durch den Marktpreisvorrang geschützte wettbewerbliche Preisbildung ist zwar im bilateralen Monopol ausgeschlossen, in dem einem Monoplnachfrager nur ein Monopolanbieter gegenübersteht. Bei einem Nachfragemonopol bleibt eine wettbewerbliche Preisbildung jedoch möglich, solange der Preis aus einem funktionierenden Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern resultiert, die dem Monoplnachfrager mit konkurrierenden Angeboten auf dem Markt gegenüberreten. Das Berufungsurteil hätte deshalb die Feststellbarkeit eines betriebssubjektiven Marktpreises nicht schon verneinen dürfen, weil die Klägerin die von ihr vereinbarten Stundensätze für militärfachliche IT-Dienstleistungen nicht in Geschäften mit Dritten durchgesetzt hat.

- 29 Allerdings ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Umsätze der Klägerin mit Dritten mangels Gleichartigkeit der Leistungen oder wegen ihrer Erbringung auf einem anderen als dem einschlägigen Markt für ungeeignet gehalten hat, eine wettbewerbliche Durchsetzung der Stundensätze der Klägerin zu belegen. Das Berufungsurteil stützt sich insoweit auf tatsächliche Feststellungen, nach denen die Leistungen an Dritte entweder keinen militärfachlichen Bezug hatten oder auf einem Exportmarkt erbracht wurden, dessen Wettbewerbsbedingungen nicht mit denen des nationalen Marktes übereinstimmten. An diese Feststellungen ist das Revisionsgericht nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden, weil sie nicht mit Verfahrensrügen angegriffen wurden.
- 30 Entgegen dem Revisionsvorbringen musste das Berufungsgericht auch die Geschäfte der Klägerin mit dem Vorgänger des IT-AmtBw oder mit der E. GmbH nicht als Preisdurchsetzung gegenüber Dritten einordnen. Der Vorgänger des IT-AmtBw war kein von der Bundeswehr unabhängiger Dritter, sondern nur eine Behörde, die - ebenso wie später das IT-AmtBw - für die Erteilung von Aufträgen der Bundeswehr zuständig war. Die E. GmbH gab nach den tatsächlichen, revisionsrechtlich bindenden Feststellungen der Vorinstanz (§ 137 Abs. 2 VwGO) lediglich Bundeswehraufträge - teilweise - in Unteraufträgen an die Klägerin weiter.
- 31 Das Berufungsurteil hätte aber berücksichtigen müssen, dass sich eine wettbewerbliche Durchsetzung der von der Klägerin verlangten Stundensätze daraus ergeben konnte, dass sie diese Preise im zeitlichen Umfeld der jeweils zu prüfenden Preisvereinbarung auch bei anderen, mehrfach erfolgten Beauftragungen durch die Bundeswehr mit gleichen Leistungen erzielte, sofern dies jeweils unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs mit anderen Anbietern geschah. Auf diese Möglichkeit geht das Berufungsurteil nicht ein. Das Bestehen eines Nachfragemonopols schließt eine wettbewerbliche Preisbildung nicht aus. Setzt ein Anbieter seinen Preis für die Leistung auf einem unvollkommenen Markt unter Wettbewerbsbedingungen in mehreren voneinander unabhängigen Umsätzen gegenüber demselben Nachfrager durch, erfüllt dies die Anforderungen des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 an einen wettbewerblich zustande gekommenen Marktpreis, weil diese Umsätze die Wertschätzung be-

legen, die der Leistung des Anbieters auf einem funktionierenden Markt entgegengebracht wird.

