



12.04.2019

Wichtige neue Entscheidung

Preisprüfungsrecht: Marktgängigkeit und Marktpreis im Sinn von § 4 VO PR Nr. 30/53

§ 4 Abs. 1 und 2, § 9 VO PR Nr. 30/53

Kontroll- und sonstige Unterstützungsleistungen eines Privatunternehmens für das Führungsinformationssystem des Heeres

Vergabe diesbezüglicher Folgeaufträge ohne wettbewerbliches Auswahlverfahren an den bisherigen Auftragnehmer (bzw. eine seiner Tochtergesellschaften)

Abgrenzung des relevanten Marktes auch im Anwendungsbereich der Verordnung PR Nr. 30/53 anhand des Bedarfsmarktkonzepts

Kriterien für die Feststellbarkeit eines „abgeleiteten Marktpreises“ im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 26.02.2019, Az. 22 B 16.1447

Orientierungssätze der LAB:

1. Zur Bestimmung des relevanten Marktes im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 kann nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs auf das „Bedarfsmarktkonzept“ zurückgegriffen werden, nach dem all diejenigen Produkte oder Dienstleistungen ein und demselben Markt zuzurechnen sind, die der Verbraucher nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs als geeignet

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA_Bayern) eingestellt.

www.landesanwaltschaft.bayern.de

und miteinander austauschbar ansieht.

2. Zu den Kriterien für die Feststellbarkeit eines „abgeleiteten Marktpreises“ im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53

Hinweise:

Nach der Entscheidung und Zurückverweisung durch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) im Revisionsverfahren hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) in dieser Streitsache nunmehr erneut entschieden.

Die Bejahung eines Marktpreises im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 20/53 setzt neben der Marktgängigkeit der Leistung die Feststellbarkeit des verkehrsüblichen Preises voraus. In seiner ersten Entscheidung vom 06.11.2014 (Az. 22 B 14.175, juris, ebenfalls als „Wichtige neue Entscheidung“ veröffentlicht) hat der BayVGH bereits den „betriebssubjektiven Marktpreis“ außerhalb vollkommener Märkte anerkannt, kam jedoch zu dem Schluss, dass sich die Verkehrsüblichkeit der von der Klägerin angesetzten Stundensätze nicht feststellen lässt, da die Klägerin den Nachweis nicht geführt hat, dass sie diese Stundensätze auch im Rahmen von Verträgen durchzusetzen vermochte, die sie unter den Bedingungen eines funktionierenden (wenngleich unvollkommenen) Wettbewerbs mit anderen Auftraggebern geschlossen hat.

Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 13.04.2016 (Az. 8 C 2/15, juris) bestätigt, dass bei unvollkommenen Märkten, auf denen für die gleiche Leistung verschiedene Preise gezahlt werden, als preisrechtlich höchstzulässiger „verkehrsüblicher Preis“ einer marktgängigen Leistung der „betriebssubjektive Marktpreis“ anzusehen ist, den derselbe Anbieter für gleiche marktgängige Leistungen wiederholt bei tatsächlich funktionierendem Wettbewerb auf dem Markt durchsetzen konnte. Allerdings hat das BVerwG weitergehend als der BayVGH angenommen, dass dafür bei einem Nachfragemonopol der öffentlichen Hand auch die wettbewerbliche Durchsetzung des Preises gegenüber dem (einzigen) öffentlichen Auftraggeber genügt. Dabei kommen aber nur solche Aufträge in Betracht, die in ausreichender, nach dem einschlägigen Markt zu bestimmender zeitlicher Nähe zu der zu prüfenden Preisvereinbarung liegen, gleiche oder gleichartige Leistungen zum Gegenstand haben und mit dem zu prüfenden Auftrag nicht in einem sachlichen Zusammenhang stehen, der

gegen eine eigenständige wettbewerbliche, vom anderen Auftrag unabhängige Preisvereinbarung spricht. Zu der vom BayVGH offen gelassenen Marktgängigkeit der Leistung hat das BVerwG ausgeführt, dass, sofern kein besonderer Markt durch Ausschreibung geschaffen wurde, Leistungen im preisrechtlichen Sinn „marktgängig“ sind, wenn sie auf einem bestimmten (allgemeinen) Markt bei tatsächlich wettbewerblicher Preisbildung wiederholt umgesetzt werden.

