

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Kleiner Exkurs: über das öffentliche Preisrecht

Die IT-Recht Kanzlei musste sich nun das erste Mal nach langer Zeit wieder mit dem öffentlichen Preisrecht beschäftigen. Grund genug das Preisrecht mal kurz in dem nachfolgenden Beitrag zu präsentieren.

Worum geht es?

Eine Vielzahl der Aufträge der öffentlichen Hand unterliegen besonderen preisrechtlichen Vorschriften, die grundsätzlich auch für Unterauftragnehmer gelten.

Preisprüfungsbehörden überwachen die Einhaltung der Vorschriften über das öffentliche Preisrecht der VO PR 30/ 53 zuletzt geändert durch die Verordnung PR Nr. 1/89 vom 13. Juni 1989 und den LSP (Leitsätzen für die Preisermittlung). Für den Auftragnehmer besteht bei festgestellten Preisverstößen das Risiko von nachträglichen Mehrerlösabführungen. Urteile zeigen, dass Verstöße erhebliche negative Auswirkungen auf die Auftraggeber haben können, z.B. im Hinblick auf Gebührenfestsetzungen.

Die Preisprüfungen spielten in den 70 Jahren eine große Rolle. Sie waren sehr personalaufwändig, kompliziert und führten selten zu wirklichen Ergebnissen. Seit der Privatisierung der Eigen- und Regiebetriebe im Kommunalbereich hat das Preisrecht weiter an Bedeutung gewonnen. Leider wird es in fast allen Vergaberechtskommentaren nur dergestalt gestreift, dass es oberflächlich erwähnt wird. Will man sich mit dem öffentlichen Preisrecht beschäftigen, muss man sich daher mit Kommentaren wie „Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen“ von Herrn Hellmuth Ebisch und Herrn Gottschalk, „Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen“ von Herrn Dr. Greiffenhagen oder direkt mit den einschlägigen, oben erwähnten Vorschriften beschäftigen.

Für alle, die nur mal kurz in das Preisrecht hineinschnuppern wollen, sind aber die folgenden Ausführungen gedacht: Das öffentliche Preisrecht knüpft allein an die Rechtsnatur des Auftraggebers an. Ist dieser eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, sind die Vorschriften des öffentlichen Preisrechts (Verordnung PR Nr. 30/53) einschlägig. Die LSP gelten aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Öffentlichen Recht kraft Gesetzes, sprich automatisch. Weiterhin können die Vertragsparteien gemäß Nr.1 Abs.1 b) die Geltung der LSP auch für den Fall eines nichtöffentlichen Auftrages vereinbaren. Ferner besagt § 2 Abs. 4 VO PR, dass die Bestimmungen dieser Verordnung auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers bei mittelbaren Leistungen zu öffentlichen Aufträgen (Unteraufträge) auch Anwendung finden, soweit der mittelbare Auftragnehmer von diesem Verlangen vor oder bei Abschluss seines Vertrages Kenntnis erhalten hat oder nach Abschluss des Vertrages zustimmt.

Gemäß § 1 VO PR 30/53 ist Marktpreisen im Sinne des § 4 VO PR 30/53 der Vorzug zu geben. Kommt dieser Vorrang nicht zum Tragen, hat die Kalkulation und Preisbildung des Anbieters nach den Grundsätzen der VO PR 30/53 (siehe oben) und ferner nach den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten der LSP zu erfolgen (siehe oben). Die Kalkulation auf Basis der LSP ist rechtlich zwingend. Davon abweichende, nicht mit dem öffentlichen Preisrecht in Einklang zu

bringende, höhere Entgeltvereinbarungen werden kraft Gesetzes auf den höchstzulässigen Preis zurückgeführt. Entgeltvereinbarungen, die zu einem niedrigeren Preis führen, sind dagegen preisrechtlich unproblematisch.

Wenn der Bieter in einer öffentlichen Ausschreibung anbietet, wird der Preis, den er nennt und der sich in der Ausschreibung als wirtschaftlichster herausstellt, als Marktpreis angesehen. Eine Preisprüfung kann dann zwar erfolgen, jedoch nicht hinsichtlich der Selbstkosten. Erfolgt der Zuschlag aber im Wege der freien Vergabe und unterwirft sich der Bieter dem Preisrecht, dann unterliegt der von ihm genannte Selbstkostenpreis der Überprüfung. Dabei ist zu beachten, dass im öffentlichen Preisrecht ein Selbstkostenpreisbegriff verwendet wird, der von dem sonst in der Betriebswirtschaftslehre üblichen dadurch abweicht, dass der Gewinn Bestandteil des Selbstkostenpreises ist. So schreiben die LSP Nr. 10 folgendes Kalkulationsschema als Mindestgliederung vor:

Fertigungsstoffkosten

+ Fertigungskosten

+ Entwicklungs- und Entwurfskosten

+ Verwaltungskosten

+ Vertriebskosten

= Selbstkosten

+ kalkulatorischer Gewinn

= Selbstkostenpreis

Wenn der Vorrang von Marktpreisen nicht zum Tragen kommt und deshalb die Kalkulation und Preisbildung des Bieters aufgrund von Selbstkosten zu erfolgen hat, ist bei dem Selbstkostenpreis zwischen

- Selbstkostenfestpreis,
- Selbstkostenrichtpreis und >li> Selbstkostenerstattungspreis

zu unterscheiden.

