

22.10.21**Empfehlungen**
der Ausschüsse

Wi

zu **Punkt ...** der 1010. Sitzung des Bundesrates am 5. November 2021

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

A

Der Wirtschaftsausschuss

empfiehlt dem Bundesrat, der Verordnung gemäß Artikel 80 Absatz 2 des Grundgesetzes nach Maßgabe folgender Änderungen zuzustimmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe a (§ 4 Absatz 2 Satz 1 PreisV 30/53)

In Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe a sind in § 4 Absatz 2 Satz 1 vor dem Komma die Wörter „des allgemeinen Bedarfs“ einzufügen.

Begründung:

Die Ergänzung dient dazu, den Anwendungsbereich des Instituts des allgemeinen Marktes, wie bisher anerkannt, auf Leistungen des allgemeinen Bedarfs zu beschränken und nicht, wie in der Begründung der Änderungsverordnung vorgesehen, auf sämtliche Leistungen auszudehnen. Auch wenn sich dieser Gesichtspunkt nicht aus dem Verordnungstext, sondern lediglich aus der Begründung ergibt, handelt es sich hierbei um eine für die Preisprüfung schwerwiegende Änderung des Status quo. Denn die durch die Änderungsverordnung beabsichtigte Erstreckung des Instituts des allgemeinen Markts auf sämtliche Leistungen, auch über den allgemeinen Bedarf hinaus, droht zu einer deutlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des vorrangigen Marktpreises nach § 4 der Verordnung zu führen und voraussichtlich die Annahme von Selbstkostenpreisen nach § 5 Absatz 1 Nummer 1 in der Praxis zu erschweren.

...

In der Folge könnten seltener Preisprüfungsverfahren auf Selbstkostenbasis der Auftragnehmer stattfinden, in denen zu zivilrechtlichen Rückforderungsansprüchen der öffentlichen Auftraggeber führende Kürzungen durch die Preisprüfungsbehörden möglich wären. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Instituts des allgemeinen Marktes auch auf Leistungen außerhalb des allgemeinen Bedarfs würde damit zu wirtschaftlichen Nachteilen für die öffentliche Hand führen, die abgewendet werden müssen. Im Einzelnen:

Bislang war in der preisrechtlichen Literatur (siehe nur Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Auflage 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53, Rn. 14) und Rechtsprechung (siehe nur BayVGh, Urteil vom 26. Februar 2019, 22 B 16.1447, Bayern.Recht, Rn. 119) anerkannt, dass eine wettbewerbliche Preisbildung auf einem allgemeinen Markt nur bei Leistungen des allgemeinen Bedarfs möglich ist (daher auch die Bezeichnung „allgemeiner Markt“). Bei Leistungen des allgemeinen Bedarfs handelt es sich um Standardgüter und Standarddienstleistungen, die auf einem funktionierenden Markt von einer Vielzahl von Anbietern angeboten und von einer Vielzahl von (auch nicht öffentlichen) Nachfragern nachgefragt werden (zum Beispiel Schreibwaren, Reinigungsmittel, Standard-Büroanwendungen, Ersatzteile für und Wartung von gewöhnlichen Kraftfahrzeugen). Nur durch das Wechselspiel von Angebot und Nachfrage einer solchen Vielzahl von Marktteilnehmern ist gewährleistet, dass sich auch ohne die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens auf einem allgemeinen Markt ein Preis wettbewerblich bilden kann.

Anders stellte sich die Situation bislang bei sonstigen Leistungen außerhalb des allgemeinen Bedarfs dar, also bei Gütern und Dienstleistungen, die keine Standardgüter und Standarddienstleistungen darstellen und bei denen keine derartige Vielzahl von Anbietern und Nachfragern existiert. In solchen Fallkonstellationen konnte bisher, wenn mangels eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens kein besonderer Markt geschaffen wurde, die Marktgängigkeit der jeweiligen Leistung im Sinne des § 4 Absatz 1 verneint werden, da für Güter außerhalb des allgemeinen Bedarfs kein allgemeiner Markt bestehen konnte. Somit bestand die Möglichkeit, das Vorliegen eines vorrangigen Marktpreises abzulehnen und nach § 5 Absatz 1 Nummer 1 zur Prüfung eines Selbstkostenpreises überzugehen. Dies galt bislang insbesondere für Güter und Dienstleistungen spezifisch militärischer, polizeilicher oder nachrichtendienstlicher Natur (beispielsweise Kampfflugzeuge und -hubschrauber, Kampfpanzer, sonstige Kriegswaffen, Munition, Abhör- und Ortungstechnik, jeweils zugehörige Spezialsoftware oder Ersatzteile).

