

Ein Markt kann alternativ aber auch erst durch die die konkrete Nachfragesituation des öffentlichen Auftraggebers geschaffen werden, mit anderen Worten: aus Anlass der Vergabe eines öffentlichen Auftrags, insbesondere wenn er einen Bedarf decken will, den der Wettbewerb sonst nicht zulässt oder nicht kennt. Die Leistung wird in diesem Fall „marktgängig gemacht“.<sup>8</sup> Ob hier überhaupt ein **besonderer Markt** entsteht, hängt von der Leistungsbeschreibung ab, die so konkret sein muss, dass Anbieter hierauf überhaupt einen Preis kalkulieren können.<sup>9</sup> Selbst wenn das gelingt, ist der Preis nur im Zusammenhang des öffentlichen Auftrags sachlich, gegenständlich, zeitlich und örtlich aussagekräftig.<sup>10</sup> Ob der öffentliche Auftraggeber überhaupt einen eventuell vorhandenen allgemeinen Markt betreten darf oder ungeachtet dessen eine Vergabe bzw. öffentliche Ausschreibung durchführen und damit einen besonderen Markt schaffen muss, entscheidet das Vergaberecht. In den Fällen, in denen öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, ein Vergabeverfahren bzw. eine Ausschreibung durchzuführen, scheidet ein öffentlicher Einkauf auf dem allgemeinen Markt aus.<sup>11</sup>

Eingedenk dieser Unwägbarkeiten unternimmt es § 4, diejenigen Marktpreise, denen Vorrang vor anderer Preisbildung gebührt, näher zu bestimmen. Dazu betrifft Abs. 1 den **Grundfall marktgängiger Leistungen**, während die Abs. 2–4 **Schwierigkeiten und Besonderheiten** bei der marktwirtschaftlichen Preisbildung ansprechen: Abs. 1 statuiert den verkehrsüblichen Preis als „preisrechtlich zulässigen“ Höchstpreis für marktgängige Leistungen. In Abs. 2 wird eine Hilfskonstruktion in Form des Marktes für dem Auftrag vergleichbare Leistungen vorgegeben, um zu verhindern, dass besondere Anforderungen öffentlicher Auftraggeber an im Grunde handelsübliche Leistungen ohne Weiteres zu Selbstkostenpreisen führen. Abs. 3 knüpft an die vorstehenden Absätze an und erstreckt die Vergleichsbetrachtung auf allgemein übliche Vorteile nichtöffentlicher Auftraggeber in vergleichbarer Lage („üblicherweise gewährt werden oder gewährt werden würden“). Abs. 4 eröffnet schließlich eine Ausnahme, indem er marktpreisüber- oder -unterschreitende Preise im Einzelfall zulässt, „wenn es die bei dem Auftrag vorliegenden besonderen Verhältnisse kostenmäßig rechtfertigen“.

Ermöglicht wird mit Abs. 4 eine Preiskorrektur anhand der Kosten des Auftragnehmers, die in der Preisbildung der Abs. 1–3 unberücksichtigt bleiben und hier nun im Sinne einer **Zumutbarkeitsgrenze** eingeführt werden. Damit wird das Konzept der möglichst weitgehenden Preisbildung nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen nicht aufgegeben und auf Selbstkostenpreise umgestellt, sondern lediglich ein Mindestpreis auf Kostenbasis etabliert. Dieses Regelungsmodell findet sich auch bei der kartellbehördlichen Preismissbrauchskontrolle, wo zunächst das Entgelt nach einer Vergleichsmarktbetrachtung unterworfen wird und sodann zur strukturell bedingte Mehrkosten Unterschiede rechtfertigen können (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB).

## II. Einzelerläuterungen

**1. Marktpreise (Abs. 1). a) Marktgängige Leistung.** Marktpreise jeglicher Art können sich nur im freien **Wettbewerb** bilden; nicht ausschlaggebend ist, ob für die ausgeschriebene Leistung unabhängig von der Beschaffung durch einen öffentlichen Auftraggeber schon ein Markt besteht oder ob dieser erst durch die Vergabe geschaffen wird, mit anderen Worten: für die Marktgängigkeit einer Leistung taugt grundsätzlich ein allgemeiner ebenso wie ein besonderer Markt.<sup>12</sup> Entscheidend ist nur, dass ein echter Wettbewerb mit den entsprechenden Konkurrenzwirkungen die Preishöhe der Angebote am Markt beeinflusst.<sup>13</sup> Eine Leistung ist marktgängig, wenn sie von mehreren unabhängig voneinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen angeboten wird,<sup>14</sup> aber nicht schon, wenn mehrere Anbieter die Leistung hypothetisch erbringen können.<sup>15</sup> Ein Markt fehlt jedenfalls dann, wenn einem Nachfrager lediglich ein Anbieter gegenüber tritt.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> Michaelis/Rhösa/Pauka § 4 B III.

<sup>9</sup> Georgi, Die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen im Einklang mit der VO PR 30/53, 2015, 25.

<sup>10</sup> Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 16.

<sup>11</sup> Müller ZfBR 2018, 555.

<sup>12</sup> Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 40; Hoffjan/Mengis ZfBR 2017, 439 f.

<sup>13</sup> R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 41; gegen die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines Wettbewerbs, Engel, Möglichkeiten und Grenzen der Organisation von Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen gemäß VO PR 30/53, 1983, 47, unter Bezugnahme auf Altman DÖV 1959, 932 (935).

<sup>14</sup> Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, 196.

<sup>15</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (582 f.).

<sup>16</sup> OVG Münster Urt. v. 5.4.2001 – 9 A 1795/99, NVwZ-RR 2002, 223 (225); VG Düsseldorf Urt. v. 11.11.2003 – 17 K 5472/02, NVwZ 2004, 1523 (1524 f.); VG Köln Urt. v. 25.2.2003 – 14 K 20010/99, FHOeffR 54 Nr. 3635 (Ls.); R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 30; Georgi, Die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen im Einklang mit der VO PR 30/53, 2015, 26.

