

Stellungnahme

Analyse und Empfehlungen des BDI zu der vom BMWi beauftragten Studie zum Preisrecht *

Dokumenten Nr.
D 0750 - endgültig

Datum
1. Juni 2016

Seite
1 von 14

I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die Analyse der BMWi-Studie im Vergleich zur BDI-Stellungnahme zum Preisrecht vom 24.01.2014 (siehe Anlage) erbrachte in weiten Teilen eine Übereinstimmung der Positionen zum Preisrecht bzw. zur Preisrechtsverordnung VO PR Nr. 30/53. Der BDI unterstützt die Grundaussagen der BMWi-Studie, vertritt in einigen Details allerdings auch abweichende Positionen. Darüber hinaus enthält die BMWi-Studie einige neue Ansätze, zu denen sich der BDI ggf. noch näher positionieren wird.

Einzelne Aussagen der BMWi-Studie haben ihre Ursache offenbar im Kontext des kommunalen Sektors. Diesbezügliche Aussagen werden in dieser Ausarbeitung nur berücksichtigt, sofern sie einen preisrechtlichen Einfluss auf die vom BDI vertretenen Unternehmen haben.

1. Wichtige grundlegende Aspekte

Die BMWi-Studie weist auf die unterschiedlichen Regelungszwecke des Preisrechts hin, die sich grundsätzlich auch mit den Aussagen der BDI-Stellungnahme decken. Beide Ausarbeitungen verweisen auf die Referenzfunktion des Preisrechts und der Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP) in andere Bereiche außerhalb der Industrie, z.B. Forschung und Abgabenrecht.

Die BMWi-Studie geht davon aus, dass der Ordnungsgeber Entscheidungsfreiheit darüber hat, ob er die VO PR Nr. 30/53 aufrechterhalten will oder nicht. Für den Fall, dass die Verordnung aufgehoben werden sollte, verweist die Studie allerdings – ebenso wie die BDI-Stellungnahme – auf dann zu erwartende erhebliche Folgen für den öffentlichen Auftraggeber ebenso wie für Auftragnehmer. Die BMWi-Studie spricht in diesem Fall von der Notwendigkeit einer Einführung vergleichbarer Regelwerke mit ähnlicher Konkretisierungsleistung. Der BDI weist für einen solchen Fall auf erhebliche Unsicherheiten im Rahmen der Preisbildung und sodann außerordentlich großen Aufwand in der jeweiligen einzelvertraglichen Verhandlung hin, in der dann die jeweils stärkere Verhandlungsposition obsiegen würde. Dies kann sowohl nach den Aussagen der BMWi-Studie als auch des BDI nicht im Interesse des Ordnungsgebers und der Vertragsparteien bei Geschäftsbeziehungen im öffentlichen Auftragswesen liegen.

Aus den vorgenannten Gründen fordert der BDI die Beibehaltung des Preisrechts und verweist zugleich auf zwingend erforderliche Anpassungen, die

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281412
F: +493020282412

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
P.Schaefer@bdi.eu

* „Studie“ (Gutachten) unter dem Titel „Die Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“ vom März 2015, in Auftrag gegeben vom BMWi und vorgelegt von den Professoren Andreas Hoffjan, Technische Universität Dortmund, und Oliver Dörr, Universität Osnabrück (im Folgenden zitiert: BMWi-Studie).

im Rahmen einer zeitnahen Modernisierung des Preisrechts auf der Grundlage der Aussagen der BMWi-Studie und der BDI-Stellungnahme vorgenommen werden sollten.

Der BDI sieht zwingenden Anpassungsbedarf vor allem in Verbesserungen mit Blick auf die tatsächliche Rechtsanwendung und – in deutlich geringerem Umfang – auch im Hinblick auf weitere Umgestaltungen der Rechtssetzung. Dabei sollte durch einige Anpassungen des Preisrechts eine Optimierung des Rechtsrahmens bewirkt werden und zugleich sichergestellt werden, dass die Weiterentwicklung des Preisrechts nicht allein der Rechtsprechung überlassen wird, was vermeidbare Unsicherheiten in der Praxis zur Folge hätte.

2. Drei besonders wichtige Einzelaspekte für die Modernisierung des Preisrechts

Folgende drei wesentlichen Maßnahmen sind bei einer Modernisierung des Preisrechts erforderlich, was sich sowohl aus der BMWi-Studie als auch aus der BDI-Stellungnahme ergibt:

- (1) Einführung eines „Wettbewerbspreises“ und Modernisierung des Marktpreises
- (2) Preisprüfung
 - Einführung von Wertgrenzen,¹
 - Festlegung von Preisprüfungsfristen,²
 - Etablierung von Preisprüfungsstandards,²
 - Kurzpreisprüfungen bzw. Verringerung der Prüfungstiefe²
 - Einführung einer neutralen Schiedsstelle,²
 - Errichtung einer zentralen, von allen Bundesländern gemeinsam getragenen Preisprüfungsbehörde mit bundesweiter Zuständigkeit³.
- (3) Konsequente Anwendung der Regelungen des geltenden HGB im Preisrecht

3. Umsetzungssequenz

Für die Umsetzung der gewonnenen Erkenntnisse hält der BDI folgende Reihenfolge für sinnvoll und geboten (zur Umsetzungsgeschwindigkeit wird in Abschnitt II 2. Stellung genommen):

- (1) Grundsatzentscheidung zur Beibehaltung des Preisrechts
- (2) „Wettbewerbspreis“ als neuer Preistyp
- (3) Einführung von Wertgrenzen
- (4) Einführung von Fristen zur Durchführung der Preisprüfungen in Abhängigkeit vom Preistyp⁴
- (5) Erleichterungen bezüglich des Marktpreisnachweises
- (6) Höchstpreisbegrenzung (Aufstockungsmöglichkeit) bei Selbstkostenrichtpreis (SKR)-Verträgen bzw. Selbstkostenerstattungspreis (SKE)-Verträgen

¹ Siehe unten II.3.1.3.1.

