

Abhandlungen

Andreas Hoffjan, Timo Hövelborn und Christian Strickmann

Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen – Status quo und empirische Befunde vor dem Hintergrund aktueller Reformbemühungen

LSP; öffentliche Aufträge; Preiskalkulation; Preisprüfer, Preisrecht; VOPR

Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen stellt einen eigenen Normkomplex neben dem Vergaberecht dar. Allerdings werden aktuelle Gegebenheiten kaum berücksichtigt, da die letzte Überarbeitung der einschlägigen Vorschriften weit in der Vergangenheit liegt. Gegenwärtig steht jedoch eine Reform der preisrechtlichen Regelungen an. Gleichwohl besteht in Teilen der betrieblichen Praxis als auch in der Wissenschaft weitreichende Unkenntnis über die Verordnung. Dieser Problematik Rechnung tragend stellt der Beitrag Geltungsbereich und Zielsetzung des Preisrechts vor. Vor allem aber werden empirisch die aktuellen Anwendungsfelder und auch Probleme mit der Verordnung beleuchtet. Aus dem State of the Art des öffentlichen Preisrechts lassen sich Anregungen für zukünftige Forschungsarbeiten sowie die Motivation zu einer wissenschaftlich fundierten Fortsetzung der Reformen ableiten.

I. Einführung

Das öffentliche Beschaffungswesen besitzt in Deutschland eine hohe volkswirtschaftliche Bedeutung (Pünder/Schellenberg 2011, RdNr. 3 zu § 97 GWB). Daher ist es nicht verwunderlich, dass Aufträge öffentlicher Auftraggeber einer Vielzahl an unterschiedlichen Rechtsnormen unterliegen. Neben dem Haushaltrecht, dem nationalen und europäischen Vergaberecht zählt hierzu auch das öffentliche Preisrecht in Form der Verordnung (VO) Preisrecht (PR) Nr. 30/53. Ist kein Vergleichsmarkt vorhanden und somit die Ermittlung eines Marktpreises nicht möglich, ist zusätzlich die Anlage zur VO PR Nr. 30/53, die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP), maßgeblich.

Im Vergleich zum Vergaberecht wird die VO PR NR. 30/53 sowohl öffentlich kaum wahrgenommen als auch durch die Wissenschaft selten beachtet. Dennoch wird dem Preisrecht eine hohe Aktualität und Praxisrelevanz neben dem Vergaberecht zugesprochen (Berstermann/Petersen 2007, S. 767; Berstermann 2011, S. 2077). Nach Ansicht von Brüning wird ihr sogar in der Verwaltungspraxis eine ähnliche Bedeutung wie dem Vergaberecht beigemessen (vgl. Brüning 2012, S. 42). Ebenso bestätigt Müller unter anderem die vorbeugende Wirkung der VO PR Nr. 30/53 gegen Wettbewerbsverstöße (Müller 2011). Ein Grund für die geringe Beachtung der VO PR NR.

30/53 könnte sein, dass diese bereits am 21. November 1953 erlassen und seitdem nur unwesentlich verändert worden ist.

Aktuell steht jedoch eine Überarbeitung der preisrechtlichen Vorschriften durch das Bundeswirtschaftsministerium an (siehe hierzu auch Hoffjan 2012). Der vorliegende Entwurf möchte vor allem durch eine Rechtsvereinheitlichung von Vergabe- und Preisrecht Bürokratie abbauen. Angedacht ist hierbei insbesondere, den Geltungsbereich der Preisverordnung zu erweitern, sodass zukünftig auch von der öffentlichen Hand beherrschte Unternehmen in Privatrechtsform sowie Sektorenauflieger unter die Verordnung fallen (Brüning 2012, S. 642). Daneben soll der Globalisierung der Wirtschaft Rechnung getragen werden, sodass die Verordnung zukünftig auch bei Aufträgen von internationalen Einrichtungen gilt. Schließlich wird auch eine moderate Aktualisierung der LSP angestrebt.

Konkret stellt sich jedoch die Frage, in welchen Bereichen die geplante Überarbeitung des Preisrechts von besonderer Bedeutung ist und wo mögliche Reformbedarfe bestehen. Hierzu ist es unerlässlich, einen Überblick über den Status quo und mögliche Probleme bei der Anwendung der VO PR Nr. 30/53 in der Praxis zu erlangen. Dies stellt das Ziel des Aufsatzes dar. Der wesentliche Beitrag hierbei ist, dass dies – im Hinblick auf die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der VO PR Nr. 30/53 – erstmalig auch auf Basis empirischer Daten in Form einer Befragung der Preisprüfer erfolgt. Hierauf aufbauend können zusätzlich Anknüpfungspunkte für zukünftige Forschungsbemühungen aufgezeigt werden.

Die angeführte Zielsetzung soll erreicht werden, indem zunächst eine Einordnung der VO PR Nr. 30/53 in den Normkomplex für öffentliche Aufträge vorgenommen wird. Anschließend werden ausgewählte Ergebnisse der schriftlichen Befragung dargestellt. Diese sollen Aufschluss über die Anwendung und Probleme des Preisrechts in der Praxis geben, woraus sich Forschungsbedarfe ableiten lassen. Abschließend werden Limitationen der Befragung aufgezeigt und die Ergebnisse zusammengefasst.

