2. Rechtliche Rahmenbedingungen des öffentlichen Auftragswesens

2.1 Überblick über wesentliche Rechtsvorschriften

Alle öffentlichen Aufträge unterliegen grundsätzlich nicht nur preisrechtlichen Vorschriften, sondern einer Vielzahl weiterer Regelungen, von denen die wesentlichen im Folgenden dargestellt werden.[84] Die Vergabe öffentlicher Aufträge gehört trotz der Bezeichnung grundsätzlich zum Privatrecht, da der Staat bei der Beschaffung nicht hoheitlich, sondern als Fiskus privatrechtlich handelt.[85] Jedoch müssen bei öffentlichen Aufträgen zahlreiche rechtliche und faktische Besonderheiten beachtet werden.[86] Hierzu zählen nationale und europäische Richtlinien, wie sie in Abbildung 3 dargestellt werden.

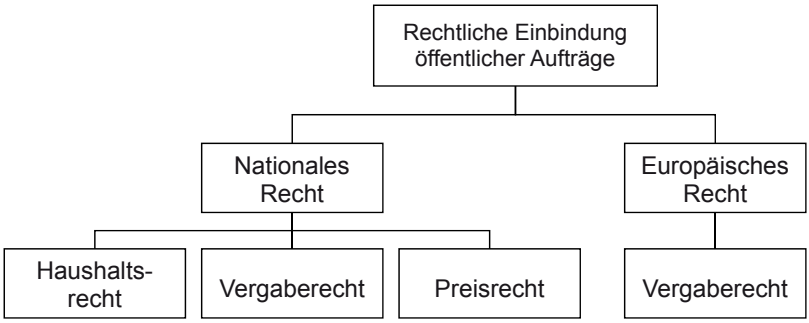


Abb. 3: Rechtliche Einbindung öffentlicher Aufträge[87]

Unter dem Haushaltsrecht werden alle Rechtsvorschriften verstanden, die sich auf die Haushaltswirtschaft beziehen.[88] Aus dem Haushaltsrecht folgt, dass der Staat bei der öffentlichen Auftragsvergabe grundsätzlich das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachten muss.[89] Des Weiteren ist festgelegt, dass einer Auftragsvergabe grundsätzlich „eine Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäftes oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen".[90] In § 55 Abs. 2 BHO ist ferner festgelegt, dass der Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu erfolgen hat. Diese Richtlinien sind im Vergaberecht kodifiziert.[91] Das Vergaberecht teilt sich in zwei Vorschriften. Zum einen sind dies die Verdingungsordnungen für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen (VOL/A) – und zum anderen

[84] Eine genaue Abgrenzung des Begriffs „öffentliche Aufträge" erfolgt in Kapitel 2.1.2 aufbauend auf den Rechtsvorschriften.
[85] Vgl. Schäfer (1996), S. 1 und dort genannte Rechtsquellen.
[86] Vgl. Schäfer (1996), S. 1; Hertel/Pietraszek (1998), S. 9.
[87] In Anlehnung an Bontrup/Marquardt (2001), S. 638.
[88] Vgl. Heller (2010), S. 1.
[89] Vgl. § 6 Abs. 1 HGrG und § 7 Abs. 1 BHO.
[90] § 30 HGrG und § 55 Abs. 1 BHO.
[91] Vgl. Sulimma (1991), S. 25.

T. Hövelborn, *Angemessener Gewinnaufschlag von Entsorgungsunternehmen bei öffentlichen Aufträgen zu Selbstkosten,*
DOI 10.1007/978-3-658-01493-3_2, © Springer Fachmedien Wiesbaden 2014

die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOL/B). Die Verdingungsordnungen gliedern sich in drei Teile: Teil A umfasst allgemeine Vorschriften zu den Einkaufsverfahren, Teil B die juristischen Vertragsgestaltung und Teil C die technischen Normvorschriften.[92] Sowohl die VOL/A als auch die VOL/B enthalten nur vereinzelt Vorschriften zu den Preisen bei öffentlichen Aufträgen.[93] Die VOL/A verweist allerdings darauf, dass bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen die Preise bei öffentlichen Aufträgen zu beachten sind.[94] Allerdings ergibt sich die Pflicht zur Beachtung der VO PR Nr. 30/53 nicht aus dem Vergaberecht, sondern unmittelbar aus den Preisvorschriften selbst, die vorrangiges öffentliches Recht darstellen.[95]