² Siehe unten II.3.1.3.2, II.3.1.3.4, II. 3.1.3.3 und II.3.3.1.

³ Siehe unten II.3.3.1.1.

⁴ Vgl. BMWi-Studie S. 122 ff.

- (7) Errichtung einer zentralen, von allen Bundesländern gemeinsam getragenen Preisprüfungsbehörde mit bundesweiter Zuständigkeit⁵
- (8) Einhaltung und Überwachung des Preisrechts durch eine Schiedsstelle (dabei keine individuelle Entscheidung des Prüfers; Schiedsstelle/Preisprüfungsstandards/-definitionen, Durchführungsverordnung)

4. Vorbehalt vertiefter Prüfung zu einigen weiteren Aspekten der BMWi-Studie

In der BMWi-Studie werden einige weitere Themen angesprochen, zu denen der BDI sich noch eine nähere Prüfung vorbehält. Dies betrifft insbesondere folgende Themen:

- Harmonisierung des Preisrechts mit dem Vergaberecht,
- Ausrichtung des Preisrechts auf Dienstleistungen,
- einzelne verbleibende Aspekte des Bürokratieabbaus und des mittelstandsgerechten Preisrechts (außer den in dieser Stellungnahme angesprochenen, vorrangigen diesbezüglichen Aspekten).

Der kalkulatorische Gewinn wird im Verteidigungsbereich grundsätzlich nach der „Bonner Formel“ berechnet. Diese ist kein Bestandteil des öffentlichen Preisrechts, sondern eine Gewinnvereinbarung auf Basis eines Erlasses des BMVg. Die Gewinnbemessung bei neuen Verträgen befindet sich seit längerer Zeit u.a. aufgrund einer Risikoverschiebung vom Auftraggeber auf die Industrie in streitiger Diskussion hinsichtlich einer risikoadäquaten Ausgestaltung.

Obwohl die Studie auf den kalkulatorischen Gewinn eingeht, wird dieses Thema in dieser Analyse ausgeklammert. Hierzu sind gesonderte Untersuchungen durchzuführen.

II. Einzelheiten

1. Erforderlichkeit und Regelungszweck des Preis- bzw. Preisbildungsrechts⁶

Hervorzuheben ist, dass auch die BMWi-Studie auf die Erforderlichkeit der Beibehaltung des öffentlichen Preisrechts in Zusammenhang mit den LSP als Regelungszweck, der nicht durch andere Rechtsmaterien erfüllt werden kann, verweist.⁷ Die Studie stellt unter anderem fest: „Da es auch um Auftragsvergaben des Bundes geht und im Übrigen die als Regelungszweck verfolgte Wahrung des öffentlichen Preisstandes die deutsche Volkswirtschaft als ganze betrifft, dürfte die kompetenzbegründende Erforderlichkeit gemäß Art. 72 Abs. 2 GG unproblematisch vorliegen.“⁸

Sofern an der bestehenden Regelung durch den Ordnungsgeber festgehalten werden soll, empfiehlt die Studie allerdings eine Reihe von Veränderungen, die sowohl die grundsätzliche Regelungsstruktur des öffentlichen Preisrechts und seine Verknüpfung mit dem Vergaberecht als auch seine konkrete inhaltliche Ausgestaltung betreffen.⁹

⁵ Siehe Fußnote 3.

⁶ Formulierung in der BMWi-Studie.

⁷ Vgl. BMWi-Studie, S. 110.

⁸ Vgl. BMWi-Studie, S. 98, Abs. 2.

⁹ Vgl. BMWi-Studie, S. 111, Abs. 2.

Auf Einzelheiten der drei aus Sicht des BDI besonders wichtigen Aspekte für die Modernisierung des Preisrechts (s. unter Ziffer I.2) wird unten unter Ziffer I.3 näher eingegangen.

2. Umsetzungsgeschwindigkeit

Die BMWi-Studie kommt ebenso wie der BDI zu dem Ergebnis, dass die Gestaltungsvorschläge zur Modernisierung des Preisrechts zeitlich differenziert umgesetzt werden sollten.¹⁰

Diesbezüglich empfiehlt der BDI, dass 2016 die in der Studie angesprochene Grundsatzentscheidung im Sinne der Feststellung, dass das Preisrecht im Grundsatz beibehalten wird, erfolgt.

Unmittelbar anschließend, möglichst ebenfalls noch 2016, sollten diejenigen Modernisierungen vorgenommen werden, für die keine weiteren umfangreichen Prüfungen erforderlich sind und deren Umsetzung im bestehenden System problemfrei ist.

Dies betrifft aus Sicht der Industrie insbesondere

- (1) die Einführung eines „Wettbewerbspreises“ als neuer Preistyp,
- (2) die Festlegung von Wert-/Freigrenzen (Schwellenwerte) und
- (3) die Einführung von Fristen zur Durchführung der Preisprüfungen in Abhängigkeit vom Preistyp.¹¹

In einem zweiten Umsetzungsschritt sollten diejenigen Anpassungen, die weitere Abstimmungen erfordern, konkretisiert und eingeführt werden. Dazu zählen insbesondere:

- (1) vereinfachte Preisprüfungen (je nach Wert-/Freigrenzen),
- (2) Neuordnung des Marktpreisnachweises,
- (3) Abschaffung der generellen Höchstpreisbegrenzung bei SKR-/SKE-Verträgen,
- (4) Einhaltung und Überwachung des Preisrechts durch eine Schiedsstelle; einheitliche und transparente Prüfungsstandards/-definitionen in einer entsprechenden Durchführungsverordnung.