Vielmehr müssen für die angebotene oder nachgefragte Leistung entweder mehrere Anbieter oder mehrere Nachfrager am Markt agieren.<sup>17</sup> Eine genauere Marktanalyse ist aber auch angezeigt, wenn auf einer der beiden Vertragsseiten ein Monopol besteht, da dann in Ermangelung eines Angebots- oder Nachfragewettbewerbs keine echte Wettbewerbssituation gewährleistet ist.<sup>18</sup> Der zeitliche und räumliche Zuschnitt des Marktes hängt vom Gegenstand der Leistung bzw. von der Leistungsbeschreibung ab.<sup>19</sup>

7 Auf diesem Markt muss die nachgefragte Leistung angeboten und gehandelt werden. Unterschiede und Abweichungen im Einzelfall sind auf ihre preisrechtliche Relevanz zu untersuchen und überführend die Preisprüfung ggf. von Abs. 1 zu Abs. 2. Bezugsgröße der Marktgängigkeit ist die **Leistung als solche**, sind also nicht einzelne, identifizierbare und je für sich handelbare Elemente oder Bestandteile.

8 Falls ein **allgemeiner Markt** besteht, können die dort verfügbaren Leistungen in aller Regel als marktgängig eingestuft werden. Im Falle des Bestehens eines allgemeinen Marktes für die interessierende Leistung „wird diese außer von der öffentlichen Hand noch von privater Seite nachgefragt; in diesem Fall ist noch zu überprüfen, ob der betreffende Markt keine Einschränkung des Wettbewerbs auf der Anbieterseite aufweist.“<sup>20</sup> Diese Problematik dürfte sich jedoch nur eher selten einstellen. Hingegen ist die Marktgängigkeit bei Leistungen auf einem **besonderen Markt** schwieriger zu bestimmen. Ein enges Verständnis erfordert, dass die Leistung sich bereits am Markt dergestalt etabliert hat und häufiger umgesetzt worden ist.<sup>21</sup> Demgegenüber kann die Marktgängigkeit auch als die bloß potentielle Fähigkeit einer Leistung verstanden werden, für eine ebensolche Etablierung am Markt geeignet zu sein, etwa durch gute Absatzchancen.<sup>22</sup> Dem Willen des Normgebers entsprechend ist eine marktgängige Leistung zu definieren als eine Leistung, „die allgemein im wirtschaftlichen Verkehr hergestellt und gehandelt wird“.<sup>23</sup> Gefordert wird damit **eine tatsächliche Wettbewerbsteilnahme**, die die bloße Fähigkeit einer Leistung, auf den Markt zu gehen, also die Marktfähigkeit, noch nicht als Marktgängigkeit ausreichen lässt.<sup>24</sup> Im Falle der Auftragsvergabe im Wege der öffentlichen Ausschreibung kommt es entscheidend auf die Anzahl der tatsächlichen Bieter an, nicht auf die Anzahl der zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Unternehmen.<sup>25</sup> Ein potenzieller oder fiktiver Wettbewerb genügt nicht.<sup>26</sup>

8a Es ist nicht so, dass Leistungen, die exklusiv von der öffentlichen Hand beschafft werden, per se nicht marktgängig sein können.<sup>27</sup> In Fällen eines **Nachfragemonopols** ist vielmehr zu unterscheiden: Wählt der öffentliche Auftraggeber statt einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung ein Verhandlungsverfahren, weil eine Leistungsbeschreibung wegen des spezifischen Auftrags oder weil ein Angebotspreis wegen unsicherer Kalkulationsgrundlagen unmöglich ist, so soll nach vereinzelt Stimmen aus dem Schrifttum eine Preisbildung nach den Regeln für marktgängige Leistungen unabhängig von der Veranstaltung eines Wettbewerbs auscheiden.<sup>28</sup> Diese Sichtweise verkennt den auf das Einholen mehrerer Konkurrenzangebote abzielenden Wettbewerbsgrundsatz des Vergaberechts, der grundsätzlich auch bei den nachrangigen Vergabeverfahrensarten wie etwa dem Verhandlungsverfahren (ehemals freihändige Vergabe) gilt. Ein besonderer Markt kann mithin „unabhängig von dem Modus der Auftragsvergabe (öffentliche oder beschränkte Ausschreibung bzw. freihändige Vergabe)“ entstehen, solange letztlich echter Wettbewerb um den Zuschlag entstanden

<sup>17</sup> OVG Münster 5.4.2001 – 9 A 1795/99, NVwZ-RR 2002, 223 (225); vgl. HK-VergabeR/Berstermann Rn. 5.

<sup>18</sup> S. dazu die Fallgestaltungen bei Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 56; R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 31 f., der die Existenz einer reinen Monopolstellung des Anbieters aufgrund eines für die Marktdynamik typischen Nachahmerwettbewerbs als lediglich vorübergehend einstuft.

<sup>19</sup> Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 16 u. 19 f.

<sup>20</sup> Hans, Planung und Plankostenrechnung in Betrieben mit Selbstkostenpreis-Erzeugnissen, 1984, 8.

<sup>21</sup> HK-VergabeR/Berstermann Rn. 7; für ein enges Verständnis iErg auch R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 30.

<sup>22</sup> HK-VergabeR/Berstermann Rn. 7.

<sup>23</sup> Nr. 5a des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBlBMWi 1953, 515; insoweit krit. Michaelis/Rhösa/Greifenhagen § 4 B I.

<sup>24</sup> So iErg auch Fischer ZIP 2005, 106 (107); Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, 206.

<sup>25</sup> So Hoffjan/Mengis ZfBR 2017, 439 (440).

<sup>26</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (583). Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 50, nennen das „Funktionsfähigkeit des besonderen Marktes“. Vgl. zudem Mengis, Entwicklung eines Marktpreis-Prüfungsstandards für öffentliche Aufträge, 2020, 148 ff. mwN.

<sup>27</sup> Vgl. aber Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 57.