- 32 Soweit das Berufungsurteil annimmt, die Preisprüfungsbehörde habe eine genauere Klärung der Marktlage wegen § 9 VO PR Nr. 30/53 für entbehrlich halten dürfen, legt es diese Vorschrift nicht zutreffend aus. Sie regelt die Darlegungs- und Beweislast des Anbieters und bildet in Verbindung mit § 2 PreisG die Rechtsgrundlage für dessen Obliegenheit, grundrechtlich geschützte Geschäftsdaten gegenüber der Preisprüfungsbehörde offenzulegen. Sie berechtigt und verpflichtet den Anbieter jedoch nicht, Daten und Unterlagen beizubringen, die ihm nicht zugänglich sind. Ebenso wenig verdrängt sie die Pflicht der Behörde, solche für die Preisprüfung maßgeblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln. Dass der mit § 24 VwVfG wortgleiche Art. 24 BayVwVfG den Amtsermittlungsgrundsatz nur für das Verwaltungsverfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts oder zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages normiert, steht dem nicht entgegen. Die Pflicht zur Aufklärung der für die zutreffende Rechtsanwendung erheblichen Tatsachen ergibt sich bereits aus dem im Rechtsstaatsgebot verankerten Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 24 Rn. 3a).
- 33 2. Die Annahme des Berufungsurteils, ein Marktpreis für die geforderten militärfachlichen IT-Dienstleistungen lasse sich auch nicht gemäß § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 aus dem Marktpreis für vergleichbare Leistungen ableiten, beruht auf der revisionsrechtlich unzutreffenden Annahme, die Feststellbarkeit eines betriebssubjektiven Marktpreises für vergleichbare Leistungen setze ebenfalls eine Durchsetzung des von der Klägerin für solche Leistungen geforderten Preises gegenüber anderen Auftraggebern als der Bundeswehr voraus. Insofern kann auf die Ausführungen zu 1. c) verwiesen werden.
- 34 Überdies geht das Berufungsurteil unzutreffend davon aus, die Vergleichbarkeit der Leistungen könne bei IT-Dienstleistungen nicht technisch-leistungsbezogen bestimmt werden, sondern hänge maßgeblich von subjektiven Merkmalen des Anbieters ab, die als preisbildende Faktoren zu berücksichtigen seien. Dabei übersieht es, dass § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 nicht auf die Vergleichbarkeit

von Auftragnehmern, sondern allein auf die Vergleichbarkeit der Leistung als des Auftragsgegenstandes abstellt. Außerdem knüpft § 4 VO PR Nr. 30/53 nicht an die Preisrelevanz einzelner Merkmale an, sondern allein an das Ergebnis wettbewerblicher Preisbildung. Welche Faktoren dazu beigetragen haben, ist nach § 4 VO PR Nr. 30/53 ohne Belang, solange eine wettbewerbliche Preisbildung (noch) stattgefunden hat. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die gegenüber Dritten erbrachten Leistungen nicht im Sinne von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 vergleichbar sind, weil sie keinen militärfachlichen Bezug aufweisen.

- 35 3. Das angegriffene Urteil beruht auf den dargelegten fehlerhaften Erwägungen und stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar.
- 36 a) Die Anordnung einer Preisprüfung auf Selbstkostenbasis war nicht schon wegen der hier zwischen der Klägerin und ihrem Auftraggeber erfolgten Vereinbarung von Selbstkostenpreisen und des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) gerechtfertigt. Dieses aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB analog) abgeleitete Verbot kann das verfassungsrechtliche Verbot unverhältnismäßiger Grundrechtseingriffe nicht verdrängen. Mit der Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen hat die Klägerin auch nicht auf die Geltendmachung etwaiger Abwehrrechte gegen eine unverhältnismäßige Preisprüfung verzichtet.
- 37 b) Die Rechtmäßigkeit der prüfungsrechtlichen Anordnung ist auch nicht unabhängig von der Zulässigkeit der Vereinbarung von Selbstkostenpreisen gemäß § 5 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 VO PR Nr. 30/53 zu bejahen. Soweit bei der Erteilung der elf Aufträge kein Selbstkostenpreis vereinbart werden durfte, weil für den Zeitpunkt der jeweiligen Auftragserteilung gemäß § 4 Abs. 1 oder 2 VO PR Nr. 30/53 ein Marktpreis der geforderten Leistung festzustellen oder abzuleiten ist, wäre der vereinbarte Selbstkostenpreis unzulässig, wenn und soweit er den Marktpreis überschritt. Dabei käme es nicht darauf an, ob er den preisrechtlichen Anforderungen an die Kalkulation und Höhe von Selbstkostenpreisen genüge. Die angeordneten Maßnahmen zur Prüfung dieser Anforderungen und die damit verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der Klägerin aus Art. 12

Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG wären dann nicht erforderlich und daher unverhältnismäßig.

