

Studie der Prof. Dres Dörr und Hoffjan im Auftrag des BMWi –

Wesentliche Aussagen des Abschnitts E: „Die Verordnung PR Nr. 30/53 im Gefüge der Rechtsordnung“ (S. 71 bis 106 der Studie)

- **Inhalt und Funktion der VO PR Nr. 30/53 (PreisVO)**

Trotz ihres Alters und obwohl ihre Rechtsgrundlage auf die Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes zurückgeht, gehört die PreisVO 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 PreisVO sind durch Zeitablauf oder sonst obsolet geworden.**

S. 71

- **Anwendungsbereich der PreisVO**

Ihren Anwendungsbereich beschreibt die PreisVO in ihrem § 2 Abs. 1 mit den öffentlichen Aufträgen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. **Erfasst ist von vornherein nur das Beschaffungsverhalten der sog. institutionellen Auftraggeber, die allein aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Rechtsform dem Preisrecht unterfallen. Eine weitere Konkretisierung des Begriffs des „öffentlichen Auftrags“ enthält die PreisVO nicht.** Auf Bauleistungen finden die Regeln keine Anwendung (§ 2 Abs. 5 PreisVO).

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

S. 74

Im Übrigen erhält die PreisVO 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,
- für § 6 Abs. 6 der Wirtschaftssicherstellungsverordnung von 2004 sowie für die
- Kostenberechnung bei der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Personenbeförderungsleistungen.

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 PreisVO und LSP unentbehrlich, um anhand objektiver Maßstäbe die abgabenrechtlich zulässige Belastung der Bürger bestimmen und an den Vorgaben des Gesetzes messen zu können.

Einen **abgeleiteten Anwendungsbereich** erhält die PreisVO insbesondere die LSP auch aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung und **im Rahmen des Zuwendungsrechts** bei öffentlichen Zuwendungen auf Kostenbasis: Nr. 13a der Verwaltungsvorschrift zu § 44 BHO – bzw. entsprechende Vorschriften der Länder – sieht 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).

S. 75

- **Regelungszweck der PreisVO**

Im konkreten Beschaffungsverhältnis schützen die Preisbildungsregeln den öffentlichen Auftraggeber vor unangemessenen Preisen und dienen damit mittelbar dem Schutz der öffentlichen Haushalte. Dem Auftragnehmer garantiert die PreisVO 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.

Angesichts der historischen Zweckrichtung der PreisVO und ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage dürfte allerdings auszuschließen sein, dass das Preisbildungsrecht eine individualschützende Zweckrichtung besitzt, also nach heutigem Verständnis subjektiv-öffentliche Rechte begründet. Die Ermächtigung in § 2 PreisG zielt auf die „Aufrechterhaltung des Preisstandes“, also auf die Stabilisierung des allgemeinen Preisniveaus. Damit verfolgt die gesetzliche Norm ein ausschließlich allgemeinwirtschaftliches Interesse und dient nicht dem Schutz einzelner Marktteilnehmer.

S. 76

- **Verhältnis zum Vergaberecht**

Die PreisVO 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 PreisVO 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 PreisVO ist ein autonomes mit eigenen materiellen Tatbestandsvoraussetzungen. Sachlich relevant wird dies – und der Selbststand der PreisVO 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.

Die Eigenständigkeit beider Regime wird allein durch gegenseitige Verweise eingeschränkt: Während das Vergaberecht die Regeln der PreisVO *in toto* durch Gesamtverweisungen in die eigene Regelungsanordnung integriert (§ 2 Abs. 4 VOL/A, § 2 EG Abs. 4 VOL/A, § 10 Abs. 5 VSVgV), aber dort nicht weiter sanktioniert, verweist die PreisVO 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 ganz geklärt. Es spricht jedoch viel dafür, dass sie auch die seit 1998 herausgebildeten Restriktionen des Auftragsbegriffs (Inhouse-Geschäft) einschließt und die PreisVO damit auf die tatsächliche Auftragsvergabe am Markt beschränkt.

S. 88

- **Verhältnis zum EU-Beihilferecht**

Die PreisVO verstößt weder gegen das EU-Beihilferecht, noch werden ihre wesentlichen Funktionen durch dieses erfüllt. Die Verordnung könnte in ihrer gegenwärtigen Fassung daher unter Geltung der Art. 107-109 AEUV bestehen bleiben.

S. 92

Verhältnis zum Kartellrecht

Das Kartellrecht verfolgt zwar einen völlig anderen Schutzzweck als die PreisVO, kann aber in Gestalt von Verboten des Preishöhenmissbrauchs durch marktbeherrschende Unternehmen in Teilbereichen eine ähnliche Schutzwirkung wie diese erreichen, soweit es auf unternehmerisches Verhalten im Rahmen der Auftragsvergabe anwendbar ist. Das gilt vor allem für die speziellen Entgeltregelungen für die Energie- und Wasserwirtschaft (§§ 29 und 31 Abs. 4 GWB), die allerdings mangels anerkannter Kostenmaßstäbe nur schwer anzuwenden sind und in puncto Gleichmäßigkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung hinter den Regeln der LSP zurückbleiben.

Die Verbotstatbestände des Kartellrechts zielen zwar partiell in dieselbe Richtung wie die Preisbildungsregeln der PreisVO, können diese also regelungstechnisch überlagern, sind insoweit aber viel zu unkonkret, um die LSP überflüssig zu machen. Außerhalb der Energie- und Wasserwirtschaft hält das Kartellrecht keine griffigen Verbotsregeln bereit, die die Schutzwirkungen der PreisVO im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe übernehmen könnten. Im übrigen kommen alle kartellrechtlichen Missbrauchsregeln nur in Fällen der Marktbeherrschung (§ 18 GWB) zur Anwendung, Auftragsvergaben jenseits dieser Konstellation erfasst das Kartellrecht überhaupt nicht.

S. 97

Vereinbarkeit der PreisVO mit höherrangigem Recht

- Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht

- § 2 PreisG genügt als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage grundsätzlich den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG.
- Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist durch die Regelungen der PreisVO nicht verletzt.

S. 98, 101

- Vereinbarkeit mit dem europäischen Unionsrecht

- Vergaberichtlinien

Ein Konflikt mit der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) scheidet jedenfalls unmittelbar aus. Denn die Richtlinie regelt lediglich das Verfahren zur Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand, enthält jedoch keine bindenden Vorgaben für die Bestimmung des Entgelts. Gleiches gilt für die weiteren Richtlinien zu öffentlichen Aufträgen und Konzessionen.

S. 102

- EU-Vergabeprimärrecht

Das **EU-Vergabeprimärrecht**, das sich aus der richterrechtlichen Anwendung der EU-Grundfreiheiten und spezifischer Ableitungen aus diesen auf den Auswahlprozess in der staatlichen Beschaffung speist, **kann aufgrund eines begrenzten Anwendungsbereichs nicht als Maßstab für die Beurteilung der PreisVO dienen.** Die Ableitungen in der EuGH-Rechtsprechung, die vor allem auf den Maximen Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung gründen, betreffen bislang ausschließlich das Verfahren und die Kriterien zur Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand, also den Anwendungsbereich des klassischen Vergaberechts.

S. 103 f.

- EU-Grundfreiheiten

Verstöße gegen die EU-Grundfreiheiten (insb. freier Warenverkehr und Dienstleistungsfreiheit) werden letztlich auch nicht angenommen.

S. 104 f.