<sup>28</sup> HK-VergabeR/Berstermann Rn. 8.

ist,<sup>29</sup> bzw. in den Worten des BVerwG: „solange der Preis aus einem funktionierenden Wettbewerb zwischen mehreren Anbietern resultiert, die dem Monopolfachfrager mit konkurrierenden Angeboten auf dem Markt gegenüber treten.“<sup>30</sup> Insoweit ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Anbieter seinen Preis für die gleiche Leistung auf einem unvollkommenen Markt unter Wettbewerbsbedingungen in mehreren voneinander unabhängigen Umsätzen wiederholt durchgesetzt hat, mag das auch gegenüber demselben Nachfrager geschehen sein.<sup>31</sup>

**b) Im Verkehr üblicher Preis.** Leistung, Markt und Preis stehen zwar in einem unmittelbaren Sach-, Raum- und Zeitzusammenhang, sind aber gesondert zu prüfen, weil Angebot und Umsatz einer Leistung auf einem Markt „nicht zwangsläufig zur Bildung eines verkehrüblichen Preises“ führen.<sup>32</sup> Verkehrüblich ist derjenige Preis, der für die nachgefragte Leistung auf dem für den betreffenden öffentlichen Auftrag relevanten Markt in parallelen Fällen stetig gefordert und erzielt wird.<sup>33</sup> Voraussetzung ist ein tatsächlich vorgefundener, funktionierender Wettbewerb auf dem Markt für diese Leistung.<sup>34</sup> Hierbei hat der Anbieter nachzuweisen, dass er den im Rahmen des öffentlichen Auftrags angesetzten Preis für die Leistung auch bei vergleichbaren Aufträgen mit anderen privaten Auftraggebern erzielt hat.<sup>35</sup> Für einen **allgemeinen Markt** existiert unter Umständen ein **objektiver Marktpreis**;<sup>36</sup> anderenfalls ist ein relativer bzw. betriebssubjektiver Marktpreis aus den bei anderen Marktteilnehmern erzielten Leistungsentgelten zu ermitteln.<sup>37</sup> Dass sich außerhalb vollkommener Märkte auch bei unbeeinträchtigtem Preis- und Leistungswettbewerb für gleiche (und erst recht für nur vergleichbare) Leistungen praktisch stets eine Bandbreite an verkehrüblichen Preisen herausbildet, führt nicht dazu, dass jedes Entgelt innerhalb dieses Spektrums preisrechtlich zulässig iSv Abs. 1 ist; vielmehr ist für den öffentlichen Auftragnehmer, dessen Preisgestaltung anhand der Verordnung PR Nr. 30/53 zu überprüfen ist, nur ein einziger, betragsmäßig bestimmbarer Preis zulässig.<sup>38</sup> Der maßgebliche **betriebssubjektive Marktpreis** ist der Preis, den der Anbieter für die Leistung unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt durchsetzen konnte, weil Verkehrüblichkeit voraussetzt, dass der ermittelte Preis tatsächlich wiederholt auf dem Markt gezahlt wird.<sup>39</sup> Auf die Preise anderer Unternehmer kommt es nicht an.<sup>40</sup> Unerheblich ist, ob der Anbieter seinen Preis für die geforderte Leistung gegenüber verschiedenen Nachfragern oder nur gegenüber einem einzigen öffentlichen Auftraggeber durchgesetzt hat, es sei denn, letzterenfalls besteht ein bilaterales Monopol.<sup>41</sup>

Wenn die Ausschreibung ausnahmsweise keinen Markt für die Leistung geschaffen hat, etwa in Monopolfällen oder weil aus anderen Gründen nur ein Angebot eingeht, vermag sie auch keine preisrechtliche Wirkung zu entfalten. Denn der Marktpreisvorrang schützt den Marktpreis nicht wegen dessen „Richtigkeit“, sondern weil er sich als Produkt des marktwirtschaftlichen freien Wettbewerbs ergibt.<sup>42</sup> Zur Beurteilung der Verkehrüblichkeit eines Preises sind in diesem Fall **Hilfskriterien für die Verkehrüblichkeit** aufzustellen, etwa dass die Preisbildung auf eine Mehrzahl von Aufträgen bzw. Ausschreibungen bezogen sein muss, dass die Preisgestaltung des Anbieters systematisch, ggf. bereichsweise geordnet und plausibel ausfällt, dass die zugrunde gelegten Preise aktuell

<sup>29</sup> So mit Recht *Stenneken NVwZ* 2004, 1454 (1455); ähnlich auch schon früher *Tschierswitz BFuP* 1955, 518 (525); *Mengis*, Entwicklung eines Marktpreis-Prüfungsstandards für öffentliche Aufträge, 2020, 393; *Hoffjan/Mengis/Hinz VergabeR* 2021, 22 (26, 28) sowie OLG Koblenz Urt. v. 7.1.1988 – 5 U 1090/87, abgedruckt bei: *Michaelis/Rhösa/Greiffenhagen*, Ordner 4, Entscheidungen II, 1986-1990/02.

<sup>30</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (580); *Mengis*, Entwicklung eines Marktpreis-Prüfungsstandards für öffentliche Aufträge, 2020, 114 mwN.

<sup>31</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (580 f.).

<sup>32</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (579).

<sup>33</sup> *R. Müller*, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 32. Zur Abgrenzung des relevanten (Teil-)Marktes am Beispiel der Consultingwirtschaft vgl. *Hoffjan/Mengis/Hinz VergabeR* 2021, 22 (29 ff.).

<sup>34</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (579).

<sup>35</sup> *Georgi*, Die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen im Einklang mit der VO PR 30/53, 2015, 27; vertiefend hierzu *Mengis*, Entwicklung eines Marktpreis-Prüfungsstandards für öffentliche Aufträge, 2020, 233 ff.

<sup>36</sup> *Müller NZBau* 2011, 720 (722) sieht die Möglichkeit eines objektiven Marktpreises nur bei börsengängigen Leistungen oder bei staatlich gebundenen Preisen.

<sup>37</sup> IdS auch *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn.* 62.

<sup>38</sup> So *VGH München Urt.* v. 6.11.2014 – 22 B 14.175, DÖV 2015, 448; *Hoffjan/Mengis ZfBR* 2017, 439 (441); aA *OVG Lüneburg Urt.* v. 20.12.2000 – 7 L 1276/00, BeckRS 2012, 47041.

<sup>39</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (579) mwN.

<sup>40</sup> *HK-VergabeR/Berstermann Rn.* 20; *Mengis*, Entwicklung eines Marktpreis-Prüfungsstandards für öffentliche Aufträge, 2020, 217 f. und 237 ff. mwN.

<sup>41</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (580).

