

Stellungnahme

zur Konsultation des BMWi zum Preisrecht

(zur Bedeutung und Praxisrelevanz der VO PR Nr. 30/53 vor dem Hintergrund der vom BMWi in Auftrag gegebenen Studie)

Dokumenten Nr.
D 0842

Datum
22. Dezember 2016

Seite
1 von 17

Allgemeine Fragen

1. Hat sich die VO PR Nr. 30/53 aus ihrer Sicht bewährt? Sollte die VO erhalten bleiben?

Die VO PR Nr. 30/53 hat sich im Grundsatz bewährt.

Der BDI fordert die Beibehaltung des Preisrechts einschließlich der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR Nr. 30/53). Zugleich verweist er auf zwingend erforderliche Anpassungen, die im Rahmen einer zeitnahen Modernisierung des Preisrechts auf der Grundlage der Aussagen der vom BDI in Auftrag gegebenen Studie zur Bedeutung der VO PR Nr. 30/53 vom März 2015 (im Folgenden abgekürzt: BMWi-Studie) und der Stellungnahme des BDI zu dieser Studie vom 1. Juni 2016 (im Folgenden abgekürzt: BDI-Stellungnahme) vorgenommen werden sollten.

Trotz ihres Alters und obwohl ihre Rechtsgrundlage auf die Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes zurückgeht, gehört die VO PR Nr. 30/53 nach wie vor zum Korpus des geltenden Bundesrechts und ist – wie auch ihre Rechtsgrundlage – vom Gestaltungswillen des Bundesgesetzgebers umfasst. Weder die gesetzliche Rechtsgrundlage (§ 2 Abs. 1 PreisG) noch die VO PR Nr. 30/53 sind durch Zeitablauf oder sonst obsolet geworden.

Im Rahmen der Prüfung des Preisrechts sind auf jeden Fall auch folgende weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

- Aus ordnungspolitischen Gründen ist es notwendig, dass zugunsten der notwendigen Neutralität der Preisprüfung die hoheitliche Kompetenz grundsätzlich bei den Preisprüfstellen verbleibt, gegenüber einer einzelvertraglichen Regelung des Prüfrechts für den Auftraggeber.
- Öffentliche Auftraggeber sind haushaltsrechtlich gehalten, sparsam und wirtschaftlich zu beschaffen. Im Falle eines – eindeutig nicht empfehlenswerten – Wegfalls des Preisbildungs- und Preisprüfungsrechts müsste auf jeden Fall auch die – ohnehin teils sehr kritisch beurteilte – Ressortvereinbarung zwischen dem BMVg und dem BMWi über vertragliche Preisprüfrechte des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung aufgehoben werden, da ein einzelvertragliches Prüfrecht mangels neutraler Basis für die Ermittlung eines Selbstkostenpreises für Auftragnehmer nicht akzeptabel ist.

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

Telekontakte
T: +493020281412
F: +3227921093

Internet
www.bdi.eu

E-Mail

P.Schaefer@bdi.eu

- Neben der Berücksichtigung der rein technischen Risiken ist der „vorsichtige Kaufmann“ gezwungen, auch Verhandlungsrisiken in der Kalkulation zu berücksichtigen. Dies führt zwangsläufig zu höheren Preisen für den öffentlichen Auftraggeber. Auf jeden Fall würden im Falle eines – nicht wünschenswerten – Wegfalls des Preisrechts die vorhandenen Verhandlungsrisiken deutlich anwachsen.
- Dem Auftragnehmer garantiert die VO PR Nr. 30/53 im praktischen Ergebnis für seine Leistung eine marktangemessene Gegenleistung bzw. wenigstens den Ausgleich der ihm entstandenen Kosten. Im Fall von Selbstkostenpreisen legen die LSP die kalkulatorischen Grundlagen fest und schaffen dadurch Rechtssicherheit für beide Vertragsparteien.
- Ferner ist zu berücksichtigen, dass die VO PR Nr. 30/53 in Verbindung mit den LSP als neutrales nationales preisrechtliches Regelwerk eine Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen gegenüber ausländischen Behörden verhindert, die nur dann nationale Prüfbehörden zur Preisprüfung über Amtshilfeersuchen beauftragen, wenn ein neutrales Regelwerk existiert. Die VO PR Nr. 30/53 bildet das zentrale nationale Regelwerk, unter dem die deutsche Industrie sowohl an ausländische Auftraggeber als auch bei internationalen Kooperationsprogrammen Leistungen erbringt, ohne sich deren Prüfinstanzen unterwerfen zu müssen. Allerdings ist aus Gründen des internationalen Wettbewerbs das deutsche Preisrecht nicht immer anwendbar. Dies sollten aber Ausnahmen bleiben.
- Nehmen deutsche und ausländische Unternehmen an einer Ausschreibung teil, so muss allerdings darauf geachtet werden, dass die deutschen Bieter durch die Anwendung des deutschen Preisrechts (VO PR Nr. 30/53 in Verbindung mit den LSP) nicht gegenüber ausländischen Unternehmen benachteiligt werden.
- In einigen Staaten wird mit Hilfe der jeweiligen Preisvorschriften auch Wirtschafts- und Industriepolitik betrieben.
- Auch in einzelnen Bereichen der Forschung sind die Bestimmungen der VO PR Nr. 30/53 und LSP anzuwenden. Sollte das Preisrecht außer Kraft gesetzt werden (was wie vorstehend ausgeführt nicht ratsam ist), so wäre auch im Bereich der Forschung eine Abrechnung nach öffentlichem Preisrecht in der heutigen Form nicht mehr möglich.

Der BDI weist darauf hin, dass für den Fall einer – nicht ratsamen – Aufhebung der VO PR Nr. 30/53 erhebliche Unsicherheiten im Rahmen der Preisbildung und außerordentlich großer Aufwand in den jeweiligen einzelvertraglichen Verhandlung entstehen würden, wobei der Beteiligte mit der jeweils stärkeren Verhandlungsposition obsiegen würde.

Die BMWi-Studie spricht im Fall einer Abschaffung der VO PR Nr. 30/53 von der Notwendigkeit einer Einführung vergleichbarer Regelwerke mit ähnlicher Konkretisierungsleistung. Diese Betrachtung, der sich der BDI anschließt, spricht eindeutig für die Beibehaltung der VO PR Nr. 30/53, wobei allerdings, wie bereits ausgeführt, Anpassungen erforderlich sind (vgl. dazu die Antworten auf die folgenden Fragen).