Je nach vorhandenen Kapazitäten im BMWi sollten parallel zum zweiten Umsetzungsschritt auch erforderliche weiterführende Untersuchungen veranlasst werden wie

- (1) Verstärkte Berücksichtigung des HGB in der LSP-Praxis,
- (2) Weitere Konkretisierungen mit der Zielrichtung Bürokratieabbau,
- (3) Weitere Konkretisierung von Erleichterungen für den Mittelstand („mittelstandsgerechtes Preisrecht“),
- (4) Schaffung einer übergeordneten Behörde mit kaufmännischen /technischen Preisprüfern, getragen durch die Länder,
- (5) Ausrichtung des Preisrechts auch auf Dienstleistungen und
- (6) Harmonisierung des Preis- und Vergaberechts.

¹⁰ Vgl. BMWi-Studie, S. 133, Abs. 2.

¹¹ Vgl. BMWi-Studie, S. 122 ff.

3. Wesentliche Modernisierungsthemen – Aussagen der BMWi-Studie / Positionen der BDI-Stellungnahme vom 24.01.2014

3.1 Übereinstimmende Aussagen

3.1.1 Einführung eines neuen Preistyps „Wettbewerbspreis“¹²

Nachdem vor einigen Jahren die Sichtweise der Preisüberwachungsstellen dahin ging, dass ein im Wettbewerb zustande gekommener Preis noch einmal auf den richtigen Preistyp hin geprüft und ggf. der Preis/Preistyp angepasst wurde, findet nun ein „Erster Runderlass“¹³ Anwendung, nach dem gilt: „Preise, die durch öffentliche oder beschränkte Ausschreibungen ermittelt worden sind, sind Preise nach § 4 VO PR Nr. 30/53 ...“.

Seither werden die Preise, die sich im Wettbewerb ergeben haben, nicht mehr preisrechtlich auf Selbstkostenpreise geprüft.

Aus Gründen einer besseren Durchgängigkeit im Rahmen der Preisrechtsverordnung und der Vermeidung von Missverständnissen in der Zukunft empfiehlt der BDI, den Wettbewerbspreis aus dem bisherigen § 4 VO PR Nr. 30/53 herauszulösen und analog der Regelung in der ehemaligen Baupreisverordnung VO PR Nr. 1/72 wie folgt explizit als neuen Preistyp einzuführen:

§ 5 Wettbewerbspreis

(1) Wettbewerbspreise im Sinne dieser Verordnung sind

- 1. Preise, die bei einer Ausschreibung zustande kommen,*
- 2. Preise, die bei freihändiger Vergabe zustande kommen, wenn mehrere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind.*

(2) Wettbewerbspreise unterliegen keinen preisrechtlichen Begrenzungen nach dieser Verordnung.

(3) ...

Auf die Anwendung der VO PR Nr. 30/53 und eine Preisprüfung kann, entsprechend der Formulierung des vorgenannten „Ersten Runderlasses“, beim Wettbewerbspreis bei Vorliegen von mindestens zwei Angeboten verzichtet werden.

Somit sollte die VO PR Nr. 30/53 einschließlich der damit verbundenen Prüfrechte nur noch bei einer freihändigen Vergabe ohne Wettbewerb oder ohne allgemeinen Markt anzuwenden sein, analog der Regelung in der ehemaligen Baupreisverordnung VO PR Nr. 1/72.

3.1.2 Modernisierung des Marktpreisnachweises

Der BDI unterstützt die Empfehlung der BMWi-Studie, den Nachweis von Marktpreisen zu vereinfachen und zu modernisieren. Eine vereinfachte Nachweispflicht sollte auch im Rahmen eines Vergleichsmarktkonzepts (sei es räumlich, zeitlich oder objektbezogen)¹⁴ in Betracht gezogen werden.

Des Weiteren könnten Marktanalysen ergänzend zur betriebsindividuellen Marktanalyse auch in allgemeiner Form zum Nachweis der Marktpreise anerkannt werden.

¹² BDI-Stellungnahme zum Preisrecht, zum Wettbewerbspreis, S. 2; BMWi-Studie, S.117 Abs. 2.

¹³ Erster Runderlass betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953, siehe Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl., Anhang 4, Nr.5 b.

¹⁴ BMWi-Studie, vgl. S. 115 f. (116).

Dasselbe gilt für Verträge mit verschiedensten Einzelleistungen, bei denen einzelne Leistungen durchaus Marktpreischarakter aufweisen, die Gesamtleistung jedoch ein Projekt oder eine Individualleistung darstellt. Dies sollte in den Prüfungen stärker berücksichtigt werden.

Der neuerdings teilweise verbreiteten Ansicht, dass ein Marktpreis nur bei Ausschreibungen, die ausschließlich den Preis als Wertungskriterium haben, entstehen könne, muss die Grundlage entzogen werden.

Schließlich ist bezüglich der Umsetzung des § 4 Abs. 3 der VO PR Nr. 30/53 zu betonen, dass es sich beim Marktpreis nicht um einen „Best Customer Price“ oder eine Meistbegünstigungsklausel handelt, sondern um einen Preis und um Vorteile, die dem öffentlichen und nicht-öffentlichen Auftraggeber üblicherweise gewährt werden.

Aufgrund der Komplexität dieses Themas empfiehlt der BDI, dass das BMWi weitergehende Untersuchungen und Diskussionen initiiert, um die Thematik detaillierter bewerten und pragmatische Lösungen für den Marktpreisnachweis entwickeln zu können.

3.1.3 Preisprüfung

Die von der Industrie in der Vergangenheit bereits mehrfach angemahnte Anpassung der Preisprüfung wird auch in der BMWi-Studie thematisiert.

Aus diesem Grund schlägt der BDI eine Reihe von Änderungen im Rahmen der Preisprüfung vor, um beiden Vertragspartnern frühzeitig eine Preisprüfungssicherheit zu geben.