<sup>42</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (579 f.).

und eindeutig der Leistung zuzuordnen sind.<sup>43</sup> Mithin wird der Nachweis mittels Dokumentation der sog. Umsatzakte geführt. Die Konstanz der Preisgestaltung und Preissysteme sowie die Kontinuität der Umsatzakte in zeitlicher Hinsicht sind dann entscheidend für die Anerkennung der Verkehrsüblichkeit.<sup>44</sup>

11 Die Preisbildung auf einem **besonderen Markt** wird erst durch die Ausschreibung bzw. die Aufforderung an ein oder mehrere Unternehmen, ein Angebot abzugeben, ausgelöst.<sup>45</sup> Hierbei ist festzuhalten, dass die bloße Preis Anfrage in Ermangelung der Bindungswirkung einer konkreten Antwort noch keine marktschaffende Wirkung hat.<sup>46</sup> Falls die Frage nach der Verkehrsüblichkeit des Preises für eine marktgängige Leistung nicht mit dem Ergebnis einer Ausschreibung bzw. Vergabe begründet werden kann, zB weil kein entsprechendes Verfahren durchgeführt worden ist oder es keine Aussagekraft entfaltet, bleibt nur die Möglichkeit eines konkreten Preisvergleichs. Maßstabgebend sind insoweit ähnliche Aufträge des Anbieters und entsprechende Preise bei wettbewerblichen Beschaffungen.<sup>47</sup> Dazu können Leistungselemente unterschieden und je für sich einer Vergleichsbeurteilung unterzogen werden; nicht erlaubt ist hingegen der Zugriff auf unternehmensbezogene Preisbildungsfaktoren und kalkulatorische Kostenpositionen.<sup>48</sup> Als Umsätze, die eine wettbewerbliche Durchsetzung des Preises bei einem Nachfragemonopol belegen können, sind auch Aufträge in Betracht zu ziehen, die in ausreichender, nach dem einschlägigen Markt zu bestimmender zeitlicher Nähe zu der zu prüfenden Preisvereinbarung liegen und gleiche oder gleichartige Leistungen betreffen, die aber zugleich zum zu prüfenden Auftrag nicht in einem sachlichen Zusammenhang stehen, der gegen eine eigenständige wettbewerblich, vom anderen Auftrag unabhängige Preisvereinbarung streitet.<sup>49</sup>

11a War ein Unternehmen bislang auf dem relevanten Markt noch nicht tätig, fehlt es an mehreren Umsatzakten, sodass kein betriebssubjektiver Preis festgestellt werden kann. Kann die Verkehrsüblichkeit auch nicht anhand von Hilfskriterien und der Bestandteile der Gesamtleistung ermittelt werden, hat das für **Newcomer** zur Konsequenz, dass für seinen Preis eine Selbstkostenprüfung stattzufinden hat, während die Preise der konkurrierenden Anbieter als Marktpreise festgestellt und ungeprüft bleiben.<sup>50</sup> Ein Vergleich mit der Verkehrsüblichkeit von Preisen anderer Anbieter kommt jedenfalls nicht in Betracht.<sup>51</sup> Das BVerwG meint hierzu, „die Preisprüfung, die nach § 9 VO PR Nr. 30/53 stets nachträglich durchzuführen ist, (kann) anhand nachfolgender weiterer Umsätze des Anbieters beurteilen, ob dieser den beim ersten Vertragsabschluss vereinbarten Preis für die marktgängige Leistung auch bei späteren Abschlüssen durchsetzen konnte“.<sup>52</sup> Dieser Ansatz überzeugt nicht, weil selbst dann, wenn die Preisprüfung nachträglich erfolgt – was keineswegs immer der Fall ist –, der entscheidungserhebliche Zeitpunkt derjenige des Vertragsschlusses ist, in dem es gerade an Umsatzakten fehlt; umgekehrt müsste dann ein zunächst angenommener Selbstkostenpreis wegen nachfolgender Umsatzakte auch in einen Marktpreis umgewandelt werden, was ebenso systemwidrig wie für die Vertragspartner unzumutbar wäre.<sup>53</sup>

12 **c) Relevanz von Vergabeverfahren.** Der Marktpreis ist eigenständig in der Preisverordnung definiert und damit nicht zwangsläufig identisch mit dem Preis aus einer Ausschreibung oder freihändigen Vergabe. Ob der im Wettbewerb angebotene Preis auch dem Preis im Sinne von § 4 Abs. 1 entspricht oder der betriebssubjektive Marktpreis oder gar ein Selbstkostenpreis die zulässige Preisobergrenze bildet, wird unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren bestimmt.<sup>54</sup> Nach überwiegender Ansicht soll ein erfolgreich und ordnungsgemäß durchgeführtes **Vergabeverfahren** nicht

<sup>43</sup> So der Katalog von Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 64 ff., die sich sodann speziell dem sog. Listenpreis widmen (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 70 ff.).

<sup>44</sup> Georgi, Die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen im Einklang mit der VO PR 30/53, 2015, 27; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 69; Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, 208 f.; zum Nachweis Hoffjan/Mengis ZfBR 2017, 439 (443 ff.).

<sup>45</sup> VGH Kassel Urt. v. 29.8.2000 – 11 UE 537/98, BeckRS 2005, 23185.

<sup>46</sup> Georgi, Die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen im Einklang mit der VO PR 30/53, 2015, 27.

<sup>47</sup> Ähnlich Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 91, deren weitere Möglichkeiten des Nachweises durch „von Dritten ausgeführte Aufträge“ und durch „Aussagen sachkundiger Fachleute“ nicht überzeugen, da unklar ist, was Sach- und Fachkunde mit Preisbewusstsein zu tun hat, und das sie typischerweise interessengebunden sein dürfte.

<sup>48</sup> Zutr. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 92; s. Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, 212 f., zum Beispiel der Wasserwirtschaft.

<sup>49</sup> So BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (582).

<sup>50</sup> So HK-VergabeR/Berstermann Rn. 22.

<sup>51</sup> Zutr. HK-VergabeR/Berstermann Rn. 25.

<sup>52</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (580).

<sup>53</sup> HK-VergabeR/Berstermann Rn. 26.