II. Status quo des Preisrechts bei öffentlichen Aufträgen

1. Zweck und Grundsätze der VO PR Nr. 30/53

Zielsetzung der Verordnung ist die Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Präambel der VO PR Nr. 30/53). Öffentliche Auftraggeber im Sinne der Verordnung sind der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 2 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53). Das öffentliche Preisrecht gilt verbindlich nur bei einer unmittelbaren Beteiligung einer der genannten Auftraggeber. In diesem Fall greift die VO PR Nr. 30/53 als materielles Recht, ohne dass eine dahingehende vertragliche Regelung Voraussetzung wäre (Dierkes/Hamann 2009, S. 192). Die Zielsetzung der Verordnung spiegelt sich im Marktpreisvorrang wider. Dieser besagt, dass Selbstkostenpreise nur vereinbart werden dürfen, sofern für die zugrunde gelegte Leistung kein Marktpreis (und kein staatlich festgesetzter Preis) existiert. Der Marktpreisvorrang im Sinne der Verordnung ist dabei vielschichtig und umfassend. Zum einen wird zwischen einem objektiven

und subjektiven Marktpreis unterschieden, wobei ein objektiver Marktpreis nur ausnahmsweise vorliegt. Ein Beispiel hierfür sind börsengängige Leistungen (Ebisch et al. 2010, RdNr. 16 zu § 4 VO PR Nr. 30/53). Der Regelfall ist also der subjektive Marktpreis. Dies ist der Preis, den der Anbieter für die gleiche Leistung am Markt erzielt (Ebisch et al. 2010, RdNr. 17 zu § 4 VO PR Nr. 30/53). Zum anderen gilt, dass der subjektive Marktpreis auch auf Basis vergleichbarer Leistungen abgeleitet werden kann (§ 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53). Des Weiteren ist es auch zulässig bzw. geboten, Marktpreisbestandteile wie verkehrsübliche Stundenpreise im Rahmen einer Selbstkostenpreisprüfung zu berücksichtigen (Ebisch et al. 2010, RdNr. 45ff. zu § 5 VO PR Nr. 30/53).

Falls kein Marktpreis vorliegt sollen die LSP dem Auftragnehmer eine Vollkostendeckung garantieren (Dierkes/Hamann 2009, S. 227), wobei der ermittelte Preis stets als Höchstpreis anzusehen ist, Unterschreitungen aber durchaus zulässig sind (Ebisch et al. 2010, RdNr. 60 zu § 1 VO PR Nr. 30/53). Neben den Vollkosten kann zusätzlich auch ein Gewinnzuschlag als Bestandteil des Höchstpreises vereinbart werden. Des Weiteren gilt, dass gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 der VO PR NR. 30/53 sofern möglich Festpreise zu vereinbaren sind. Aus diesen Grundsätzen resultiert ein geschlossenes, hierarchisches Preissystem, das auch als Preistreppe bezeichnet wird (Ebisch et al. 2010, RdNr. 70ff. zu § 1 VO PR Nr. 30/53). Die Preistreppe ist in Abbildung 1 dargestellt.

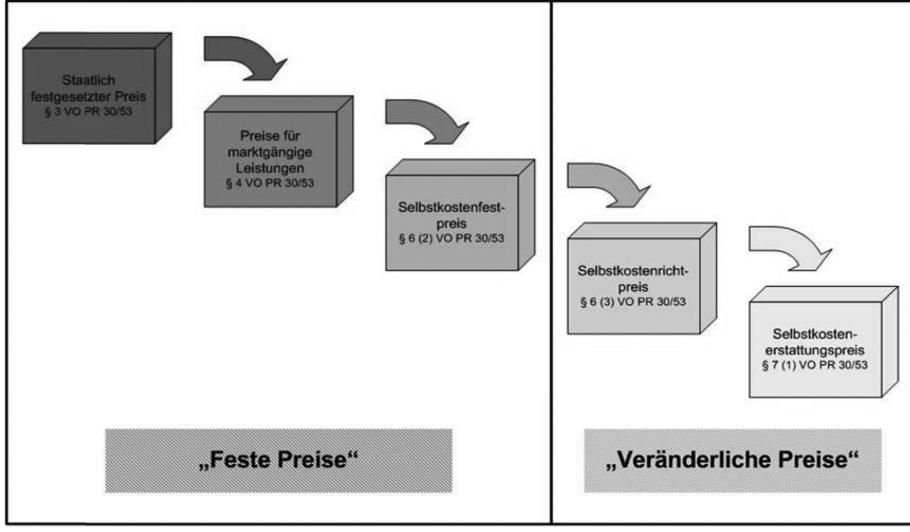


Abbildung 1: Preistreppe im Sinne der VO PR NR. 30/53

Quelle: U. a. abgeleitet aus Coenenberg 2003, S. 118; Bontrup 2004, S. 27; Birgel 1994, S. 111.

Eine Besonderheit der VO PR NR. 30/53 stellt die verankerte Preisprüfung dar (§ 9 VO PR Nr. 30/53). Dies bedeutet, dass in den Kontrollbereich des Preisrechts fallende Verträge – zu denen auch Verträge auf Basis von Marktpreisen gehören (Sulimma 1991, S. 52) – durch die Preisbehörden überwacht werden. Diese sind die Wirtschaftsministerien der Länder bzw. die Bezirksregierungen. Die prüfenden Mitarbeiter der Preisbehörden werden als Preisprüfer

bezeichnet. Gegenüber den Preisbehörden sind die Auftragnehmer nachweis-, auskunfts- und duldungspflichtig, was in der Regel hoheitlich konkretisiert und durchgesetzt werden kann (Dierkes/Hamann 2009, S. 199; Ebisch et al. 2010, RdNr. 50 zu § 9 VO PR Nr. 30/53). Oftmals werden die Preisprüfer erst auf Verlangen des Auftraggebers tätig. Preisprüfungen auf Antrag des Auftragnehmers oder von den Preisprüfungsstellen eingeleitet sind aber ebenso möglich (Birgel 1994, S. 123).

Im Rahmen der Preisprüfung wird zum einen die Wahl des Preistyps durch die Vertragsparteien überprüft. Zum anderen wird bei Aufträgen zu Marktpreisen die Verkehrsüblichkeit des Preises und bei Selbstkostenaufträgen die Höhe der Selbstkosten kontrolliert. Für Letzteres wird geprüft, ob die Preiskalkulation des Auftragnehmers LSP konform ist. Nach einer erfolgten Preisprüfung wird von den zuständigen Preisprüfern in der Regel ein Preisprüfungsbericht erstellt und an den Auftraggeber sowie üblicherweise auch an den Auftragnehmer weitergeleitet (Ebisch et al. 2010, RdNr. 88 zu § 1 VO PR Nr. 30/53).