Der BayVGH kommt nunmehr auch nach erneuter Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Preisprüfungsbehörde zu Recht auf den Selbstkostenpreis abgestellt hat, da weder Marktpreise im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 vorlagen, noch sich ein „abgeleiteter Marktpreis“ im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 ermitteln lässt.

Vilgertshofer
Oberlandesanwältin

22 B 16.1447
M 16 K 11.3887

Großes Staats-
wappen

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

*** ***** & ** . ** ,

***** * , ***** ,

***** .

*** **** ,

***** ***** * ,

***** * , ***** ,

- ***** -

***** .

***** ***** , ***** , **** ,

***** * , ***** ,

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

preisaufsichtlicher Prüfungsmaßnahmen;

hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts
München vom 19. Juni 2012,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Peitek,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Demling,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Ertl

ohne weitere mündliche Verhandlung am **26. Februar 2019**
folgendes

Urteil:

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens sowie des Revisionsverfahrens 8 C 2.15 zu tragen.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor Vollstreckungsbeginn Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin wurde am 1. Oktober 2003 durch Ausgliederung aus der G*****
***** AG (G** AG) gegründet, die ihrerseits im Laufe des Jahres
2001 im Wege formwechselnder Umwandlung aus der G** *****
***** mbH (G** mbH) hervorgegangen war. Sie wendet sich im
vorliegenden Rechtsstreit gegen die ihr auferlegte Verpflichtung, an einer Preisprüfung im Sinn von § 9 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BANz 1953 Nr. 244), zuletzt geändert durch Art. 70 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl I S. 1864), mitzuwirken.
- 2 1. Die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das damalige Bundesamt für Informationsmanagement und Informationstechnik der Bundeswehr (nachfolgend „IT-AmtBw“), schloss mit der G** AG – soweit vorliegend verfahrensgegenständlich – die folgenden Verträge:

3

lfd. Nr.	Vertragsdatum ----- Zeitpunkte von Änderungsverträgen	Gegenstand der Leistung der Auf- tragneherin	vertraglich festgelegter Beginn des Ausführungs- zeitraums	Aktenzeichen des Prüfvor- gangs der Regierung von Oberbayern
1	12.11.2003 ----- 16.12.2004 ----- 14./15.07.2005 ----- 19./23.05.2006	Systemtechnische Begleitung für die Entwicklungs- und Fertigungsmaßnahmen FüInfoSys Heer, 1. Los	15.12.2003 ----- 15.11.2004 ----- 01.07.2005 ----- 01.04.2006	330-3153-11/04
2	28.05./03.06.2004 ----- 24./28.11.2005 ----- 13./16.11.2006	Externe Validierung und Verifikation für Beschaffungen und Integration der Führungskomponente FENNEK	01.05.2004 ----- 01.10.2005/01.12.2005 ----- 01.10.2005/01.12.2005	330-3153-240/04
3	14./15.12.2004 ----- 22./27.09.2005 ----- 29.06./04.07.2006 ----- 18.09./21.09.2007	Systemtechnische Begleitung der Entwicklungsmaßnahmen „FüWES HERGIS“	01.12.2004 ----- 01.12.2004 ----- 01.12.2004 ----- 01.12.2004	330-3153-7/05

4 In diese Verträge, in denen jeweils mit einer betragsmäßigen Obergrenze (§ 7 Abs. 1 Satz 2 VO PR Nr. 30/53) versehene Selbstkostenerstattungspreise im Sinn von § 7 VO PR Nr. 30/53 vereinbart wurden, ist die Klägerin, die den dritten Änderungsvertrag zum Vertrag zum 12. November 2003 sowie den ersten und zweiten Änderungsvertrag zum Vertrag vom 14./15. Dezember 2004 im eigenen Namen abgeschlossen hat, ab dem 1. Oktober 2004 eingetreten.

