

22.09.21

Wi

**Verordnung
des Bundesministeriums
für Wirtschaft und Energie**

**Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53
über die Preise bei öffentlichen Aufträgen****A. Problem und Ziel**

Um marktwirtschaftliche Grundsätze der Preisbildung auch im öffentlichen Auftragswesen durchzusetzen, regelt die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, dass beim Abschluss öffentlicher Aufträge grundsätzlich Marktpreisen der Vorzug vor Selbstkostenpreisen zu geben ist. Aufgrund öffentlicher Aufträge dürfen keine höheren Preise gefordert, versprochen, vereinbart, angenommen oder gewährt werden, als es nach den Bestimmungen der Verordnung zulässig ist.

Seit ihrem Erlass im Jahr 1953 wurde die Verordnung materiell kaum geändert, während Rechtsbereiche mit Berührungspunkten zur Regelungsmaterie, insbesondere das Vergaberecht, aber auch das Handelsrecht und das Steuerrecht, vielfältigen Änderungen unterlagen. Es ist erforderlich, die Verordnung insbesondere in ihrem Kern, dem Marktpreisvorrang sowie den Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) an die aktuellen Gegebenheiten anzupassen und damit für die Anwendungspraxis sowohl der öffentlichen Auftraggeber, der Auftragnehmer als auch der Preisprüfbehörden der Länder wesentliche Erleichterungen zu schaffen.

B. Lösung

Das Kernstück der Verordnung PR Nr. 30/53 ist deren § 4 (Preise für marktgängige Leistungen). Die darin enthaltenen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Marktpreises, den das anbietende Unternehmen für die nachgefragte Leistung nachzuweisen hat, werden klarer gefasst und auf die tatsächlichen Verhältnisse einerseits des allgemeinen Marktes sowie des durch Vergabeverfahren jeweils geschaffenen besonderen (Aus-schreibungs-)Marktes ausgerichtet.

Damit wird der Marktpreisnachweis insbesondere für den besonderen Markt erleichtert und zulässige Preisprüfungen durch die zuständigen Preisbehörden der Länder können zunehmend entfallen.

Zugleich werden veraltete Verweise und Bezeichnungen aktualisiert.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Es entsteht mit dieser Verordnung kein messbarer zusätzlicher Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Aus den oben genannten Gründen entsteht auch kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft.

Die Maßstäbe, nach denen Preise für öffentliche Aufträge im Falle von Selbstkostenpreisen nach den LSP zu kalkulieren sind, werden grundsätzlich fortgelten. Es erfolgt eine Anpassung der LSP ausschließlich an die geltende Rechtslage, ohne dass dies messbare Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand hat.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Es werden keine Informationspflichten neu eingeführt, geändert oder aufgehoben.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Bund, Länder und Kommunen beschaffen als öffentliche Auftraggeber Leistungen, deren Preise den Vorschriften der Verordnung entsprechen müssen. Durch die Anpassungen entsteht für diese kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand. Auch für die Preisbehörden der Länder entsteht ein solcher aus den genannten Gründen nicht.

F. Weitere Kosten

Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

22.09.21

Wi

**Verordnung
des Bundesministeriums
für Wirtschaft und Energie**

**Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53
über die Preise bei öffentlichen Aufträgen**

Bundeskanzleramt
Staatsminister bei der Bundeskanzlerin

Berlin, 16. September 2021

An den
Präsidenten des Bundesrates
Herrn Ministerpräsidenten
Dr. Reiner Haseloff

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu erlassende

Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53
über die Preise bei öffentlichen Aufträgen

mit Begründung und Vorblatt.

Ich bitte, die Zustimmung des Bundesrates aufgrund des Artikels 80 Absatz 2 des Grundgesetzes herbeizuführen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hendrik Hoppenstedt

Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen

Vom ...

Auf Grund des § 2 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Buchstabe a des Preisgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 720-1, veröffentlichten bereinigten Fassung verordnet das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie:

Artikel 1

Die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BAnz 1953 Nr. 244), die zuletzt durch Artikel 70 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1864) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 4 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 werden folgende Absätze 2 bis 4 eingefügt:

„(2) Marktgängig ist eine Leistung, für die zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe ein Markt aus Angebot und Nachfrage für diese Leistung mit funktionierendem Wettbewerb besteht (allgemeiner Markt). Marktgängig ist eine Leistung auch, wenn zu ihrer Beschaffung durch ein Vergabeverfahren ein Markt geschaffen wurde, auf dem mindestens zwei Anbieter zuschlagsfähige Angebote abgegeben haben (besonderer Markt).