3.1.3.1 Vereinfachung der Preisprüfung

Der BDI schlägt vor, Wertgrenzen für mittelbare / unmittelbare Leistungen (z.B. 400.000 € in Anlehnung an Schwellenwerte im Vergaberecht) oder für mittelbare Leistungen (z.B. > 60% des Auftragswertes) einzuführen, ab denen Preisprüfungen verbindlich durchgeführt werden. Einzelvertraglich können auch höhere Werte vereinbart werden.¹⁵ Auch wird grundsätzlich die Einführung von Stichprobenprüfungen befürwortet. Allerdings ist die in der Studie vorgeschlagenen Stichprobenprüfung¹⁶ seitens BMWi weiter zu konkretisieren.

3.1.3.2 Fristen zur Preisprüfung

Der BDI unterstützt vollumfänglich die Preisprüfungsfristen, die in der BMWi-Studie erwähnt werden:

- Wettbewerbspreis: keine Preisprüfung
- Marktpreis: Kurzpreisprüfung bzw. innerhalb von 4 Wochen nach Vertragsunterschrift

¹⁵ Vgl. auch 3.3.2

¹⁶ Vgl. BMWi-Studie, S.122

- Selbstkostenfestpreis/
Selbstkostenrichtpreis: innerhalb von 3 Monaten nach Auftragserteilung/Erklärung der Prüfbereitschaft

(Der Selbstkostenrichtpreis kann z.T. erst nach Jahren umgewandelt werden, da der Umwandlungsstichtag in langlaufenden Verträgen entsprechend definiert wird)
- Selbstkostenerstattungspreis: innerhalb von max. 2 Jahren nach Projektende/Erklärung der Prüfbereitschaft

3.1.3.3 Anwendung von Kurzpreisprüfungen

Die BMWi-Studie schlägt generell Kurzpreisprüfungen für den Fall vor, dass kein Wettbewerb unterhalb der Schwellenwerte stattgefunden hat. Hier soll der Auftragnehmer frühzeitig in die Lage versetzt werden, Rechtssicherheit hinsichtlich des jeweiligen Preistyps zu erhalten.¹⁷

Der BDI begrüßt den Grundgedanken hinsichtlich der frühzeitigen Rechtssicherheit des jeweiligen Preistyps und schlägt vor, diese Regelung in die Verordnung aufzunehmen. Es ist allerdings nicht nachvollziehbar, weshalb die vorgeschlagene Regelung nur unterhalb der Schwellenwerte Anwendung finden sollte. Insoweit ist es wünschenswert, diese Regelung für alle Vergaben gleich welchen Wertes anzuwenden. Der BDI unterstützt diesen Vorschlag; er weist darauf hin, dass es bereits eine ähnliche Regelung im Verteidigungsbereich gibt.¹⁸

3.1.3.4 Prüfungsstandards

Der BDI unterstützt die in der BMWi-Studie formulierte Forderung nach Entwicklung von Prüfungsstandards, um eine bundesweit einheitliche, transparente, konsistente und vor allem verlässliche Vorgabe für die Nachweisebringung im Rahmen von Preisprüfungen zu bewirken.

Hierzu ist es insbesondere für KMU wichtig, dass neue Erkenntnisse, die die Regelungen im Preisrecht betreffen und die während der Leistungserbringung eingeführt wurden, ausschließlich auf zukünftige Verträge Anwendung finden und keine Wirkung auf bereits abgeschlossene Verträge haben.

Auch empfiehlt der BDI die Weiterentwicklung und verbindliche Anwendung des (bereits zitierten) „Ersten Runderlasses“¹⁹ der VO PR Nr. 30/53 zu einem verbindlichen Prüfungsstandard.

In diesem Zusammenhang (siehe dazu auch die Ausführungen unter II.3.3.1 f.) kann eine Stärkung der Preisüberwachung als neutrale Instanz nur erfolgreich sein, wenn entweder die bestehenden (qualitativen und quantitativen) Kapazitäten erhalten bleiben und zusätzlich aufwandsmindernde Maßnahmen (siehe z.B. die Maßnahmen in diesem Kapitel) veranlasst werden.

3.1.3.5 Ressortvereinbarung

Basierend auf der Ressortvereinbarung zwischen BMWi und BMVg stehen den Unternehmen heute zwei Prüfungsinstitutionen gegenüber. Hier kommt es oftmals zu unterschiedlichen Auslegungen des Preisrechts (siehe auch 3.1.3.4).

¹⁷ Vgl. BMWi-Studie, S.117 ff. – zum Wettbewerbspreis.

¹⁸ Vgl. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 115.

¹⁹ Siehe oben Fn.13.

Sollte eine zentrale, von den Ländern gemeinsam zu unterhaltende neutrale „Preisprüfungsbehörde“ mit Außenstellen²⁰ (siehe auch 3.3.1.1) eingeführt werden, so wäre auch die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung einer Prüfung durch den Auftraggeber auf Basis der Ressortvereinbarung zu untersuchen.

In diesem Zusammenhang weist der BDI darauf hin, dass bei Selbstkostenfestpreisprüfungen die Preisüberwachungsstellen aufgrund ihres Zuschnitts und des Fehlens entsprechender technischer Kapazitäten nicht in der Lage sind, technische Kostenprüfungen durchzuführen. Die Preisüberwachungsstellen führen ausschließlich kaufmännische Prüfung durch.²¹

Die Ressortvereinbarung bezieht sich in weiten Teilen auf Produktionsabläufe im fertigungsnahen Umfeld. In weiten Teilen sind die heutigen Anforderungen der IT-Industrie bzw. eDienstleistungsindustrie nicht bzw. nicht ausreichend berücksichtigt. Hier würde eine Klarstellung in der Ressortvereinbarung eine größere Rechtssicherheit sowohl für die Unternehmen als auch für die Prüfer bewirken.