5 2. Mit der Klägerin selbst schloss das IT-AmtBw die folgenden verfahrensgegenständlichen Verträge:

6

lfd. Nr.	Vertragsdatum ----- Zeitpunkte von Änderungsverträgen	Gegenstand der Leistung der Klägerin	vertraglich festgelegter Beginn des Ausführungs- zeitraums	Aktenzeichen des Prüfvor- gangs der Regierung von Oberbayern
4	18./22.08.2006 ----- 14./16.11.2007 ----- 07./13.01.2009	Systemtechnische Begleitung der Fertigungs- und Beschaffungsmaßnahmen zum Integrierten Führungs- und Informationssystem für Kampffahrzeuge (IFIS)	01.07.2006 ----- 25.11.2006 ----- 13.01.2009	22-3153-350-06
5	19./21.12.2006 ----- 11./15.09.2009 ----- 01./04.12.2009	Systemtechnische Begleitung für die Weiterentwicklungs- und Beschaffungsmaßnahmen FüInfoSys Heer, 1. Los und FAUST E1	01.01.2007 ----- 01.08.2009	22-3153-20-07

7 Auch in diesen Verträgen wurden jeweils betragsmäßig begrenzte Selbstkostenerstattungspreise vereinbart.

8 3. Aufgrund eines mit der Klägerin geschlossenen Rahmenvertrages (Aktenzeichen des IT-AmtesBw: Q/IB2P/R7312) erteilte ihr das IT-AmtBw folgende Einzelaufträge:

9

lfd. Nr.	Datum des Einzelauftrags	Gegenstand der Leistung der Klägerin	Ausführungszeitraum	Aktenzeichen des Prüfvorgangs der Regierung von Oberbayern
6	12.09.2008	Technisch-logistische Betreuungsleistungen für das Vorhaben FENNEK in 2008/2009	01.11.2008 bis 30.10.2009	22-3153-316-08
7	21.11.2008	Technisch-logistische Betreuungsleistungen für das Führungs- und Waffeneinsatzsystem der Heeresfliegertruppe (FüWES HERGIS)	bis 31.10.2009	22-3153-14-09

10 Die Vergabe dieser Einzelaufträge erfolgte ebenfalls auf der Grundlage von betragsmäßig nach oben hin begrenzten Selbstkostenerstattungspreisen.

11 4. Jeweils nach dem Abschluss der in den vorstehenden Tabellen aufgeführten (Änderungs-)Verträge bzw. nach der Erteilung der beiden vorgenannten Einzelaufträge bat das IT-AmtBw die Regierung von Oberbayern, bei der G** AG bzw. bei der Klägerin eine Preisprüfung durchzuführen.

12 5. Zwischen dem 15. Mai 2009 und dem 9. November 2009 gingen der Regierung von Oberbayern außerdem vier Schreiben des Regierungspräsidiums Tübingen zu, in denen sie gebeten wurde, Leistungen preisrechtlich zu prüfen, die die Klägerin als Unterauftragnehmerin für die E*** ***** GmbH erbracht hatte. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Vorgänge:

13

lfd. Nr.	Gegenstand des der E*** ***** GmbH erteilten Hauptauftrags	Gegenstand der Leistungen der Klägerin nach den Unteraufträgen	Ausführungszeitraum durch die Klägerin	Aktenzeichen des Prüfvorgangs der Regierung von Oberbayern
8	Technisch-logistische Betreuung für das Vorhaben FüInfoSys Heer in 2007	Zuarbeit zum Ausbildungskonzept; Zuarbeit zum Einsatzhandbuch FüInfoSys Heer; Unterstützung Lizenzmanagement	30.05.2007 bis 30.11.2007	22-3153-260-09
9	Technisch-logistische Betreuung für das Vorhaben FüInfoSys Heer/FAUST in 2006	Zuarbeit bei der Fortschreibung und Anpassung des Einsatz- und Betriebskonzepts	01.08.2006 bis 31.01.2007	22-3153-337-09
10	Technisch-logistische Betreuung für das Vorhaben FüInfoSys Heer in 2008	siehe Bl. 18, 22, 24, 38, 51, 53, 55, 68 und 70 des Prüfvorgangs 22-3153-507-09 der Regierung	01.03.2008 bis 01.09.2008	22-3153-507-09
11	Leistungen zur Softwarepflege und -änderung im Vorhaben FüInfoSys Heer/FAUST	Lizenzmanagementsystem für das FüInfoSys Heer	bis 30.10.2008	22-3153-9-10