Nach der Begründung wäre hingegen auch bei solchen Leistungen, die außerhalb des allgemeinen Bedarfs liegen, künftig die Annahme eines allgemeinen Marktes zur Begründung der Marktgängigkeit denkbar. Unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zur Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes (BVerwG, Urteil vom 13. April 2016, BVerwG 8 C 2.15, NVwZ-RR 2016, 817, Rn. 32) wären die Preisüberwachungsstellen in der Folge dazu verpflichtet, den Sachverhalt dahingehend aufzuklären, ob tatsächlich ein allgemeiner Markt für die jeweilige Leistung sowie eine wettbewerbliche Preisbildung existiert. Entsprechende

Behauptungen der Auftragnehmerseite wären durch die Preisüberwachungsstellen nur schwer zu widerlegen, so dass das Vorliegen eines vorrangigen Marktpreises im Sinne des § 4 Absatz 1 unter Umständen nur noch unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsüblichkeit des Preises abgelehnt werden könnte. Auch das Tatbestandsmerkmal der Verkehrsüblichkeit des Preises lässt sich unter Berücksichtigung der oben genannten Rechtsprechung des BVerwG je nach Fallgestaltung nur noch schwer prüfen und rechtssicher verneinen. Als Folge droht damit eine nicht wünschenswerte Entwicklung dahingehend, dass bei speziellen Leistungen außerhalb des allgemeinen Bedarfs, bei deren Vergabe aus bestimmten Gründen auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren ausdrücklich verzichtet und damit ein besonderer Markt nicht geschaffen wurde, über den „Umweg“ des allgemeinen Marktes eine Marktgängigkeit im Sinne des § 4 Absatz 1 bejaht wird.

Es liegt im Interesse der öffentlichen Auftraggeber, dass die Marktgängigkeit einer Leistung und ein vorrangiger Marktpreis von der Preisüberwachungsstelle nur dann angenommen wird, wenn sich der jeweilige Preis tatsächlich wettbewerblich herausgebildet hat. Ist dies nicht der Fall, so ist nach § 5 Absatz 1 Nummer 1 ein Preisprüfungsverfahren auf Selbstkostenbasis durchzuführen, das gegebenenfalls Kürzungen zugunsten des öffentlichen Auftraggebers ermöglicht. Dies läuft diesem Interesse der öffentlichen Hand entgegen.

Die Regelung ist zur Erhaltung der Effektivität der Preisprüfung und zur Wahrung des gesamten Preisstandes erforderlich. Zum ersten Mal seit Jahrzehnten ist derzeit aus verschiedenen Gründen eine zunehmend inflationäre Entwicklung in der Gesamtwirtschaft zu verzeichnen. Es muss im gesamtwirtschaftlichen Interesse verhindert werden, dass sich diese inflationäre Entwicklung durch gegen die Vorgaben der Verordnung verstoßende überhöhte Preise im Rahmen öffentlicher Aufträge verfestigt oder sogar verstärkt. Aus der durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zuletzt veröffentlichten jährlichen statistischen Gesamtaufstellung nach § 8 der Vergabestatistikverordnung für das Jahr 2019 ergibt sich der enorme Umfang alleine der hierin erfassten öffentlichen Aufträge des Bundes und der Länder. Im Zuge der Covid-19-Pandemie ist ab dem Jahr 2020 mit einer weiteren Zunahme der Bedeutung öffentlicher Aufträge zu rechnen. Durch eine handlungsfähige Preisprüfung kann dazu beigetragen werden, dass die Auftragnehmer dieser öffentlichen Aufträge keine überhöhten Preise vereinbaren und fordern, damit diese nicht als zusätzlicher Faktor zu einem Anstieg des allgemeinen Preisniveaus führen.

2. Zu Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe a (§ 4 Absatz 4 Satz 2 PreisV 30/53)

In Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe a sind in § 4 Absatz 4 Satz 2 die Wörter „der auf einem besonderen Markt für die Leistung angeboten wird“ durch die Wörter „zu dem die Leistung auf einem besonderen Markt angeboten wird“ zu ersetzen.

Begründung:

Die Formulierung in § 4 Absatz 4 Satz 2 der Vorlage „... wird vermutet, dass der Preis, der auf einem besonderen Markt für die Leistung angeboten wird, ...“ ist sprachlich ungewöhnlich. Eine Leistung oder eine Ware kann angeboten werden, nicht aber ein Preis. Die vorgeschlagene Formulierung macht deutlich, dass es sich um die Leistung handelt, die angeboten wird.

3. Zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe a₀ – neu – (§ 9 Absatz 1 Satz 3 PreisV 30/53)

In Artikel 1 Nummer 2 ist dem Buchstaben a folgender Buchstabe voranzustellen:

,a₀) In Absatz 1 Satz 3 wird die Angabe „5“ durch das Wort „zehn“ ersetzt und nach dem Wort „Jahre“ werden die Wörter „ab Bewirkung der geschuldeten Gegenleistung durch den öffentlichen Auftraggeber“ eingefügt.‘

Begründung:

Die Änderung bezweckt eine Verlängerung der in § 9 Absatz 1 Satz 3 der Verordnung vorgesehenen Mindestaufbewahrungsfrist für Unterlagen von Auftragnehmern öffentlicher Aufträge von bisher fünf auf künftig zehn Jahre. Hierdurch soll es Auftragnehmern erschwert werden, ihre Unterlagen während eines noch laufenden Preisprüfungsverfahrens zu beseitigen und sich zur Rechtfertigung ihres Vorgehens gegenüber der zuständigen Preisüberwachungsstelle auf den Ablauf der bislang nur fünfjährigen Mindestaufbewahrungsfrist zu berufen.