(3) Im Verkehr üblich ist der Preis, den der betreffende Anbieter für die Leistung im Wettbewerb regelmäßig durchsetzen kann.

(4) Gibt es für eine Leistung einen verkehrsüblichen Preis auf dem allgemeinen Markt, ist dieser maßgeblich im Sinne von Absatz 1. Gibt es für die Leistung auf dem allgemeinen Markt keinen verkehrsüblichen Preis, wird vermutet, dass der Preis, der auf einem besonderen Markt für die Leistung angeboten wird, im Verkehr üblich ist, wenn er sich unter den Bedingungen eines Wettbewerbs herausgebildet hat.“

b) Die bisherigen Absätze 2 bis 4 werden die Absätze 5 bis 7.

c) In dem neuen Absatz 7 wird die Angabe „1 bis 3“ durch die Angabe „1, 5 und 6“ ersetzt.

2. § 9 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

„(3) Die Entscheidung, ob eine Prüfung im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 stattfindet, treffen die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden nach pflichtgemäßem Ermessen.“

b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4.

3. § 12 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Für vor dem [einsetzen: *Datum des Tages des Inkrafttretens dieser Änderungsverordnung*] vergebene öffentliche Aufträge ist diese Verordnung in der bis zum Ablauf des ... [einsetzen: *Datum des Tages der dem Tag des Inkrafttretens dieser Änderungsverordnung vorgeht*] geltenden Fassung anzuwenden.“

4. Die Anlage Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten wird wie folgt geändert:

a) Nummer 8 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Bei der Bewertung der Güter und Dienste bleiben die nach dem Umsatzsteuergesetz abziehbaren Steuern und Beträge außer Ansatz. Die nach diesen Vorschriften nicht abziehbaren Steuern und Beträge sind Kosten im Sinne der Nummer 4.“

b) Der Nummer 13 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Brennstoff- und Energiekosten sind verrechnungstechnisch wie Betriebsstoffe zu behandeln.“

c) In Nummer 14 Absatz 3 werden die Wörter „buch- oder karteimäßig“ gestrichen.

d) Nummer 15 wird aufgehoben.

e) In Nummer 17 Absatz 2 wird die Angabe „1a“ durch die Angabe „2a“ und die Angabe „1b“ durch die Angabe „2b“ ersetzt.

f) Nummer 20 wird wie folgt geändert:

aa) Der Überschrift werden ein Komma und die Wörter „Personal oder Anlagen“ angefügt.

bb) Der Wortlaut wird wie folgt geändert:

aaa) Nach dem Wort „Stoffe“ werden ein Komma und die Wörter „Personal oder Anlagen“ eingefügt.

bbb) Das Wort „Stoffkosten“ wird durch das Wort „Kosten“ ersetzt.

g) Nummer 25 Absatz 1 Buchstabe a wird wie folgt gefasst:

„a) gesetzliche Sozialaufwendungen wie Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung (Renten-, Arbeitslosen-, Kranken-, Pflege- und Unfallversicherung),“.

h) Nummer 30 wird wie folgt geändert:

aa) In Buchstabe a werden nach dem Wort „Gewerbesteuer“ die Wörter „(auch Gewerbeertrag- und Lohnsummensteuer)“ gestrichen, nach dem Wort „Grundsteuer“ das Wort „und“ eingefügt und die Wörter „und die Steuer für den Selbstverbrauch (§ 30 des Umsatzsteuergesetzes)“ gestrichen.

bb) In Doppelbuchstabe aa werden die Wörter „den §§ 15 und 28 des Umsatzsteuergesetzes (Mehrwertsteuer)“ durch die Wörter „dem Umsatzsteuergesetz“ und das Wort „Vorsteuern“ durch das Wort „Steuern“ ersetzt.