- 38 c) Die Rechtmäßigkeit der Preisprüfungsanordnung ergibt sich ebenso wenig daraus, dass bei der Zulässigkeit eines Selbstkostenpreises für die jeweilige Gesamtleistung eine Marktpreisfeststellung auch für alle Teilleistungen oder Leistungselemente wie die hier stundenweise zu erbringenden und abzurechnenden IT-Dienstleistungen ausgeschlossen wäre. Wie in der Revisionsverhandlung erörtert wurde, gehen beide Beteiligten zutreffend davon aus, dass die Verordnung PR Nr. 30/53 dem Marktpreisvorrang auch in Bezug auf solche Elemente eines Selbstkostenpreises Rechnung trägt. § 7 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 schreibt für die bei jedem der elf Aufträge getroffene Vereinbarung eines Selbstkostenerstattungspreises vor, dass für einzelne Kalkulationsbereiche nach Möglichkeit feste Sätze zu vereinbaren sind. Danach stellen die vereinbarungsgemäß stundenweise abzurechnenden IT-Dienstleistungen als gleichartige Bestandteile der Preiskalkulation einen eigenen Kalkulationsbereich im Sinne der Vorschrift dar. Können feste Sätze vereinbart werden, gebietet es der Regelungszweck der Verordnung, den Marktpreisvorrang möglichst weitgehend durchzusetzen, sodass der vereinbarte Satz einen etwa als Marktpreis festzustellenden Stundensatz für die betreffende Dienstleistung nicht überschreiten darf (vgl. Waldmann/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 7 VO PR Nr. 30/53 Rn. 1 ff., 8 und 23). Danach kommt es für die Ergebnisrichtigkeit des Berufungsurteils darauf an, ob und inwieweit für die mit den elf Aufträgen geforderten IT-Dienstleistungen ein Stundensatz als Marktpreis festzustellen (§ 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53) oder abzuleiten ist (§ 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53).
- 39 d) Aus den berufsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen ergibt sich nicht, dass die mit den elf Aufträgen geforderten IT-Dienstleistungen - oder einzelne von ihnen - nicht marktgängig wären. Sofern - wie hier - kein besonderer Markt durch Ausschreibung geschaffen wurde, sind Leistungen dann im Sinne von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 marktgängig, wenn sie auf einem bestimmten allgemeinen Markt wiederholt unter Wettbewerbsbedingungen umgesetzt werden.

Ausgehend davon kann eine fehlende Marktgängigkeit im Revisionsverfahren nicht festgestellt werden. Das Berufungsgericht ist nicht davon ausgegangen, dass die Aufträge jeweils Leistungen zum Gegenstand hatten, die nur einmalig erbracht werden können. Es kann auch nicht angenommen werden, dass hinsichtlich der elf an die Klägerin erteilten Aufträge eine wettbewerbliche Preisbildung wegen eines Anbietermonopols ausgeschlossen wäre. Ein solches läge vor, wenn allein die Klägerin wegen objektiv feststellbarer Alleinstellungsmerkmale die jeweils geforderten Leistungen hätte erbringen können. Zu bejahen ist dies aber nicht schon aufgrund von subjektiven Merkmalen der Klägerin, die nach den Feststellungen der Vorinstanz für deren unmittelbare Beauftragung ausschlaggebend waren, insbesondere der Befassung einzelner ihrer Mitarbeiter mit Vorgängerprojekten oder den Vermutungen über ihre Fähigkeit zur wirtschaftlichen Auftragserledigung. Die Anforderungen an die Leistungserbringung ergeben sich aus einer Leistungsbeschreibung, die gegenstandsbezogen abzufassen ist und die geforderten Tätigkeiten sowie den Termin oder Zeitraum für deren Erledigung präzisieren kann; dabei kann auch eine objektive Dringlichkeit der Leistung berücksichtigt werden. Soweit die Eignung eines Anbieters zur Leistungserbringung bestimmte Qualifikationen voraussetzt, sind diese durch die Angabe des Qualifikationsniveaus oder der erforderlichen Vorkenntnisse zu beschreiben. Dagegen darf nicht unterstellt werden, dass nur bestimmte, dem Auftraggeber aus Vorprojekten bekannte und dort bewährte Personen die Qualifikationsanforderungen erfüllen. Ob und von wem die Leistung in der geforderten Qualität, in der zur Verfügung gestellten Zeit und zu den finanziellen Konditionen des Auftraggebers wirtschaftlich erbracht werden kann, ergibt sich aus der Beurteilung der Konkurrenzangebote und darf nicht im Wege einer vorweggenommenen Würdigung nicht eingeholter Angebote unterstellt werden.

- 40 Die Feststellungen des angegriffenen Urteils lassen die Annahme, es habe ein beidseitiges Monopol - und nicht nur eine Marktabschottung - vorgelegen, nicht zu. Sie belegen kein objektiv vorhandenes Anbietermonopol der Klägerin. Insbesondere hat die Vorinstanz nicht geklärt, dass die Aufträge jeweils objektiv besonders dringlich waren und in der danach gebotenen Zeit nur von der Klägerin erfüllt werden konnten.

41 e) Auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz erscheint es auch für keine der elf geforderten Leistungen ausgeschlossen, dass - bei Vorliegen der Marktgängigkeit und wettbewerblicher Preisbildung auf dem einschlägigen unvollkommenen Markt - ein verkehrsüblicher Preis in Gestalt eines betriebssubjektiven Marktpreises feststellbar sein könnte. Als Umsätze, die eine wettbewerbliche Durchsetzung des von der Klägerin geforderten Preises auch bei einem Nachfragemonopol belegen könnten, kommen Aufträge in Betracht, die in ausreichender, nach dem einschlägigen Markt zu bestimmender zeitlicher Nähe zu der zu prüfenden Preisvereinbarung liegen und gleiche oder gleichartige Leistungen zum Gegenstand haben. Sie dürfen allerdings mit dem zu prüfenden Auftrag nicht in einem sachlichen Zusammenhang stehen, der gegen eine eigenständige wettbewerbliche, vom anderen Auftrag unabhängige Preisvereinbarung spricht. Danach ist fraglich, ob als Beleg für eine wettbewerbliche Durchsetzung des Preises bei einem der verfahrensgegenständlichen Aufträge die Preisvereinbarungen in den zehn übrigen verfahrensgegenständlichen Aufträgen herangezogen werden können. Für einen engen sachlichen Zusammenhang dieser elf Aufträge könnte sprechen, dass sie nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz der Entwicklung und Optimierung des Führungsinformationssystems Heer einschließlich einzelner Komponenten sowie deren Implementation und Integration in die bestehenden Strukturen dienen. Wie bereits ausgeführt, lässt sich eine wettbewerbliche Durchsetzung des Preises nach den berufsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen auch nicht aus den Geschäften der Klägerin mit Dritten belegen (vgl. Rn. 27 f.). In Betracht kommt jedoch eine Durchsetzung bei Aufträgen an die G. AG als Rechtsvorgängerin der Klägerin, soweit die Aufträge im jeweils relevanten zeitlichen Umfeld der zu prüfenden Preisvereinbarung erteilt wurden und gleiche Leistungen zum Gegenstand hatten wie der jeweils zu prüfende Auftrag. Die rechtliche Verselbstständigung der Klägerin durch Ausgliederung hindert die Berücksichtigung solcher Geschäfte nicht, weil die Identität des Anbieters im Preisrecht nach wirtschaftlichen Kriterien zu beurteilen ist (vgl. Waldmann/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 18 f. zur Betriebsübernahme). Ob und gegebenenfalls welche Abschlüsse der Bundeswehr mit der

G. AG die dargelegten Anforderungen erfüllen, lässt sich mangels entsprechender Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz nicht entscheiden.

- 42 f) Die Anordnung einer Preisprüfung auf Selbstkostenbasis war schließlich nicht deshalb rechtmäßig, weil die Vereinbarung von Selbstkostenpreisen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 VO PR Nr. 30/53 zulässig gewesen wäre. Diese Vorschrift erlaubt zwar, bei Vorliegen von Wettbewerbsbeschränkungen auf Anbieterseite einen Selbstkostenpreis auch dann zu vereinbaren, wenn ein Marktpreis festgestellt oder nach § 4 Abs. 2 oder 3 VO PR Nr. 30/53 ermittelt werden könnte. Sie erfasst jedoch ausweislich ihres Wortlauts nur Fälle von Wettbewerbsabsprachen auf Anbieterseite und nicht den hier allenfalls in Betracht kommenden Fall einer vom Auftraggeber induzierten Wettbewerbsbeschränkung durch Abschotten des Marktes gegenüber anderen als dem ausgewählten Anbieter.
- 43 g) Umstände, derentwegen eine mit dem angegriffenen Bescheid getroffene Verfügung unabhängig von der Zulässigkeit des vereinbarten Preistyps rechtswidrig wäre, sind von der Vorinstanz nicht festgestellt worden.
- 44 4. Eine abschließende Entscheidung in der Sache (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO) lassen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils nicht zu.
- 45 Das gilt zunächst für die Frage der "Marktgängigkeit" der IT-Dienstleistungen, deren Stundensätze hier der preisrechtlichen Prüfung unterliegen. Die Vorinstanz hat den hierfür einschlägigen Markt in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gegenständlich auf militärfachliche IT-Dienstleistungen und räumlich auf das Inland begrenzt. Es wird zu prüfen sein, ob der relevante Markt weiter einzugrenzen ist, etwa auf IT-Dienstleistungen im Bereich der Teilstreitkraft "Heer". In der Revisionsinstanz nicht abschließend zu klären ist ferner die Frage, ob hinsichtlich der mit den elf Aufträgen geforderten Leistungen tatsächlich eine Wettbewerbssituation bestand. Wie oben dargelegt, ist das Erfordernis der Marktgängigkeit nicht schon erfüllt, wenn mehrere Anbieter die Leistung - hypothetisch - erbringen können, da § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 den Umsatz der Leistung auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb und eine wettbewerbliche Preisbildung für die betreffende Leistung voraussetzt. Da-