Der BDI weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass vom Grundsatz her die Formulierung z.B. des Anlageblatts K (BAAINBw-B 120/12.2014) identisch mit der Ressortvereinbarung (Ziffer 7) sein sollte. Einzelvertragliche Regelungen sind individuell zu vereinbaren. Diese Situation führt regelmäßig zu Diskussionen, die durch einen Verweis auf die Ressortvereinbarung bzw. eine inhaltliche Übernahme vermieden werden könnten.

3.1.4 Anerkennung von HGB-Kostenpositionen

Im Hinblick auf die in Ziffer II.3.2.4 gemachten Aussage kommt die BMWi-Studie grundsätzlich zu dem Schluss, dass LSP-Kostenpositionen stärker in Höhe der handelsrechtlichen Ansätze übernommen werden müssen, insbesondere bei Pensionsrückstellungen.²² Dieser Aussage der BMWi-Studie ist aus BDI-Sicht nachdrücklich zuzustimmen (zu einzelnen Detailfragen jenseits dieser wesentlichen Grundaussage s. ferner unter Ziffer II.3.2.4).

3.2. Aussagen der BMWi-Studie, die weiterer Prüfung bedürfen

3.2.1. Mittelstandsgerechtes Preisrecht

In der BMWi-Studie wird ein „mittelstandsgerechtes Preisrecht“ angeregt. Der BDI unterstützt ausdrücklich Ansätze, die zu einer Vereinfachung bzw. Verschlankung in der operativen Umsetzung preisrechtlicher Vorschriften führen. Dies darf allerdings keinesfalls dazu führen, dass es aufgrund von unterschiedlichen Regelungen zu unterschiedlichen Vorgehensweisen -bzw. Systembrüchen (vor allem im Verhältnis vom Generalunternehmer zum Unterauftragnehmer) kommt.

Etwaige Harmonisierungen im Preisrecht müssen für *alle* Anbieter in gleicher Weise Anwendung finden. Dieses würde bei KMU zu überproportional positiven Auswirkungen führen, da die Basislast für die Berücksichtigung des Preisrechts sowie Prüfungsvorbereitungen und -aufwand in jedem Unternehmen nahezu identisch ist. Derartige Erleichterungen wirken sich bei KMU überproportional stärker aus als bei großen Unternehmen. Entsprechende Veränderungen führen zu einer deutlichen Reduzierung der (von der Anzahl der Verträge bzw.

²⁰ Vgl. BMWi-Studie S.123 unten.

²¹ Vgl. BMWi-Studie S.124.

²² Vgl. Nr. 13 der Thesen der BMWi-Studie.

der preisprüfungsrelevanten Verträge unabhängigen) „Grundlast“ in den Unternehmen. Insofern sind unter den bereits genannten Modernisierungen des Preisrechts folgende als prioritär anzusehen:

- Einführung eines „Wettbewerbspreises“ in der Preisrechtsverordnung und
- Festsetzung von Wert- bzw. Freigrenzen (aus Sicht des BDI ein entscheidender Hebel für eine Arbeitserleichterung bei KMU).

Von ebenso großer Bedeutung in der Geschäftspraxis der KMU sind prozessuale Erleichterungen. Hier sind vor allem (an anderer Stelle erläuterte) Verbesserungen der Transparenz der Abläufe von Preisprüfungen zu nennen. So sind KMU beispielsweise durch einen überraschenden, nicht angekündigten Wechsel von Prüfungskriterien und -maßstäben völlig überfordert.

Die in der BMWi-Studie vorgeschlagenen „größenabhängigen Vereinfachungen“²³ erscheinen in der vorgelegten Form noch nicht hinreichend konkret formuliert. Einzelheiten bedürfen noch näherer Untersuchung.

3.2.2. Höchstpreisbegrenzung

Während in der Vergangenheit das Realisierungsrisiko bei öffentlichen Aufträgen prinzipiell fair und ausgewogen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer verteilt war, wirkt sich die inzwischen strikte Höchstpreisbegrenzung einseitig negativ auf den Auftragnehmer aus.

Heute wird § 1 Abs. 3 der VO PR 30/53 – sowohl nach der Kommentierung bei Ebisch/Gottschalk als auch in der praktischen Anwendung so interpretiert, dass der ursprünglich festgelegte Vertragspreis nie über-, aber immer unterschritten werden kann. Bei diesem Verständnis trägt allein der Auftragnehmer das Risiko einer nachträglichen Preisprüfung. Diese Auslegung hat weiterhin die Konsequenz, dass die VO PR Nr. 30/53 – entgegen ihrer ursprünglichen Intention – allein den Auftraggeber schützt.

Die nach der Verordnung zulässige Höhe des Marktpreises bestimmt der Markt über den verkehrüblichen Preis, siehe § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53. Dieser kann sogar über- oder unterschritten werden, wenn es die besonderen Verhältnisse rechtfertigen (s. § 4 Abs. 4 VO PR Nr. 30/53). Die Formulierung in § 4 Abs. 4 macht deutlich, dass der Preis sehr wohl auch nach oben durchbrochen werden kann, ja sogar durchbrochen werden muss, wenn es gemäß dieser Verordnung gerechtfertigt ist.

Die VO PR Nr. 30/53 erfüllt unter anderem folgende zwei wesentliche Funktionen:

- (1) marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens durchzusetzen und
- (2) eine Schutzfunktion für den Auftraggeber gegen überhöhte Preise und für den Auftragnehmer gegen einen monopolartigen Nachfrager auszuüben.

Daher muss die Anwendung der Verordnung weiterhin durch neutrale Preisüberwachungsbehörden sichergestellt werden.