<sup>54</sup> Hoffjan/Hövelborn/Strickmann ZögU 36 (2013), 3 (6 f.).

zwingend zu einem konstitutiven Marktpreis führen.<sup>55</sup> Vielmehr müsse der Anbieter „alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Preise“<sup>56</sup> bieten. Selbst die Existenz mehrerer Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens definiere nicht automatisch einen Marktpreis; es sei vielmehr in jedem Einzelfall vor dem Hintergrund der preisrechtlichen Kriterien der Marktgängigkeit und Verkehrsüblichkeit eine Prüfung vorzunehmen.<sup>57</sup> Deshalb können sogar im Falle eines tatsächlich funktionierenden Vergabewettbewerbs die Preisvorschriften eingreifen, wenn die Verkehrsüblichkeit nicht feststellbar ist.<sup>58</sup>

Da das Vergaberecht unabhängig davon, ob Kartell- oder Haushaltsvergaberecht eingreift, dh eine Ober- oder Unterschwellenvergabe stattfindet, Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit in die Beschaffung der öffentlichen Hand tragen will, spricht grundsätzlich viel dafür, die nach den hierfür jeweils geltenden Regeln getroffene Entscheidung auch im Öffentlichen Preisrecht zu akzeptieren. Die anderenfalls sich unter Umständen widersprechenden Entscheidungen forderten die **Einheit der Rechtsordnung** ebenso heraus wie die Akzeptanz des Wettbewerbsrechts durch seine Anwender.<sup>59</sup> Für den Rechtsunterworfenen höchst unbefriedigend ist die Situation, dass ein Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden sein kann, aber dennoch die Preisaufsicht das vereinbarte Entgelt als übersetzt rügt. Der Grund für Überschneidungen des einen Rechtsregimes, hier Preisrecht, mit einem anderen Regelungsbereich, dort Vergaberecht, resultiert daraus, dass keines von beiden die öffentliche Auftragsvergabe umfassend und abschließend ordnet.<sup>60</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzung und vor allem der unterschiedlichen Instrumente ist eine Vereinheitlichung der Anwendungsbereiche beider Gebiete zweckwidrig. Das bedeutet aber nicht, dass die Normkomplexe nicht so interpretiert werden können, dass sie widerspruchsfrei nebeneinanderbestehen, wenn auch ausdrückliche normative Bezugnahmen und Verweise fehlen.<sup>61</sup>

Hierfür kann ein – in Analogie zur aufgehobenen Baupreisverordnung – in § 4 geschaffener Wettbewerbspreis eine Brücke bilden.<sup>62</sup> Dazu muss aus beiden Perspektiven gewährleistet sein, dass das Preisrecht bestimmte Vergabeverfahren als so belastbar ansieht, dass das gefundene Ergebnis ohne weitere Prüfung akzeptiert werden kann, und das umgekehrt das Vergaberecht anerkennt, das Konstellationen bestehen, in denen der verfahrensmäßige Ansatz nicht ausreicht. Exemplarisch hierfür steht der Fall, dass zwar eine Ausschreibung und ein Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden sind, aber tatsächlich **kein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern** stattgefunden hat bzw. stattfinden konnte und deshalb auch kein Marktpreis ermittelt worden ist. So liegen die Dinge, wenn überhaupt nur ein „verwertbares“ Angebot abgegeben worden ist. Auch der Verzicht auf eine vergaberechtliche Nachprüfung heißt nicht notwendigerweise, dass im Verfahren alles mit rechten Dingen zugegangen ist. Schließlich eröffnet eine verfahrensmäßige Lösung immer Raum für taktische Überlegungen von Bietern, die auf die aktuelle Marktsituation, die eigene Geschäftslage, die potenziellen Wettbewerber oder auch den Beschaffungsdruck des Auftraggebers reagieren.

Soll also der sog. **Wettbewerbspreis** als preisrechtliche Größe im Marktpreisystem etabliert werden, und zwar als verkehrüblicher Preis in einem besonderen Markt, muss tatbestandlich sichergestellt sein, dass das zugrunde liegende Vergabeverfahren auch den absoluten Ansprüchen des Preisrechts jedenfalls im Prinzip genügt.<sup>63</sup> Insoweit bedarf es einer Konkretisierung<sup>64</sup> durch Merk-

<sup>55</sup> Georgi, Die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen bei öffentlichen Aufträgen im Einklang mit der VO PR 30/53, 2015, 27; Ebisch/Gotschalk/Hoffjan/Müller Rn. 84; Müller NZBau 2011, 720 (723 f.); VGH Kassel Urt. v. 29.8.2000 – 11 UE 537/98, BeckRS 2005, 23185; VGH München Urt. v. 6.11.2014 – 22 B 14.175, DÖV 2015, 448.

<sup>56</sup> Nr. 5b des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBIBMWi 1953, 515.

<sup>57</sup> Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, 211 ff.; Hertel, Preisbildung und das Preisprüferecht bei öffentlichen Aufträgen – Ausgewählte Themen, 2. Aufl. 1998, 23.

<sup>58</sup> Pointiert Hoffjan/Hövelborn/Strickmann ZögU 36 (2013), 3 (7); auch Berstermann/Petersen ZfBR 2007, 767 (770).

<sup>59</sup> S. zu den Folgen eines anderen Verhältnisses Hoffjan/Hövelborn/Strickmann ZögU 2013, 3 (6 f.).

<sup>60</sup> HK-VergabeR/Berstermann Einf. Rn. 24, der mit Recht darauf hinweist, dass das Vergaberecht über die Bestimmung des Preises, insbes. dessen zulässige Höhe, keine Aussage trifft.

<sup>61</sup> S. dazu die Bestandsaufnahme von HK-VergabeR/Berstermann Einf. Rn. 36 f.

<sup>62</sup> Michaelis/Rhösa/Pauka § 4 B V.1.

<sup>63</sup> Dazu Dörr/Hoffjan, Die Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, 2015, 119; auch Michaelis/Rhösa/Pauka § 4 B V.1.

<sup>64</sup> Vorschläge zu konkretisierenden Anforderungen wurden jüngst bereits im Rahmen eines Prüfungsstandards für preisrechtliche Marktpreise bei Mengis, Entwicklung eines Marktpreis-Prüfungsstandards für öffentliche Aufträge, 2020, 387 ff. zusammengetragen. Auf dem vergaberechtlichen Markt eingegangene Angebote taugen demzufolge – um hier nur die wichtigsten Beispiele zu nennen – in den folgenden Fällen nicht für die Herausbildung eines Wettbewerbspreises: fachlich-inhaltlich nicht zur Leistungsbeschreibung passende

male wie „ordnungsgemäß“, „zureichend“ oder „wettbewerblich“, verstanden im Sinne von: mindestens zwei konkurrierende (von unabhängigen Bietern stammende), nicht ausgeschlossene (von fachkundigen, leistungsfähigen, zuverlässigen Bietern stammende) und nicht offenkundig unangemessene (eklatantes Missverhältnis von Preis und Leistung) Angebote.