- i) Nummer 31 wird aufgehoben.
- j) In Nummer 39 Absatz 3 werden die Wörter „Tagesneuwert der Anlage“ durch die Wörter „Anschaffungspreis oder Herstellkosten“ ersetzt.
- k) Nummer 44 wird wie folgt geändert:
 - aa) In Absatz 1 werden die Wörter „durch öffentliche Auftraggeber“ durch die Wörter „zu Aufträgen“ ersetzt.
 - bb) In Absatz 2 Satz 2 werden nach den Wörtern „notwendig sind“ das Komma durch das Wort „und“ ersetzt und die Wörter „die Forderungen aus Kriegsschäden und die Kriegsfolgeschäden“ gestrichen.
- l) In Nummer 45 Absatz 6 wird die Angabe „6“ durch die Angabe „5“ ersetzt.
- m) In Nummer 48 Absatz 2 Satz 1 wird nach den Wörtern „(Wagnisprämien) in“ das Wort „die“ durch das Wort „der“ ersetzt.
- n) Nummer 52 wird wie folgt geändert:
 - aa) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Das Entgelt für das allgemeine Unternehmerwagnis ist in einem Hundertsatz auf die Netto-Selbstkosten oder in einem festen Betrag zu bemessen.“
 - bb) In Absatz 3 werden die Wörter „oder mittels einfacher Schlüssel“ gestrichen.
 - cc) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„Ist die Höhe des Entgelts für das allgemeine Unternehmerwagnis für die Leistung durch die Vertragsparteien nicht bestimmt, ist der übliche Gewinnzuschlag im Rahmen öffentlicher Aufträge vorzusehen.“
- 5. In § 2 Absatz 2, § 5 Absatz 2 Nummer 1, § 10 Absatz 1 und in Nummer 43 Absatz 2 sowie in Nummer 52 Absatz 1 Satz 2 der Anlage werden jeweils die Wörter „Wirtschaft und Arbeit“ durch die Wörter „Wirtschaft und Energie“ ersetzt.

Artikel 2

Diese Verordnung tritt am ... (einsetzen: erster Tag des zweiten auf die Verkündung folgenden Quartals) in Kraft.

Der Bundesrat hat zugestimmt.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Um marktwirtschaftliche Grundsätze der Preisbildung auch im öffentlichen Auftragswesen durchzusetzen, regelt die Verordnung PR Nr. 30/53, dass beim Abschluss öffentlicher Aufträge grundsätzlich Marktpreisen der Vorzug vor Selbstkostenpreisen zu geben ist. Aufgrund öffentlicher Aufträge dürfen keine höheren Preise gefordert, versprochen, vereinbart, angenommen oder gewährt werden, als es nach den Bestimmungen der Verordnung zulässig ist.

Seit ihrem Erlass im Jahr 1953 wurde die Verordnung materiell kaum geändert, während Rechtsbereiche mit Berührungspunkten zur Regelungsmaterie, insbesondere das Vergaberecht, aber auch das Handelsrecht und das Steuerrecht, vielfältigen Änderungen unterlagen. Deshalb ist es erforderlich, die Verordnung insbesondere in ihrem Kern, dem Marktpreisvorrang sowie den Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) an die aktuellen Gegebenheiten anzupassen und damit für die Anwendungspraxis (öffentliche Auftraggeber, Auftragnehmer und Preisprüfbehörden der Länder) wesentliche Erleichterungen zu schaffen.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Die Anpassungen der Verordnung betreffen die Regelungen zur Marktpreiseigenschaft (§ 4) sowie zur Preisprüfung (§ 9). Durch die neue Regelung in § 4 wird der Nachweis des Marktpreises im Rahmen von Vergabeverfahren (besonderer Markt) für die Praxis erheblich vereinfacht. In § 9 wird klargestellt, dass die Entscheidung, ob eine Preisprüfung stattfindet, im pflichtgemäßen Ermessen der für die Preisüberwachung zuständigen Behörden steht.

III. Alternativen

Keine.

IV. Regelungskompetenz

Bei der Verordnung PR Nr. 30/53 handelt es sich um eine Ministerverordnung im Sinne des Artikel 80 Absatz 1, 2. Alt. GG. Gesetzliche Grundlage ist § 2 PreisG vom 10.04.1948. Danach ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie für den Erlass der Verordnung zuständig. Die Verordnung bedarf der Zustimmung des Bundesrates.