§ 1 Abs. 3 VO PR 30/53 stellt sicher, dass der Höchstpreis der Preis ist, der nach dieser Verordnung zulässig ist. Dies wird auch in den Richtlinien des BMWi für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der VO PR Nr. 30/53 vom

²³ Vgl. BMWi-Studie, S. 114 unten.

21.11.1953²⁴ deutlich gemacht; darin ist formuliert, „...dass die Preise bei öffentliche Aufträgen nicht höher sein dürfen, als die Bestimmung der VO dies jeweils im Einzelnen zulassen.“ Dabei unterscheidet die Verordnung in zwei Preiskategorien: Marktpreise und Selbstkostenpreise.

Für Selbstkostenpreise legen die LSP den Höchstpreis fest (LSP Nr. 4). Die Kosten müssten im Wesentlichen folgende Kriterien erfüllen: Sie müssen

- unter wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung der Leistung entstanden sein und
- nach den Regeln der LSP zuzüglich des Gewinns ermittelt worden sein.

Ferner lässt die VO PR Nr. 30/53 zu, dass dieser zulässige Höchstpreis bei einem Selbstkostenerstattungspreis ganz oder teilweise begrenzt werden kann (§7 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53). Diese „Kann-Bestimmung“ macht deutlich, dass der Selbstkostenpreis, wenn er nicht ausdrücklich begrenzt ist, grundsätzlich auch erhöht werden kann, solange er nach den o.g. Grundsätzen ermittelt worden ist. Das bedeutet, dass sowohl der Marktpreis als auch der Selbstkostenrichtpreis generell nicht begrenzt ist. Der Selbstkostenerstattungspreis kann ganz oder teilweise begrenzt werden. Der Selbstkostenfestpreis wird auf Basis der LSP vor Vertragsabschluss zum Angebotszeitpunkt festgelegt.

Wird z.B. unzulässiger Weise ein Selbstkostenpreis vom Auftraggeber vereinbart und stellt die neutrale Preisüberwachungsstelle einen Marktpreis nach § 4 VO PR Nr. 30/53 fest, so ersetzt dieser sowohl den unzulässigen Preistyp als auch den Preis, gleich ob dieser nun höher oder niedriger ausfällt.

Der Marktprevorrang würde ausgehebelt, wenn nur der Preistyp angepasst werden würde und nicht auch der auf Selbstkosten basierende Vertragswert.

Der Selbstkostenerstattungspreis durfte ursprünglich nur ausnahmsweise vereinbart werden. Er ist heute aber einer der meistvereinbarten Preistypen. Voraussetzung für die Vereinbarung dieses Preistyps ist, dass alle anderen Preistypen nicht anwendbar sind. Dieser Selbstkostenpreis wird in der Regel im Ganzen und in Teilen höchstbegrenzt. Dies trifft hauptsächlich auf Studien- und Entwicklungsverträge zu. Da die Leistung nicht überschaubar ist, wurde in der Vergangenheit das Realisierungsrisiko z.B. in den Allgemeinen Bedingungen für Entwicklungsverträge mit Industriefirmen im Verteidigungsbereich (ABEI) fair und ausgewogen zwischen dem Auftraggeber und Auftragnehmer verteilt. Die ABEI beinhalten eine Bemühungsklausel (Dienstvertrag) in § 1.1 und eine Aufstockungsmöglichkeit in § 5.5, wenn sich im Rahmen der Entwicklung eine deutliche Verschiebung innerhalb der Kalkulation zu Ungunsten des Auftragnehmers abzeichnet.

Heute wird sehr häufig zu dem Selbstkostenerstattungspreis statt des „passenden“ Dienstvertrags ein Werkvertrag vereinbart, nachdem die geschuldete Leistung zusätzlich durch Abnahmen zu bestätigen ist, und die Aufstockungsmöglichkeit verweigert. Des Weiteren erhöhen hohe Verzugs- und Vertragsstrafen das wirtschaftliche Realisierungsrisiko des Auftragnehmers drastisch. Die Forderung nach ausschließlichen Nutzungsrechten ergänzt diese unausgewogene Vertragsgestaltung und macht diese Aufträge für die Auftragnehmer zu einem ggf. existenzbedrohenden Risikoposten in ihren Bilanzen. Vor allem für KMU ist dieses Risiko grundsätzlich nicht tragbar. Daher muss bei Vereinbarung eines Selbstkostenpreises auch eine ausgewogene Verteilung der vertraglichen Risiken erfolgen und die Aufstockung des Preises bei begründeten Erhöhungen auf jeden Fall möglich sein.

²⁴ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, 8. Aufl., Anhang 4b.

3.2.3. Ausrichtung der LSP auf Dienstleistungen

In der Studie wird zutreffend festgestellt, dass das Preisrecht und vor allem die LSP auf „produzierende Unternehmen“ ausgerichtet ist und den Rand- und Rahmenbedingungen von modernen Dienstleistungsunternehmen nicht genügt. Inwieweit dieses grundsätzliche Thema der Weiterentwicklung des Preisrechts auch für die Dienstleistungs- und Wissensgesellschaft mit Hilfe eines „vereinfachten Kalkulationsschemas“ erfolgen kann, kann auf der Basis der vorliegenden Aussagen der BMWi-Studie nicht beurteilt werden. Insofern empfiehlt der BDI auch für diese sehr wichtige Thematik eine Konkretisierung in einer durch das BMWi initiierten Folgestudie.

In diesem Zusammenhang wird hinsichtlich der Thematik „Gewinnbemessung“ auf Ziffer II.3.2.4 verwiesen.

3.2.4 HGB als zentraler Maßstab für die preisrechtliche Bewertung²⁵

Der BDI begrüßt nachdrücklich die Sichtweise der BMWi-Studie, dass die Orientierung an den HGB-Vorschriften zu einer deutlichen Arbeitserleichterung bei den Auftragnehmern führt (s. Ziffer II.3.1.4). Insbesondere würde KMU, die oftmals nicht oder wenig vertraut mit den LSP sind, eine Anlehnung an das HGB helfen.