- 14b Wird darüber hinaus für die preisrechtliche **Akzeptanz** eines Wettbewerbspreises verlangt, dass nicht schon eine einzelne öffentliche Ausschreibung bzw. Vergabe im Sinne der vorgenannten besonderen Anforderungen genügt, werden die Voraussetzungen eines neuen vergabebezogenen Preistyps denen des Marktpreises derart angenähert, dass der Wettbewerbspreis gar keinen Mehrwert entfalten kann.<sup>65</sup> Wenn diese Einschränkung für Fälle gedacht sein sollte, in denen der öffentliche Auftraggeber aus tatsächlichen Gründen trotz überteuerter Angebote zum Vertragsschluss gezwungen ist, ist sie nicht notwendig. Denn hier erlaubt § 5 Abs. 1 Nr. 2 dem öffentlichen Auftraggeber ohnehin, ausnahmsweise einen Selbstkostenpreis zu vereinbaren.<sup>66</sup> Für die vergaberechtliche Zulässigkeit eines Selbstkostenpreises streitet zum einen die Unabhängigkeit der Rechtsregime, der zufolge preisrechtliche Pflichten nicht vom Vergaberecht verdrängt oder überlagert werden; zum anderen wird auch beim Selbstkostenpreis nichts ausgehandelt, sodass die Grundsätze des Vergaberechts nicht beeinträchtigt werden.<sup>67</sup> Im Ergebnis steht unter Umständen dann ein Wettbewerbspreis durch, der den (betriebssubjektiven) Marktpreis übersteigt. Dieser „Preis“ wäre aber für eine praktikable Erfassung von Vergabeverfahren und Ausschreibungen im Öffentlichen Preisrecht als angemessen hinzunehmen.

- 15 **d) Rechtsfolgen.** Der verkehrübliche Preis bildet die preisrechtliche **Höchstgrenze** (→ § 1 Rn. 26 f.), und zwar auch dann, wenn nach Preisvorschriften, die allgemein oder besonders die auftragsgegenständliche Leistung betreffen (§ 3), ein höherer Preis möglich wäre. Den öffentlichen Auftraggebern wird damit der Schutz einer wettbewerblichen Preisbildung zuteil, wenn sie verkehrübliche Preise für marktgängige Leistungen unterhalb staatlich reglementierter Preise hervorruft.<sup>68</sup>

- 16 Dass Marktpreise **Vorrang vor Selbstkostenpreisen** haben, besagt bereits § 1 Abs. 1, vorbehaltlich der Wahloption in § 5 Abs. 1 Nr. 2. Lässt sich kein Marktpreis nach Abs. 1 ermitteln, ist noch das Vorliegen eines abgeleiteten Marktpreises nach Abs. 2 zu prüfen, bevor die Stufen der Selbstkostenpreise erreicht werden. Würde (vergaberechtswidrig) kein besonderer Markt geschaffen, fehlt es an der Marktgängigkeit der gegenständlichen Leistung, wenn diese auch nicht auf dem allgemeinen Markt festgestellt werden kann. Damit ist der Anwendungsbereich des § 4 gar nicht eröffnet.

- 17 **2. Preise bei vergleichbaren Leistungen (Abs. 2). a) Vergleichbare Leistungen.** Durch Abs. 2 eröffnet der Ordnungsgeber die Möglichkeit, Marktpreise auch in den Fällen zu bilden, in denen die vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragte Leistung aufgrund ihrer Ausführung von einer marktgängigen Leistung mit verkehrüblichem Preis<sup>69</sup> abweicht. Sie ist somit selbst nicht marktgängig, sondern einer marktgängigen Leistung nur noch ähnlich. Die Regelung trägt den individuellen **Modifikationen von Leistungen** für öffentliche Auftraggeber Rechnung, die sich aus den divergierenden Anforderungen und Bedarfen unterschiedlicher öffentlicher Auftraggeber an die Leistungen stellen. So unterscheiden sich je nach Anwendungsbereich zB Formen, Maße oder Ausführungen von marktgängigen Leistungen. Zugunsten des in der Verordnung vorherrschenden Vorrangs marktwirtschaftlicher Preisbildung<sup>70</sup> wird durch Abs. 2 für diese Fallkonstellationen der Anwendungsbereich des Marktpreisvorrangs wesentlich erweitert<sup>71</sup> und so die Ermittlung der Preise über Selbstkostenpreise verhindert.<sup>72</sup>

- 18 Weil ein Marktpreis für den Auftragsgegenstand nicht nach Abs. 1 ermittelbar ist, erfolgt die Preisbildung nach Abs. 2, indem als erstes die Vergleichbarkeit der nachgefragten Leistung mit einer

---

Angebote; Angebote mit völlig verfehlten „Wucher-“, oder „Schleuderpreisen“; auf kollusiven Preisabsprachen (horizontal oder vertikal) basierende Angebote; von nicht real existenten Scheinfirmen stammende Scheinangebote; Angebote konzernverbundener Unternehmen, deren unabhängiges Zustandekommen in Ermangelung von „Chinesische Wäls“ nicht mit hinreichender Sicherheit nachweisbar ist; wettbewerbswidrige Mehrfachangebote von mehrfachbeteiligten Bieter(gemeinschaftsmitglieder)n; Angebote in Ausschreibungen, bei denen zwar mehrere Bieter auftreten, von denen jedoch einer Alleinhersteller ist und die anderen Bieter ihre Produkte von diesem Alleinhersteller beziehen uÄ.

<sup>65</sup> Das sieht Müller ZfBR 2018, 555 (560 f.).

<sup>66</sup> Müller ZfBR 2020, 479 (480).

<sup>67</sup> So Müller ZfBR 2020, 479 (481).

<sup>68</sup> Ebenso Ebisch/Gottschalk/Hoffan/Müller Rn. 99.

<sup>69</sup> Zur missverständlichen Formulierung des Wortlauts HK-VergabeR/Berstermann Rn. 31.

<sup>70</sup> Engel, Möglichkeiten und Grenzen der Organisation von Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen gemäß VO PR 30/53, 1983, 51.