Dazu im Einzelnen:

Selbstkostenfestpreis

Nach § 6 Abs. 1 VO PR 30/53 sind Selbstkostenpreise möglichst als Selbstkostenfestpreise zu vereinbaren. Es besteht demnach ein gesetzlich festgeschriebener Vorrang des Selbstkostenfestpreises gegenüber den anderen Selbstkostenpreisen. Der Selbstkostenfestpreis beruht auf einer Vorkalkulation, d.h. die Grundkostenelemente des Preises müssen sich vor Erbringung der Entsorgungsleistung durch die Gesellschaft hinreichend übersehen lassen. Sind die Kalkulationsgrundlagen nicht zu übersehen, so ist der Selbstkostenfestpreis nicht der zulässige Preistyp, sondern der Selbstkostenrichtpreis bzw. -erstattungspreis. Waren die Kalkulationsgrundlagen jedoch übersehbar und wurde es trotzdem versäumt, den Selbstkostenfestpreis rechtzeitig festzulegen,

so ist dieser Preistyp dennoch zu verwirklichen, indem nachträglich der Preis aus vorkalkulatorischer Sicht ermittelt wird.

Selbstkostenrichtpreis

Sind die Grundlagen für eine Vorkalkulation zu unsicher und ist den Vertragsparteien eine Entgeltregelung aufgrund einer Vorkalkulation nicht zumutbar, so ist nach § 6 Abs. 3 VO PR 30/53 in erster Linie ein Selbstkostenrichtpreis zu vereinbaren. Auch der Selbstkostenrichtpreis ist nach Nr. 6 Buchst. a LSP durch Vorkalkulation zu ermitteln. Die Vorkalkulation führt jedoch nur zu einem vorläufigen Selbstkostenpreis, denn sie beruht auf Grundlagen, die lediglich eine annähernde Vorstellung über den endgültigen Preis vermitteln können. Abhängig davon, ob und inwieweit die Kalkulationsgrundlagen überschaubar werden, wird der Selbstkostenrichtpreis in einen Selbstkostenfestpreis umgewandelt oder als Selbstkostenerstattungspreis abgerechnet. Sobald und soweit wie möglich ist eine Umwandlung in einen Selbstkostenfestpreis vorzunehmen. Die Umwandlung vollzieht sich dann teils auf nachkalkulatorischer, teils auf vorkalkulatorischer Basis. Erfolgt eine Umwandlung in einen Selbstkostenerstattungspreis, so wird der endgültige Preis nachkalkulatorisch ermittelt.

Selbstkostenerstattungspreis

Selbstkostenerstattungspreise werden aufgrund der tatsächlich angefallenen Selbstkosten gemäß einer Nachkalkulation ermittelt. Sie dürfen nur vereinbart werden, wenn keine andere Preisermittlung möglich ist. Bei diesem Preistyp werden dem Auftragnehmer die bei der Leistungserstellung entstandenen Kosten vom Auftraggeber erstattet, wobei die Höhe der erstattungsfähigen Kosten ganz oder teilweise durch Vereinbarung begrenzt werden kann. Darüber hinaus können für einzelne Kalkulationsbereiche (z. B. Verwaltungs- und Vertriebskosten) feste Sätze vereinbart werden, die aufgrund von Vorkalkulationen zu ermitteln sind. Damit entsteht eine Mischform, bei der für einen Teilbereich ein Festsatz, der Selbstkostenfestpreis, im übrigen aber der Selbstkostenerstattungspreis gilt.

Fazit: Aus Sicht des Auftragnehmers ist der Selbstkostenfestpreis der günstigste Preis. Er macht in diesem Fall sein Angebot auf der Grundlage einer Kurzkalkulation. Wenn seine Kalkulation als stimmig akzeptiert wird, erfolgt keine spätere Preisprüfung mehr.

Die wesentlichen Bestandteile der nach den LSP zu ermittelnden Selbstkosten sind:

Löhne, Gehälter und andere Personalkosten

Gemäß Nr. 23 LSP dürfen Löhne, Gehälter und andere Personalkosten nach Art und Umfang nur insoweit berücksichtigt werden, als sie den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entsprechen. Es sind die tariflichen oder, soweit sie angemessen sind, die mit den Arbeitnehmern vereinbarten Löhne und Gehälter einzusetzen (Nr. 24 Abs. 1 LSP).