2. Verhältnis vom Preisrecht zum Vergaberecht

Sowohl das Vergaberecht als auch das Preisrecht haben das Ziel, das öffentliche Beschaffungswesen marktgerecht zu gestalten (Brüning 2012, S. 44). Ebenso tragen beide Regelungsregime zu der Erfüllung des haushaltrechtlichen Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei. Allerdings setzen das Vergaberecht und das Preisrecht unterschiedliche Mittel ein. Die Verdingungsordnungen stellen allgemeine Verhaltensvorschriften für den öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung dar. Im Gegensatz dazu bestimmen die Preisvorschriften, wie die Preise ermittelt und vereinbart werden müssen (Marx, in: Kularz et al. 2011, S. 627). Dies bedeutet, dass die VO PR Nr. 30/53 zwar nicht vorgibt, an welchen Bewerber der öffentliche Auftrag zu vergeben ist, aber den höchstzulässigen Preis bestimmt. Das Preisrecht ergänzt somit das Vergaberecht. Dies spiegelt sich auch in dem Grundsatz der VOL/A wider, da bei der Vergabe die entsprechenden Preisvorschriften zu beachten sind (§ 2 Abs. 4 VOL/A). Allerdings gilt, dass beide Normkomplexe unabhängig voneinander sind und normtechnisch, aufgrund der Entstehungsgeschichte, nicht aufeinander abgestimmt sind (Berstermann/Petersen 2007, S. 770).

Aus der fehlenden gesetzlichen Abstimmung resultiert, dass das Verhältnis von Vergaberecht und Preisrecht unklar ist. Denn die VO PR NR. 30/53 kennt im Gegensatz zu der aufgehobenen Bau Preisverordnung keinen Wettbewerbspreis. Der zuvor genannte vorrangig zu vereinbarenden Marktpreis ist im Preisrecht eigenständig definiert als der verkehrsübliche Preis für eine marktgängige Leistung. Dieser Marktpreis der Verordnung hat daher keinen direkten Bezug zu den Preisen, die sich im Rahmen einer Ausschreibung oder einer freihändigen Vergabe ergeben (Berstermann/Petersen 2007, S. 770). Allerdings hat der Verordnungsgeber bereits im ersten Runderlass zur VO PR NR. 30/53 im Jahr 1953 ausgeführt: „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. Freihändige Vergabe bedeutet nicht, dass Selbstkostenpreise anzuwenden sind.“ Dieser Grundsatz wird allerdings durchaus unterschiedlich ausgelegt.

Auf der einen Seite folgert zum Beispiel Marz, dass die Vergabe von Leistungen im Wettbewerb (sowohl Ausschreibung als auch die freihändige Vergabe) unter mehreren Bietern prinzipiell zu Marktpreisen im Sinne der VO PR NR. 30/53 führt (Marx, in: Kulartz et al. 2011, S. 627). Des Weiteren kann nach Ansicht von Michaelis/Rhösa grundsätzlich nur der Auftraggeber aufgrund der eingegangenen Angebote sowie seiner Marktkenntnis und nicht die Preisprüfer entscheiden, ob tatsächlich die Preise ordnungsgemäß zustande gekommen sind (Michaelis/Rhösa Stand 2012, S. 7 zu VO PR Nr. 30/53). Demgegenüber betonen Ebisch et al., dass es noch nie der Auffassung der Preisbehörden entsprochen hat, die aus einer Ausschreibung resultierenden Preise automatisch als Marktpreise im Sinne der VO PR NR. 30/53 anzuerkennen. Vielmehr ist grundsätzlich die zweite Tatbestandsvoraussetzung des § 4 Abs. 1 zu prüfen, ob der im Wettbewerb zustande gekommene Angebotspreis des jeweiligen Anbieters auch dem verkehrsüblichen Preis entspricht (Ebisch et al. 2010, RdNr. 70 zu § 4 VO PR Nr. 30/53). Dies hat insbesondere zwei Folgen: Erstens stellt der betriebssubjektive Marktpreis und nicht der Wettbewerbspreis die zulässige Preisobergrenze dar. Zweitens bedeutet dies, unabhängig von dem tatsächlich vorhandenen Wettbewerb, dass Selbstkostenpreise anzuwenden sind, sofern die Verkehrsüblichkeit des Preises nicht feststellbar ist. Die Preisvorschriften beinhalten somit ein grundsätzliches Prüfungsrecht und beanspruchen als Folge auch im funktionierenden Wettbewerb ihre Geltung.

Unabhängig vom Wettbewerbspreis gewinnt die VO PR Nr. 30/53 insbesondere dann an Bedeutung, sofern der Wettbewerb unter den Anbietern gestört ist und im Grunde das Vergaberecht allein nicht mehr seine Zielsetzung erfüllen kann. In diesem Fall begrenzen die Preisvorschriften den Preis auf die Höhe der Selbstkosten und legen fest, wie die Selbstkosten zu bestimmen sind.

3. Unterschiede im Geltungsbereich

Wie eingangs genannt wird eine Veränderung des Geltungsbereichs der VO PR Nr. 30/53 diskutiert. Um einen möglichen Anpassungsbedarf abzuleiten, wird im Folgenden der heutige Geltungsbereich mit dem Anwendungsbereich des Vergaberechts (hinsichtlich der Vorschriften des GWB) verglichen. Die unterschiedlichen Geltungsbereiche der zwei Regelungsregime resultieren im Wesentlichen aus den zu Grunde gelegten Begriffsverständnissen hinsichtlich des öffentlichen Auftraggebers. Die VO PR Nr. 30/53 gilt bindend, wie oben aufgezählt, für die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber, also den juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Im Gegensatz dazu wird im Vergaberecht seit den EG-Vergaberechtlinien in den Jahren 1992 und 1993 das „funktionelle“ Begriffsverständnis verwendet (Noch 1999, S. 94). So wird z. B. nach § 98 Nr. 2 GWB auch die privatrechtlich organisierte Aufgabenerledigung der Verwaltung unter bestimmten Voraussetzungen vom Vergaberecht erfasst (Brüning 2012, S. 643). Hintergrund der damaligen Richtlinien war, dass die öffentliche Hand zunehmend hoheitliche Tätigkeiten entweder in privater Rechtsform oder durch private Dritte erledigen ließ (Noch 1999, S. 95). Entsprechend stellt die Änderung keine quantitative Ausweitung des Geltungsbereichs dar, sondern schränkte nur die beobachtete „Flucht ins Privatrecht“ (Noch 1999, S. 95) ein.