Diese Änderungsverordnung ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 2 PreisG vom 10.04.1948 gedeckt. Die Anpassungen ändern die Verordnung PR Nr. 30/53 weder in ihrem Regelungskern noch hinsichtlich ihres Regelungszweckes. Die Anpassungen führen nicht zu einer Ausweitung der Anwendung von Selbstkostenpreisen. Vielmehr wird insbesondere durch die Ergänzungen in § 4 Verordnung PR Nr. 30/53 die Feststellung der Anwendung eines Marktpreises erleichtert und somit die Geltung des Marktpreises gegenüber Selbstkostenpreisen gestärkt.

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Die Verordnung ist mit dem Recht der Europäischen Union und mit dem Völkerrecht vereinbar.

VI. Regelungsfolgen

Die Änderungen dienen dem Ziel, die Verordnung sowie die LSP an die aktuellen Rahmenbedingungen anzupassen.

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Durch die Anpassungen der Verordnung PR Nr. 30/53 werden insbesondere Feststellungen über das Vorhandensein eines Marktpreises vereinfacht. Dies bedeutet für die Betroffenen im Verfahren erhebliche Erleichterungen sowohl im Rahmen möglicher Preisprüfungen als auch in Vergabeverfahren.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Die Bundesregierung erkennt die zentrale Bedeutung guter Regierungsführung für nachhaltige Entwicklung an. Transparente und rechenschaftspflichtige Institutionen sind auch in Deutschland entscheidend für das Vertrauen der Bürger in den Staat sowie für ein gutes Investitionsklima (SDG 16.3 der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie), hierbei spielt nicht zuletzt die korrekte Verwendung von Steuergeldern eine wichtige Rolle. Die Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 trägt zu effektiven und rechenschaftspflichtigen Institutionen auf verschiedenen staatlichen Ebenen bei und unterstützt die Unternehmen bei ihrer Anwendung. Damit folgt sie dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung. Zielkonflikte mit anderen SDGs sind nicht erkennbar.

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Durch die Verordnung werden keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand verursacht.

4. Erfüllungsaufwand

Durch die Anpassungen entsteht kein Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger. Es entsteht auch kein Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft oder die öffentliche Verwaltung. Es werden keine Informationspflichten neu eingeführt, geändert oder aufgehoben.

Die Änderungen haben im Wesentlichen Erleichterungen für die von der Verordnung Betroffenen zur Folge.

Sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch die betroffenen Unternehmen dürften sich die Aufwände im Rahmen von Preisprüfungen durch die zuständigen Preisbehörden der Länder reduzieren. Für die Anwender entsteht somit kein messbarer zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

5. Weitere Kosten

Durch die Änderungen entstehen keine direkten oder indirekten Kosten für die Wirtschaft. Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

6. Weitere Regelungsfolgen

Im Zuge der gemäß § 2 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien vorzunehmenden Relevanzprüfung sind unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Lebenssituationen von Frauen und Männern keine Auswirkungen erkennbar, die gleichstellungspolitischen Zielen zuwiderlaufen.

VII. Befristung; Evaluierung

Es ist keine Befristung vorgesehen. Die Anpassungen dienen der Angleichung der Verordnung an die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wird in Abstimmung mit den anderen Bundesministerien den in Nr. 43 Absatz 2 LSP in Verbindung mit § 1 Verordnung PR Nr. 4/72 über die Bemessung des kalkulatorischen Zinssatzes auf 6,5 % festgelegten Höchstzinssatz für die kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals im Jahr 2022 extern evaluieren lassen, insbesondere vor dem Hintergrund der Zinsentwicklung in den letzten Jahren. Gegenstand der Evaluierung sind dabei auch die Auswirkungen einer möglichen Anpassung des Höchstzinssatzes auf die betroffenen Auftragnehmer und die Folgen einer Anpassung im Falle eines etwaigen künftigen Anstiegs der Zinsen. Auf der Grundlage der Evaluierung wird eine mögliche Anpassung des kalkulatorischen Höchstzinssatzes geprüft.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen)

Zu Nummer 1

Zu Buchstabe a

Zu Absatz 2

Die Neuregelung des Absatzes 2 stellt klar, dass Beschaffungen des öffentlichen Auftraggebers einerseits auf dem allgemeinen Markt und andererseits im Rahmen von Vergabeverfahren, die unter den genannten Voraussetzungen jeweils einen besonderen Markt bilden, erfolgen können.