zu muss die geforderte Leistung auch von anderen als dem ausgewählten Anbieter tatsächlich zu einem bestimmten Preis angeboten worden sein. Bei einem besonderen Markt kann dies durch konkurrierende Angebote im Rahmen der Ausschreibung oder des Einholens von Vergleichsangeboten geschehen. Auf einem allgemeinen Markt können konkrete Konkurrenzangebote anhand des tatsächlichen Umsatzes gleicher Leistungen durch einen oder mehrere andere Anbieter belegt werden. Eine Bezugnahme auf Listenpreise anderer Anbieter für die gleiche Leistung kann nur genügen, wenn feststeht, dass diese Anbieter im fraglichen Zeitpunkt bereit waren, dem Nachfrager die Leistung zum Listenpreis zu erbringen. Ein fiktiver Wettbewerb genügt dagegen nicht, eine wettbewerbliche Preisbildung nachzuweisen (vgl. Rn. 24 f.). Die bloße Möglichkeit der Leistungserbringung durch andere Anbieter lässt noch nicht darauf schließen, dass und zu welchen Bedingungen tatsächlich Konkurrenzangebote abgegeben worden wären und welcher Preis sich im - tatsächlich unterbliebenen - Wettbewerb um die Auftragserteilung herausgebildet hätte. Da der Marktpreisvorrang dem Schutz der marktwirtschaftlichen Ordnung und der Preisbildung im freien Wettbewerb dient, schützt er nur das Resultat des tatsächlich vorgefundenen Wettbewerbs und keinen als wettbewerbsgerecht vermuteten oder fingierten Preis.

- 46 Zur abschließenden Beurteilung der Marktgängigkeit der mit den preisrechtlich zu prüfenden Stundensätzen korrelierenden IT-Dienstleistungen ist nach der gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO erforderlichen Zurückverweisung der Sache zunächst für jeden der elf Aufträge zu prüfen, ob im Zeitpunkt der jeweiligen Preisvereinbarung ein funktionierender allgemeiner Markt mit wettbewerblicher Preisbildung bestand. Dies wird Feststellungen dazu erfordern, ob gleiche Leistungen tatsächlich auch von anderen Anbietern auf dem Markt umgesetzt oder zumindest dem Nachfrager konkret im Wettbewerb mit der Klägerin angeboten wurden. Ferner wird zu klären sein, ob die Klägerin etwa mit Blick auf eine objektive Dringlichkeit der Auftragserfüllung über ein Alleinstellungsmerkmal verfügte (objektiv gegebenes Angebotsmonopol). Sollte die Marktgängigkeit der jeweiligen Leistung festgestellt werden können, wird - angesichts der Unvollkommenheit des Marktes - zu prüfen sein, ob ein verkehrsüblicher Preis in Gestalt eines betriebssubjektiven Marktpreises für diese Leistung bestand. Da-

bei wird für den Fall, dass von einem Nachfragemonopol der öffentlichen Hand auszugehen ist, geklärt werden müssen, ob die Klägerin oder - im relevanten zeitlichen Umfeld der Auftragserteilung - deren Rechtsvorgängerin, die G. AG, den Preis gegenüber dem Monopolnachfrager in mehreren sachlich nicht voneinander abhängigen Umsätzen unter Wettbewerbsbedingungen durchgesetzt hatte. Sollte kein Marktpreis für die jeweilige Leistung feststellbar sein, wären sodann die nach § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 vergleichbaren Leistungen zu ermitteln und zu prüfen, ob für eine von ihnen ein Marktpreis gemäß § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 festgestellt werden kann, von dem sich der Marktpreis für die geforderte Leistung durch Zu- oder Abschläge ableiten lässt. Nur wenn auch dies zu verneinen ist, war die Vereinbarung eines Selbstkostenpreises für die betreffende Leistung zulässig und die Anordnung einer Preisprüfung auf Selbstkostenbasis rechtmäßig.

---