Die VO PR Nr. 30/53 kennt diese funktionelle Sichtweise nicht und erfasst damit keine Konstellationen, bei denen ein privatwirtschaftliches Subunternehmen Aufträge in eigenem Namen vergibt, obwohl diese inzwischen aufgrund zahlreicher Privatisierungen und moderner Kooperati-

onsmodelle wie z. B. Public Private Partnerships häufig vorzufinden sind. Wird ein Auftrag an ein privatwirtschaftliches Unternehmen delegiert und vergibt dieses Unternehmen den Auftrag in eigenem Namen weiter, existiert keine Bindung an das öffentliche Preisrecht. Nur auf ausdrückliches Verlangen des Auftraggebers gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 wird die Verordnung auch auf mittelbare Leistungen ausgedehnt. Mittelbare Leistungen liegen in dem eben beschriebenen Fall einer Weitergabe des Auftrags an ein privatwirtschaftliches Unternehmen vor. Die Organisation oder eine anderweitig begründete Abhängigkeit des Auftragnehmers vom Auftraggeber sind an dieser Stelle irrelevant (Ebisch et al. 2010, RdNr. 41ff. zu § 2 VO PR NR. 30/53). Ein weiterer Unterschied im Geltungsbereich besteht bei In-House-Geschäften. Bei diesen rein formellen Privatisierungen, zu denen auch Zusammenschlüsse verschiedener Gebietskörperschaften gezählt werden können, handelt es sich auf der ersten Ebene nicht um Beschaffungsvorgänge, sondern nur um eine Form der innerstaatlichen Verwaltungsorganisation (vgl. Brüning 2012, S. 644). Folgerichtig ist in diesem Fall das Vergaberecht, wenn auch unter strengen Bedingungen, nicht anzuwenden. Die VO PR Nr. 30/53 kennt im Gegensatz dazu diesen Ausnahmetatbestand nicht, da der Geltungsbereich nicht vom Auftragnehmer abhängig ist. Wieso allerdings bei In-House-Geschäften das Preisrecht angewendet wird, erscheint durchaus fragwürdig.

Zusammenfassend spiegelt die aus den 50iger Jahren stammende VO PR Nr. 30/53 die heutige Form der hoheitlichen Auftragserfüllung somit nicht mehr vollständig wider und entsprechende Anpassungsbedarfe können identifiziert werden. An dieser Stelle wird aber dem Hinweis von Brüning zugestimmt, dass eine reine Angleichung der Auftraggeberbegriffe ohne die Prüfung von Ausnahmetatbeständen nicht zu empfehlen ist (Brüning 2012, S. 645).

4. Zwischenfazit

Es zeigt sich, dass das öffentliche Preisrecht grundsätzlich einen eigenen Normkomplex neben dem Vergaberecht darstellt. Insbesondere bei Wettbewerbsbeschränkungen erlangt die VO PR Nr. 30/53 (und die LSP) an Bedeutung, da diese in diesem Fall unter anderem den Vorrang von Festpreisen und die Höhe des zulässigen Preises bestimmen. Dennoch ist auch festzustellen, dass, obwohl beide Normkomplexe im Grunde das gleiche Ziel verfolgen, die marktwirtschaftliche Einordnung des öffentlichen Auftragswesens, diese sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich des Geltungsbereichs nicht aufeinander abgestimmt sind. Aufgrund dessen sind die aktuellen Reformbemühungen durchaus zu begrüßen. Allerdings existieren bisher keine empirischen Forschungen, welche Anwendung und Bedeutung die VO PR Nr. 30/53 in der Praxis erfährt und welche Probleme auftreten. An dieser Stelle setzt die im anschließenden Kapitel dargestellte empirische Untersuchung an.

III. Empirische Untersuchung

1. Vorgehen

Für die Untersuchung wurde die jährlich in Berlin stattfindende Veranstaltung „Schulung und Erfahrungsaustausch der Wirtschaftssachverständigen und Preisprüfer des Bundesgebietes zu Fragen der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“ besucht und als Möglichkeit zur schriftlichen Befragung der 82 zum Zeitpunkt der Untersuchung (6.10.2011) anwesenden Preisprüfer genutzt. Im Ergebnis zeigte sich ein Rücklauf von 54 Fragebögen, was einer Rücklaufquote von ca. 66% entspricht.

Die genannte Vorgehensweise ermöglichte es, die Notwendigkeit und den möglichen Mehrwert der Studie vor Ausgabe der Fragebögen zu unterstreichen. Zudem bestand über die gesamte Dauer der Befragung die Gelegenheit, auf Verständnisprobleme der Befragten einzugehen und diese zu lösen. Die Befragung der Preisprüfer ist zudem sinnvoll, da sie die korrekte Anwendung des öffentlichen Preisrechts in der Praxis überwachen. Im Rahmen dieses Beitrags kann nur auf ausgewählte Ergebnisse eingegangen werden. Diese gliedern sich in vier Bereiche: Struktur der geprüften Aufträge, Preistypen der Aufträge, Korrekturen der Preistypen und spezifische Probleme.