Aus der Rechtsnatur der VO PR Nr. 30/53, die im Gegensatz zu den Vergabevorschriften, die Dienstanweisungen sind, eine Rechtsverordnung darstellt, ergibt sich der Vorrang der Preisvorschriften vor den Verdingungsordnungen.[96] Deswegen müssen immer auch die preisrechtlichen Vorschriften beachtet werden, auch wenn der Rechtsbereich der öffentlichen Auftragsvergabe maßgeblich durch den vergaberechtlichen Normkomplex bestimmt wird.[97] Allerdings überschneiden sich die beiden Regelungsgegenstände kaum, da sie unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen.[98] Die Verdingungsordnungen stellen allgemeine Verhaltensvorschriften für den öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung dar, die Preisvorschriften bestimmen hingegen, wie die Preise ermittelt und vereinbart werden müssen.[99] Das bedeutet, dass die VO PR Nr. 30/53 keine Angaben enthalten, an welchen Bewerber der öffentliche Auftrag zu vergeben ist, aber den höchstzulässigen Preis bestimmen.[100] Das Preisrecht stellt hierdurch zusätzlich ein vorbeugendes Instrumentarium gegen Wettbewerbsverstöße dar, mit dessen Hilfe ebenso die Schadenshöhe von möglichen Verstößen beziffert werden kann.[101] Daher ist das Preisrecht auch noch heute ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsbereiches der öffentlichen Auftragsvergabe.[102]

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist neben den nationalen Rechtsvorschriften das europäische Vergaberecht zu beachten. Hierzu zählen die Sektoren-Vergaberichtlinien

---

92 Vgl. Bontrup/Marquardt (2001), S. 639.
93 Vgl. Marx, in: Kulartz et al. (2007), S. 317.
94 Vgl. § 15 Abs. 2 VOL/A.
95 Vgl. Marx, in: Kulartz et al. (2007), S. 320.
96 Vgl. Sulimma (1991), S. 26; Marx, in: Kulartz et al. (2007), S. 321.
97 Vgl. Berstermann/Petersen (2007), S. 767.
98 Vgl. Marx, in: Kulartz et al. (2007), S. 321.
99 Vgl. Marx, in: Kulartz et al. (2007), S. 321.
100 Vgl. Richtlinie für öffentliche Auftraggeber zur Anwendung der VO PR Nr. 30/53, abgedruckt im Anhang von Ebisch et al. (2010). Für einen ausführlichen Vergleich zwischen den Verdingungsordnungen und der VO PR Nr. 30/53 siehe die Erläuterung von Ebisch et al. (2010) an gleicher Stelle.
101 Vgl. Müller (2011), S. 720.
102 Vgl. Berstermann/Petersen (2007), S. 769.

2004/17/EG für alle öffentliche Auftraggeber in den Wirtschaftssektoren und die allgemeine Vergaberichtlinie 2004/18/EG für die restlichen, die sogenannten „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber.[103] Das europäische Vergaberecht ist genauso wie das deutsche Vergaberecht eine Bündelung allgemeiner Verhaltensvorschriften für den öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung. Den Kernbestand der Richtlinien bilden die Vergabeverfahren.[104] Die Zulässigkeit eines Vergabeverfahrens hängt von dem Wert des öffentlichen Auftrags ab, für den die Richtlinien bestimmte Schwellenwerte vorgeben.

2.2 Preisrechtliche Rechtsquellen

Die Rechtsgrundlage des Preisrechts in Form der VO PR Nr. 30/53 stellt der § 2 des Preisgesetzes dar, nachdem die für die Preisbildung zuständige Stelle Vorschriften erlassen darf, durch die Entgelte für Güter und Leistungen jeglicher Art, ausgenommen Löhne, festgesetzt werden dürfen.[105] Die VO PR Nr. 30/53 und die dazugehörigen LSP sind am 21.11.1953 erlassen worden. Wesentliche Änderungen dieser Verordnung stellen die VO PR Nr. 4/72 (Änderung des Höchstsatzes für kalkulatorische Zinsen), die VO PR Nr. 1/86 (Änderung des Wertansatzes zur Berechnung der kalkulatorischen Zinsen) und die VO PR Nr. 1/89 (Unzulässigkeit von Abschreibungen auf Wiederbeschaffungswerte) dar. Sie ist als materielles Recht bei öffentlichen Aufträgen auch ohne vertragliche Vereinbarung zwischen Auftraggeber und -nehmer gültig.[106] Der sachliche Geltungsbereich der VO PR Nr. 30/53 umfasst alle öffentlichen Aufträge mit Ausnahme der Bauaufträge.[107] Für Bauleistungen bei öffentlichen und mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen galt die VO PR Nr. 1/72, die allerdings mit Wirkung vom 1. Juli 1999 aufgehoben worden ist. Welche Aufträge als öffentlich gelten, wird anhand des Auftraggebers bestimmt, was im Folgenden näher betrachtet wird.

2.3 Preisrechtliche Grundlagen

2.3.1 Zielsetzung und Grundsätze der VO PR Nr. 30/53 (§ 1)

Die Zielsetzung der VO PR Nr. 30/53 ist bereits in deren Präambel festgehalten, wonach auch auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens marktwirtschaftliche Grundsätze verstärkt durchgesetzt werden sollen. Dies wird ebenso im Grundsatz der Verordnung deutlich, wonach Marktpreise grundsätzlich Selbstkostenpreisen vorzuziehen sind.[108] Die Entscheidung für eine marktwirtschaftliche Preisbildung zieht sich

[103] Vgl. Bultmann (2008), S. 318.
[104] Vgl. Egger (2008), RdNr. 932.
[105] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 2 zu der Einführung der VO PR Nr. 30/53.
[106] Vgl. Dierkes/Hamann (2009), S. 192.
[107] Vgl. Dierkes/Hamann (2009), S. 192.
[108] Vgl. Abs. 1 § 1 VO PR Nr. 30/53; vgl. auch die Abbildung der Preistreppe in Kapitel 2.3.3 (Abb. 4).

als roter Faden durch das gesamte Preisrecht.[109] Der Grund für die Festlegung auf die marktwirtschaftliche Preisbildung für öffentliche Aufträge ist in den Nachteilen von Selbstkostenpreisen zu sehen, wie fehlende Leistungsanreize, mögliche Fehlleitung von Produktionsfaktoren und überhöhten Gewinnen sowie die Notwendigkeit der Preisprüfung bei Kostenpreisen.[110] Neben dem Marktpreisvorrang ist ein wesentlicher Grundsatz die Bevorzugung fester Preise.[111] Feste Preise können Marktpreise, Selbstkostenfestpreise und Selbstkostenrichtpreise sein, wohingegen eine Begrenzung der Selbstkostenerstattungspreise in der Höhe nicht als feste Preise im Sinne des Abs. 2 § 1 der VO PR Nr. 30/53 zählen.[112] Des Weiteren haben alle vier Preistypen der VO PR Nr. 30/53 einen Höchstpreischarakter. Es dürfen keine höheren Preise gefordert, vereinbart, angenommen oder gewährt werden, als nach den Bestimmungen der VO PR Nr. 30/53 und den dazugehörigen LSP zulässig sind.[113]

2.3.2 Öffentliche Auftraggeber gemäß Preisrecht

Der Geltungsbereich der Verordnung PR Nr. 30/53 erstreckt sich auf öffentliche Aufträge des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts.[114] Hierzu zählen auch die Eigenbetriebe (wirtschaftliche Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit), die von Gemeinden und Gemeindeverbänden unterhalten werden, jedoch nicht gemischtwirtschaftliche Betriebe des privaten Rechts.[115] Zu den sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehören zum Beispiel auch Sozialversicherungsträger, Berufsgenossenschaften, Kirchen und Universitäten.[116]

2.3.3 Preistreppe der VO PR Nr. 30/53

Die VO PR Nr. 30/53 gibt eine bestimmte Rangfolge der anzuwendenden Preisfeststellungsmethoden vor, aus der eine sogenannte Preistreppe resultiert, welche in Abbildung 4 dargestellt ist.[117]

---

[109] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 1 zu § 4.
[110] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 31ff zu § 1; auch Diederich (1961), S. 36ff.
[111] Vgl. § 1, Abs. 2 VO PR Nr. 30/53.
[112] Vgl. Birgel (1994), S. 91.
[113] Vgl. § 1, Abs. 3 VO PR Nr. 30/53.
[114] Vgl. § 2, Abs. 1 VO PR Nr. 30/53. Anzumerken ist, dass sich der Geltungsbereich der VO PR Nr. 30/53 und der VOL teilweise unterscheidet. Siehe für einen Vergleich der Geltungsbereiche Dierkes/Hamann (2009), S. 115ff.
[115] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 7 zu § 2.
[116] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 8 zu § 2. Neben den genannten inländischen öffentlichen Auftraggebern fallen auch Aufträge ausländischer Truppen unter das Preisrecht. Des Weiteren gilt die PR Nr. 30/53 nicht nur bei unmittelbaren Leistungen, sondern sie kann auch für mittelbare Leistungen gelten.
[117] Vgl. Däumler/Grabe (1984), S. 18.

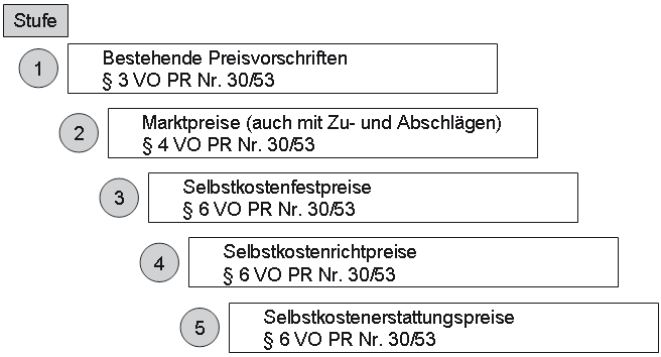


Abb. 4: Preistreppe gemäß PR Nr. 30/53[118]

Die Preistreppe muss bei öffentlichen Aufträgen grundsätzlich beachtet werden. Dies bedeutet: Falls sich ein Preis einer höheren Stufe feststellen lässt, gilt dieser. Der Vorrang von bestehenden Preisvorschriften bedeutet, dass allgemeine Preisvorschriften oder bezüglich einer bestimmten Leistung bzw. Sache vor den Regelungen der VO PR Nr. 30/53 anzuwenden sind.[119] Hierzu zählen allgemeine Preisvorschriften wie das Preisüberhöhungsverbot und besondere Preisvorschriften für bestimmte Waren oder Dienstleistungen, wie zum Beispiel Arzneimittel.[120] Unterliegt der öffentliche Auftrag keinen Preisvorschriften, sind grundsätzlich Marktpreise zu vereinbaren. Selbstkostenpreise (Stufe drei bis fünf) dürfen nur ausnahmsweise vereinbart werden, falls (1) Preise nach den §§ 3 und 4 nicht festgestellt werden können oder (2) eine Mangellage vorliegt bzw. der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist und hierdurch die Preisbildung nach § 4 nicht nur unerheblich beeinflusst wird.[121]

Der Vorrang der marktwirtschaftlichen Preise ist ein Grundprinzip der VO PR Nr. 30/53. Es bedeutet, dass immer auf Preise zurückgegriffen werden muss, die sich in einem funktionierenden Wettbewerb herausgebildet haben, falls diese feststellbar sind.[122] Die drei nachfolgenden Preistypen stellen die Selbstkostenpreise dar, wobei auch hier nach Möglichkeit stets auf die höchste Stufe zurückgegriffen werden muss.[123]

---

[118] In Anlehnung an Coenenberg (2003), S. 118.
[119] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 4 zu § 3.
[120] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 6–9 zu § 3.
[121] Vgl. § 5, Abs. 1 VO PR Nr. 30/53.
[122] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 4 zu § 4; vgl. hierzu auch Kapitel 2.2.1.
[123] Unter dem Begriff „Selbstkosten“ werden im weiteren Verlauf der Arbeit alle drei Preistypen zusammengefasst. Die einzelnen Preistypen werden im nächsten Kapitel erläutert.

2.3.4 Preise für marktgängige Leistungen (§ 4)

Auch wenn Gegenstand der Arbeit nur der Gewinnaufschlag bei den Selbstkostenpreisen ist, sollen im Folgenden kurz die Bestimmungen zu den Marktpreisen der VO PR Nr. 30/53 erläutert werden. Grundsätzlich unterscheidet das Preisrecht drei verschiedene Marktpreise: den tatsächlichen Marktpreis (§ 4 Abs. 1), den abgeleiteten Marktpreis (§ 4 Abs. 2) und den modifizierten Marktpreis (§ 4 Abs. 4).[124] Ein tatsächlicher Marktpreis kann differenziert werden in Preise für marktgängige Leistungen, die am allgemeinen Markt erzielt werden, und Individualleistungen, für die erst durch eine Ausschreibung ein künstlicher Marktpreis geschaffen wird. Die Zulässigkeit bzw. Anwendung abgeleiteter Marktpreise soll verhindern, dass für Leistungen des Bedarfs der öffentlichen Hand, welche gewisser Änderungen gegenüber vergleichbaren marktgängigen Leistungen bedürfen, Selbstkostenpreise angewendet werden.[125] Stattdessen muss der Preis durch Ab- oder Zuschläge für die Modifikationen auf der Grundlage des Preises der vergleichbaren marktgängigen Leistungen gebildet werden, wie zum Beispiel für Polizeiwagen. Modifizierte Marktpreise kommen dann zur Geltung, wenn durch den öffentlichen Auftrag besondere Verhältnisse geschaffen werden, die zu Kostensenkungen oder -steigerungen führen, welche eine Modifizierung der Marktpreise gemäß Abs. 1 und 2 rechtfertigen. Ein Beispiel hierfür ist eine eintretende Stückkostendegression bei einer großen Abnahmemenge durch den öffentlichen Auftraggeber, die sich nicht adäquat in dem Marktpreis und den Mengenrabatten widerspiegelt.[126]

2.3.5 Selbstkostenpreise

2.3.5.1 Allgemeine Bestimmungen zu den Selbstkostenpreisen (§ 5)

Die Zulässigkeit von Selbstkostenpreisen stellt wie gesehen einen Ausnahmetatbestand dar. Ein Selbstkostenpreis kann als ein Behelfspreis angesehen werden, falls keine Preisermittlung gemäß § 3 und 4 der VO PR Nr. 30/53 möglich ist.[127] Gemäß § 5 Abs. 1 der VO PR Nr. 30/53 sind allerdings nicht die tatsächlichen Kosten des einzelnen Betriebes relevant, sondern nur die angemessenen Kosten des Auftragnehmers. Welche Kosten als angemessen gelten, ist nicht in der VO selbst, sondern in den LSP festgelegt, die gemäß § 8 der VO PR Nr. 30/53 bei Selbstkostenpreisen anzuwenden sind. Den Grundsatz, dass die betriebsindividuellen Kosten maßgeblich sind, durchbricht § 5 Abs. 4 S. 1 der VO PR Nr. 30/53 für den Fall, dass Aufträge über gleiche Leistungen an mehrere Auftraggeber erteilt werden. Dann sind bei Vorliegen von gleichen Voraussetzungen in der Regel gleiche Preise zu vereinbaren. Der Vorrang der marktwirtschaftlichen Preisbildung gilt allerdings nicht nur für die Gesamtleistung,

[124] Vgl. Coenenberg (2003), S. 119.
[125] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 95 zu § 4.
[126] Vgl. Coenenberg (2003), S. 119.
[127] Vgl. Birgel (1994), S. 108.

sondern auch für Teilleistungen des öffentlichen Auftrags.[128] Als mögliche Teilleistungen zählen hierzu zum Beispiel Zubehör, Ersatzteile oder Werkstatt-Stundensätze. Die Abrechnung der Teilleistungen gemäß § 4 VO PR Nr. 30/53 setzt voraus, dass diese die genannten Voraussetzungen für Marktpreise erfüllen.[129] Auf die nach § 4 berechneten Teilleistungen dürfen in der Kalkulation der Selbstkostenpreise auch keine Gemeinkosten oder Gewinnaufschläge aufgerechnet werden.[130] Im Folgenden werden die einzelnen Preistypen erläutert.

2.3.5.2 Selbstkostenfestpreise

Falls Selbstkostenpreise notwendig sind, sollen diese möglichst als Selbstkostenfestpreise vereinbart werden.[131] Ein Selbstkostenfestpreis wird grundsätzlich vor Beginn der Leistungserstellung kalkuliert, weswegen die wesentlichen Determinanten der Kosten vor der Erstellung des Preises hinreichend kalkulierbar sein müssen.[132] Das inhärente Risiko jeder Vorkalkulation, dass die tatsächlichen Kosten höher oder niedriger sind, müssen entsprechend beide Vertragsparteien tragen.[133] Falls die Grundlagen der Kalkulation zwar in technischer Hinsicht überschaubar sind, also das Mengengerüst, aber nicht hinsichtlich der Preis- und Lohnentwicklung, insbesondere bei langfristigen Aufträgen, können auch Preisvorbehaltsklauseln vereinbart werden.[134] Vorteile eines Selbstkostenfestpreises sind der Anreiz zur Rationalisierung der Fertigung für den Auftragnehmer zur Erzielung von Effizienzgewinnen und die Planungssicherheit über die notwendigen Mittel für den öffentlichen Auftraggeber. Demgegenüber besteht insbesondere für den Auftraggeber der Nachtteil, bei langen Laufzeiten an Produktivitätsfortschritten nur eingeschränkt zu partizipieren.[135]

2.3.5.3 Selbstkostenrichtpreise

Falls ein Selbstkostenfestpreis nicht festgestellt werden kann, soll bei Abschluss des Vertrages möglichst ein Selbstkostenrichtpreis vereinbart werden.[136] Der Selbstkostenrichtpreis ist eine Zwischenstufe zwischen dem Selbstkostenfestpreis und dem Selbstkostenerstattungspreis, der eine vorläufige Preisvereinbarung darstellt.[137] Er soll möglichst vor Beendigung der Fertigung in einen Selbstkostenfestpreis umgewandelt werden. Der Selbstkostenrichtpreis wird zwar ebenso wie der Selbstkostenfestpreis durch

[128] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 48 zu § 5.
[129] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 49 zu § 5.
[130] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 52 zu § 5.
[131] Vgl. § 6, Abs. 1 VO PR Nr. 30/53.
[132] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 2 zu § 6.
[133] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 2 zu § 6.
[134] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 3 zu § 6.
[135] Vgl. Dierkes/Hamann (2009), S. 224.
[136] Vgl. § 6, Abs. 3 VO PR Nr. 30/53.
[137] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 25–26 zu § 6.

eine Vorkalkulation ermittelt, diese muss aber nicht dem endgültigen Preis entsprechen.[138] Selbstkostenrichtpreise werden insbesondere vereinbart, falls die Kosten der beanspruchten Leistungen bei Vergabe des Auftrags nicht hinreichend überschaubar sind, aber dies vor Beendigung der Fertigung zu erwarten ist. Dies könnte zum Beispiel dann der Fall sein, wenn ein Unternehmen bereits einen Prototypen gefertigt hat, aber noch über unzureichende Produktionserfahrungen verfügt, so dass die endgültigen Kosten noch nicht hinreichend genau abgeschätzt werden können.[139] Bei einem Selbstkostenrichtpreis kann auch eine Limitierung nach oben zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden. Da diese nicht im Preisrecht verankert ist, hat eine solche Grenze eine zivilrechtliche Bedeutung und entspricht einer möglichen Unterschreitung des zulässigen Höchstpreises nach der VO PR Nr. 30/53.[140] Anders als beim Selbstkostenfestpreis kann in einem solchen Fall der öffentliche Auftraggeber an einer günstigen Kostenentwicklung partizipieren, weshalb aus seiner Sicht der Selbstkostenrichtpreis den bevorzugten Preistyp darstellt.[141]

2.3.5.4 Selbstkostenerstattungspreise

Selbstkostenerstattungspreise dürfen nur vereinbart werden, falls alle anderen Arten der Preisermittlung nicht möglich sind.[142] Dies trifft im Allgemeinen besonders auf Studien-, Forschungs- und Entwicklungsleistungen zu.[143] Sie sind aber ebenfalls bei Entsorgungsaufträgen anzutreffen. Bei Selbstkostenerstattungspreisen wird dem Auftragnehmer grundsätzlich die Vergütung seiner nachgewiesenen Kosten zugestanden, wodurch nur eine Kalkulation nach Beendigung der Leistungserstellung in Frage kommt (Nachkalkulation).[144] Der Verordnungsgeber stellt im Gegensatz zum Selbstkostenrichtpreis ausdrücklich dar, dass eine Limitierung der erstattungsfähigen Kosten möglich ist, um insbesondere ein „Kostenmachen“ durch den Auftragnehmer einzugrenzen.[145] Des Weiteren sollen gemäß Abs. 2 nach Möglichkeit feste Sätze für einzelne Kalkulationsbereiche vereinbart werden, wie zum Beispiel die Übernahme fester Gemeinkostensätze aus dem Vorjahr.

2.3.6 Preisprüfung (§ 9, 10)

Zur Sicherstellung der Einhaltung der Bestimmungen der VO PR Nr. 30/53 hat der Verordnungsgeber durch § 9 eine Preisaufsicht eingeführt, welche eine „unmittelbare staatliche Kontrolle der Preise auf ihre Übereinstimmung mit den Höchstpreisvor-

[138] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 28 zu § 6.
[139] Vgl. Dierkes/Hamann (2009), S. 224.
[140] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 40–44 zu § 9.
[141] Vgl. Coenenberg (2003), S. 121; Baudisch (1988), S. 1584.
[142] Vgl. § 7, Abs. 1 Satz 1 VO PR Nr. 30/53.
[143] Vgl. Dierkes/Hamann (2009), S. 225.
[144] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 3 zu § 7.
[145] Vgl. Dierkes/Hamann (2009), S. 226; Ebisch et al. (2010), RdNr. 9 zu § 7.

schriften des Preisrechts“ ermöglicht.[146] Die Preisaufsicht stellt hierbei eine hoheitliche Aufgabe dar, die auch niemals durch die Vertragsparteien ausgeschlossen werden kann.[147] Die Zuständigkeit für die Durchführung der Prüfung liegt bei den Preisüberwachungsstellen, wobei jeweils die Behörde zuständig ist, in deren Bezirk der Auftragnehmer seine Betriebsstätte hat.[148] Prüfungsgegenstand gemäß § 9 der VO sind sowohl die Feststellungen der zulässigen Preistypen als auch bei den Selbstkostenpreisen die Höhe der Selbstkosten.[149] Allerdings stellt die Preisaufsicht den Preis nicht abschließend fest, sondern ermittelt den zulässigen Höchstpreis.[150] In den meisten Fällen wird eine Preisprüfung auf Antrag des öffentlichen Auftraggebers durchgeführt, allerdings kann auch der private Auftragnehmer eine Preisprüfung beantragen oder die Preisüberwachungsstelle initiativ tätig werden.[151]

Bei der Preisprüfung hat der Auftragnehmer auf Verlangen das Zustandekommen des Preises nachzuweisen und ist verpflichtet, die hierfür notwendigen Unterlagen mindestens fünf Jahre lang aufzubewahren.[152] Die Prüfungsmaßnahme unterliegt allerdings trotz dieser Beschränkung grundsätzlich keiner zeitlichen Begrenzung, wobei die Aufbewahrungsfrist eine indirekte Begrenzung darstellt, da nach deren Ablauf wahrscheinlich die notwendigen Unterlagen zur Prüfung bei dem Auftraggeber nicht mehr vorhanden sind.[153] Neben den Preisüberwachungsstellen kann der Bundesminister für Wirtschaft im Allgemeinen oder im Einzelfall öffentliche Auftraggeber ermächtigen, die Angemessenheit eines Selbstkostenpreises festzustellen.[154] Allerdings ist der § 10 der VO PR Nr. 30/53 fast bedeutungslos, da bisher von der Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht wurde. So ist das Feststellungsrecht in der Vergangenheit nur der Bundesbahn und Bundespost verliehen und am 27.01.1994 wieder aufgehoben worden.[155]

[146] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 1 zu § 9.
[147] Vgl. Michaelis/Rhösa (Stand 2011), S. 8, § 9; Ebisch et al. (2010), RdNr. 3 zu § 9 sowie die dort genannten Urteile.
[148] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 23–25 zu § 9.
[149] Vgl. Birgel (1994), S. 122.
[150] Vgl. Michaelis/Rhösa (Stand 2011), S. 9, § 9.
[151] Vgl. Birgel (1994), S. 123.
[152] Vgl. § 9, Abs. 1 VO PR Nr. 30/53.
[153] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 177 zu § 9.
[154] Vgl. § 10, Abs. 1 VO PR Nr. 30/53.
[155] Vgl. Ebisch et al. (2010), RdNr. 6 zu § 10.