Die bislang in § 9 Absatz 1 Satz 3 vorgesehene fünfjährige Mindestaufbewahrungsfrist hat sich in der Praxis als zu kurz bemessen erwiesen, da die Preisüberwachungsstellen der Länder ihre Preisprüfungsverfahren systembedingt häufig erst einige Jahre nach Vergabe des jeweiligen öffentlichen Auftrages beginnen können. Hintergrund hierfür sind nicht nur die hohe Auslastung einiger Preisüberwachungsstellen, sondern auch die Notwendigkeit, vor Beginn eines Preisprüfungsverfahrens zunächst das Vorliegen der entsprechenden Jahresabschlüsse des jeweiligen Auftragnehmers abzuwarten, gegebenenfalls vorab eine Grundsatzprüfung durchzuführen und geeignete Prüfungstermine vor Ort zu vereinbaren. Dadurch treten zum Teil erhebliche Verzögerungen bei dem Beginn und der Durchführung von Preisprüfungsverfahren auf.

Zugleich hat sich in der Rechtsprechung eine herrschende Auffassung dahingehend herausgebildet, dass zivilrechtliche Rückforderungsansprüche der öffentlichen Auftraggeber wegen eines Verstoßes gegen die Vorgaben der Verordnung zwar grundsätzlich nach der dreijährigen Regelverjährungsfrist nach § 195 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) verjähren, diese Regelverjährungsfrist jedoch auf Grund § 199 Absatz 1 Nummer 2 BGB im Grundsatz erst mit Vorliegen des das jeweilige Preisprüfungsverfahren abschließenden

Prüfungsberichts bei dem öffentlichen Auftraggeber zu laufen beginnt (siehe nur BayVGH, Urteil vom 26. Februar 2019, 22 B 16.1447, Bayern.Recht, Rn. 184 ff.; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28. Mai 2014, 4 U 230/13, Hessenrecht, Rn. 23 ff.). Nach § 199 Absatz 4 BGB verjähren zivilrechtliche Rückforderungsansprüche öffentlicher Auftraggeber kenntnisunabhängig, also auch ohne Vorliegen eines Prüfungsberichts, spätestens zehn Jahre nach Entstehung des jeweiligen Anspruches. Daraus folgt, dass zivilrechtliche Rückforderungsansprüche öffentlicher Auftraggeber je nach den Umständen des Einzelfalles – auch nach der gesetzlichen Verkürzung der Regelverjährungsfrist von früher 30 Jahren auf gegenwärtig nur noch drei Jahre – erst deutlich nach Ablauf der bisher fünfjährigen Mindestaufbewahrungsfrist nach § 9 Absatz 1 Satz 3 verjähren.

Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, die Mindestaufbewahrungsfrist künftig an die zehnjährige Maximalverjährungsfrist des § 199 Absatz 4 BGB anzugleichen. Die zehnjährige Mindestaufbewahrungsfrist beginnt nach der vorgeschlagenen Regelung mit der Bewirkung der durch den öffentlichen Auftraggeber geschuldeten Gegenleistung, also regelmäßig mit der Bezahlung des geschuldeten Entgelts, zu laufen. Mit der Zahlung entsteht regelmäßig auch ein etwaiger zivilrechtlicher (bereicherungsrechtlicher) Rückforderungsanspruch des öffentlichen Auftraggebers, so dass in diesem Zeitpunkt auch die Maximalverjährungsfrist nach § 199 Absatz 4 BGB zu laufen beginnt. Auf diese Weise wird ein Gleichlauf von Mindestaufbewahrungsfrist und Maximalverjährungsfrist hergestellt. Für die Auftragnehmerseite stellt dies keine erhebliche Verschlechterung der Rechtslage dar, da nach § 257 Absatz 4 in Verbindung mit Absatz 1 Nummern 1 bis 4 des Handelsgesetzbuches zahlreiche Unterlagen ohnehin zehn Jahre aufbewahrt werden müssen.

Die Regelung ist zur Stärkung der Effektivität der Preisprüfung und zur Wahrung des gesamten Preisstandes erforderlich. Zum ersten Mal seit Jahrzehnten ist derzeit aus verschiedenen Gründen eine zunehmend inflationäre Entwicklung in der Gesamtwirtschaft zu verzeichnen. Es muss im gesamtwirtschaftlichen Interesse verhindert werden, dass sich diese inflationäre Entwicklung durch gegen die Vorgaben der Verordnung verstoßende überhöhte Preise im Rahmen öffentlicher Aufträge verfestigt oder sogar verstärkt. Aus der durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zuletzt veröffentlichten jährlichen statistischen Gesamtaufstellung nach § 8 der Vergabestatistikverordnung für das Jahr 2019 ergibt sich der enorme Umfang alleine der hierin erfassten öffentlichen Aufträge des Bundes und der Länder. Im Zuge der Covid-19-Pandemie ist ab dem Jahr 2020 mit einer weiteren Zunahme der Bedeutung öffentlicher Aufträge zu rechnen. Durch eine handlungsfähige Preisprüfung kann dazu beigetragen werden, dass die Auftragnehmer dieser öffentlichen Aufträge keine im Sinne der Verordnung überhöhten Preise vereinbaren und fordern, damit diese nicht als zusätzlicher Faktor zu einem Anstieg des allgemeinen Preisniveaus führen.

4. Zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe b (§ 9 Absatz 4 PreisV 30/53)

Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:

- ,b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4 und nach dem Wort „Abschriften“ werden die Wörter „, Fotokopien, Ausdrücke, fotografische Abbildungen, elektronische Daten und Dateien“ eingefügt.‘

Begründung:

Die Änderung dient dazu, die bisher in § 9 Absatz 3 enthaltenen Befugnisse, die im Rahmen der Änderungsverordnung künftig in § 9 Absatz 4 geregelt werden sollen, in sachgerechter Weise zu modernisieren und an die Gegebenheiten und Möglichkeiten der modernen Bürokommunikation anzupassen, um so die Effektivität der Preisprüfung zu stärken und damit den gesamten Preisstand zu wahren. Nach der bisherigen Regelung haben die Preisüberwachungsstellen die Befugnis, „Abschriften“ von oder „Auszüge“ aus den Unterlagen des jeweiligen Auftragnehmers anfertigen zu lassen. Angesichts des erstmaligen Inkrafttretens der Verordnung im Jahre 1953 und des bisherigen Wortlauts der Norm stellt sich die Frage, ob sich die Befugnisse der Preisüberwachungsstellen auch so interpretieren lassen, dass hiervon auch die Anfertigung von Fotokopien, von Ausdrucken, von fotografischen Abbildungen (insbesondere unter Nutzung der Kamera eines Mobiltelefons) oder gar von elektronischen Daten und Dateien (insbesondere Dokumentenscans im PDF-Format, elektronische Dokumente, Dateien im Excel-Format, Dateien aus einer DV-gestützten Buchführung) erfasst werden. Es ist der Effektivität der Preisprüfung nicht zuträglich, wenn ein Preisprüfer bei seinem Prüfungstermin vor Ort eine Diskussion mit dem Auftragnehmer darüber führen muss, ob er zum Beispiel Kopien von den Unterlagen des Auftragnehmers anfertigen lassen darf oder darauf verwiesen werden kann, handschriftliche Abschriften zu erstellen.

5. Zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe c – neu – (§ 9 Absatz 5 – neu – PreisV 30/53)

Artikel 1 Nummer 2 ist folgender Buchstabe anzufügen:

- ,c) Folgender Absatz 5 wird angefügt:

„(5) Wird eine Prüfung im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 eingeleitet, so sind die Marktgängigkeit einer im Rahmen eines öffentlichen Auftrages geschuldeten Leistung im Sinne von § 4 Absatz 2 sowie die Verkehrsüblichkeit eines im Rahmen eines öffentlichen Auftrages vereinbarten Preises im Sinne von § 4 Absätze 3 und 4 durch die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden auf der Grundlage der durch den öffentlichen Auftraggeber und den Auftragnehmer eingereichten Unterlagen zu prüfen. Zum Zwecke der Prüfung der Marktgängigkeit haben der

öffentliche Auftraggeber und der Auftragnehmer auf Verlangen der für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörde die vollständige Dokumentation der Vergabe des jeweiligen öffentlichen Auftrages, soweit diese bei ihnen vorliegt, einzureichen. Dies gilt insbesondere für etwaige konkurrierende Angebote, die durch einen oder mehrere andere Anbieter der betreffenden Leistung abgegeben wurden. Zum Zwecke der Prüfung der Verkehrsüblichkeit nach § 4 Absatz 3 hat der Auftragnehmer bei der für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörde sämtliche bei ihm vorliegenden Unterlagen einzureichen, aus denen sich ergibt, dass er den betreffenden Preis regelmäßig im Wettbewerb durchsetzen kann. Die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden sind insbesondere nicht dazu verpflichtet, über die durch den öffentlichen Auftraggeber und den Auftragnehmer eingereichten Unterlagen hinaus bei an der Prüfung nach Absatz 2 Satz 1 unbeteiligten Dritten Ermittlungen zum Sachverhalt anzustellen.“ ‘

Begründung:

Die Änderung dient dazu, den verwaltungsverfahrenrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatz im Zusammenhang mit der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen eines Marktpreises im Sinne des § 4 Absatz 1 in zulässiger Weise zu begrenzen. Hierdurch sollen die durch die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) betreffend die Reichweite des Amtsaufklärungsgrundsatzes im Verhältnis zu der Regelung des § 9 Absatz 1 Satz 1 (BVerwG, Urteil vom 13. April 2016, BVerwG 8 C 2.15, BeckRS 2016, 48162, Rn. 32) in der Praxis entstandenen Vollzugsprobleme einer sachgerechten Lösung zugeführt werden. Die Regelung dient damit einer Stärkung der Effektivität der Preisprüfung und im Ergebnis der Wahrung des gesamten Preisstandes.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Grundsatz der Amtsaufklärungspflicht durch die zuständige Behörde – auch auf der Ebene einer Rechtsverordnung – in zulässiger Weise begrenzt werden kann, sofern gesetzlich vorgegeben wird, auf der Grundlage welcher Unterlagen eine behördliche Prüfung stattzufinden und wer diese Unterlagen einzureichen hat; in der Folge muss die zuständige Behörde die fraglichen Tatsachen nicht selbst ermitteln (so zum der VO PR Nr. 30/53 verwandten Energieregulierungsrecht BGH, Beschluss vom 3. März 2009, EnVR 79/07, BeckRS 2009, 21134, Rn. 21 ff.; BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012, EnVR 86/10, BeckRS 2012, 22086, Rn. 27). Anknüpfend an diese Rechtsprechung wird vorgeschlagen, mit § 9 Absatz 5 eine Regelung zu schaffen, durch die die Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 4 Absatz 1 auf bestimmte Unterlagen beschränkt wird, die durch den öffentlichen Auftraggeber und den Auftragnehmer bei der Preisprüfungsbehörde einzureichen sind.