2. Sehen Sie Möglichkeiten, die preisrechtlichen Vorschriften durch andere Rechtsbereiche (Vergaberecht, Zuwendungsrecht, Beihilfenrecht) zu kompensieren?

Sowohl BMWi-Studie als auch die BDI-Stellungnahme weisen auf die unterschiedlichen Regelungszwecke des Preisrechts im Vergleich zu den anderen genannten Rechtsbereichen hin. Beide Ausarbeitungen verweisen ferner mit Recht auf die Referenzfunktion des Preisrechts einschließlich der LSP in andere Bereiche außerhalb der öffentlichen Auftragsvergabe an die Industrie (z.B. Forschung und Abgabenrecht).

Derzeit kann keine andere Vorschrift diese Aufgaben ersetzen. Vielmehr gilt eher das Gegenteil: Viele andere Rechtsgebiete nutzen das Preisrecht als Rechtsregelung für ihren jeweiligen eigenen Bereich.

So erhält die VO PR Nr. 30/53 kraft Gesetzes einen abgeleiteten Anwendungsbereich dadurch, dass andere Teile der Rechtsordnung auf sie verweisen. Dies gilt ausdrücklich z.B. für die Entgeltverordnungen im Bereich der Energieversorgung, § 6 Abs. 6 der Wirtschaftssicherstellungsverordnung von 2004 sowie für die Kostenberechnung bei der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Personenbeförderungsleistungen.

Einen abgeleiteten Anwendungsbereich erhalten die VO PR Nr. 30/53 und insbesondere die LSP auch aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung sowie im Rahmen des Zuwendungsrechts bei öffentlichen Zuwendungen auf Kostenbasis: Nr. 13a der Verwaltungsvorschrift zu § 44 BHO bzw. entsprechende Vorschriften der Länder sehen die Anwendung der LSP ausdrücklich vor, die dem Zuwendungsempfänger ggf. auch durch Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid aufgegeben wird (vgl. Nr. 5.2 ANBest-P-Kosten, Anlage 4 zu Nr. 5.1 VV zu § 44 BHO).

Von großer Praxisrelevanz ist in diesem Zusammenhang zudem das öffentliche Gebührenrecht, das im Rahmen des kommunalabgabenrechtlichen Kostenüberschreitungsverbots die Einhaltung des Preisbildungsrechts (vor allem der LSP) als eine Voraussetzung für rechtmäßige Gebührenkalkulationen im Zusammenhang mit der Beauftragung Dritter behandelt. In diesem Zusammenhang sind VO PR Nr. 30/53 und LSP unentbehrlich, um anhand objektiver Maßstäbe die abgabenrechtlich zulässige Belastung der Bürger bestimmen und an den Vorgaben des Gesetzes messen zu können.

Ferner ist mit Blick auf die für die deutsche Wirtschaft nennenswerte Bedeutung grenzüberschreitender Geschäfte im öffentlichen Beschaffungswesen hervorzuheben, dass insbesondere bei direkten Vergaben im Ausland statt einer Anwendung der jeweiligen ausländischen Regelung auf die VO PR Nr. 30/53 unmittelbar oder in abgewandelter Form zurückgegriffen werden kann und dadurch Kalkulationen und Prüfungen durch deutsche Prüfer erfolgen können.

3. Wie bewerten Sie die Ziele des Marktpreisvorrangs beim öffentlichen Einkauf und die Aufrechterhaltung des Preisstandes der VO PR Nr. 30/53 aus praktischer Sicht?

a) Grundsätzliche Einschätzung

Die „Preistreppe“ und der damit verbundene Marktpreisvorrang haben sich grundsätzlich bewährt. Die durchgehende Anwendung des 1. Runderlasses vom 22.12.1953 betreffend die Durchführung der VO PR Nr. 30/53 (MinBl BMWi 1953, S. 515“, s. Anh. 4 a zu Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Wald-

mann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl.), insbesondere die Regelungen zum im Wettbewerb entstandenen Marktpreis, werden regelmäßig durch die Gerichte bestätigt. Nach diesem Runderlass gilt zu Recht der Grundsatz: „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 Marktgängigkeit und Verkehrsüblichkeit geprüft.

b) Empfehlung der Schaffung einer expliziten Regelung zu einem „Wettbewerbspreis“

Aus Gründen einer besseren Durchgängigkeit im Rahmen der VO PR Nr. 30/53 und der Vermeidung von Missverständnissen in der Zukunft empfiehlt der BDI, den Marktpreis, der sich im Wettbewerb gebildet hat, aus dem bisherigen § 4 VO PR Nr. 30/53 herauszulösen und in Anlehnung die Regelung des § 5 der ehemaligen Baupreisverordnung (VO PR Nr. 1/72) wie folgt explizit als neuen Preistyp einzuführen:

Neuer § 4 a VO PR Nr. 30/53 (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 1. Runderlasses – bei einem im Wettbewerb ermittelten Preis bei Vorliegen von mindestens zwei Angeboten verzichtet werden.

Der Marktpreisvorrang mit der Prüfung auf Marktgängigkeit und Verkehrsüblichkeit ist erst dann durchzuführen, wenn kein Wettbewerb entstanden ist. Vorrang muss der im Wettbewerb entstandene Preis haben, denn er gibt die aktuelle Marktsituation wieder.

In diesem Kontext seien zwei Beispielfälle angeführt:

- (1) **Knappheit zum Zeitpunkt der Ausschreibung führt zu hohen Preisen.**
Lösungsansatz: europaweite- bzw. ggf. weltweite Ausschreibung oder Rahmenverträge mit Abrufgarantien.
- (2) **Überangebot zum Zeitpunkt der Ausschreibung führt zu niedrigen Preisen** (z.B. Agrarprodukte aufgrund von russischem Boykott, Überangebot an Rohöl). Lösungsansatz: Ein Marktpreis muss in diesen Fällen einer zeitlichen Befristung unterliegen und der öffentliche Auftraggeber kann temporär alle Preisvorteile nutzen.

Es ist der Auftraggeber, der entscheidet, ob er zum jeweiligen Zeitpunkt beschaffen möchte oder die Beschaffung verschiebt und damit ggf. einen anderen Preis erhält. Sollte eine Marktstörung vorliegen, so ist diese „Störung“ genauer zu definieren. Die vorgenannten Beispiele geben übliche Marktsitu-

ationen wieder, die der jeweiligen Seite situativ Vorteile oder Nachteile bringen. Differenziertere Sichtweisen sind sicherlich bei „Gefährdung der nationalen Sicherheit“ erforderlich, die einen direkten Einfluss auf die Beschaffung von Gütern hat. Letzteres sollte allerdings nicht im Rahmen preisrechtlicher Vorschriften gelöst werden.

Somit sollten die Regelungen zu Selbstkostenpreisen nach §5 ff. VO PR Nr. 30/53 einschließlich der damit verbundenen Prüfrechte nur noch bei einer freihändigen Vergabe ohne Wettbewerb oder ohne allgemeinen Markt (bzw. ohne einen objektiven oder betriebssubjektiven Marktpreis) in Anlehnung an die Regelung in der ehemaligen Baupreisverordnung VO PR Nr. 1/72 angewendet werden.

c) 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) in Betracht gezogen werden. Des Weiteren könnten Marktanalysen ergänzend zur betriebsindividuellen Marktanalyse auch in allgemeiner Form zum Nachweis der Marktpreise anerkannt werden. 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“ (niedrigster jemals angebotener Preis) 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.

4. Sind Preisbildungsvorschriften beim öffentlichen Einkauf unter monopolartigen Strukturen (Anbieter- oder Nachfragemonopol) notwendig?

Gerade um marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens verstärkt durchzusetzen, wurde die VO PR Nr. 30/53 eingeführt.

Ferner hat der Verordnungsgeber auf *„die bei monopolistischen Strukturen in hohem Maße bestehende Gefahr einseitiger Machtausübung zugunsten des Anbieters oder zugunsten des Nachfragers“* (Nr. 6 Einführung VO PR Nr. 30/53) verwiesen und darauf hingewiesen, dass dies *„...durch „neutrale“ Preisbehörden nahezu ideal gewährleistet ist.“* Diese Sichtweise wird vom BDI mitgetragen.

Anbietermonopole sind aufgrund des immer stärkeren Wettbewerbs (auch weltweit) zeitlich nur noch sehr begrenzt vorhanden (z.B. zeitweise in der

IT-Industrie). Diese Anbietermonopole werden regelmäßig im Vergabeverfahren durch Ausschreibungen bzw. anschließend durch Prüfung auf Marktpreise analysiert und in der Folge werden entsprechende preisrechtliche Entscheidungen getroffen.

Auch wenn ein Nachfragemonopol besteht, erfolgt die Preisbildung aufgrund von Ausschreibungen, an denen sich ein oder mehrere viele Anbieter beteiligen. Auch in diesen Fällen erfolgt die Preisbildung entsprechend der preisrechtlichen Regelungen.

Im Folgenden werden zwei praktische Beispiele im Hinblick auf die Marktmacht des Nachfragers angeführt:

- (1) Der *Selbstkostenerstattungspreis* durfte ursprünglich nur ausnahmsweise vereinbart werden. Heute ist er dagegen insbesondere auch *auf Druck des öffentlichen Auftraggebers* einer der meistvereinbarten Preistypen. Voraussetzung für die Vereinbarung dieses Preistyps ist, dass alle anderen Preistypen nicht anwendbar sind. Der 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 der Bundeswehr (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.
- (2) 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. Ferner wird durch hohe Verzugs- und Vertragsstrafen *das wirtschaftliche Realisierungsrisiko des Auftragnehmers drastisch erhöht*. Die Forderung nach ausschließlichen Nutzungsrechten ergänzt diese unausgewogene Vertragsgestaltung und macht diese Aufträge für die Auftragnehmer zu einem ggf. existenzbedrohenden Risikoposten in den Bilanzen.

Vor allem für KMU sind die vorgenannten Risiken grundsätzlich nicht tragbar. Daher muss bei Vereinbarung eines Selbstkostenpreises auch eine ausgewogene Verteilung der vertraglichen Risiken erfolgen und eine Aufstockung des Preises muss bei begründeten Erhöhungen auf jeden Fall möglich sein.

Rechtliche Fragen

- 5. Besteht seitens der Praxis Anpassungsbedarf hinsichtlich des Anwendungsbereiches der VO PR Nr. 30/53 ggü. dem Vergaberecht?**
 - a) Begriff des öffentlichen Auftrags**
 - b) Begriff des Auftraggebers**
 - c) Berücksichtigung vergaberechtlicher Ausnahmen**
 - d) Einbeziehung privatrechtlicher juristischer Personen?**

Vorab sei angemerkt, dass die Fragen zu Ziffer 5 für den BDI keine vorrangige Bedeutung haben. Dies vorausgeschickt, gilt Folgendes:

- zu a) Aus Sicht des BDI bestehen keine Probleme hinsichtlich der gegenwärtigen Regelungen des Preisrechts mit Blick auf den Begriffs des öffentlichen Auftrags.
- zu b) Gleiches gilt hinsichtlich der aktuell im Preisrecht geltenden Regelungen im Hinblick auf den Begriff des Auftraggebers.
- zu c) Bezüglich der Berücksichtigung von Ausnahmen vom Vergaberecht gelten nach der BMWi-Studie (S. 88) folgende Überlegungen: Die VO PR Nr. 30/53 und das Vergaberecht i.e.S. teilen zwar eine grundsätzliche Marktorientierung, das Ziel der Ressourcenschonung und den Bezug zur öffentlichen Auftragsvergabe. Darüber hinaus aber verfolgen beide Rechtsregime durchaus unterschiedliche Regelungszwecke und unterscheiden sich vor allem in Bezug auf ihren Gegenstand voneinander. Während das Vergaberecht i.e.S. die Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand für ein konkretes Beschaffungsvorhaben zum Gegenstand hat, knüpft die VO PR Nr. 30/53 an diese Auswahl an und enthält Regeln für ein *essentialium negotii* des Beschaffungsvertrages, die Preisabrede. Beide Regelungssysteme stehen grundsätzlich selbständig und inhaltlich überschneidungsfrei nebeneinander; auch das Konzept des Marktpreises in § 1 Abs. 1 und § 4 VO PR Nr. 30/53 ist ein autonomes mit eigenen materiellen Tatbestandsvoraussetzungen. Sachlich relevant wird dies – und der Selbststand der VO PR Nr. 30/53 damit deutlich sichtbar – immer dann, wenn trotz eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens tatsächlich kein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern bestand, so dass ein „Marktpreis“ nicht zustande kommen konnte.