Auch führt die wachsende Internationalität und die damit verbundene Kalkulation der Kosten auf Basis der jeweiligen nationalen Rechts- bzw. Rechnungslegungsstandards (z.B. IFRS, US-GAAP) zu Überleitungsrechnungen, die in Deutschland bei der Anwendung der LSP anstelle des HGB die Kalkulation noch weiter erschweren.

Die Forderung nach einem „geordneten Rechnungswesen“ für kleine Unternehmen ist zu differenzieren, z. B. im Hinblick auf die Einnahmen-/Ausgabenrechnung. Ansonsten muss der Grundsatz gelten: HGB als Basis anstelle der LSP.

Die BDI-Position²⁶, nach der Kosten der Unternehmen, die nach HGB bilanzieren, auch preisrechtlich anzuerkennen sind, wird im Rahmen der Studie anhand der preisrechtlichen Grundsätze bei der Ermittlung der Pensionsrückstellungen²⁷ untersucht. Die Studie kommt zu dem Schluss, dass eine Berücksichtigung der Pensionsrückstellungen nach HGB n. F. die Grundsätze der LSP am besten erfüllt und ein preisrechtlicher Sonderweg nur noch in begründenden Ausnahmefällen möglich sein soll.

Abzulehnen ist allerdings das in der Studie vorgenommene Junktim zwischen HGB-Anwendung und Gewinnbemessung. Das Thema der Gewinnbemessung sollte aus dem Kontext der Anwendung des HGB ausgeklammert werden.

Die Gewinnbemessung bzw. das allgemeine Unternehmerwagnis wird sehr häufig – im Verteidigungsbereich und zunehmend auch in anderen Bereichen – über die „Bonner Formel“ gemäß dem diesbezüglichen BMVg-Erlass²⁸ abgegolten. Dieser Erlass lässt allerdings auch andere Gewinnvereinbarungen zu, was seitens vieler öffentlicher Auftraggeber nicht beachtet wird. Die Vorgaben zur Gewinnbemessung sollten in weiteren Untersuchungen (auch unter Berücksichtigung der der „Bonner Formel“) gesondert betrachtet und vertieft werden.

²⁵ Vgl. BMWi-Studie, S.126 Mitte.

²⁶ BDI Stellungnahme vom 24. Januar 2014 zum Preisrecht, S.7 Nr. (9)

²⁷ Vgl. BMWi-Studie, S.125 unten.

²⁸ Erlass zur Bemessung des kalkulatorischen Gewinnes in Verträgen des Verteidigungsressorts zu Selbstkostenpreisen („Bonner Formel“), Rü VIII 4 - Az 78-10-16/01-04-01 v. 27.06.1989.

3.3. Weitergehende Themen der BMWi-Studie

3.3.1 Einrichtung einer zentralen neutralen Schiedsstelle²⁹

Durch die Einrichtung einer beim BMWi als unabhängige Instanz angegliederten Stelle könnten Meinungsverschiedenheiten über Prüfungen und Prüfungsergebnisse vorab außergerichtlich geprüft und beigelegt werden. Diese Schiedsstelle sollte paritätisch mit Auftraggebern und Auftragnehmern besetzt werden und mit einem neutralen Dritten als Vorsitzendem ergänzt werden. Die Schiedsstelle sollte von den Ländern getragen werden.

Der BDI befürwortet diesen Vorschlag. Er betrachtet eine neutrale Instanz als sehr wichtig, um mittel- bis langfristig eine zentrale preisrechtliche Autorität zu etablieren.

3.3.1.1 Einrichtung einer zentralen, von den Ländern gemeinsam zu unterhaltenden neutralen „Preisprüfungsbehörde“ mit Außenstellen³⁰

Der BDI unterstützt den Vorschlag, die Preisprüfer der Bezirksregierungen aus ihrer regionalen Organisation zu lösen und in einer neuen, länderübergreifenden Einrichtung zu bündeln. Auf mittel- bis langfristige Sicht kann mit dieser organisatorischen Maßnahme die Bündelung von kaufmännischer Kompetenz sowie eine Harmonisierung von Prozessen und Arbeitskapazitäten erreicht werden. Durch eine damit mögliche bessere Vernetzung der Prüfer kann ein „zentrales Nachschlagewerk“ aufgebaut werden, das sich später zu Prüfungsstandards weiterentwickeln lässt.

In einem zweiten Schritt könnten durch eine Herauslösung der BAAINBw-Prüfer aus dem BAAINBw und vollumfängliche Integration in diese neue Organisation der Aufbau und die Vernetzung von zusätzlichem technischem Know-how erreicht werden. Die neue Organisation sollte als Kompetenzzentrum für alle preisprüfungsrelevanten Themen dienen.

3.3.2 Zwingende Einbeziehung von mittelbaren Aufträgen in Preisprüfungen

Die BMWi-Studie empfiehlt, , auf eine Unterauftragnehmerleistung, die einen wesentlichen Anteil (>80%) des originären öffentlichen Auftrages umfasst, das Preisrecht/Preisprüferecht verpflichtend anzuwenden.³¹ Hierdurch sollen Umgehungsmöglichkeiten bzw. „Manipulationen“ verhindert werden. Dies erscheint aus Sicht des BDI bisher nicht hinreichend eindeutig für eine Umsetzung in der Praxis. Insbesondere sollte in diesem Kontext eine Abgrenzung von Unterauftragnehmern und Lieferanten näher betrachtet werden.

Wenn die Zielrichtung der Reduzierung von Prüfaufwänden und damit der Bürokratiekosten-Einsparung verfolgt werden soll, so ist aus Sicht des BDI dafür vor allem die Einführung von Wertgrenzen/Freigrenzen (s. Ziffer II.3.1.3) als geeignetes Instrument anzusehen.