Mit § 9 Absatz 5 Satz 5 wird im Hinblick auf die einschlägige Rechtsprechung des BVerwG (a. a. O., Rn. 32) klargestellt, dass die Preisprüfungsbehörden insbesondere bei an dem jeweiligen Preisprüfungsverfahren unbeteiligten Dritten keine Ermittlungen zum Sachverhalt anstellen müssen. Dies gilt insbesondere für angeblich vorhandene Konkurrenzunternehmen, die möglicherweise ebenfalls zu der Erbringung der geschuldeten Leistung in der Lage gewesen wären.

§ 9 Absatz 5 Satz 2 befasst sich mit den Unterlagen, die, soweit vorhanden, im Falle der Einleitung eines Preisprüfungsverfahrens zum Zwecke der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Marktgängigkeit auf Aufforderung bei der Preisprüfungsbehörde einzureichen sind, nämlich eine vollständige Dokumentation der Vergabe des jeweiligen Auftrages. Aus dieser Dokumentation haben sich die gewählte Vergabeart und die Gründe für die Wahl der Verfahrensart, insbesondere für den Verzicht auf die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, ergeben. Die Verpflichtung aus § 9 Absatz 5 Satz 2 richtet sich in erster Linie an den öffentlichen Auftraggeber, der das jeweilige Vergabeverfahren durchgeführt hat. Soweit der Auftragnehmer über Unterlagen betreffend das Vergabeverfahren oder sonstige relevante Unterlagen verfügt, hat er diese ebenfalls bei der Preisprüfungsbehörde einzureichen. Nach § 9 Absatz 5 Satz 3 sind gerade etwaige konkurrierende Angebote, die durch einen oder mehrere andere Anbieter der betreffenden Leistung abgegeben wurden, bei der Preisprüfungsbehörde einzureichen. Hiervon erfasst werden auch sonstige Unterlagen, die sich nach der Rechtsprechung des BVerwG (a. a. O., Rn. 45) dazu eignen, auf einem allgemeinen Markt das Vorliegen konkurrierender Angebote zu begründen (zum Beispiel Listenpreise anderer Anbieter).

Bei den Unterlagen gemäß § 9 Absatz 5 Satz 4 kann es sich insbesondere um sonstige Angebote des Auftragnehmers, Bestellungen von Kunden, Verträge des Auftragnehmers mit Kunden (gegebenenfalls mit Leistungsbeschreibungen), Lieferscheine, an Kunden gestellte Rechnungen, Umsatzstatistiken unter Auflistung der Einzelumsätze, Umsatzauswertungen für die angebotene Leistung sowie auf den jeweiligen Zeitraum anwendbare Preislisten handeln. Anhand dieser Unterlagen des Auftragnehmers hat die Preisprüfungsbehörde die Verkehrsüblichkeit des vereinbarten Preises betriebssubjektiv zu prüfen.

Die Regelung ist zur Stärkung der Effektivität der Preisprüfung und zur Wahrung des gesamten Preisstandes erforderlich. Zum ersten Mal seit Jahrzehnten ist derzeit aus verschiedenen Gründen eine zunehmend inflationäre Entwicklung in der Gesamtwirtschaft zu verzeichnen. Es muss im gesamtwirtschaftlichen Interesse verhindert werden, dass sich diese inflationäre Entwicklung durch gegen die Vorgaben der Verordnung verstoßende überhöhte Preise im Rahmen öffentlicher Aufträge verfestigt oder sogar verstärkt. Aus der durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zuletzt veröffentlichten jährlichen statistischen Gesamtaufstellung nach § 8 der Vergabestatistikverordnung für das Jahr 2019 ergibt sich der enorme Umfang alleine der hierin erfassten öffentlichen Aufträge des Bundes und der Länder. Im Zuge der Covid-19-Pandemie ist ab dem Jahr 2020 mit einer weiteren Zunahme der Bedeutung öffentlicher Aufträge zu rechnen. Durch eine handlungsfähige Preisprüfung kann dazu beigetragen werden, dass die Auftragnehmer dieser öffentlichen

Aufträge keine im Sinne der Verordnung überhöhten Preise vereinbaren und fordern, damit diese nicht als zusätzlicher Faktor zu einem Anstieg des allgemeinen Preisniveaus führen.

6. Zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe c – neu – (§ 9 Absatz 5 – neu – PreisV 30/53)*

Artikel 1 Nummer 2 ist folgender Buchstabe anzufügen:

,c) Folgender Absatz 5 wird angefügt:

„(5) Soweit die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden die angemessenen Kosten des Auftragnehmers nach § 5 Absatz 1 nicht ermitteln oder berechnen können, können sie diese schätzen. Geschätzt werden kann insbesondere dann, wenn der Auftragnehmer über seine Angaben keine ausreichenden Aufklärungen zu geben vermag, seine Auskunft verweigert oder seine Unterlagen unter Verletzung der Mindestaufbewahrungsfrist des Absatzes 1 Satz 3 nicht mehr vorliegen. Bei der Schätzung sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind. Bei der Schätzung können die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden auf Daten des Auftragnehmers zurückgreifen, die ihnen aus anderen Prüfungen nach Absatz 2 Satz 1 bei dem Auftragnehmer bereits vorliegen. Die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden können im Rahmen der Schätzung der Kosten des Auftragnehmers angemessene Sicherheitsabschläge ansetzen. Können die Kosten des Auftragnehmers nur innerhalb eines bestimmten Rahmens geschätzt werden, so kann dieser Rahmen zu Lasten des Auftragnehmers ausgeschöpft werden. Ist eine Schätzung durch die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständige Behörde ganz oder teilweise nicht möglich, so kann diese die betroffenen Kostenpositionen des Auftragnehmers mit Null ansetzen.“ ‘

