



Preisrecht und Vergaberecht

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 12. November 2015 in Düsseldorf**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Das geltende Preisrecht

Rechtsanwalt Andreas Berstermann, Blömer Berstermann, Düsseldorf

- Insgesamt bleibt die Anwendung deutlich hinter der rechtstheoretischen Bedeutung des Preisrechts zurück.
- Das Preisrecht ist auch für Kommunen von großer Bedeutung. Bei normalen Beschaffungsmaßnahmen wird dies (zumindest teilweise wegen Unkenntnis) überwiegend vernachlässigt, anders bei umlagefähigen Maßnahmen. Bezogen auf die Beitragsermittlung hat sich eine ausgeprägte Rechtsprechung entwickelt.
- Preisrecht gilt, anders als Vergaberecht, auch für Inhouse-Vergaben.
- Das Preisrecht kennt keinen funktionalen Auftraggeber-Begriff.
- Gegenüber Nachunternehmern gilt das Preisrecht nur bei einem entsprechenden Verlangen des Auftraggebers.
- Eine Verpflichtung eines Auftragnehmers zur Weitergabe preisrechtlicher Pflichten an Nachunternehmer besteht nicht.
- Das Ergebnis von Preisprüfungen ist ein Gutachten, das keinem Rechtsschutz unterliegt.
- Der Marktpreis hat gegenüber dem Selbstkostenpreis Vorrang. Ein Marktpreis liegt nur dann vor, wenn eine marktgängige Leistung zu einem verkehrsüblichen Preis erworben wird.
- Der Verstoß gegen Höchstpreisvorschriften führt zur Teilnichtigkeit, bezogen nur auf den überhöhten Teil der Vergütung.
- Einer Rückforderung des überhöhten Vergütungsanteiles können außer der Verjährung u.a. § 814 BGB (Kenntnis der Nichtleistung) oder § 817 Satz 2 BGB (leichtfertiger Verstoß) entgegenstehen.

- Eine Abführung oder Mehrerlösrückerstattung können auch in strafrechtlichen Verfahren angeordnet werden. In diesem Fall gelten etwa die zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften nicht.

2. Preisrecht in der Praxis

Andreas Kruk, Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw), Koblenz

- Preisprüfer haben eine neutrale Stellung. Sie sind nicht Interessenvertreter des Auftraggebers. Sie verstehen sich auch als Berater der Auftragnehmer, etwa beim Aufbau einer Preis VO-konformen Kalkulation.
- Das BAAINBw hat nur abgeleitete Prüfkompetenzen.
- Gemeinkosten können auch vorkalkulatorisch geprüft werden, z.B. um in laufenden Geschäftsbeziehungen den Aufwand zu reduzieren.
- Für Betriebsgeheimnisse des geprüften Unternehmens ist bei der Prüfung ausreichender Schutz gewährleistet.
- Die Grenze der Prüfung wird durch die Erforderlichkeit gezogen.
- Geprüft wird immer nur die Angemessenheit eines Preises, nicht dessen „Richtigkeit“. Daher ist bei den Ergebnissen ein Spielraum möglich.
- In der Praxis ist oft problematisch, dass veraltete EDV-Träger zugänglich gemacht werden müssen.
- Die Prüfung bezieht auch nicht-körperliche Objekte wie Know-How beteiligter Personen ein.
- Bei Einzelaufträgen prüft das BAAINBw nur Selbstkostenpreise, keine Marktpreise.
- Die Durchführung erfolgt grundsätzlich beim Unternehmen. Die Prüfung bezieht auch unternehmensbezogene Daten und Entwicklungen ein, ebenso auftragsspezifische Aspekte wie Komplexität der Leistung u.ä.m.
- Ist beim Auftragnehmer keine Kalkulation vorhanden, wird diese – gemeinsam und nachträglich – erstellt.
- Im Bereich des BAAINBw werden viele Aufträge so vergeben, dass der Auftragnehmer für die Bindung und Koordination von Nachunternehmern verantwortlich ist; in Einzelfällen beschränkt sich seine Funktion sogar hierauf.
- An diese Nachunternehmer werden die preisrechtlichen Pflichten des Auftragnehmers weitergegeben.