<sup>71</sup> So auch in Nr. 6 des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBIBMWi 1953, 515.

<sup>72</sup> Michaelis/Rhösa/Greifenhagen § 4 C I.

marktgängigen Leistung, und zwar „unter gleichartigen Voraussetzungen“ und „im Wesentlichen“, festgestellt wird. Diese beiden Maßgaben sind einigermaßen unbestimmt und lassen allenfalls erkennen, dass eine **hypothetische Marktpreisbildung** vorgenommen werden soll. Die Bedingungen und Funktionsweisen des vorgestellten Marktes für die ausgeschriebene Leistung müssen dabei denen des realen Marktes für die vergleichbare Leistung gegenübergestellt werden.<sup>73</sup> Die Lage der öffentlichen Auftraggeber, die Situation der Anbieter, die Umstände der Aufträge in zeitlicher, räumlicher und gegenständlicher Hinsicht müssen mehr Übereinstimmungen als Unterschiede aufweisen, um einen Analogieschluss von der Beschaffung der einen auf die der anderen Leistung zu erlauben.<sup>74</sup> Als Referenzpreis kann nur der betriebssubjektive Marktpreis der vergleichbaren marktgängigen Leistung des die nicht marktgängige Leistung anbietenden Unternehmens, nicht eines anderen Bieters, herangezogen werden.<sup>75</sup>

Bei **technischen Leistungsunterschieden** wird es sich bei der Ausgangsbasis für die Bildung des abgeleiteten Marktpreises typischerweise um den Preis derjenigen marktgängigen Leistung handeln, die der geforderten Leistung technisch und marktmäßig am nächsten steht.<sup>76</sup> Nicht maßgebend sind subjektive Merkmale des Anbieters als preisbildende Faktoren.<sup>77</sup> „Ob Leistungen vergleichbar sind, ist in der Regel unter technischen Gesichtspunkten zu prüfen. Eine Vergleichbarkeit wird vorliegen, wenn öffentliche Auftraggeber Sonderausführungen sonst marktgängiger Erzeugnisse in Auftrag geben, sei es, dass eine üblicherweise am Markt nicht vorhandene Größe oder Zusammensetzung des betreffenden Erzeugnisses verlangt wird, sei es, dass mit Rücksicht auf die Eigenart des öffentlichen Bedarfs gewisse Abweichungen von den marktgängigen Leistungen in Bezug auf die Gestaltung gefordert werden. Das Erzeugnis muss jedoch mit der üblichen marktgängigen Leistung wenigstens noch in seinen wesentlichen Bestandteilen übereinstimmen.“<sup>78</sup>

Die Preise **besonderer Märkte** sind einer Vergleichsbetrachtung naturgemäß selten zugänglich, da deren Wesensmerkmal gerade ein besonderer Beschaffungsbedarf eines öffentlichen Auftraggebers ist. Begründet erst die Ausschreibung einen Markt, bedarf die Übertragung der dortigen Verhältnisse auf eine andere Leistung sorgfältiger Prüfung. Demgegenüber sind Leistungen, die auf **allgemeinen Märkten** angeboten werden, belastbarer, um daraus Preise auf hypothetischen Märkten abzuleiten.<sup>79</sup> Denn handelsübliche Waren und Dienstleistungen sind häufig aus Komponenten zusammengesetzt, die im Einzelfall zerlegt, kombiniert oder modifiziert werden können.

**b) Abschläge und Zuschläge.** Als zweites ist der verkehrsübliche Preis für die marktgängige Leistung nach den Vorgaben des Abs. 1 zu bestimmen. Drittens sind Zu- und Abschläge für Abweichungen der nachgefragten von der marktgängigen Leistung zu prüfen. Dazu müssen die **Abweichungen quantifizierbar** sein und quantifiziert werden. Das kann entweder der Markt selbst leisten, weil Mehr-, Minder- oder Andersleistungen ebenfalls verkehrsüblich bepreist sind,<sup>80</sup> oder der Preis der Abweichung kann ebenfalls aus einem Vergleichsmarkt abgeleitet werden.<sup>81</sup> Bei der Ermittlung der Zu- und Abschläge sind die LSP nicht als zwingende Preisvorschriften anwendbar: sie können jedoch als Anhaltspunkte bei der Lösung hilfsweise herangezogen werden.<sup>82</sup> Helfen diese Instrumente nicht weiter, bleibt nur eine kostenorientierte Ableitung der Mehr-, Minder- oder Andersleistung unter Berücksichtigung eines Gewinnzuschlags.<sup>83</sup> Die alternative Methode zur Ermittlung von Preisabweichungen nach dem Nutzungs- oder Gebrauchswert ist insbesondere bei technisch komplizierten Geräten schwierig und zudem mit großem subjektivem Beurteilungsspielraum behaftet.<sup>84</sup>

**c) Rechtsfolgen.** Der für die nachgefragte Leistung zulässige Preis bestimmt sich zunächst nach dem verkehrsüblichen Preis iSv Abs. 1 für die „vergleichbare Leistung“, der sodann durch

<sup>73</sup> Ähnlich Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 116.

<sup>74</sup> So sind bspw. im Inland bestehende Marktpreise regelmäßig nicht mit Exportpreisen vergleichbar. Bei zeitlichen oder örtlichen Unterschieden muss hingegen überdies genau geprüft werden, ob der Preis unter gleichartigen Voraussetzungen zustande gekommen ist.

<sup>75</sup> Müller ZfBR 2018, 555 (557).

<sup>76</sup> R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 54.

<sup>77</sup> BVerwG Urt. v. 13.4.2016 – 8 C 2/15, NZBau 2016, 577 (581).

<sup>78</sup> Nr. 6 des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBIBMWi 1953, 515.

<sup>79</sup> Auch Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 117 ff.

<sup>80</sup> So nach Vorgabe von Nr. 6a) 2. des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBIBMWi 1953, 515.

<sup>81</sup> So nach Vorgabe von Nr. 6a) 3. des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBIBMWi 1953, 515.

<sup>82</sup> Fickelscher in Gabriel/Krohn/Neun VergabeR–HdB § 21 Rn. 45.

<sup>83</sup> Dazu instruktiv Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller § 4 Rn. 122 ff.

<sup>84</sup> Dierkes/Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, 214.