Ferner verweist die BMWi-Studie darauf, dass die Eigenständigkeit beider Regime allein durch gegenseitige Verweise eingeschränkt wird: Während das Vergaberecht die Regeln der VO PR Nr. 30/53 in toto durch Gesamtverweisungen in die eigene Regelungsanordnung integriert, dort aber nicht weiter sanktioniert, verweist die VO PR Nr. 30/53 für ihren Anwendungsbereich mit dem Begriff der „öffentlichen Aufträge“ implizit auf Begrifflichkeiten und terminologische Kategorien des Vergaberechts. Wie weit diese begriffliche Fremdbestimmung geht, ist nicht gänzlich geklärt. Der BMWi-Studie zufolge spricht viel dafür, dass sie auch die seit 1998 herausgebildeten Restriktionen des Auftragsbegriffs („Inhouse-Geschäfte“) einschließt und die VO PR Nr. 30/53 damit auf die *tatsächliche Auftragsvergabe am Markt* beschränkt.

Die vorgenannten Aussagen der BMWi-Studie hinsichtlich der Ausnahmen vom Vergaberecht erscheinen aus BDI-Sicht prinzipiell plausibel; auch aus BDI-Sicht ist insoweit grundsätzlich keine Ausweitung des Preisrechts geboten. Allerdings sollte im Rahmen der Reformüberlegungen mitbedacht werden, dass die Nichtanwendung des Preisrechts speziell im Falle von Inhouse-Vergaben zu einer Privilegierung dieser Praxis im Kontext der ohnehin kritischen Tendenz zu übermäßiger Rekommunalisierung von Leistungen führen könnte, die zuvor oft im Wettbewerb an die Privatwirtschaft vergeben wurden. Insoweit ist zu erwägen, künftig vorzusehen, dass Kommunen im Falle von Inhouse-Vergaben das Preisrecht zu beachten haben. Damit könnte Sondervorteilen für die ohnehin problematische Rekommunalisierung entgegen gewirkt werden. Zugleich könnte damit auch sichergestellt werden,

dass die Leistungserbringung von Inhouse-Aufträgen nicht teurer als bei der Auftragsvergabe im Wettbewerb ist.

zu d) Auch zu Ziffer 5 d) gilt zunächst die allgemeine Vorbemerkung zu Frage 5. Aus BDI-Sicht ist die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber gemäß dem GWB und einer privatrechtlichen juristischen Person klar geregelt. Wenn die Industrie als Auftragnehmer eines öffentlichen Auftrags Aufträge an Unterauftragnehmer vergibt, erfolgt dies im Ermessen der Industrie, gegebenenfalls unter Anwendung der VO PR Nr. 30/53 bei Verträgen auf einzelvertraglicher Basis (im Verteidigungsbereich in der Regel mindestens ein Betrag von 50.000 Euro). In der Antwort zu Frage 9 dieses Fragenkatalogs schlägt der BDI generelle „Bagatellgrenzen“ zur Anwendung der VO PR Nr. 30/53 vor.

§ 2 Abs. 4 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 enthält eine Option zur Erstreckung des Anwendungsbereichs auf „mittelbare Leistungen zu öffentlichen Aufträgen“. Gemeint sind damit Unteraufträge, die ein im Vergabeverfahren erfolgreicher Bieter zur Erfüllung seiner vertraglich geschuldeten Leistung an Unterauftragnehmer vergibt. Die Regelungen der VO PR Nr. 30/53 können in einem solchen Fall Anwendung finden, wenn der öffentliche Auftraggeber dies verlangt und der Unterauftragnehmer dem zustimmt.

In diesem Kontext ist schließlich lediglich rein vorsorglich darauf hinzuweisen, dass die Anwendung öffentlicher Vergabeverfahren durch die Industrie strikt abzulehnen ist.

6. Ist der Marktpreisbegriff aktuell?

- a) **Allgemeine Kriterien zur Bestimmung des Marktpreises**
- b) **Sind spezielle Kriterien zur Bestimmung des Marktpreises bei Ausschreibungen erforderlich?**

Der Begriff des Marktpreises ist in der VO PR Nr. 30/53 klar definiert, eine Anpassung ist aber zwingend erforderlich:

a) Aufgrund des bereits erwähnten 1. Runderlasses vom 22.12.1953 betreffend die Durchführung der VO PR Nr. 30/53 (s. oben zu Frage 3 unter a) und b)) ergibt sich ein **Marktpreis, der im Wettbewerb entstanden ist**.

Bezüglich der **Modernisierung des Marktpreisnachweises** wird ebenfalls auf die Erläuterungen in der Antwort zu Frage 3 verwiesen.

Die bisherigen Kriterien zur Beurteilung eines Marktpreises (Marktgängigkeit, Verkehrsüblichkeit) sind ein erster Schritt, um einen Marktpreis nachzuweisen. Insbesondere bei IT-Unternehmen besteht eine Vielzahl von Mischpreisen, die einen Nachweis aufgrund der selten identischen Vertragsinhalte schwierig machen.

Aus diesem Grunde unterstützt der BDI 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) in Betracht gezogen werden.

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

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 und muss Grundlage aller Prüfungen sein.

Gängige moderne Vermarktungsstrategien sehen heute vor, dass Unternehmen Lösungen als hochgradig individualisierte, auf Kundenwünsche zugeschnittene Pakete verkaufen, wobei enthaltene Produkte/Leistungen (Produkt/Hardware/Software/Service) teilweise mit großen Abschlägen angeboten werden. Der Nachweis der Verkehrsüblichkeit der Preise aus den Paketen wird dadurch erschwert oder gar verhindert, so dass ein Nachweis von Marktpreisen hierfür kaum möglich ist (Mischkalkulationen).

Diese „hybriden“ Produkte im Rahmen derartiger Paketpreise sind nur unter erheblichem Dokumentationsaufwand transparent darzustellen, so dass eine Verkehrsüblichkeitsprüfung nach § 4 VO PR Nr. 30/53 aufgrund der Komplexität und Vielzahl der Umsatzakten faktisch unmöglich ist bzw. nicht vom Preisprüfer anerkannt wird. Für derartige Fallkonstellationen muss eine akzeptable, einfach zu praktizierende Lösung gefunden werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil anderenfalls gerade besonders innovative und flexible Branchen hochgradig benachteiligt oder in Selbstkostenpreise getrieben werden, was nicht sinnvoll ist.

Zu beachten sind im Einzelnen folgende Durchführungsbestimmungen der VO PR Nr. 30/53:

- Ziffer VI. 18 der Richtlinien für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der Verordnung PR Nr. 30/53 vom 1. Juli 1955 in der Fassung vom 6. März 1961 (Beilage zu BAnz. Nr. 74, geändert am 18. Juli 1962 (BAnz. Nr. 142)“ in Anhang 4b) zu Ebisch/Gottschalk/ Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Auflage):

„...Der Markt ist in aller Regel nicht so vollkommen, dass sich für die gleiche Leistung ein einheitlicher Preis herausbildet; vielmehr umfasst der Begriff des verkehrsüblichen Preises eine Mehrzahl verschiedener, am Markt wiederholt gezahlter Preise. Es gehört zu den wichtigen Aufgaben der Beschaffungsstellen, unter Abwägung aller Umstände zu dem für sie günstigsten Preis abzuschließen, d.h. dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag zu erteilen (VOL Teil A § 24 Nr. 3). Nach der VOL kann der im Verkehr übliche Preis im Sinne der VO auch durch öffentliche oder durch beschränkte Ausschreibung oder durch freihändige Vergabe ermittelt werden (vgl. wegen der Anwendung der verschiedenen Vergabearten § 3 der VOL Teil A).“

- Ziffer VI. 19 b) der vorgenannten Richtlinien:

„Ob und inwieweit es möglich ist, den Zu- oder Abschlag bei vergleichbaren Leistungen nach dem abweichenden Nutzungs- oder Gebrauchswert gegenüber der normalen Marktleistung zu bemessen (vgl. den bereits erwähnten 1. Runderlass (s. o. zu Frage 3, unter b), Nr. 6 Buchst. a Ziffer 3) richtet sich danach, dass

b1) die technischen Merkmale des Leistungsunterschieds einwandfrei festgestellt werden können und

b2) eine eindeutige Bewertung dieses Leistungsunterschiedes mit Hilfe von Marktpreisen oder aus Marktpreisen abgeleiteten Richtwerten gegeben ist.

Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ist der Wertunterschied durch die Höhe der Mehr- oder Minderkosten zu bestimmen (vgl. den bereits erwähnten 1. Runderlass (s. o. zu Frage 3, unter a) und b), Nr. 6 Buchst. a Ziffer 4).“

Die vorgenannten, seit langer Zeit geltenden Grundsätze müssen auch weiterhin angewandt 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.

Ergänzende Anmerkung:

Vgl. dazu auch die Entscheidung des Landgerichts Bonn, Urteil vom 18.12.2013 - 1 O 465/12¹.

b) S. dazu die Antwort auf Frage 3 dieses Fragenkatalogs.

7. Sollten die Leitsätze für die Ermittlung von Selbstkostenpreisen (LSP) stärker mit anderen wirtschaftsrechtlichen Bereichen (z.B. Handelsrecht, Steuerrecht, Kartellrecht) verknüpft werden?

a) Handelsrecht:

Kosten von Unternehmen, die nach HGB bilanzieren, sind preisrechtlich anzuerkennen. Die deutsche Industrie erfüllt bereits heute umfangreiche, komplexe Rechnungslegungsvorschriften. Unternehmen mit starker globaler Ausrichtung müssen ggf. sogar zusätzliche internationale Anforderungen erfüllen. Insbesondere die ergänzenden Vorschriften des zweiten Abschnitts des HGB (§§ 264 und 275) erfüllen alle Anforderungen eines geordneten Rechnungswesens nach LSP Nr. 2. Insoweit könnte sich eine Anwendung der LSP auf Firmen beschränken, die nicht unter § 264 HGB fallen.

Der BDI begrüßt nachdrücklich die Sichtweise der BMWi-Studie, dass die Orientierung an den HGB-Vorschriften zu einer deutlichen Arbeitserleichterung bei sowohl den Auftragnehmern als auch Preisprüfern führt. Insbesondere würde KMU, die oftmals nicht oder wenig mit den LSP vertraut 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 bereits durch unabhängige Wirtschaftsprüfer testierten HGB-Abschlüsse und der damit möglichen Verwendung der Kosten in der Kalkulation zu Erleichterungen für die Unternehmen sowie auch

¹ Vgl. insb. folgende Aussage des Urteils:

Nach der Richtlinie des Bundesministeriums für Wirtschaft und des Bundesministeriums für Finanzen für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der Verordnung VO PR 30/53 über Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 01.07.1955 ist bei Durchführung einer ordnungsgemäßen Ausschreibung davon auszugehen, dass die zustande gekommenen Ausschreibungspreise den Bestimmungen des § 4 Abs. 3 und 4 VO PR 30/53 entsprechen. Die Durchführung der Ausschreibung indiziert also das Vorliegen eines Marktpreises. Dementsprechend ist auch grundsätzlich davon auszugehen, dass der vereinbarte, im Rahmen der Ausschreibung für den Flughafen B.-Sch. ermittelte, hier streitgegenständliche Preis für die Gepäckprüfung vom Typ Hi-Scan 10080 EDtS einen Marktpreis darstellt.

die Prüfer führen. Unternehmen, die Abschlüsse nach IFRS machen müssen, sollten die Regularien des IFRS auch preisrechtlich anwenden können.

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: Verwendung der Kostenansätze entsprechend der Regelungen im HGB anstelle der Regelungen in der LSP.

Die BDI-Position, nach der Kosten der Unternehmen, die nach HGB bilanzieren, auch preisrechtlich anzuerkennen sind, wird im Rahmen der durch das BMWi beauftragten Studie anhand der preisrechtlichen Grundsätze bei der Ermittlung der Pensionsrückstellungen untersucht. Die BMWi-Studie kommt grundsätzlich zu dem Schluss, dass LSP-Kostenpositionen stärker in Höhe der handelsrechtlichen Ansätze übernommen werden müssen, insbesondere bei Pensionsrückstellungen. Dieser Aussage der BMWi-Studie ist aus BDI-Sicht nachdrücklich zuzustimmen.

b) Steuerrecht:

Die Vorgaben des HGB (neu) bedeuten für die Unternehmen tatsächlich zu buchende Kosten, während das Steuerrecht (EStG) lediglich fiskalischen Zwecken bzw. dazu dient, festzulegen, welche Kosten zur Gewinnermittlung abgesetzt werden können und welche nicht.

Die nach HGB anerkannten, bewerteten und gebuchten Kosten verlieren keinesfalls ihren betriebswirtschaftlichen Kostencharakter, auch wenn das Steuerrecht sie nicht anerkennt.

Das Steuerrecht dient lediglich bilanziellen Zwecken zur Ermittlung des Gewinns (Steuerbilanz), und dies ganz ohne kosten- und preisrechtliche Auswirkungen.

Bezüglich der **Behandlung von Pensionsrückstellungen** gilt Folgendes:

Die Nichtberücksichtigung von Kosten, die aufgrund der Anwendung geltender, von den Rechtsunterworfenen zu beachtenden Vorschriften des HGB entstehen, ist nach Überzeugung des BDI mit der geltenden Rechtsordnung nicht vereinbar.

Überdies hätte eine preisrechtliche Anerkennung ausschließlich der über Steurgutachten ermittelten und über § 6a EStG abgezinsten Beträge zur Folge, dass der Staat von niedrigeren Gutachtenwerten und höher abgezinsten (und damit steuerlich niedrigeren) Rückstellungskosten gleichzeitig preisrechtlich sowie auch steuerrechtlich durch höhere Steuereinnahmen profitiert, da der niedrigere Rückstellungsbetrag gewinnerhöhend wirkt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass eine engere Verknüpfung der LSP nur mit dem Handelsrecht sinnvoll ist, da das Handelsrecht sich stärker an den Kosten bzw. der Bilanzierung der Unternehmen orientiert als das Steuerrecht.

Ergänzende Anmerkung:

Nur vorsorglich sei an dieser Stelle angeführt, dass die jüngst aufgekommene Einschätzung, dass die Gewerbesteuern nicht mehr als Kosten anzuerkennen seien, vom BDI entschieden abgelehnt wird. Unternehmen, die ausschließlich im Selbstkostenbereich tätig sind, müssten in diesem Fall die Ge-

werbsteuer über den Gewinn abdecken, da die Kosten nicht in der Kalkulation untergebracht werden können. Auch sind die Gewerbesteuern nicht einheitlich, sondern sehr individuell festgelegt.

c) Kartellrecht:

Kartellrecht ist ein eigenes Rechtsgebiet, das mit der VO PR Nr. 30/53 einschließlich der LSP in keinem Zusammenhang steht. Verstöße gegen kartellrechtliche Vorschriften, die u.a. Wettbewerbsabsprachen betreffen, sind im Rahmen des Kartellrechts zu verfolgen und sind nicht Gegenstand des Preisrechts.

Praxisbezogene Fragen

8. Sollten zur Einleitung von Preisprüfungen Fristen vorgegeben werden?

Aus Sicht des BDI ist nicht nur die Einleitung, sondern vor allem auch die *Durchführung* von Preisprüfungen mit Ablauffristen zu versehen.

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

a) Durchführungsfristen

Als Fristen für die **Durchführung** von Preisprüfungen hält der BDI Folgendes für angemessen:

Wettbewerbspreis	keine Preisprüfung
Marktpreis für Einzelverträge	Kurzpreisprüfung bzw. vor Vertragsunterschrift in Ausnahmefällen bis zu 4 Wochen nach Vertragsunterschrift
Marktpreise auf Preislisten / verkehrsübliche Std-Sätze / Feste Sätze	jährliche Preisprüfung
Selbstkostenfestpreis /	vor Vertragsunterschrift
Selbstkostenrichtpreis	innerhalb von 3 Monaten nach Erklärung der Prüfbereitschaft
Selbstkostenerstattungspreis	innerhalb von max. 2 Jahren nach Projektende/Erklärung der Prüfbereitschaft Abschluss der Prüfung nach 3 Jahren

b) Weitere allgemeine Aussagen bezüglich Fristen

Die Beantragung und Durchführung von Preisprüfungen erfolgen teilweise mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen. Angesichts der im modernen Wirtschaftslebens typischerweise hohen Fluktuation der Mitarbeiter in den Unternehmen (oft nur ca. 3 bis 5 Jahre Verweildauer im Unternehmen), der immer kürzer werdenden Innovationszyklen (Abgrenzung der Produktentwicklung) und der latenten Gefahr von Unternehmensverkäufen oder -insolvenzen vor oder während einer Preisprüfung sind Unterlagen und entsprechende auskunftsgibende Personen bei den Unternehmen und ihren Unterauftragnehmern im Falle einer späten Prüfung oft nicht mehr verfügbar.

Als Konsequenz dieses Tatbestands des modernen Wirtschaftslebens müssen verbindliche Fristen für die Beantragung von Prüfungen, die Information über eine beabsichtigte Preisprüfung und die Durchführung der Prüfung eingeführt werden. Insoweit könnte man sich beispielsweise am Vergaberecht (s. z.B. § 134 Abs. 2 GWB) orientieren. Dementsprechend sollte eine Frist für die Beantragung von Prüfungen (durch Auftraggeber oder Auftragnehmer) innerhalb von 15 Kalendertagen nach Zuschlagserteilung vorgesehen werden und die Preisüberwachungsstellen müssten die Auftragnehmer über die beabsichtigte Prüfung informieren.

Eine derartige Einführung bzw. Verkürzung/Vereinheitlichung von Fristen würde vor allem auch der zurecht von allen Seiten betonten Zielsetzung der verbesserten Einbeziehung junger, kleiner und mittlerer Unternehmen in die Wertschöpfungskette bei öffentlichen Aufträgen dienen.

c) Fristen für die Aufbewahrung von Dokumenten

Aus Sicht des BDI ist die Anwendung der derzeitigen Aufbewahrungsfrist von 5 Jahren auf maximal 3 Jahre bei Selbstkostenerstattungspreisen zu reduzieren (entsprechend der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB). Nach Ablauf dieser 3 Jahre darf keine Preisprüfung mehr stattfinden. Dementsprechend sollten auch etwaige sonstige Aufbewahrungsfristen 3 Jahre nicht überschreiten.

Überdies macht der BDI darauf aufmerksam, dass nach einer Entscheidung des OLG Koblenz² *nach Ablauf der zweijährigen Verjährung bei Ordnungswidrigkeiten (§ 11 VO PR Nr. 30/53 i.V.m. WirtschaftsstrafG) Prüfungsmaßnahmen nach § 9 VO PR Nr. 30/53 insgesamt nicht mehr zulässig wären.*

9. Ist die Einführung von Bagatellgrenzen sinnvoll?

Entsprechend der Aussage der BMWi-Studie unterstützt der BDI die Einführung von Wertgrenzen (Schwellenwerten) zur Durchführung von Preisprüfungen. Der BDI schlägt vor, Wertgrenzen für mittelbare/unmittelbare Leistungen (z.B. 400.000 € in grober Anlehnung an Schwellenwerte im Vergaberecht) und für mittelbare Leistungen (z.B. mehr als 60% des Auftragswertes) einzuführen, ab denen Preisprüfungen verbindlich durchgeführt werden. Einzelvertraglich können auch höhere Werte vereinbart werden.

Bezüglich etwaiger Überlegungen zu möglichen Stichprobenprüfungen ist der BDI nach weiteren intensiven, branchenweiten Beratungen inzwischen zu der Überzeugung gelangt, dass eine Regelung, die Stichprobenprüfungen vorsieht, für beide Seiten (Preisprüfer und Unternehmen) nicht sinnvoll wäre. Denn während es das Ziel sein muss, gerade bei kleineren Aufträgen eine durchgreifende Entlastung (durch Freigrenzen) zu schaffen, müssten die Unternehmen im Falle der Zulässigkeit von Stichproben auch bei kleineren Aufträgen weiterhin stets mit späteren Prüfungen rechnen, wodurch ihr Aufwand zur Vorhaltung dazu nötiger Kapazitäten letztlich nicht durchgreifend

² Urteil des OLG Koblenz (Hinweisbeschluss 2 U 1116/12 OLG Koblenz; zu 16 O 465/11 LG Koblenz; vgl. insb. folgende Auszüge:

„ ..., wenn der öffentliche Auftraggeber seine (interne) Preisprüfung in einem angemessenen Zeitrahmen, der sich durch die Regelverjährung gesetzlich definiert, vornimmt...“

... Folgt man der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln (Urteil vom 11.4.1968 – 1 K 1788/67 – zit. nach Ebisch et.al, aaO, RN. 119 ff.), so wäre davon auszugehen, dass im Ergebnis Prüfungsmaßnahmen nach § 9 VO PR Nr. 30/53 bereits nach Ablauf der zweijährigen Verjährung der Ordnungswidrigkeiten (§ 11 VO PR Nr. 30/53 iVm WirtschaftsstrafG) insgesamt nicht mehr zulässig wären, weil danach die Erreichung der mit der Preisverordnung verfolgten Ziele letztlich nicht mehr möglich sei...“

gesenkt würde. Zudem würde auch das Ziel, durch Aufwandsentlastung der Preisprüfer das System des Preisrechts und der Preisprüfung zu erhalten, erschwert.

In diesem Zusammenhang weist der BDI darauf hin, dass verschiedene internationale Vorschriften ebenfalls (z.T. deutlich höhere) Wertgrenzen beinhalten.

10. Sollten Unterauftragsprüfungen vom Umfang des Unterauftrages abhängig sein?

Der BDI schlägt vor, Wertgrenzen für mittelbare/unmittelbare Leistungen (z.B. 400.000 € in grober Anlehnung an Schwellenwerte im Vergaberecht) und für mittelbare Leistungen (z.B. über 60% des Auftragswertes) einzuführen, ab denen Preisprüfungen verbindlich durchgeführt werden. Einzelvertraglich sollten auch höhere Werte vereinbart werden können. Die in diesem Zusammenhang teils erwogenen Stichprobenprüfungen sind nicht zielführend (vgl. auch die Antwort zu Frage 9).

11. Ist die Gestaltung von leistungsindividuellen Kalkulationsschemata hilfreich?

In der BMWi-Studie wird zutreffend festgestellt, dass das Preisrecht und vor allem die LSP auf „produzierende Unternehmen“ ausgerichtet sind und den Rand- und Rahmenbedingungen von modernen Dienstleistungsunternehmen nicht genügen.

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.

Ansonsten sieht der BDI keinen Handlungsbedarf für eine etwaige Gestaltung leistungsindividueller Kalkulationsschemata.

12. Sollten Prüfungsstandards entwickelt werden?

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

Um bei der Preisprüfung unterschiedliche Interpretationen des Preisrechts zu vermeiden, Rechtssicherheit auch für die Prüfer zu erreichen und sich auf die wesentlichen Kernpunkte in einer Prüfung konzentrieren zu können, wäre es für beide Seiten sinnvoll, die Prüfungsanforderungen (entsprechend dem Prüfungskatalog der Wirtschaftsprüfer) klar zu definieren/standardisieren und zu detaillieren. Gegebenenfalls sind die Durchführungsbestimmungen (1. Runderlass und Richtlinien für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der Verordnung PR Nr. 30/53 über Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953) auf einen aktuellen Stand zu bringen. Im Sinne der Aus-

gewogenheit und Akzeptanz sollten die so definierten Prüfungsanforderungen vor Veröffentlichung innerhalb der Verwaltung mit der Industrie abgestimmt werden.

Prüfungsstandards helfen bei der Prüfungsvorbereitung und -durchführung und können damit die Durchlaufzeit verringern. Es würde dem Wettbewerb helfen, wenn bundesweit tätige Unternehmen in jedem Regierungsbezirk auf gleiche Rahmenbedingungen vertrauen könnten.

In Ergänzung zu den Prüfungsstandards sollte eine zentrale, von allen Bundesländern gemeinsam getragene Preisprüfungsbehörde mit bundesweiter Zuständigkeit eingeführt werden. Gleiches gilt für die Schaffung einer Schiedsstelle, die bundesweit strittige Fragen nach gleichen Standards beurteilt.

Die heutige Rolle des BMWi als Verordnungsgeber, der selbst nicht als Verordnungsanwender tätig ist und praktisch nur eingeschränkt auf die Fortentwicklung der preisrechtlichen Praxis Einfluss nimmt, erscheint unzureichend. Die aktive und verantwortliche Begleitung der Preisprüfung durch die Entwicklung von Standards, das Setzen von Rahmenbedingungen und die Überwachung der Einhaltung wäre ein essentieller Schritt zu einer effektiven Anwendung des Preisrechts im Sinne seiner nach wie vor sinnvollen Zielsetzung. Hierzu ist es insbesondere für KMU sehr wichtig, dass neue Erkenntnisse, die Regelungen des Preisrechts betreffen und während der Leistungserbringung eingeführt wurden, ausschließlich auf zukünftige Verträge Anwendung finden und keine Wirkung auf bereits abgeschlossene Verträge entfalten.

Schließlich würde mehr Transparenz hinsichtlich der Änderungen von Sichtweisen mit entsprechenden Erläuterungen allen Unternehmen weiterhelfen.

Im Zusammenhang mit der Einführung von Prüfungsstandards kommt im Interesse der Gewährleistung der Einhaltung dieser Standards auch die Einführung eines subjektiven Rechts der Betroffenen im Hinblick auf die Geltendmachung von Verletzungen dieser Standards in Betracht.

Ressortabkommen zwischen BMWi und BMVg zur vertraglichen Preisprüfung durch das BAAINBw

13. Grundsätzlich: Erfüllt das Ressortabkommen seinen Zweck der Entlastung der hoheitlichen Preisüberwachungsstellen?

Angesichts der Ressortvereinbarung zwischen BMWi und BMVg stehen den Unternehmen heute zwei Prüfungsinstitutionen gegenüber. Insoweit kommt es oftmals zu unterschiedlichen Auslegungen des Preisrechts. Sollte wie vom BDI befürwortet eine *zentrale*, von den Ländern gemeinsam zu unterhaltende neutrale Preisprüfungsbehörde mit Außenstellen eingeführt werden, wäre auch die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung einer Prüfung durch den Auftraggeber auf Basis der Ressortvereinbarung zu untersuchen.

Die Ressortvereinbarung ist angesichts der teils zu beobachtenden Bestrebungen zu einer überdehnten Anwendung dieser Ressortvereinbarung wiederholt auf berechtigte Kritik in der Industrie gestoßen. Auf jeden Fall gilt bzw. muss für alle Beteiligten zweifelsfrei klar sein, dass die Bestimmungen dieser Ressortvereinbarung *nur aufgrund einer einzelvertraglichen Vereinbarung* zwischen dem öffentlichen Auftraggeber im Verteidigungsbereich und einem Auftragnehmer zur Anwendung kommen können und die Prüfung

durch den Auftraggeber sich insoweit nur auf Selbstkostenfestpreise beziehen darf. Ebenfalls muss auf jeden Fall gewährleistet sein, dass bei einer etwaigen Verlängerung der Ressortvereinbarung die Interessen der Industrie stärker als bisher berücksichtigt werden.

In diesem Zusammenhang weist der BDI darauf hin, dass vom Grundsatz her die Formulierung z.B. des Anlageblatts K (BAAINBw-B 120/12.2014) identisch mit der im Folgenden angeführten Formulierung der Ressortvereinbarung (Ziffer 7) sein sollte.

“Einzelvertragliche Regelungen sind individuell zu vereinbaren.“

Diesbezügliche Unklarheiten führen regelmäßig zu Unklarheiten und unnötigen Diskussionen, die durch einen klaren Verweis auf die Ressortvereinbarung bzw. eine inhaltliche Übernahme der betreffenden Regelung vermieden werden könnten.

Zu erwähnen ist ferner, dass die Ressortvereinbarung 2010 geändert wurde. Mit dieser Änderung wurde die Verantwortung des BAAINBw gestärkt. Diese Veränderungen, insbesondere die Einführung von Preisprüfungen anstelle von Preisgesprächen bzw. Beurteilungen etc., hatten bereits damals keine Unterstützung beim BDI gefunden. Es ist zu befürchten, dass unter dem Deckmantel der Entlastung der Preisüberwachungsstellen nun eine weitgehende Stärkung der Prüfbefugnis des BAAINBw als Auftraggeber und damit *nicht neutrale* Prüfinstanz erfolgen könnte.

In diesem Zusammenhang wird allerdings auch auf die Situation hingewiesen, dass die Preisüberwachungsstellen ausschließlich *kaufmännische* Prüfungen durchführen. Bei Selbstkostenfestpreisprüfungen sind die Preisüberwachungsstellen aufgrund ihres Zuschnitts und des Fehlens entsprechender technischer Kapazitäten nicht in der Lage, *technische* Kostenprüfungen durchzuführen. Aus diesem Grunde sollte der Vorschlag aus der BMWi-Studie, die technischen Prüfer des BAAINBw dem „System Preisprüfung“ zu erhalten, näher erörtert werden.

Darüber hinaus bezieht sich die Ressortvereinbarung in weiten Teilen auf Produktionsabläufe im fertigungsnahen Umfeld. In Folge dessen sind die heutigen Anforderungen der Dienstleistungsindustrie (insbesondere auch der IT-Industrie) nicht bzw. nicht ausreichend berücksichtigt. Insofern würde eine Klarstellung in der Ressortvereinbarung größere Rechtssicherheit sowohl für die Unternehmen als auch für die Prüfer bewirken.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass immer wieder Ausschreibungen durchgeführt werden, in denen der Auftragnehmer verpflichtet wird, Regelungen/Formularen zuzustimmen, die eine Auftraggeber-seitige Anwendung der Ressortvereinbarung voraussetzen und bei denen eine Verhandlung ausgeschlossen ist. Aufgrund der Marktmacht des Auftraggebers erfolgt insoweit keine Verhandlung. Damit werden faktisch die Regelungen der Ressortvereinbarung konterkariert, weshalb etliche Stimmen aus der Industrie die Abschaffung der Ressortvereinbarung gefordert haben. In diesem Zusammenhang stellt der BDI fest, dass diese in der Praxis gelebte Vorgehensweise zu einem höchst problematischen Druck auf die Bieter führt, dem diese sich in der Praxis kaum widersetzen können.

14. Sind die dem BAAINBw zugestandenen Möglichkeiten zur Beurteilung von Selbstkostenfestpreisen (noch) angemessen?

Zunächst sei angemerkt, dass insbesondere angesichts der Formulierung „(noch) angemessen“ nicht gänzlich sicher erscheint, wie diese Frage zu verstehen ist. Insoweit betont der BDI, dass bereits die bisherige Praxis hinsichtlich der Anwendung der Ressortvereinbarung teils deutlich zu weit geht (vgl. dazu auch die Antwort auf Frage 13).

Im Kontext dieser Frage ist anzuführen, dass sich in den letzten Jahren bei Entwicklungsverträgen (nicht nur bei Großprogrammen) die Vorgehensweise durchgesetzt hat, diese zu einem „Festpreis“ abzuschließen und das Risiko mit allen Konsequenzen für Auftraggeber und Auftragnehmer auf den Auftragnehmer zu überwälzen.

Ferner ist zu berichten, dass das BAAINBw im Rahmen von Ausschreibungen im Regelfall die Vorlage detaillierter Kalkulationsunterlagen fordert, selbst wenn dies gar nicht erforderlich ist, wie z.B. bei Vergaben im Wettbewerb. Dennoch sehen sich die Bieter in diesen Fällen faktisch gezwungen, diese an sich gar nicht erforderlichen Unterlagen auszuarbeiten und einzureichen, was zu ebenso nennenswertem wie unnötigen Mehraufwand für Bieter führt. Auch solche kritischen, doch leider in der Praxis teils verbreiteten Vorgehensweisen sollten im Zuge der Eruiierung von Optimierungen des Preisrechts einer kritischen Prüfung unterzogen werden.