Begründung:

Die Änderung dient dazu, in § 9 erstmals eine ausdrückliche Schätzungsbefugnis der Preisprüfungsbehörden zu schaffen, wie sie in anderen Rechtsgebieten, die ebenfalls eine Prüfung betriebswirtschaftlicher Daten beinhalten, bereits seit Langem existiert. Der Regelungsvorschlag orientiert sich im Wesentlichen an der bewährten steuerrechtlichen Schätzungsbefugnis des § 162 der Ab-

* bei Annahme mit Ziffer 5 redaktionell anzupassen

gabenordnung, aber auch an der ebenfalls auf der Ebene einer Rechtsverordnung verankerten energieregulierungsrechtlichen Schätzungsbefugnis des § 30 der Anreizregulierungsverordnung. Die Änderung bezweckt eine Stärkung der Effektivität der Preisprüfung in solchen Fallgestaltungen, in denen bei einem Auftragnehmer eine Kostenprüfung auf Selbstkostenbasis im Sinne des § 5 Absatz 1 nicht möglich ist. Damit dient die Schätzungsbefugnis letztlich der Wahrung des gesamten Preisstandes.

Die Schätzungsbefugnis ergänzt die Nachweispflicht des Auftragnehmers nach § 9 Absatz 1 Satz 1, wonach der Auftragnehmer das Zustandekommen seines Preises gegenüber den Preisprüfungsbehörden nachzuweisen hat. Die Schätzungsbefugnis gilt insbesondere dann, wenn die Ermittlung oder Berechnung der angemessenen Kosten aus einem Grund scheitert, der in der Verantwortungssphäre des Auftragnehmers liegt. Bei der Schätzung sind alle Umstände zu berücksichtigen, sofern sie für die Schätzung von Bedeutung sind. Dies gilt auch für solche Umstände, die sich wirtschaftlich zugunsten des Auftragnehmers auswirken. Liegen den für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden aus anderen Preisprüfungsverfahren bei dem jeweiligen Auftragnehmer bereits Daten vor, so können sie hierauf bei der Schätzung zurückgreifen. Dies gilt auch dann, wenn sich diese Preisprüfungsverfahren auf einen oder mehrere andere Zeiträume beziehen als dasjenige Preisprüfungsverfahren, auf das die Schätzungsbefugnis Anwendung finden soll. Bei der Schätzung der Kosten des Auftragnehmers können die Preisprüfungsbehörden angemessene Sicherheitsabschläge zu Lasten des Auftragnehmers festsetzen. In solchen Fällen, in denen die Kosten des Auftragnehmers nur innerhalb eines bestimmten Rahmens geschätzt werden können, kann eben dieser Rahmen zu Lasten des Auftragnehmers ausgeschöpft werden. Ist der Preisprüfungsbehörde eine Schätzung der Kosten des Auftragnehmers nicht möglich, insbesondere da keine hinreichende Grundlage für die Durchführung einer Schätzung existiert, können die hiervon betroffenen Kostenpositionen von der Preisprüfungsbehörde mit Null angesetzt werden. Diese Möglichkeit eines Nullansatzes ist Ausfluss der grundsätzlichen Nachweispflicht des Auftragnehmers.

Die vorgeschlagene Regelung ist zur Stärkung der Effektivität der Preisprüfung und zur Wahrung des gesamten Preisstandes erforderlich. Zum ersten Mal seit Jahrzehnten ist derzeit aus verschiedenen Gründen eine zunehmend inflationäre Entwicklung in der Gesamtwirtschaft zu verzeichnen. Es muss im gesamtwirtschaftlichen Interesse verhindert werden, dass sich diese inflationäre Entwicklung durch gegen die Vorgaben der Verordnung verstoßende überhöhte Preise im Rahmen öffentlicher Aufträge verfestigt oder sogar verstärkt. Aus der durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zuletzt veröffentlichten jährlichen statistischen Gesamtaufstellung nach § 8 der Vergabestatistikverordnung für das Jahr 2019 ergibt sich der enorme Umfang alleine der hierin erfassten öffentlichen Aufträge des Bundes und der Länder. Im Zuge der Covid-19-Pandemie ist ab dem Jahr 2020 mit einer weiteren Zunahme der Bedeutung öffentlicher Aufträge zu rechnen. Durch eine handlungsfähige Preisprüfung kann dazu beigetragen werden, dass die Auftragnehmer dieser öffentlichen Aufträge keine im Sinne der Verordnung überhöhten Preise vereinbaren und fordern, damit diese nicht als zusätzlicher Faktor zu einem Anstieg des allgemeinen Preisniveaus führen.

7. Zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe k Doppelbuchstabe bb
(Nummer 44 Absatz 2 Satz 3 PreisLS)

In Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe k Doppelbuchstabe bb ist die Angabe „Satz 2“ durch die Angabe „Satz 3“ zu ersetzen.

Begründung:

Behebung eines Übertragungsfehlers.

8. Zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe m (Nummer 48 Absatz 2 Satz 1 PreisLS)

In Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe m sind nach dem Wort „der“ die Wörter „und“ das Wort „eingesetzt“ durch das Wort „angesetzt“ einzufügen.