14 Alle zwischen der E*** ***** GmbH und der Klägerin geschlossenen Verträge enthalten folgende Klausel:

15 „Bei diesem Auftrag handelt es sich um einen Unterauftrag im Rahmen eines dem Auftraggeber erteilten öffentlichen Auftrages, bei dem die VO PR 30/53 Anwendung findet.

16 Abgestimmt mit dem öffentlichen Auftraggeber ist ein Selbstkostenerstattungspreis nach § 7 VO PR 30/53.

17 Auf eine mögliche Überprüfung Ihrer Preise durch die zuständige Preisüberwachungsstelle im Rahmen ihrer hoheitlichen Prüfungsbefugnisse nach § 9

VO PR 30/53 wird hingewiesen.“

- 18 6. Durch Bescheid vom 1. August 2011 verpflichtete die Regierung von Oberbayern die Klägerin unter Androhung von Zwangsgeldern, ihr in den elf vorbezeichneten Preisprüfungsverfahren im Rahmen einer Grundsatzprüfung sowie von Einzelauftragsprüfungen Einsicht in die für die Beurteilung der Zulässigkeit der jeweiligen Preise auf Selbstkostenbasis – insbesondere im Hinblick auf die diesbezüglichen Gemeinkosten und Stundensätze – geeigneten Unterlagen zu gewähren und es ihr zu gestatten, Abschriften dieser Unterlagen oder Auszüge hiervon zu fertigen. Außerdem wurde der Klägerin aufgegeben, zu den vorbezeichneten Zwecken Zutritt zu ihren Geschäftsräumen in O***** zu gewähren.
- 19 Zur Begründung führte die Regierung u. a. aus, eine in den Jahren 2008 und 2009 in den Geschäftsräumen der Klägerin vorgenommene Prüfung sowie in den gleichen Jahren durchgeführte Besprechungen mit Vertretern der Klägerin hätten ergeben, dass in dem für die Prüfung maßgeblichen Zeitraum der Geschäftsjahre 2005 bis 2008 keine Marktpreise im Sinn von § 4 Abs. 1 oder 2 VO PR Nr. 30/53 mehr vorlägen. Es sei deshalb eine Prüfung der Preise auf Selbstkostenbasis erforderlich und zulässig.
- 20 7. Die gegen den Bescheid vom 1. August 2011 erhobene Anfechtungsklage wies das Verwaltungsgericht München durch Urteil vom 19. Juni 2012 (M 16 K 11.3887 – juris) als unbegründet ab. Es sei nicht zu beanstanden, dass der angefochtene Bescheid eine Preisprüfung auf Selbstkostenbasis angeordnet habe. Hätten Auftraggeber und Auftragnehmer – wie hier – einen bestimmten Preistyp ausdrücklich vereinbart und sehe die Preisüberwachungsbehörde ihn als objektiv zulässig an, verstoße der Auftragnehmer gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, wenn er Einwendungen gegen eine Preisprüfung auf der Grundlage des vereinbarten Preistyps erhebe. Bei den von der Klägerin geforderten Stundensätzen handele es sich aber auch objektiv nicht um Marktpreise, da für die inmitten stehenden Leistungen kein allgemeiner Markt bestehe und die Auftraggeberin keinen besonderen Markt geschaffen habe. Der Bejahung einer mit marktgängigen Leistungen im Wesentlichen vergleichbaren Leistung im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 stehe entgegen, dass die von der Bundeswehr nachgefragten Dienstleistungen nicht zum allgemeinen Bedarf der öffentlichen Hand gehören würden, die der öffentliche Auftraggeber lediglich mit gewissen Änderungen benötige.
- 21 8. Die von ihm gegen diese Entscheidung zugelassene Berufung der Klägerin wies der Bayerische Verwaltungsgerichtshof durch Urteil vom 6. November 2014 (22 B