Der Begriff der Marktgängigkeit wird an die bisher ergangene Rechtsprechung dazu angelehnt (zuletzt BVerwG, Urteil vom 13.4.2016 – 8 C 2.15). Voraussetzung für die Marktgängigkeit einer Leistung ist ein funktionierender Wettbewerb auf dem betreffenden Markt. Ein bloßes Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage, wie es auch bei gleichzeitigem Anbieter- und Nachfragemonopol der Fall wäre, genügt nicht (vgl. BVerwG a. a. O., Rn. 28, 46). Eine wettbewerbliche Preisbildung auf dem allgemeinen Markt ist bei einem Anbietermonopol bei gleichzeitig mehreren Nachfragern nicht per se ausgeschlossen. In der Regel wird zwar eine wettbewerbliche Preisbildung auf dem allgemeinen Markt einen Anbieterwettbewerb erfordern, letztlich sind jedoch stets die Umstände des konkreten Einzelfalls zu prüfen. Der allgemeine Markt ist nicht auf Güter des allgemeinen Bedarfs beschränkt.

Für den besonderen Markt, der durch das konkrete Vergabeverfahren geschaffen wird, bedarf es zwingend eines Anbieterwettbewerbs, da es im Rahmen eines Vergabeverfahrens stets nur einen Nachfrager gibt. Für ein Mindestmaß an Wettbewerb im Vergabeverfahren genügen zwei zuschlagsfähige Angebote. Diese können sich durch konkurrierende

Angebote im Rahmen der Ausschreibung oder durch Einholen von Vergleichsangeboten ergeben (so bereits BVerwG a. a. O., Rn. 45). Ein besonderer Markt kann auch in Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (z. B. auch bei einer Vergabe von freiberuflichen Leistungen nach § 50 UVgO) bestehen, wenn das jeweilige Verfahren bzw. Vorgehen zu mindestens zwei zuschlagsfähigen – nicht zwingend förmlichen – Angeboten geführt hat und auf diese Weise Wettbewerb geschaffen wurde.

Weitere Voraussetzung für den besonderen Markt ist, dass diese Angebote „zuschlagsfähig“ sein müssen. Das sind sie, wenn sie unter anderem den in den Vergabeunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die Leistung entsprechen. Das Angebot darf auch nicht wegen fehlender Eignung des Bieters (insbes. Leistungsfähigkeit und Fachkunde) oder wegen des Vorliegens von Ausschlussgründen i. S. d. §§ 123, 124 GWB bzw. § 31 Absatz 1 und 2 UVgO ausgeschlossen werden müssen. Die Verordnung bzw. die Preisprüfung dienen zwar nicht dazu, die Einhaltung vergaberechtlicher Vorgaben zu überprüfen oder gar zu korrigieren, insbesondere wenn eine mögliche vergaberechtliche Nachprüfung nicht veranlasst wurde. Jedoch würde § 4 Absatz 1 unterlaufen, wenn bereits bei Vorliegen mehrerer Angebote, unabhängig von deren Inhalt (z. B. auch Scheinangebote), stets für eine wettbewerbliche Preisbildung ausreichende Angebote angenommen würden. Gleiches gilt im Hinblick auf einen „funktionierenden Wettbewerb“ auf dem allgemeinen Markt bei einer feststellbaren missbräuchlichen Wettbewerbsbeschränkung.

Werden in einem Vergabeverfahren nicht mindestens zwei zuschlagsfähige Angebote abgegeben bzw. eingeholt, weil ein Anbietermonopol besteht oder weil ausnahmsweise vergaberechtlich die Einholung nur eines Angebots oder die Verhandlung mit nur einem Anbieter zulässig ist – gibt es also keinen besonderen Markt – liegt ein Marktpreis im Sinne von § 4 Absatz 1 gleichwohl vor, wenn die Leistung auf dem – ohnehin vorrangig maßgeblichen (siehe § 4 Absatz 4 Satz 1) – allgemeinen Markt marktgängig ist und sich dort für die Leistung ein verkehrsüblicher Preis herausgebildet hat.