Instandhaltung und Instandsetzung

Aufwendungen für laufende Instandhaltung und Instandsetzung von Betriebsbauten, Betriebseinrichtungen, Maschinen, Vorrichtungen, Werkzeuge und dergleichen sind Kosten (vgl. Nr. 26 Abs. 1 LSP). Zu den laufenden Instandhaltungsarbeiten zählen vor allem die üblichen Wartungs- und Pflegearbeiten an den Anlagen und Maschinen.

Kalkulatorische Abschreibung

Gemäß Nr. 37 LSP können Anlageabschreibungen als Kosten der Wertminderung betriebsnotwendiger Anlagegüter sowohl je Zeiteinheit als auch je Leistungseinheit ermittelt werden. Der Abschreibungsbetrag ergibt sich durch Teilung der Anschaffungs- und Herstellungskosten durch die Gesamtnutzung (vgl. Nr. 38 Abs. 1 LSP). Nach Nr. 39 Abs. 1 LSP ist für den Umfang der Gesamtnutzung die erfahrungsgemäße Lebensdauer der Anlagen maßgebend. Abschreibungen dürfen nur für betriebsnotwendige, dem Betriebszweck dienende Anlagegüter in Ansatz gebracht werden.

Kalkulatorische Verzinsung

Nach den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen gehören zu den ansatzfähigen Kosten neben den kalkulatorischen Abschreibungen auch kalkulatorische Zinsen für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Kapitals, die in der Kalkulation gesondert auszuweisen sind. Für die Inanspruchnahme von Fremdkapital effektiv entstandene Zinsaufwendungen müssen bei der Preisermittlung außer Ansatz bleiben (vgl. Nr. 43 Abs. 3 LSP). Gemäß Nr. 45 LSP ist das Anlagevermögen mit dem kalkulatorischen Restwert nach Maßgabe der Vorschriften für die Abschreibungen zu Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen. Das betriebsnotwendige Vermögen und das Abzugskapital sind mit den im Abrechnungszeitabschnitt durchschnittlich gebundenen Mengen anzusetzen (vgl. Nr. 46 LSP). Nach VO PR 4/72 (BAnz. 1972, Nr. 78 S. 1) beträgt der Höchstsatz für die kalkulatorischen Zinsen 6,5 % jährlich.

Steuern

Nr. 30 LSP unterscheidet zwischen kalkulierbaren und nicht kalkulierbaren Steuern. Als kalkulierbare Steuern, d.h. Kosten im Sinne der LSP, werden beispielhaft die Gewerbesteuer, die Grundsteuer und Kraftfahrzeugsteuer und die Steuer für den Selbstverbrauch genannt. Ebenfalls kalkulierbar, jedoch als Sonderkosten auszuweisen sind die Umsatzsteuer und besondere, auf dem Erzeugnis lastende Verbrauchsteuern. Nicht kalkulierbare Steuern sind zum Beispiel die Einkommensteuer, die Körperschaftsteuer, die Kirchensteuer, die Erbschafts- und Schenkungsteuer. Diese Steuern muss der Auftragnehmer, da sie keine Kosten im Sinne der LSP sind, aus dem Gesamtergebnis decken. Soweit es sich um Steuern handelt, die in Nr. 30 nicht ausdrücklich genannt sind, muss geprüft werden, in welche der beiden Gruppen sie ihrem Charakter nach einzuordnen sind.

Allgemeines Unternehmerwagnis (Gewinn)

Gemäß Nr. 51 LSP werden mit dem kalkulatorischen Gewinn das allgemeine Unternehmerwagnis und ein Leistungsgewinn bei Vorliegen einer besonderen unternehmerischen Leistung in wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Hinsicht abgegolten. Ein Leistungsgewinn darf nur angesetzt werden, wenn er zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart wurde (vgl. Nr. 52 Abs. 2 LSP)! Nach Nr. 52 Abs. 1 LSP kann das Entgelt für das allgemeine Unternehmerwagnis in einem Hundertsatz vom betriebsnotwendigen Vermögen oder in einem Hundertsatz vom Umsatz oder in einer Summe von zwei solchen Hundertsätzen oder einem festen Betrag bemessen werden. Der Bundesminister für Wirtschaft kann hierfür Richt- oder Höchstsätze festlegen, hat jedoch von dieser Ermächtigung bislang keinen Gebrauch gemacht.

Selbstkostenpreise werden in der Regel auf Antrag des Auftraggebers von einer Preisbehörde (z.B. Preisüberwachungsstelle – PÜ – des betreffenden Landes) überprüft; der Auftragnehmer muss dazu alle Unterlagen vorlegen, die zu dem Preis führen, der für die Leistung vereinbart/berechnet wurde. Diese Preisprüfung kann oft erst Jahre nach Leistungserbringung erfolgen. Sie führt zur Ermittlung der preisrechtlich zulässigen Obergrenze, über welche sich die Vertragsparteien zu einigen haben. Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen der Preisverordnung können strafrechtlich geahndet werden.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin