



Sachstand

Einzelfragen zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen

Einzelfragen zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen

Aktenzeichen: WD 7 – 3000 – 100/20
Abschluss der Arbeit: 10. September 2020
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Inhalt Funktion und Anwendungsbereich der PreisV	4
3.	Bildung des Marktpreises – insbesondere Verkehrsüblichkeit des Preises	5
4.	Überprüfung der Preise nach der PreisV	7
5.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die PreisV	8

1. Einleitung

Durch die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (PreisV)¹ soll insbesondere eine überteuerte Beschaffung vermieden und so eine übermäßige Belastung der öffentlichen Haushalte verhindert werden. Gleichzeitig soll die PreisV einen auskömmlichen Preis für den Auftragnehmer ermöglichen.² Insbesondere vor dem Hintergrund einer durch äußere Faktoren sprunghaft erhöhten Marktnachfrage sowie eines damit einhergehenden unerwartet und kurzfristig auftretenden Beschaffungsbedarfs stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Regelungen der PreisV besonderen Einfluss auf öffentliche Einkaufsvorgänge haben, die nicht im Rahmen eines klassischen – in der Regel vergaberechtlichen – Wettbewerbs zustande kommen³.

Nachfolgend soll diese Frage im Lichte der COVID-19-Pandemie und der damit einhergehenden Notwendigkeit des schnellen Einkaufs medizinischer Schutzausrüstung überblicksartig beleuchtet werden. Bereits an dieser Stelle ist darauf zu hinzuweisen, dass die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages nach ihren Verfahrensgrundsätzen keine Einzelfallprüfung vornehmen. Eine rechtliche Detailprüfung bestimmter beschaffungsrechtlicher Vorgänge, insbesondere in Bezug auf Preisvorstellungen, kann mithin nicht erfolgen. Die nachfolgenden Ausführungen beinhalten daher vielmehr eine summarische Darstellung von Einzelaspekten der PreisV sowie grundsätzliche Möglichkeiten einer Überprüfung und Sanktionierung etwaiger Verstöße.

2. Inhalt Funktion und Anwendungsbereich der PreisV

Nach § 1 Abs. 1 PreisV ist für Leistungen auf Grund öffentlicher Aufträge bei der Vereinbarung von Preisen grundsätzlich Marktpreisen der Vorzug vor Selbstkostenpreisen zu geben, wobei die in § 2 Abs. 1 PreisV enthaltene Definition des öffentlichen Auftrags, nach der bereits dann von einem öffentlichen Auftrag auszugehen ist, wenn der Auftrag von einer juristischen Person des

1 Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BAnz. 1953 Nr. 244), die zuletzt durch Artikel 70 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1864) geändert worden ist, abrufbar unter: http://www.gesetze-im-internet.de/preisv_30_53/index.html (letzter Abruf dieses Links und aller weiteren am 9. September 2020).

2 Vgl. etwa Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung, „Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen“, abrufbar unter: <https://www.mw.niedersachsen.de/startseite/themen/auf-sicht-und-recht/oeffentliche-auftraege-und-preispruefung/preis-und-kostenpruefung-93004.html>.

3 So etwa beim sog. „Open-House-Modell“, welches nicht den besonderen vergaberechtlichen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterfällt. Open-House-Verträge sind keine öffentlichen Aufträge im Sinne des § 103 GWB, da der Auftraggeber hier im Gegensatz zur klassischen Vergabe keine Auswahlentscheidung treffen kann. Beim Open-House-Modell schließt der Auftraggeber vielmehr mit jedem Unternehmen, das die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen verbindlich anbietet, einen Vertrag.

öffentlichen Rechts erteilt worden ist,⁴ nicht deckungsgleich mit dem vergaberechtlichen Auftragsbegriff nach § 103 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁵ (GWB)⁶ ist. Nach § 1 Abs. 3 PreisV dürfen für Leistungen auf Grund öffentlicher Aufträge höhere Preise nicht gefordert, versprochen, vereinbart, angenommen oder gewährt werden, als nach den Bestimmungen dieser Verordnung zulässig ist. Beabsichtigtes Kernelement der PreisV ist mithin die Durchsetzung marktwirtschaftlicher Grundsätze und die Stärkung des Wettbewerbs auch bei öffentlichen Aufträgen.⁷

3. Bildung des Marktpreises – insbesondere Verkehrsüblichkeit des Preises

Für marktgängige Leistungen dürfen die im Verkehr üblichen preisrechtlich zulässigen Preise nicht überschritten werden (§ 4 Abs. 1 PreisV). Neben dem Kriterium der Marktgängigkeit⁸ einer bestimmten Leistung bzw. eines bestimmten Wirtschaftsguts, dessen Vorliegen im Folgenden in Bezug auf medizinische Schutzausrüstungen unterstellt wird, dürfen demnach die im Verkehr üblichen preisrechtlich zulässigen Preise nicht überschritten werden. Wann eine solche Überschreitung vorliegt, ist in der PreisV hingegen nicht näher bestimmt. Auch in der Kommentarliteratur finden sich hierzu nur allgemeingültige Aussagen, die insbesondere vor dem Hintergrund einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten plötzlichen Nachfragesteigerung bei bestimmten Produkten (wie z.B. medizinischen Schutzmasken, Desinfektionsmitteln oder Behandlungsmaterial) kaum pauschal anwendbar erscheinen. So führt etwa Berstermann zur Preisbildung allgemein aus:

„Die Verkehrsüblichkeit der Preise kann zB durch Vergleich mit den sonst vom jeweiligen Anbieter geforderten Preise oder den Preisen anderer Anbieter für identische Leistungen geprüft werden. In Betracht kommt auch eine Schätzung der Preise aufgrund langjähriger Preisentwicklung für definierte Leistungen.⁹ [...] Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, welcher der angebotenen Preise als (verkehrsüblicher - Anm. d. Verf.) Marktpreis iSd § 4 Abs. 1 preisrechtlich zulässig ist. Nach wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnis gibt es

-
- 4 Vgl. etwa Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, VO PR Nr. 30/53, 9. Aufl. 2020, § 2 PreisV, Rn 5 ff. m.w.N.
- 5 Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.
- 6 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 8 des Gesetzes vom 25. Juni 2020 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>.
- 7 Vgl. Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreisverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, Einführung zur PreisV, Rn. 10.
- 8 Vgl. zum Merkmal der Marktgängigkeit ausführlich Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreisverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 4 PreisV, Rn. 4-8.
- 9 Zitiert nach Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreisverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 4 PreisV, Rn. 14 m.w.N.

nämlich nur auf einem idealen Markt einen einzigen Marktpreis. Dieser Idealmarkt ist gekennzeichnet durch vollständige Transparenz, völlige Gleichartigkeit der Leistungen und rationales Verhalten der Marktteilnehmer.¹⁰ [...] Vielmehr sind als verkehrsüblich alle Preise anzusehen, zu denen die am Markt beteiligten Unternehmen ihre Leistungen anbieten. Dabei muss der Wettbewerb der Anbieter garantieren, dass die Preise ordnungsgemäß zustande gekommen sind.¹¹ [...] Der öffentliche Auftraggeber hat Marktpreise zu akzeptieren, auch wenn dies für ihn nicht die günstigsten Preise sind. Er hat durch andere Mechanismen dafür zu sorgen, günstige Preise zu erzielen, kann sich hierbei aber nicht auf das Preisrecht stützen.“¹²

Nach § 4 Abs. 4 PreisV können Marktpreise überschritten werden, wenn es die bei dem Auftrag vorliegenden besonderen Verhältnisse kostenmäßig rechtfertigen. Wann besondere Verhältnisse vorliegen und wann diese eine kostenmäßige Rechtfertigung nahelegen, ist in der PreisV nicht näher eingegrenzt.¹³ Auch in der Kommentarliteratur ist – soweit ersichtlich – ein einer Pandemie vergleichbarer Ausnahmefall, der zu einer sprunghaft erhöhten Nachfrage an bestimmten Wirtschaftsgütern führt, bislang nicht behandelt worden. Gleichwohl werden gewisse Verschiebungen von Marktpreisen anerkannt. Entscheidend ist daher vielmehr jeder Einzelfall. Allgemein wird ausgeführt:

„Besondere Verhältnisse mit kostenmäßiger Rechtfertigung sind alle diejenigen Umstände, die nicht bereits durch Abs. 1 und 2 (von § 4 PreisV - Anm. d. Verf.) erfasst sind, also Verhältnisse, die zur Marktpreisbildung beigetragen haben. Damit scheiden alle besonderen Verhältnisse aus, die auf der Besonderheit der Leistung beruhen, da diese Besonderheiten bereits den Marktpreis bestimmt haben. Als häufiges Anwendungsbeispiel wird die Beschaffung großer Mengen einer Leistung genannt, da die hier mögliche Kostendegression sich in den Marktpreisen nicht hinreichend widerspiegeln. So würde der Auftragnehmer durch große Bestellmengen oft erst in die Lage versetzt, die Fertigung zu rationalisieren. Als weitere Beispiele werden eine Preisermäßigung bei unmittelbarer Nähe zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer im Hinblick auf die Transportkosten genannt oder besondere sonst nicht vorhandene Gefahren bei der Erstellung der Leistung, für die Preisabschläge in Betracht kommen können. Auch Unterschiede in den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen können eine Abweichung vom Marktpreis rechtfertigen.¹⁴ [...] Nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung sollen Unterschiede, die sich aus der Beschaffung durch die öffentliche Hand im Verhältnis zum sons-

10 Zitiert nach Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreisverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 4 PreisV, Rn. 15, 16 m.w.N.

11 Zitiert nach Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreisverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 4 PreisV, Rn. 20.

12 Zitiert nach Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreisverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 4 PreisV, Rn. 28.

13 Vgl. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, VO PR Nr. 30/53, 9. Aufl. 2020, § 4 PreisV, Rn. 165.

14 Zitiert nach Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreisverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 4 PreisV, Rn. 44, 45 m.w.N.

tigen Marktgeschehen ergeben, ausgeglichen werden. Für den Auftragnehmer sollen also weder Vor- noch Nachteile entstehen, die ausschließlich auf den öffentlichen Auftraggeber zurückgehen.“¹⁵

4. Überprüfung der Preise nach der PreisV

Nach § 9 Abs. 1 PreisV hat der Auftragnehmer den für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden¹⁶ das Zustandekommen des Preises auf Verlangen nachzuweisen. Aus den Unterlagen muss ersichtlich sein, dass der Preis nach den Vorschriften der PreisV zulässig ist. Diese Unterlagen sind, soweit nicht andere Vorschriften eine längere Frist vorsehen, mindestens 5 Jahre aufzubewahren.

Nach § 9 Abs. 2 PreisV sind die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden berechtigt, zu prüfen, ob die Vorschriften der PreisV beachtet worden sind. Der Auftragnehmer und die für die Leitung des Unternehmens verantwortlichen Personen sind dabei verpflichtet, die zu diesem Zweck erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Nach § 9 Abs. 3 PreisV können die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden die Unterlagen einsehen, Abschriften oder Auszüge aus diesen Unterlagen anfertigen lassen und die Betriebe besichtigen.

Eine Preisprüfung nach § 9 PreisV kann sowohl auf Antrag des Auftraggebers als auch auf Antrag des Auftragnehmers oder auf Initiative der für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Behörden durchgeführt werden. Während das Interesse des Auftraggebers, den zulässigen Höchstpreis nicht zu überschreiten, offensichtlich ist, kann ein Antrag auf Preisprüfung etwa auch für den Auftragnehmer günstig sein, um Anhaltspunkte für den nach der Verordnung zulässigen Höchstpreis zu erhalten und ein Unterschreiten desselben zu verhindern.¹⁷

Für das Preisaufsichtsverfahren gilt das für die jeweilige Preisbehörde einschlägige Landesverwaltungsverfahrensgesetz.¹⁸

15 Zitiert nach Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreiseverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 4 PreisV, Rn. 46 m.w.N.

16 Die Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen der PreisV obliegt den Preisüberwachungsstellen der Bundesländer. Maßgebend für die Zuständigkeit ist der Ort, an dem der Auftragnehmer sein Rechnungswesen führt, vgl. Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung, „Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen“, abrufbar unter: https://www.mw.niedersachsen.de/startseite/themen/aufsicht_und_recht/offentliche_auftrage_und_preispruefung/preis_und_kostenpruefung/preis-und-kostenpruefung-93004.html.

17 Vgl. Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreiseverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 9 PreisV, Rn. 30 m.w.N.

18 Vgl. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, VO PR Nr. 30/53, 9. Aufl. 2020, § 9 PreisV, Rn. 99.

5. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die PreisV

Nach § 11 PreisV werden Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen der PreisV nach den Strafbestimmungen des Gesetzes zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (WiStG)¹⁹ geahndet. So handelt nach § 3 WiStG ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig²⁰ gegen die PreisV oder einer auf Grund einer solchen Rechtsvorschrift ergangenen vollziehbaren Verfügung zuwiderhandelt. Nach § 3 Abs. 2 WiStG kann diese Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu fünfundzwanzigtausend Euro geahndet werden.

Ob und inwieweit bei einer nachweislich zweckwidrigen Verwendung öffentlicher Gelder eine Haushaltsuntreue und mithin eine Strafbarkeit nach § 266 Strafgesetzbuch (StGB)²¹ angenommen werden kann, erfordert eine in jedem Einzelfall vorzunehmende strafrechtliche Würdigung. Insofern wäre insbesondere nachzuweisen, dass durch den konkreten Beschaffungsvorgang bewusst ein Vermögensschaden zumindest billigend in Kauf genommen worden ist.²²

Das sog. Höchstpreisprinzip des § 1 Abs. 3 PreisV ist zudem Verbotsnorm im Sinne des § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)^{23, 24}. Grundsätzlich zieht ein Verstoß gegen § 134 BGB die Nichtigkeit der Vereinbarung nach sich.²⁵ Wird indes nur ein preisrechtlich unzulässiger Preis vereinbart, so ist nicht das Rechtsgeschäft als Ganzes nichtig, sondern der unzulässige Preis wird durch den preisrechtlich zulässigen Preis ersetzt.²⁶

-
- 19 Wirtschaftsstrafgesetz 1954 in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juni 1975 (BGBl. I S. 1313), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2911) geändert worden ist, abrufbar unter: https://www.gesetze-im-internet.de/wistrg_1954/.
- 20 Eine Differenzierung zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Verstößen ist in § 11 PreisV nicht vorgesehen. Bei einem fahrlässigen Verstoß findet jedoch § 17 Abs. 2 OWiG Anwendung, so dass fahrlässiges Handeln im Höchstmaß nur mit der Hälfte des angedrohten Höchstbetrages geahndet werden kann, vgl. Berstermann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VO PR Nr. 30-53, § 11 PreisV, § 11, Rn. 6.
- 21 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. Juli 2020 (BGBl. I S. 1648) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>.
- 22 Vgl. hierzu etwa Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, § 266 StGB, Rn. 177.
- 23 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.
- 24 Vgl. etwa Berstermann, in: Öffentliche Auftragspreiseverordnung, PreisV, 2. Online-Auflage 2019, § 9 PreisV, Rn. 35.
- 25 Vgl. etwa Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage 2018, § 134 BGB, Rn. 14 ff.
- 26 Vgl. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, VO PR Nr. 30/53, 9. Aufl. 2020, § 1 PreisV, Rn. 109 ff. m.w.N.