3.3.3 Etwaige Anwendung der Regelungen des “UK Single Source Procurement Framework”

Der Verweis bzw. eine etwaige Empfehlung der britischen Regelungen zu Single Source-Procurement-Verträgen wird vom BDI als nicht hilfreich abgelehnt.

²⁹ Vgl. BMWi-Studie, S.121 Mitte.

³⁰ Vgl. BMWi-Studie, S.123 unten.

³¹ Vgl. BMWi-Studie, S. 129 unten, S. 130 oben.

Unabhängig vom aktuellen Stand der derzeit noch unklaren Ausgestaltung im Detail weist der BDI darauf hin, dass nicht nur im Vereinigten Königreich eine Vielzahl von Ansätzen zur Preisgestaltung im Selbstkostenbereich besteht.

Nach Regeln wie dem „UK Single Source Procurement“ sind immer das jeweilige Land, seine Industrie, die Staatsbeteiligung, die Subvention, die nationale Kerntechnologie, die Monopolsituation der Industrie etc. zu berücksichtigen. Insoweit erscheint es gerade nicht wünschenswert, auf eine derart national orientierte Regelung zu verweisen, die auf den ersten Blick ein positives Bild liefern mag, bei genauerem Hinsehen jedoch möglicherweise technisch nicht ausgereift, wettbewerbsfern und sehr spezifisch auf nationale politischen Ziele ausgerichtet ist.

In der Studie wird hinsichtlich des UK Single Source Procurement bzw. Pricing angeführt, dass danach künftig Aspekte der Wirtschaftlichkeit stärker belohnt werden sollten.³² Auch sollten Effizienzziele im Preis eingebettet werden und sollten die Auftraggeber die Kostenentwicklung und Kostenvorhersage beobachten können.³³ Derartige Ansätze sind durch das deutsche Preisrecht aus guten Gründen ausgeschlossen. Auch besteht hier das wirtschaftspolitisch nicht wünschenswerte Risiko eines einseitigen „cherry picking“ zu Lasten der Industrie.

3.3.4. Internationale Aspekte³⁴

Auch bei internationalen Projekten ist die Anwendung des nationalen Preisrechts mit seinen allgemein angewandten Kalkulationsgrundlagen der LSP von erheblicher Bedeutung für die Unternehmen, um bekannte und kalkulierbare Grundlagen zur Verfügung zu haben.

Eine Prüfung nach der VO PR 30/53 und nach den LSP durch deutsche Prüfbehörden bietet den Unternehmen Schutz vor Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen gegenüber ausländischen Institutionen/Auftraggebern.

Für den internationalen Bereich ist zu fordern, dass Programme entsprechend des „Workshare“ die Anwendung des jeweiligen nationalen Preisrechts zulassen (Referenzieren auf nationales Preisrecht/Praktiken in zugrundeliegenden Memoranda of Understanding (MoU) und Verträgen).

Im Übrigen ist bei Sicherheits- und Verteidigungsaufträgen auch in Betracht zu ziehen, dass bei einem wettbewerblichen grenzüberschreitenden Vergleich der Preise auch der Rückfluss von Haushaltsmitteln durch Steuern, Abgaben und ersparte Sozialleistungen bei der Entscheidung über den Zuschlag für den konkreten Auftrag nicht unberücksichtigt bleiben sollte.

3.3.5. „Incentivierung“ im internationalen Rahmen

Die BMWi-Studie verweist auf Regelungen und Bestrebungen in anderen NATO-Staaten, die neben preisrechtliche Vorgaben auch Anreizsysteme („Incentivierung“) beinhalten. Insoweit wird zusätzlich der Schluss gezogen, dass dieses Thema gleichzeitig auch eine Anpassung der Gewinnbemessung und des kalkulatorischen Zinses (UK) beinhalten sollte.³⁵ Der BDI lehnt diese Einschätzung entschieden ab, da die jeweiligen nationalen Regelungen immer individuell im Kontext der Wirtschafts-/ Industriepolitik der Staaten oder auch

³² Vgl. BMWi-Studie, S. 131 oben.

³³ Vgl. BMWi-Studie, S. 131.

³⁴ Siehe BDI-Stellungnahme zum Preisrecht vom 24.01.2014, S. 8.

³⁵ Vgl. BMWi-Studie, S.132 Mitte.

der Beteiligungsstruktur der Unternehmen zu sehen sind. Eine neue preisrechtliche Regelung, die zu einem „cherry picking“ führt, würde dem Wettbewerb Schaden und die private Industrie einseitig benachteiligen.

Eine Einbeziehung von „Anreizen“ – z.B. Instrumente wie „Key Performance Indicator (KPI)“ oder „Performance Based Costing (PBC)“ – setzt klare und eindeutige Definitionen bezüglich dieser Instrumente und ggf. Kalkulationen voraus. Abstimmungen darüber wären sehr aufwendig und sehr kostenintensiv, da die Organisationsstrukturen der Unternehmen in der Regel nicht mit der Definitionsstruktur des Auftraggebers übereinstimmen. Auch unvorhergesehene operative Einflussfaktoren können vorab nicht berücksichtigt werden und führen dann im Programmverlauf (z.B. durch Änderungsverträge) zu erheblichen Abstimmungsschwierigkeiten. Aus den genannten Gründen lehnt der BDI derartige „Anreizsysteme“ und eine damit verbundene Gewinnbemessung ab.

Anlage:

BDI-Stellungnahme zum Preisrecht vom 24.01.2014

Annex:

Begleitende Ausarbeitung: Wesentliche Aussagen der BMWi-Studie,
Abschnitt E: „Die Verordnung PR Nr. 30/53 im Gefüge der Rechtsordnung“