Zu Absatz 3

Der Begriff der „Verkehrsüblichkeit des Preises“ wird nunmehr definiert, als der Preis, den der betreffende Anbieter für die Leistung im Wettbewerb regelmäßig durchsetzen kann, sei es auf dem allgemeinen Markt oder auf besonderen Märkten.

Es wird klargestellt, dass für die Verkehrsüblichkeit des Preises ausschließlich die Preise maßgeblich sind, die das betreffende Unternehmen selbst am Markt durchsetzen konnte. Folglich scheiden Durchschnittspreise oder Preisspannen aus Angebotspreisen verschiedener Anbieter aus (vgl. BVerwG a. a. O., Rn. 22 f.). Damit wird das in Rechtsprechung und Literatur bereits etablierte Institut des „betriebssubjektiven Preises“ in der Verordnung festgeschrieben.

Die „Verkehrsüblichkeit des Preises“ enthält eine dynamische Komponente. Ein Preis kann nur dann als verkehrsüblich anerkannt werden, wenn er sich stetig im Wettbewerb am Markt durchzusetzen vermochte. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass sich im Zeitverlauf auch Preissteigerungen durchsetzen können. Bei der Prüfung sind auch Aufträge zu berücksichtigen, die erst nach der zu prüfenden Auftragsvergabe erteilt wurden, was insbesondere relevant wird, wenn ein Anbieter eine Leistung erstmals anbietet. Gleiches gilt aber auch bei Preiserhöhungen gegenüber früheren Preisen des Anbieters. Voraussetzung ist stets, dass die für den Vergleich herangezogenen Aufträge mit dem zu prüfenden Auftrag in einem hinreichenden, nach dem einschlägigen Markt zu bestimmendem zeitlichem Zusammenhang stehen. Zudem darf kein sachlicher Zusammenhang zu dem zu prüfenden Auftrag bestehen (so bereits BVerwG a. a. O., Rn. 25).

Im Falle eines Nachfragemonopols, also nur eines die Leistung nachfragenden öffentlichen Auftraggebers, genügt es für die Verkehrsüblichkeit, wenn das Unternehmen seinen Preis

– im Wettbewerb zu anderen Anbietern (sonst bestünde ein beiderseitiges Monopol und folglich kein allgemeiner Markt) – mehrmals gegenüber diesem Auftraggeber durchsetzen konnte.

Zu Absatz 4

Kann für die Leistung des Unternehmens am allgemeinen Markt ein verkehrsüblicher Preis ermittelt werden, ist dieser auch auf den besonderen Markt anzuwenden. Der Höchstpreisgrundsatz der Verordnung untersagt es den Unternehmen, für die Leistung im Vergabeverfahren einen höheren Preis zu fordern, als sie auf dem allgemeinen Markt durchsetzen können. Dieser Vorrang des allgemeinen Marktpreises gegenüber einem Preis, der sich auf einem besonderen Markt gebildet hat, wird im Satz 1 von Absatz 4 ausdrücklich klargestellt.

Kann für eine Leistung des Unternehmens am allgemeinen Markt ein verkehrsüblicher Preis nicht ermittelt werden, liegt ein Marktpreis im Sinne der Verordnung nur vor, wenn der Preis, der für die Leistung auf dem besonderen Markt angeboten wird, verkehrsüblich ist. Hinsichtlich der Verkehrsüblichkeit enthält § 4 Absatz 4 Satz 2 eine widerlegbare Vermutung. Voraussetzungen für diese Vermutung sind, dass es für die Leistung keinen verkehrsüblichen Preis auf dem allgemeinen Markt gibt und, dass der Preis auf dem besonderen Markt unter wettbewerblichen Bedingungen zustande gekommen ist. Die Vermutung bewirkt eine Beweiserleichterung für den Auftragnehmer. Die Vermutung gilt auch zugunsten eines Unternehmens, dass eine Leistung erstmals im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens anbietet. Die Vermutung kann widerlegt werden, etwa durch einen Vergleich mit anderen Vergabeverfahren, in denen das betreffende Unternehmen für die konkrete Leistung den Zuschlag erhalten hat.