Abschläge oder Zuschläge feinjustiert wird. Die **Höchstpreisgrenze** des § 1 Abs. 3 gebietet, dass Abschläge zwingend vorzunehmen sind, während Zuschläge vorgenommen werden können, jedoch nicht müssen.<sup>85</sup> Der so ermittelte Preis hat Höchstpreischarakter iSv Abs. 1 und genießt den Marktpreisvorrang aus § 1 Abs. 1, es sei denn, die Vertragspartner können die alternative Option des § 5 Abs. 1 Nr. 2 ziehen.

- 23 **3. Sonstige Vorteile (Abs. 3). a) Tatbestand.** Um Abs. 3 einen gegenüber Abs. 1 u. 2 selbstständigen Regelungsgehalt einzuräumen, müssen die benannten „Vorteile“ auf nicht unmittelbar preisrelevante, aber gleichwohl **werthaltige Auftragskonditionen** bezogen werden.<sup>86</sup> Aufgerufen sind nur Gestaltungen, die für den Auftraggeber vorteilhaft sind.<sup>87</sup> Die Formulierung des Abs. 3 („insbesondere“) lässt darauf schließen, dass die genannten Vorteile „Menge- und Wertrabatte, Skonti und besondere Lieferbedingungen“ den Charakter von Regelbeispielen haben, mithin nicht abschließend formuliert sind.<sup>88</sup>
- 24 Abs. 3 will verhindern, dass öffentliche Auftraggeber bei den Auftragskonditionen, die nicht den Preis bestimmen, anders bzw. schlechter behandelt werden als „nichtöffentliche Auftraggeber“.<sup>89</sup> „Räumt der Auftragnehmer dem öffentlichen Auftraggeber ungünstigere Bedingungen als dem privaten Auftraggeber ein, so muss er dem bei der Bemessung des Preises Rechnung tragen. Abs. 3 schließt zB nicht aus, mit einem öffentlichen Auftraggeber andere, insbesondere kürzere Zahlungsziele zu vereinbaren als mit einem privaten Auftraggeber, wenn die Zinsdifferenz im Preis berücksichtigt wird“.<sup>90</sup> Das bedeutet umgekehrt, dass öffentliche Auftraggeber keine besonderen Vorteile beanspruchen können, sondern ihnen nur diejenigen zustehen, die **in vergleichbaren Fällen marktüblich** sind.<sup>91</sup> Einmalige oder außergewöhnliche Begünstigungen sind nicht vom Regelungsgehalt erfasst.<sup>92</sup> Voraussetzung sind damit zum einen die „gleichen Verhältnisse“ wie bei nichtöffentlichen Auftraggebern. Für die nachgefragte Leistung muss ein Markt bestehen, auf dem sich öffentliche und nichtöffentliche Auftraggeber gleichermaßen bewegen. Zum anderen muss die wettbewerbliche Leistungserbringung typischerweise mit vorteilhaften, dh geldwerten Vertragsgestaltungen verbunden sein. Dabei genügt es, dass diese Konditionen in der Vergangenheit eingeräumt wurden und daher auch gegenwärtig „gewährt werden“ oder dass sie – hypothetisch – bei passendem Auftrag **zugestanden** worden wären und wieder „gewährt würden“.<sup>93</sup> Im letzteren Fall stellt jedoch die Beweisführung ein besonderes Hindernis dar.<sup>94</sup>
- 25 **b) Rechtsfolgen.** Den Auftragnehmer trifft aus Abs. 3 eine **Gleichbehandlungspflicht** in Bezug auf die Einräumung von Vorteilen im Sinne der Regelbeispiele. Wegen des Regelungsgegenstandes wird damit anders als in Abs. 1 u. 2 kein unmittelbar preisrechtliches Gebot aufgestellt, das die Höchstpreisgrenze des § 1 Abs. 3 ausfüllt und damit als **gesetzliches Verbot** gem. § 134 BGB sanktionsbewehrt ist. Dennoch muss für die von Abs. 3 adressierten Auftragskonditionen dieselbe Rechtsfolge gelten.<sup>95</sup> Dafür streiten der Wortlaut, der den Auftragnehmer unmissverständlich verpflichtet, die Systematik, da sich die Formulierungen der Rechtsfolge in den ersten drei Absätzen des § 4 nicht unterscheiden, und schließlich Sinn und Zweck, weil die Preisverordnung die Preisbildung in ihrem Anwendungsbereich zwingend reglementieren will. Da die Vorteile iSv Abs. 3 werthaltig sind, muss eine dagegen verstößende Angebots- oder Vertragsgestaltung unwirksam sein und durch eine preisrechtskonforme Regelung ersetzt werden.

<sup>85</sup> So auch Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 134.

<sup>86</sup> S. auch Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 136 ff.

<sup>87</sup> AA Michaelis/Rhösa/Greifenhagen § 4 D V, die sich für eine entsprechende Anwendung der Regelung auf die Fälle des Vorliegens von Nachteilen für den Auftraggeber aussprechen.

<sup>88</sup> R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 60, nennt beispielhaft diverse weitere Vorteile, die in den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 fallen; weitere dezidierte Beispiele auch bei Michaelis/Rhösa/Greifenhagen § 4 D II.

<sup>89</sup> So auch Michaelis/Rhösa/Greifenhagen § 4 D I.

<sup>90</sup> Nr. 7 des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBIBMWi 1953, 515.

<sup>91</sup> HK-VergabeR/Berstermann Rn. 39; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 141; R. Müller, Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 3. Aufl. 1993, 60 stuft die Forderung spezieller Rabatte oder Skonti nur mit der Begründung, der Auftraggeber sei eine Behörde, zu recht für unzulässig ein, vgl. dazu auch Nr. 7 des Ersten Runderlasses betr. Durchführung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, v. 22.12.1953, MinBIBMWi 1953, 515.

<sup>92</sup> HK-VergabeR/Berstermann Rn. 39.

<sup>93</sup> Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 149 f.

<sup>94</sup> HK-VergabeR/Berstermann Rn. 41 schlägt zur Behebung der Beweisschwierigkeiten die Entwicklung festgelegter Rabattstufen vor, mit denen sich im Prozess darlegen ließe, dass eine bestimmte Begünstigung vorgesehen ist und üblicherweise gewährt wird.

<sup>95</sup> So iErg auch Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller Rn. 153.