Begründung:

Durch den in der Vorlage vorgenommenen Ersatz des bestimmten Artikels passt der Begriff „eingesetzt“ nicht mehr. Wagniskosten können in einer Kostenrechnung angesetzt werden, das Einsetzen in eine Kostenrechnung ist sprachlich eher ungewöhnlich. Dementsprechend und folgerichtig wird auch in Satz 3 der Nummer 48 Absatz 2 PreisLS der „Ansatz von Wagniskosten“ geregelt.

B

Der **Wirtschaftsausschuss** empfiehlt dem Bundesrat ferner, zu der Verordnung die folgende

E n t s c h l i e ß u n g

zu fassen:

9. a) Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die öffentliche Hand zum Schutz vor überhöhten Preisen bei öffentlichen Aufträgen eines öffentlichen Preisrechts bedarf, das eine leistungsfähige und effektive Preisermittlung öffentlicher Aufträge ermöglicht. Dies gilt gerade für solche Fallgestaltungen, in denen öffentliche Aufträge mit zum Teil erheblichem Auftragswert ohne Vorschaltung eines aufwendigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens erteilt werden und in denen eine wettbewerbliche Herausbildung des Preises nicht gegeben ist. Es liegt im gesamtstaatlichen Interesse, dass Auftragnehmer öffentlicher Aufträge nicht auf Kosten der Gemeinschaft der Steuerzahler von der öffentlichen Hand überhöhte Preise fordern und auf diese Weise überhöhte Renditen erzielen können.
- b) Aus diesem Grund begrüßt der Bundesrat im Grundsatz das Vorhaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, das öffentliche Preisrecht in der Bundesrepublik Deutschland durch eine Überarbeitung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (VO PR Nr. 30/53) sowie der dieser als Anlage beigefügten Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) zu aktualisieren und zu stärken.
- c) Zugleich ist der Bundesrat jedoch der Ansicht, dass das Ziel der Schaffung eines modernen öffentlichen Preisrechts durch die nunmehr beabsichtigte punktuelle Überarbeitung der seit Jahrzehnten unverändert gebliebenen VO PR Nr. 30/53 nicht vollständig erreicht werden kann. Die VO PR Nr. 30/53 basiert zudem noch auf einer vorkonstitutionellen Ermächtigungsgrundlage, die in dem ebenfalls seit Jahrzehnten unveränderten Übergangsgesetz über

Preisbildung und Preisüberwachung vom 10. April 1948 (Preisgesetz) enthalten ist. Nicht zuletzt sind durch die Rechtsprechung, unter anderem des Bundesverwaltungsgerichts, in den letzten Jahren in der Prüfungspraxis Vollzugsprobleme und rechtliche Unsicherheiten entstanden, die durch eine bloße Überarbeitung der VO PR Nr. 30/53 nicht vollständig gelöst werden können.

- d) Vor diesem Hintergrund bittet der Bundesrat die Bundesregierung, insbesondere das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, darum, in der neuen Legislaturperiode das öffentliche Preisrecht in der Bundesrepublik Deutschland einer weiteren Novellierung und Modernisierung zu unterziehen. In diese Reformüberlegungen ist richtigerweise nicht nur die VO PR Nr. 30/53, sondern vielmehr auch das zugrundeliegende vorkonstitutionelle Preisgesetz miteinzubeziehen und zu überarbeiten.
- e) Der Bundesrat ist der Überzeugung, dass mit einer weiteren Überarbeitung des öffentlichen Preisrechts ein wichtiges Signal verbunden wäre: Ein modernes öffentliches Preisrecht, dessen Einhaltung durch eine leistungsfähige und effektive hoheitliche Preisprüfung als neutrale, von dem öffentlichen Auftraggeber zu unterscheidende Instanz geprüft wird, ist für die öffentliche Hand von beachtlicher Bedeutung und hat eine wichtige Unterstützungsfunktion für eine wirtschaftlich handelnde öffentliche Verwaltung.

Begründung (nur gegenüber dem Plenum):

Das geltende öffentliche Preisrecht in Gestalt des vorkonstitutionellen Preisgesetzes aus dem Jahr 1948 und der hierauf basierenden Verordnung aus dem Jahr 1953 ist Teil des klassischen Wirtschaftsverwaltungsrechts. Aufgrund des großen Anwendungsbereichs des öffentlichen Preisrechts ist es auch zum Schutz der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer erforderlich, über rechtssichere, verständliche und tragfähige Rechtsgrundlagen zu verfügen.

Die Verordnung beinhaltet zwar das zutreffende Postulat des Vorrangs der marktwirtschaftlichen Preisbildung. Gleichwohl besteht im Interesse der öffentlichen Haushalte, gerade bei öffentlichen Aufträgen, die nicht unter wettbewerblichen Bedingungen vergeben werden, auch gegenwärtig noch das dringende Bedürfnis, Beschaffungen der öffentlichen Hand zu ökonomisch angemessenen Bedingungen sicherzustellen und gegebenenfalls durchzusetzen. Seit dem Beginn der Covid-19-Pandemie im Frühjahr 2020 ist deutlich geworden, welche Bedeutung dem öffentlichen Preisrecht gerade in unvorhersehbaren Krisensituationen, in denen häufig sehr kurzfristig und ohne Vorschaltung eines langwierigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens öffentliche Aufträge mit großem Auftragswert erteilt werden müssen, zukommen kann.