Notwendig ist in jedem Fall ein tatsächlicher Wettbewerb. Tatsächliche wettbewerbliche Bedingungen sind in einem Vergabeverfahren anzunehmen, wenn mindestens zwei zuschlagsfähige Angebote abgegeben wurden bzw. eingeholt wurden (siehe dazu bereits oben „zu Buchstabe a“). Zu verneinen wären wettbewerbliche Bedingungen zum Beispiel, wenn Angebote nur zum Schein oder in wettbewerbswidriger Verdrängungsabsicht abgegeben werden oder wenn Absprachen zwischen Bietern stattgefunden haben.

Zu Buchstabe b

Die Neunummerierung wurde durch die Einfügung der neuen Absätze 2 bis 4 erforderlich.

Zu Buchstabe c

Infolge der Einfügung war der Verweis zu korrigieren.

Zu Nummer 2

Zu Buchstabe a

Es wird klargestellt, dass die Entscheidung der Preisbehörde, eine Preisprüfung durchzuführen oder nicht, eine Ermessensentscheidung aufgrund des Opportunitätsprinzips darstellt (Aufgreifermessen). Die Preisbehörde kann eine Preisprüfung entweder von Amts wegen oder aufgrund eines Prüfungsersuchens der betroffenen Vertragsparteien des öffentlichen Auftrags (öffentlicher Auftraggeber oder Auftragnehmer) einleiten.

Die Preisbehörde bleibt in beiden Fällen Herrin des Verfahrens und ist zu einer Ermessensentscheidung berechtigt und verpflichtet. Ein Anspruch auf Durchführung einer Preisprüfung besteht damit auch bei Vorliegen eines Prüfungsersuchens grundsätzlich nicht.

Zu den im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigenden Kriterien können u. a. die Höhe des Auftragswerts des jeweiligen öffentlichen Auftrages, das

(Nicht-)Bestehen hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte für einen begangenen Preisverstoß (z. B. Verstoß gegen den Höchstpreisgrundsatz gem. § 1 Absatz 3) oder das (Nicht-)Bestehen hinreichender Zweifel an einem ordnungsgemäßen vergaberechtlichen Wettbewerb (z.B. wegen Absprachen oder Abgabe eines Scheinangebots) gehören.

Bestehen weder hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für einen Preisverstoß noch hinreichende Zweifel an einem angemessenen Preis, insbesondere wenn für eine Leistung ein besonderer Markt geschaffen wurde und die Verkehrsüblichkeit des geforderten Preises nach § 4 Absatz 4 vermutet wird, dürfte eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung dahingehend, dass keine Preisprüfung durchgeführt wird, vertretbar sein.

Eine Preisprüfung findet stets im Interesse des Gemeinwohls statt und hat die Überprüfung der Vorgaben der Verordnung zum Ziel. Insoweit ist ein Prüfersuchen nicht als eine Vereinbarung zu verstehen, nach welcher die Preisbehörde als Dritter die Vergütung bestimmen soll (s. § 317 BGB, Bestimmung der Leistung durch einen Dritten).

Zu Buchstabe b

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Einfügung des neuen Absatzes 3.

Zu Nummer 3

Für Altverträge sind die bisher geltenden Vorschriften anzuwenden. Für die bisherige Übergangsregelung des Absatzes 2 ist eine praktische Relevanz nicht mehr ersichtlich.

Zu Nummer 4

Zu Buchstabe a

Der Wortlaut wird an die geltenden umsatzsteuerrechtlichen Regelungen angepasst.

Zu Buchstabe b

Die Änderung dient der Klarstellung infolge der Aufhebung von Nummer 15 LSP.

Zu Buchstabe c

Die Änderung ist redaktioneller Art. Es kommt ausschließlich auf die Nachweisbarkeit selbst an, nicht auf deren Art und Weise.

Zu Buchstabe d

Unter Berücksichtigung der Nummer 13 LSP ist eine Relevanz der Nummer 15 LSP nicht mehr ersichtlich.