3. Zusammenspiel von Preisrecht und Vergaberecht

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Allen & Overy LLP, Frankfurt am Main

- Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist weiter als der des Preisrechts, so unterfallen Auftraggeber nach § 98 Abs. 2, 5 GWB nicht dem Preisrecht.
- Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist teils weiter (Bauleistungen sind erfasst), teils enger (Inhouse-Vergaben als Ausnahme).
- Soweit vergaberechtliche Vorschriften auf das Preisrecht verweisen (vgl. z.B. § 127 Abs. 2 GWB-E), ist unklar, ob diese Verweise deklaratorisch oder konstitutiv sind.
- Im Vergaberecht sind auch Punkte relevant, die im Preisrecht keine Rolle spielen, so z.B. Diskriminierungsfreiheit.
- Das Preisrecht ist in Vergabeverfahren vor allem dann relevant, wenn der Auftraggeber ein Vergabeverfahren trotz vorliegender (aber aus seiner Sicht überhöhter) Angebote aufheben will oder in überhitzten Marktsituationen (wie jetzt im Bereich der Leistungen für Flüchtlinge teilweise zu beobachten).
- Problematisch ist der Umgang mit überhitzten Märkten. Ein Abschluss von Preisen trotz Vermutung oder Kenntnis überhöhter Preise erscheint riskant.
- Unklar ist, wie die Vergabe unter Anwendung qualitativer/nichtpreislicher Zuschlagskriterien im Preisrecht zu berücksichtigen ist.
- Ein Vergabeverfahren führt zu einem Wettbewerbspreis, der oft, aber nicht immer ein Marktpreis i.S.d. Preisrechts ist. Deckungsgleichheit ist z.B. gegeben bei nicht marktgängigen Produkten.
- Bei nachträglich beauftragten zusätzlichen oder geänderten Leistungen kann sich ebenfalls die Frage der preisrechtlichen Zulässigkeit stellen.

4. Perspektiven des Preisrechts: Möglichkeiten und Grenzen der Weiterentwicklung des Preisrechts aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht

Prof. Dr. Andreas Hoffjan, Technische Universität Dortmund

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M., Universität Osnabrück

Ronald Benter, LL.M. (Com.), Präsident des Bundesverbandes der Preisprüfer und Wirtschaftssachverständigen e.V., Kiel

(1) Prof. Hoffjan:

- Das Preisrecht wird vor allem wegen Unkenntnis der eigentlich Verantwortlichen und seiner Praxisferne zu wenig angewendet.
- Der Wegfall des Preisrechts würde wohl nicht zu einer Reduzierung der (auf 50 Mio. € geschätzten) Bürokratiekosten führen.
- Es sollten Vereinfachungen für KMU geschaffen werden.
- Die Einführung eines Wettbewerbspreises erscheint sinnvoll; dabei ist auch zu definieren, wenn „Wettbewerb“ gegeben ist.
- Die Preisprüfung sollte sich stärker an handelsrechtlichen Vorschriften orientieren.

(2) Prof. Dörr:

- Das Preisrecht ist verfassungsrechtlich unbedenklich, aber nicht zwingend erforderlich.
- Das Verhältnis zum Vergaberecht ist teils unklar.
- Eine Ausdehnung des Preisrechts z.B. auf andere Auftragnehmer allein wegen zur Sicherung eines einheitlichen Rechts ist nicht sinnvoll. Eine solche Entscheidung muss auf Grundlage einer Kosten-Nutzen-Betrachtung erfolgen.
- Das Preisrecht könnte auch als Vehikel des Beihilferechts eingesetzt werden.

(3) Benter:

- Die Probleme des Preisrechts liegen vor allem in der Rechtsanwendung, auch wegen fehlender Kapazitäten.
- Zu detaillierte Vorschriften sind nicht sinnvoll, weil sie (noch mehr) Konflikte mit den sehr unterschiedlichen Kalkulationsweisen der Unternehmen erzeugen würden.
- Eine Ausweitung des Preisrechts erscheint nicht sinnvoll.
- Allein die Bedienerfreundlichkeit kann nicht Maßstab für die Beurteilung einer Rechtsvorschrift sein, sie ist vielmehr an ihren Zielen und deren Erreichung zu messen.