Gerade in solchen und ähnlichen Marktsituationen, die im Ergebnis monopolistisch geprägt sind, ist es nach wie vor dringend erforderlich, die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen einer Überprüfung durch eine neutrale Instanz unterwerfen zu können, die möglichst nicht mit dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber identisch ist. Aus diesen Gründen ist das öffentliche Preisrecht auch in der heutigen Zeit, mehr als 70 Jahre nach dem Inkrafttreten des Preisgesetzes, grundsätzlich eine aktuelle und erforderliche Rechtsmaterie. Zu diesem Schluss kommt richtigerweise auch eine durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie beauftragte wissenschaftliche Studie mit dem Titel „Die Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“, Projekt I C 4 – 08/13, aus dem Jahr 2015 (abrufbar auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie – www.bmwi.de).

Vor diesem Hintergrund ist es umso wichtiger, dass die rechtlichen Grundlagen des öffentlichen Preisrechts die Erfordernisse der Praxis abbilden und auch die Anforderungen der Rechtsprechung erfüllen. Die Verordnung stammt aus der Nachkriegszeit und wurde seit Jahrzehnten nicht novelliert. Bei dem Preisgesetz, das die Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung enthält, handelt es sich sogar um vorkonstitutionelles Recht, das ebenfalls seit Jahrzehnten nicht überarbeitet worden ist. Es wird daher im Interesse der öffentlichen Haushalte vorgeschlagen, die Bundesregierung darum zu bitten, in der neuen Legislaturperiode insgesamt ein modernes öffentliches Preisrecht zu schaffen. Dabei ist es höchst bedeutsam, nicht alleine die Verordnung den aktuellen Gegebenheiten anzupassen, sondern auch das zugrundeliegende Preisgesetz grundlegend zu überarbeiten und so das öffentliche Preisrecht insgesamt auf einen aktuellen Stand zu bringen.

10. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, bei der geplanten externen Evaluation zur Höhe des Höchstzinssatzes der kalkulatorischen Zinsen gemäß Nummer 43 Absatz 2 der Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP; Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953) in Verbindung mit § 1 Buchstabe a der Verordnung PR Nr. 4/72 über die Bemessung des Höchstzinssatzes für die kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals auch die Höhe des kalkulatorischen Gewinns gemäß Nummer 51 f. LSP berücksichtigen zu lassen. Nach Auffassung des Bundesrates dürfen der Höchstzinssatz der kalkulatorischen Zinsen einerseits und der kalkulatorische Gewinn andererseits aufgrund ihrer gemeinsamen wirtschaftlichen Wirkung nicht isoliert voneinander betrachtet werden.

Begründung:

In der Verordnung PR Nr. 30/53 dürfen bei der Ermittlung von Selbstkostenpreisen gemäß §§ 5 bis 8 nur kalkulatorische Zinsen angesetzt werden, die den Höchstzinssatz der kalkulatorischen Zinsen gemäß Nummer 43 Absatz 2 LSP nicht überschreiten. Der Höchstzinssatz ist derzeit gemäß § 1 Buchstabe a der Verordnung PR Nr. 4/72 in einer Höhe von 6,5 Prozent festgelegt. Ein den Höchstzinssatz unterschreitender kalkulatorischer Zinssatz wird regelmäßig in Verträgen mit Selbstkostenpreisen, beispielsweise des Bundesministeriums für Verteidigung, vereinbart.

Bezugsbasis für die Ermittlung der kalkulatorischen Verzinsung stellt das betriebsnotwendige Kapital dar, das gemäß Nummer 44 bis 46 LSP ermittelt wird. Bei der Ermittlung des betriebsnotwendigen Kapitals wird nicht danach unterschieden, ob es sich um eigen- oder um fremdfinanziertes Kapital handelt. Damit werden durch die kalkulatorischen Zinsen sowohl die Kosten der Eigen- als auch die Fremdkapitalzinsen pauschal als sogenannte Opportunitätskosten abgedeckt. In der Folge bleiben die tatsächlichen Fremdkapitalzinsen unberücksichtigt.

Neben der in den kalkulatorischen Zinsen enthaltenen Eigenkapitalverzinsung kann gemäß Nummer 51 f. LSP zur Abdeckung des sogenannten allgemeinen Unternehmerwagnisses ein kalkulatorischer Gewinn als zusätzliche Gewinnkomponente angesetzt werden.

Im Rahmen der ausweislich der amtlichen Begründung der BR-Drucksache 732/21, Seite 6, geplanten externen Evaluation des kalkulatorischen Zinssatzes für eigen- und fremdfinanziertes betriebsnotwendiges Kapital ist vor diesem Hintergrund zur Ermittlung einer marktgerechten Verzinsung des eingesetzten Kapitals unter Wettbewerbsbedingungen die Ansatzmöglichkeit und Höhe des kalkulatorischen Gewinns miteinzubeziehen. Ansonsten könnte im Hinblick auf die Gesamtwirkung der kalkulatorischen Zinsen und des kalkulatorischen Gewinns bei einer isolierten Betrachtung der kalkulatorischen Zinsen am Ende des Evaluierungsprozesses ein nicht sachgerechtes Ergebnis stehen. Insbesondere könnten im Falle einer isolierten Betrachtung nur der kalkulatorischen Zinsen unter Umständen auch die Auftragnehmer öffentlicher Aufträge unsachgemäße wirtschaftliche Nachteile erleiden.