Zu Buchstabe e

Die Änderung ist redaktioneller Art. Es sind die Bezugnahmen zu korrigieren.

Zu Buchstabe f

Öffentliche Auftraggeber stellen nicht nur kostenlos Stoffe bei, sondern auch Personal oder Anlagen. Dies wird durch die Ergänzungen klargestellt.

Zu Buchstabe g

Im sozialrechtlichen Gefüge ist die Pflegeversicherung ergänzt worden. Deshalb wird durch die Ergänzung sichergestellt, dass die Kosten hierfür Sozialkosten im Sinne der LSP darstellen. Zudem gilt mittlerweile ein einheitlicher Begriff „Rentenversicherung“. Die „Invalidenversicherung“ existiert in dieser Form nicht mehr und ist daher zu streichen. Die Arbeitslosenversicherung zählt zu den Sozialversicherungen und ist daher in die Klammer zu integrieren.

Zu Buchstabe h

Siehe die Begründung zu Nummer 4 Buchstabe a. Die Gewerbesteuer und Lohnsummensteuer wurden abgeschafft.

Zu Buchstabe i

Die Vorschrift hat keine praktische Relevanz mehr und wird deshalb aufgehoben.

Zu Buchstabe j

Bei der Änderung handelt sich um eine reine Anpassung der Begrifflichkeit.

Zu Buchstabe k**Zu Doppelbuchstabe aa**

Unternehmen sparen bei allen zinsfreien Voraus- und Anzahlungen durch die entstehende zusätzliche Liquidität Zinsen. Dies ist nicht abhängig davon, ob sie von öffentlichen oder privaten Unternehmen stammen. Da Voraus- und Anzahlungen kostenträgerbezogen gebucht werden, dürfte für die Unternehmen kein negativer Effekt entstehen.

Daher ist es konsequent, alle zinslos zur Verfügung gestellten Voraus- und Anzahlungen als Abzugskapital vom betriebsnotwendigen Kapital zu berücksichtigen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die gestrichene Passage hat keine praktische Relevanz mehr.

Zu Buchstabe l

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung der Verweisungen.

Zu Buchstabe m

Bei der Änderung handelt es sich um eine sprachliche Anpassung.

Zu Buchstabe n**Zu Doppelbuchstabe aa**

Aus Transparenzgründen erfolgt die Bemessung des kalkulatorischen Gewinns nicht mehr in einem Prozentsatz vom betriebsnotwendigen Vermögen, sondern nur noch als fester Betrag oder als Prozentsatz von den aus der Auftragskalkulation ersichtlichen Selbstkosten.

Zu Doppelbuchstabe bb

Durch die Änderung von Absatz 1 entfällt die Alternative und ist daher zu streichen.

Zu Doppelbuchstabe cc

Der Gläubiger der Leistung schuldet die vereinbarte Vergütung. Diese setzt sich bei einem Selbstkostenpreis zusammen aus den preisrechtlich zulässigen Selbstkosten plus des Entgelts für das allgemeine Unternehmerwagnis (Gewinnzuschlag).

Der übliche Gewinnzuschlag ist derjenige, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nach Art, Güte und Umfang der Leistung nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Leistung üblicherweise im Rahmen öffentlicher Aufträge gewährt wird.

Im Rahmen öffentlicher Aufträge haben sich regelmäßig bis zu 5 % der Netto-Selbstkosten als üblicher Gewinnzuschlag erwiesen. Bei Bundeswehraufträgen wird der Gewinnzuschlag gemäß der sogenannten „Bonner Formel“ vereinbart. Für die Bemessung zulässiger Fremdleistungen im Zusammenhang mit Gebührenberechnungen erkennt die Rechtsprechung 1 % der Nettoselbstkosten im Falle von Selbstkostenerstattungspreisen und 3 % im Falle von Selbstkostenfestpreisen an.

Zu Nummer 5

Die Änderungen sind redaktionelle Aktualisierungen vor dem Hintergrund der geänderten Bezeichnung des betreffenden Ressorts.

Zu Artikel 2 (Inkrafttreten und Übergangsregelung)

Artikel 2 regelt das Inkrafttreten der Änderungsverordnung.