2.4 Eingrenzung der Untersuchung in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen

Nach der Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen soll der Fokus der Arbeit anhand der Zuordnung der Preistypen zu den Vergabearten erläutert werden. Diese Zuordnung ist im ersten Runderlass zur Durchführung der VO PR Nr. 30/53 zu finden. Danach sind „Preise, die durch öffentliche oder beschränkte Ausschreibung ermittelt worden sind", Marktpreise, also Preise im Sinne des § 4 VO PR Nr. 30/53, falls „der Wettbewerb der Anbieter alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Preise geboten hat".[156] Allerdings ergibt sich aus der Vergabeart kein Automatismus hinsichtlich der Preistypen,[157] so dass hieraus nicht gefolgert werden kann, dass Selbstkostenpreise in solchen Fällen nicht möglich oder erlaubt sind, da durch die Begriffe „ordnungsgemäßes Zustandekommen" und „ausreichend garantiert" ein Ermessensspielraum gegeben ist.[158] Trotzdem wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass eine rechtmäßige Anwendung von Selbstkosten nur im Rahmen der freihändigen Vergabe erfolgt.[159] Des Weiteren besagt aber eine freihändige Vergabe nicht, dass Selbstkostenpreise anzuwenden sind.[160] In Abbildung 5 ist der Zusammenhang zwischen den Vergabearten und den Preistypen zusammenfassend dargestellt.

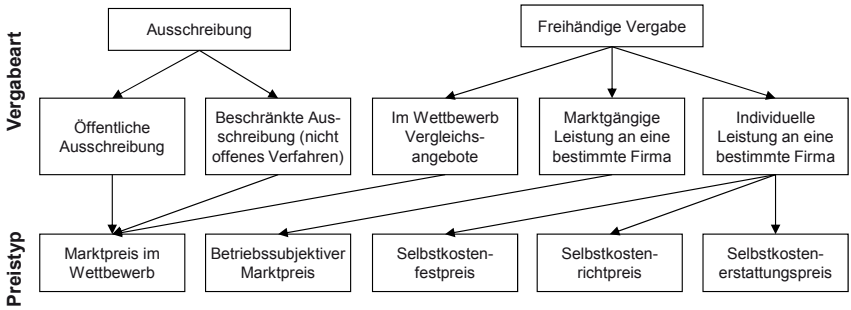


Abb. 5: Zusammenhang zwischen Vergabeart und Preistyp[161]

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist der Gewinnaufschlag bei öffentlichen Aufträgen zu Selbstkostenpreisen. Vergaberechtliche Problemkomplexe in Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen sind somit grundsätzlich nicht Untersuchungsgegenstand der Arbeit. Eine Ausnahme bildet hier die Diskussion zu der faktischen Relevanz von

[156] Ziff. 5 b erster Runderlass zu VO PR Nr. 30/53 vom 22.12.1953.
[157] Vgl. Müller (2011), S. 724.
[158] Vgl. Birgel (1994), S. 90; auch Müller (2011), S. 724.
[159] Vgl. Dierkes/Hamann (2009), S. 203.
[160] Vgl. Ziff. 5 b erster Runderlass zu VO PR Nr. 30/53 vom 22.12.1953; auch Müller (2011), S. 724.
[161] In Anlehnung an Dierkes/Hamann (2009), S. 203; auch Hopf (2002), S. 343.

http://www.springer.com/978-3-658-01492-6

Angemessener Gewinnaufschlag von Entsorgungsunternehmen bei öffentlichen Aufträgen zu Selbstkosten

Hövelborn, T.

2014, XXI, 251 S. 20 Abb., Softcover
ISBN: 978-3-658-01492-6