2. Ergebnisse

a) Struktur der geprüften Aufträge

Zuvor ist dargelegt worden, dass die VO PR Nr. 30/53 unabhängig vom Vergaberecht bei allen öffentlichen Aufträgen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts Relevanz besitzt. Eine besondere Geltung erlangt die VO PR Nr. 30/53, wenn im Zuge der Vergabe kein Marktpreis herbeigeführt wird und entsprechend Selbstkostenpreise anzuwenden sind. Bisher gibt es aber keine empirischen Daten darüber, welche öffentlichen Aufträge hiervon tatsächlich betroffen sind und für welche somit Änderungen der Verordnung bzw. der LSP besonders relevant sind. Im Folgenden wird diese Lücke geschlossen, indem vier Kriterien (Unternehmensgröße, Branchenzugehörigkeit, Größe, Laufzeit) der geprüften Aufträge zu Selbstkosten betrachtet werden. Hinsichtlich der Unternehmensgröße ist eine Gleichverteilung der geprüften Aufträge festzustellen. Abgefragt wurde die Häufigkeit von Selbstkostenprüfungen bei kleinen (Umsatzerlöse kleiner als 10 Mio. € oder Mitarbeiterzahl kleiner als 50), mittelgroßen (Umsatzerlöse kleiner als 39 Mio. € oder Mitarbeiterzahl kleiner als 250) oder großen (Umsatzerlöse mindestens 39 Mio. € und Mitarbeiterzahl mindestens 250) Unternehmen. Lediglich ca. 12% (10%) [25%] der Antwortenden gaben an, dass kleine (mittelgroße) [große] Unternehmen selten oder nie als Auftragnehmer öffentlicher Aufträge einer Prüfung der Selbstkosten unterzogen werden. Demgegenüber sind Angaben im Bereich „Sehr häufig“ oder „Häufig“ mit ca. 51% (59%) [50%] bei kleinen (mittelgroßen) [großen] Unternehmen von mindestens jedem zweiten Preisprüfer gemacht worden.

Neben der Unternehmensgröße ist auch die Branche abgefragt worden. In Tabelle 1 sind die Ergebnisse zusammengefasst.

	Sehr häufig	Häufig	Gelegentlich	Selten	Nie	n
Rüstungsindustrie	43,4%	37,7%	9,4%	3,8%	5,7%	53
Kommunale Ver- und Entsorgung	2,2%	4,4%	11,1%	44,4%	37,8%	45
Medizin	2,0%	10,2%	40,8%	20,4%	26,5%	49
Logistik	2,4%	9,5%	23,8%	38,1%	26,2%	42
Informationstechnik	12,2%	36,7%	36,7%	8,2%	6,1%	49
Wissenschaft / Forschung (BMBF)	24,5%	56,6%	15,1%	1,9%	1,9%	53

Tabelle 1: Durchgeführte Selbstkostenpreisprüfungen nach Branchen

Quelle: Eigene Darstellung

Anzumerken ist, dass die Auswahl der Branchen vorab auf Basis eigener Erfahrungen erfolgte. Im Rahmen des Fragebogens bestand aber für die Preisprüfer die Möglichkeit, weitere Branchen zu benennen, welches allerdings nicht erfolgte. Es ist zu erkennen, dass Selbstkostenpreise insbesondere bei Rüstungs- und Forschungsaufträgen auftreten. Des Weiteren sind diese häufiger auch bei der Beschaffung von Informationstechnik anzufinden. Seltener sind demgegenüber Prüfungen im Bereich der Entwicklungshilfe, der kommunalen Ver- und Entsorgung und bei medizinischen Beschaffungen.

Ein weiteres abgefragtes Kriterium stellt das Auftragsvolumina der geprüften Selbstkostenaufträge dar. Im Ergebnis werden insbesondere Aufträge mit geringem (50.000 bis 250.000 €), mittlerem (250.000 bis eine Mio. €) und hohem (eine Mio. bis zehn Mio. €) Volumen geprüft. So werden Aufträge mit geringen (mittleren) [hohen] Auftragsvolumina von ca. 63% (70%) [48%] der Respondenten sehr häufig oder häufig einer Selbstkostenprüfung unterzogen. Noch kleinere oder größere Aufträge werden eher selten geprüft. Üblich ist zudem eine mittelfristige Laufzeit der Selbstkostenaufträge von einem Jahr bis zu fünf Jahren. Ca. 89% der Prüfer machten diese Angabe, sodass kurz- (< 1 Jahr) oder langfristige (> 5 Jahre) Aufträge kaum relevant sind.

b) Markt- und Erstattungspreise häufigste geprüfte Preistypen

Im Rahmen der Darstellung des Status quo wurde aufgezeigt, dass hinsichtlich des Preistyps zwei wichtige Prinzipien existieren: Marktpreisvorrang und Festpreisvorrang. Somit kann erwartet werden, dass beide Preistypen entsprechend häufig in der Praxis vorkommen. In Tabelle 2 sind die festgestellten Preistypen im Rahmen der Preisprüfungen dargestellt.

	Sehr häufig	Häufig	Gelegentlich	Selten	Nie	n
Marktpreis	7,4%	51,9%	31,5%	9,3%	0,0%	54
Selbstkostenfestpreis	0,0%	17,0%	45,3%	34,0%	3,8%	53
Selbstkostenrichtpreis	0,0%	3,9%	23,1%	38,5%	34,6%	52
Selbstkostenerstattungspreis	35,2%	59,3%	5,6%	0,0%	0,0%	54

Tabelle 2: Festgestellte Preistypen im Rahmen der Preisprüfungen

Quelle: Eigene Darstellung

Aus den empirischen Daten in Tabelle 2 ist ersichtlich, dass Marktpreise durchaus üblich sind, da diese sehr häufig (ca. 7% der Antworten), häufig (ca. 52% der Antworten) oder zumindest gelegentlich (ca. 31% der Antworten) geprüft werden. Am häufigsten liegen allerdings Erstattungspreise bei den geprüften Unternehmen rechtlich vor (häufig ca. 59% der Antworten und sehr häufig ca. 35% der Antworten). Angaben im Bereich „Selten“ oder „Nie“ wurden bzgl. der Erstattungspreise von keinem der Prüfer gemacht. Wesentlich seltener treten Fest- und Richtpreise auf. Im Folgenden wird diskutiert, inwieweit die Ergebnisse den Erwartungen in Anbetracht der zwei genannten Prinzipien entsprechen.

Im Vergleich könnte zunächst gefolgert werden, dass Marktpreise in der Praxis einen geringeren Stellenwert als Selbstkostenpreise besitzen und daher das Ziel der Verordnung im Grunde verfehlt wird. Allerdings ist eine wahrscheinliche Erklärung für das Ergebnis, dass bei vereinbarten Selbstkostenpreisen wesentlich häufiger, etwa durch den öffentlichen Auftraggeber eingeleitet, eine Preisprüfung erfolgt. Daher kann an dieser Stelle keine genaue Aussage zu dem Verhältnis von Marktpreisen zu Selbstkostenpreisen getroffen werden. Entsprechend sind hier zukünftige Untersuchungen sinnvoll, welche Bedeutung Marktpreise tatsächlich haben und inwieweit ggf. Änderungen an der Verordnung sinnvoll sind, um den Anteil von Marktpreisen bei öffentlichen Aufträgen zu erhöhen.

Ein sehr überraschendes und bemerkenswertes Ergebnis ist in Anbetracht des Festpreisvorangs der VO PR Nr. 30/53 allerdings, dass Erstattungspreise wesentlich häufiger als Festpreise vereinbart werden. Dieser große Unterschied kann sicherlich auch nicht auf eine Verzerrung durch eine unterschiedliche Prüfungswahrscheinlichkeit zurückgeführt werden. Daher zeigen die Ergebnisse, dass die Verordnung anscheinend nicht zu dem selbstgesteckten Ziel führt. Über mögliche Gründe könnte an dieser Stelle nur spekuliert werden. Vor einer Ausweitung des Geltungsbereichs der Verordnung kann aber nur empfohlen werden, näher zu untersuchen, bei welchen Aufträgen und warum so häufig Selbstkostenertattungspreise vereinbart bzw. festgestellt werden, um mögliche Anpassungen zur Zielerreichung vornehmen zu können.

c) Unsicherheiten bei der Bestimmung des korrekten Preistyps

Neben der Verteilung der Preistypen wurde ebenso die Frage aufgenommen, wie häufig es zu Abweichungen zwischen dem vereinbarten und dem festgestellten Preistyp durch die Preisprüfer kommt, also wie häufig ein unzutreffender Preistyp zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart worden ist. Die Ergebnisse sind in Tabelle 3 zusammengefasst.

	Sehr häufig	Häufig	Gelegentlich	Selten	Nie	n
Marktpreis vereinbart, aber Selbstkostenpreis geprüft	3,7%	25,9%	53,7%	16,7%	0,0%	54
Selbstkostenpreis vereinbart, aber Marktpreis geprüft	0,0%	3,8%	24,5%	50,9%	20,8%	53

Tabelle 3: Änderung des Preistyps im Rahmen der Preisprüfungen

Quelle: Eigene Darstellung

Es ist ersichtlich, dass durchaus häufig ein Marktpreis von den Vertragspartnern vereinbart wird, die Preisprüfer aber einen Selbstkostenpreis feststellen. Im Gegensatz dazu wird eher selten ein vereinbarter Selbstkostenpreis in einen Marktpreis korrigiert. Das Ergebnis ist erstaunlich, denn im Grunde führt somit eine Preisprüfung dazu, dass seltener dem Marktpreisvorrang und damit der Intention der VO PR Nr. 30/53 entsprochen wird.

Unabhängig von diesem vermeintlichen Widerspruch kann es problematisch sein, wenn häufig durch die Preisbehörden Markt- in Selbstkostenpreise korrigiert werden, insbesondere da eine Preisprüfung regelmäßig erst nach dem Vertragsabschluss bzw. der Leistungserstellung erfolgt. In diesem Fall hat die Umwandlung zwei unbefriedigende Folgen. Zum einen kann dann durch die Preisbehörden nur schwer der Selbstkostenpreis im Sinne der Vertragsparteien bestimmt werden. Denn sowohl die VO PR Nr. 30/53 als auch die LSP beinhalten auch bei Selbstkostenpreisen erhebliche Vereinbarungsspielräume. Dies sind unter anderem Preisvorbehalte bzw. Preisgleitklauseln, mögliche Sonderabschreibungen, abweichende Bewertung von Stoffen, Wagniskosten sowie die Gewinnhöhe (Ebisch et al. 2010, RdNr. 4 zu LSP Nr. 4 und RdNr. 1 f zu LSP Nr. 6). Grundsätzlich dürften entsprechende Vereinbarungen allerdings fehlen, sofern erst im Rahmen einer nachträglichen Preisprüfung ein Selbstkostenpreis festgestellt wird.

Zum anderen widerspricht dies auch der Neutralität des Preisrechts. Denn auch wenn die Verordnung zu der Erfüllung des Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beiträgt, ist die VO PR Nr. 30/53 sowohl in inhaltlicher Hinsicht als auch die verankerte Ausübung durch die Preisbehörden neutral ausgestaltet (vgl. zur Neutralität der Verordnung Ebisch et al. 2010, RdNr. 8 zu Einf. VO PR Nr. 30/53). Eine nachträgliche Änderung des Preistyps geht aber immer zu Lasten des Auftragnehmers. Denn liegt der vereinbarte „Markt“-Preis über dem Selbstkostenpreis, ist der Preis auf die Selbstkosten begrenzt. In den Fällen, in denen der vereinbarte Preis unter dem Selbstkostenpreis liegt, erfolgt aufgrund des Höchstpreisprinzips keine Anpassung.

Zunächst kann zu diesem Problem angemerkt werden, dass die grundsätzliche Berechtigung der Preisbehörden, einen Selbstkostenpreis festzustellen, wenn dieser nicht vereinbart ist, durchaus umstritten ist (vgl. hierzu auch Ebisch et al. 2010, RdNr. 82ff. zu § 1 VO PR Nr. 30/53). Denn in den maßgeblichen Preisvorschriften (§ 1 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53; § 5 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53), aus denen der Marktpreisvorrang hervorgeht, wird grundsätzlich darauf abgestellt, dass keine anderen Preise vereinbart werden dürfen. In der Verordnung ist allerdings kein Wortlaut zu finden, dass Selbstkostenpreise beim Vorliegen bestimmter Bedingungen gelten oder anzuwenden sind. Dennoch ist die Praxis der Preisprüfung, dass Selbstkostenpreisvorschriften stets angewendet werden, wenn die Voraussetzungen für die Vereinbarungen von Selbstkostenpreisen gegeben sind, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien dies vereinbaren (Ebisch et al. 2010, RdNr. 85 zu § 1 VO PR Nr. 30/53).

Aufgrund der bloßen Häufigkeit der Änderung erscheint es nicht nur vor dem Hintergrund aktueller Reformbemühungen geboten zu sein, näher zu untersuchen, warum Marktpreise korrigiert werden und ob die jetzige Anwendung tatsächlich dem Primat der VO PR Nr. 30/53, Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze, entspricht. Eine mögliche Ursache könnte die zuvor genannte Bedingung für die preisrechtliche Zulässigkeit eines Marktpreises unabhängig vom Wettbewerb sein: die Feststellbarkeit des betriebssubjektiven Marktpreises. In der Praxis resultiert für den Auftragnehmer hieraus meist eine Nachweispflicht. Anhand von getätigten Umsatzakten muss dieser die Verkehrsüblichkeit des Preises aufzeigen (Müller 2011, S. 723). Sollte dies tatsächlich

die Ursache sein, erscheint es zumindest fragwürdig, ob diese Auslegung der VO PR Nr. 30/53 tatsächlich angemessen ist. Eine zusätzliche Ursache könnten auch geringe preisrechtliche Kenntnisse der Akteure sein. Des Weiteren ist möglich, dass Marktpreise z. B. zur Vermeidung von aufwendigen Kalkulationen sowie der möglichen damit korrespondierenden Prüfungen favorisiert werden.

d) Spezifische Probleme in der Prüfungspraxis

Die Befragung beinhaltete zusätzlich eine offene Frage nach den größten Problemen in der Prüfungspraxis, um weitere Forschungsbedarfe aufzudecken. Die wesentlichen Probleme sind in der folgenden Tabelle 4 dargestellt sowie um exemplarische Zitationen der Angaben einzelner Prüfer ergänzt.

Identifizierte Probleme (Zusammenfassend)	Exemplarische Angaben der Preisprüfer bei der Frage nach den größten Problemen in der Prüfungspraxis
<ul style="list-style-type: none"> Unzureichende Kenntnis des Preisrechts und vor allem der LSP seitens der Auftraggeber und der Auftragnehmer 	<ul style="list-style-type: none"> „Schlechte Vorbereitung“ „Die Unkenntnis der Firmen bzgl. der VO PR NR. 30/53 sowie der LSP, aber auch der öffentlichen Auftraggeber“ „Kenntnisse der LSP und VOPR bei KMU teilweise unzureichend“ „Mangel an qualifizierten Auskunftspersonen in den Firmen“ „Dass Unterlagen im prüffähigen Zustand vorliegen“
<ul style="list-style-type: none"> Unzureichendes Rechnungswesen 	<ul style="list-style-type: none"> „Das Rechnungswesen ist nicht auf die LSP abgestimmt (LSP Nr. 2), bzw. es existiert keine Kostenrechnung im Sinne der LSP“ „Fehlen geordnetes Rechnungswesen“ „Kein LSP-gerechtes Rechnungswesen vorhanden (hauptsächlich KMU)“
<ul style="list-style-type: none"> Unsicherheiten beim Ansatz von Pensionsrückstellungen 	<ul style="list-style-type: none"> „Zinsfuß Pensions-RSt“ „Ansatz von Pensions-RSt lt. BilMoG bzw. HGB“ „Bewertung Pensions-RSt LSP/ HGB/ BilMoG“ „Nach Preisrecht zukünftig nur Anerkennung der steuerlichen Zuführungen bei den Pensions-RSt im Gegensatz zu BilMoG-/IFRS-Ansatz“
<ul style="list-style-type: none"> Unsicherheiten beim Marktpreis 	<ul style="list-style-type: none"> „Unsicherheit hinsichtlich Definition Preistyp (Marktpreis)“ „Marktpreise aufgrund von Ausschreibungen bei denen kein ausreichender Wettbewerb vorhanden war (nur 1 Bieter)“

Tabelle 4: Probleme in der Prüfungspraxis

Quelle: Eigene Darstellung

Das häufigste Problem stellen unzureichende preisrechtliche Kenntnisse der Auftragnehmer sowie der Auftraggeber dar. Es ist zu vermuten, dass diese Defizite vor allem bei kleinen oder mittleren Unternehmen auftreten, was auch von einem Preisprüfer explizit genannt wurde. Die

Unkenntnis bezieht sich insbesondere auf die LSP, wodurch wahrscheinlich auch das zweite Problem, ein unzureichendes Rechnungswesen, bedingt sein dürfte. Bemerkenswert ist des Weiteren, dass auch die Preisprüfer unsicher sind, wann Marktpreise vorliegen. Diese Unsicherheit dürfte auch durch die fehlende Abstimmung zwischen Vergabe- und Preisrecht bedingt sein.

Zusammenfassend ist aufgrund der Mehrfachnennung verschiedener Probleme zu konstatieren, dass die VO PR Nr. 30/53 in seiner aktuellen Form bei der praktischen Umsetzung durchaus Konfliktpotentiale beinhaltet. Dies unterstreicht insbesondere infolge der aktuellen Reformüberlegungen auch den Handlungsbedarf für die wissenschaftliche Forschung.

3. Limitationen

Die Aussagekraft der Ergebnisse wird dadurch begrenzt, dass ausnahmslos Preisprüfer befragt worden sind. Diese bestimmen zwar schwerpunktmäßig die Ausführung der VO PR Nr. 30/53 (Ebisch et al. 2010, RdNr. 8 zu Einf. VO PR Nr. 30/53), dennoch spiegeln die Ergebnisse nicht alle öffentlichen Aufträge sondern nur die geprüften Aufträge wider. Des Weiteren liegt der Befragung grundsätzlich nur eine Ordinalskala zugrunde. Daher können die Ergebnisse einzelner Fragen nicht miteinander verknüpft werden und es lassen sich auch keine Verhältnisse hinsichtlich einzelner Merkmale bilden. Dies führt im Ergebnis dazu, dass letztendlich keine statistischen Aussagen getroffen werden können, welche Bedeutung die einzelnen Preistypen oder die Änderung des Preistyps in der Praxis haben.

Eingewendet werden kann aber, dass die empirische Untersuchung eine erste Bestandsaufnahme der Praxis des öffentlichen Preisrechts darstellt. Bisher wurden keine Untersuchungen dieser Art durchgeführt, sodass der vorliegende Beitrag ein wichtiger Schritt in Richtung einer adäquaten wissenschaftlichen Betrachtung des Preisrechts vor dem Hintergrund der aktuellen Reformbemühungen ist. Er liefert wichtige Anhaltspunkte für zukünftige Untersuchungen.

IV. Fazit

Zunächst wurde in diesem Artikel der Status quo des Preisrechts bei öffentlichen Aufträgen zu Selbstkosten dargestellt. Es zeigt sich, dass das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen als eine Ergänzung zum Vergaberecht gesehen werden kann. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur Anwendung von Selbstkosten bei Wettbewerbsbeschränkungen. Allerdings sind beide Regelungswerke sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich des Geltungsbereichs nicht aufeinander abgestimmt. Aufgrund dessen sind die aktuellen Reformbemühungen zu begrüßen. Jedoch mangelt es aktuell an fundierter empirischer Forschung zu diesem Bereich, sodass kaum Informationen über die Anwendung in der Praxis und mögliche Probleme verfügbar sind.

An dieser Stelle setzte die in diesem Beitrag dargestellte empirische Untersuchung an, deren wesentlichen Beobachtungen zusammenfassend dargestellt worden sind. Insgesamt zeigte sich, dass Selbstkostenpreise grundsätzlich weitgefächert Anwendung finden, jedoch hauptsächlich bei Rüstungs- und Wissenschafts-/Forschungsaufträgen auftreten. Im Gegensatz zu den Grundprinzipien der VO PR Nr. 30/53, dem Markt- und Festpreisvorrang, ist festgestellt worden, dass ins-

besondere Erstattungspreise vereinbart werden und nicht selten ein Preisprüfer einen vereinbarten Marktpreis in einen Selbstkostenpreis korrigiert. Zudem konnten die folgenden Probleme identifiziert werden: Definition des Marktpreistyps, der Einhaltung der Vorschriften bzgl. eines angemessenen Rechnungswesens, der Ansatz von Pensionsrückstellungen sowie die oftmals nicht ausreichenden LSP-Kenntnisse der Auftragnehmer und der Auftraggeber. In diesen Bereichen ergeben sich dementsprechend Ansatzpunkte für zukünftige Forschungsbemühungen, die aufgrund der aktuell gegebenen Reformbemühungen zeitnah zu sinnvollen und praktikablen Anpassungen der VO PR Nr. 30/53 bzw. der LSP führen könnten.

Abstract

Andreas Hoffjan, Timo Hövelborn and Christian Strickmann; Price regulation for public procurement – Status quo and empirical findings in view of current reform efforts

Cost-based Pricing; Public Procurement; Price Regulation; Public Procurement Law; Price Regulation Auditors, Survey

Price regulation for public procurement displays a separate framework complementary to public procurement law. In Germany, the regulatory framework has been implemented in 1953 and ever since only marginally revised. Current circumstances as e.g. changing markets have not yet been adequately considered. As a consequence, a reform of the existing framework is currently discussed. Nevertheless, despite of its relevance, the price regulation is not widely known in science and practice. Therefore, the article presents areas of application and objectives of the price regulation. The main intention is to identify existing application problems of current legislation based on a survey of regulation auditors. As a result, directions for further research to support the reform efforts are given.

Literaturverzeichnis

- Berstermann, Andreas und Malte Petersen (2007), Das Preisrecht – Bedeutungsloses Relikt aus dem letzten Jahrtausend oder praxisrelevante Ergänzung des Vergaberechts?, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht, Heft 8, S. 767-771.
- Berstermann, Andreas (2011), Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, in: Vergaberecht, hrsg. von Hermann Pünder und Martin Schellenberg, Baden-Baden, S. 2067-2171.
- Birgel, Karl (1994), Öffentliches Auftragswesen und Preisrecht – Ein Ratgeber für die betriebliche Praxis, Berlin.
- Bontrup, Heinz-J. (2004), Volkswirtschaftslehre – Grundlagen der Mikro- und Makroökonomie, 2. Auflage, München.
- Brüning, Christoph (2012), Zum Verhältnis von öffentlichen Preisrecht und Vergaberecht, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht, Heft 7, S. 642-645.
- Coenenberg, Adolf G. (2003), Kostenrechnung und Kostenanalyse, 5. Auflage, Stuttgart.
- Dierkes, Mathias und Rolf Hamann (2009), Öffentliches Preisrecht in der Wasserrwirtschaft, Baden-Baden.
- Ebisch, Helmut, Joachim Gottschalk, Andreas Hoffjan, Hans-Peter Müller und Bettina Waldmann (2010), Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Auflage, München.
- Hoffjan, Andreas (2012), Ein Facelifting für das öffentliche Preisrecht, in: Zeitung für kommunale Wirtschaft, Heft 2, S. 11.

- Marx, Fridhelm (2011), Die Vorschriften über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (§ 2 Abs. 4 VOL/A EG), in: Kommentar zur VOL/A, hrsg. von Hans-Peter Kulartz, Fridhelm Marx, Norbert Portz und Hans-Joachim Prieß, S. 625-628.
- Michaelis, Hans und Carl Artur Rhösa (2012), Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Stand: 99. Aktualisierung, Heidelberg.
- Müller, Hans-Peter (2011), Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen – vorbeugendes Instrumentarium gegen Wettbewerbsverstöße, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, Heft 12, S. 720-725.
- Noch, Rainer (1999), Vergaberecht kompakt, Düsseldorf.
- Sulimma, Maryse (1991), Die Kostenrechnung der Unternehmen im Hinblick auf das Preisrecht des öffentlichen Auftragswesens unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Binnenmarktes. Ein Vergleich Deutschland/Frankreich, Diss., Frankfurt am Main.