14.175 – juris) zurück. Die von der Klägerin angesetzte Stundensatzhöhe könne nur als Selbstkostenpreis im Sinn von § 5 VO PR Nr. 30/53 eingestuft werden, da die Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Abs. 1, 2 und 4 VO PR Nr. 30/53 entweder nicht erfüllt seien oder sie sich nicht im Sinn von § 5 Abs. 1 Nr. 1 VO PR Nr. 30/53 feststellen ließen.

- 22 Es könne dahinstehen, ob die Leistungen der Klägerin, die Gegenstand der elf verfahrensgegenständlichen Prüfersuchen seien, als marktgängig eingestuft werden könnten. Einer rechtlichen Qualifikation der von ihr angesetzten Stundensatzhöhe als Marktpreis stehe jedenfalls entgegen, dass sich entgegen § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 ihre Verkehrsüblichkeit nicht feststellen lasse.
- 23 Auch aus § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 lasse sich der Marktpreischarakter der den verfahrensgegenständlichen Verträgen zugrunde gelegten Stundensätze nicht herleiten. Jedenfalls in den Fällen, in denen – wie hier – in der Person des Anbieters liegende Faktoren (z.B. sein Ruf, seine Nähe zum Ort der Leistungserbringung, seine auftragsspezifischen Erfahrungen etc.) als preisbildende Momente in Betracht kämen, seien dem nach § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 durchzuführenden Vergleich ausschließlich Leistungen zugrunde zu legen, die dieses Unternehmen erbracht habe. Den Tätigkeiten, die die Klägerin für andere Auftraggeber als die Bundeswehr bzw. die E*** ***** GmbH wahrgenommen habe, fehle die erforderliche Vergleichbarkeit zum einen deshalb, weil für ihre Erbringung keine zu dem erforderlichen informationstechnischen Wissen hinzutretenden militärfachlichen Kenntnisse nötig gewesen seien. Zum anderen sei ihr gegenüber jenen Vertragspartnern nicht die Machtposition zugekommen, die sich im Verhältnis zur Bundeswehr und zur E*** ***** GmbH daraus ergeben habe, dass diese beiden Auftraggeber wegen der langjährigen Vertrautheit der Mitarbeiter der Klägerin mit den zu bearbeitenden Materien auf eine weitere Zusammenarbeit mit ihr angewiesen gewesen seien, wenn sie nicht jene erheblichen Verzögerungen, Mehrkosten und Reibungsverluste hätten in Kauf nehmen wollen, die sich bei der Heranziehung eines anderen Unternehmens ergeben hätten.
- 24 Den Nachweis, dass es sich bei den von ihr angesetzten Stundensätzen um betriebssubjektive Marktpreise handele, habe die Klägerin schließlich auch nicht unter Berufung darauf zu führen vermocht, dass sie aus der G** AG hervorgegangen sei und diese Gesellschaft in der Vergangenheit in erheblichem Umfang Leistungen erbracht habe, die mit denen der Klägerin identisch oder zumindest im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 vergleichbar gewesen seien. Wegen der zur Begründung dieser Aussage angestellten Erwägungen des Verwaltungsgerichtshofs wird auf die

Ausführungen in den Randnummern 94 bis 100 des Urteils vom 5. November 2014 (22 B 14.175 – juris) Bezug genommen.

- 25 9. Auf die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision der Klägerin hin hob das Bundesverwaltungsgericht durch Urteil vom 13. April 2016 (8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387) das Urteil vom 6. November 2014 auf und verwies die Streitsache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurück.
- 26 Das Berufungsurteil gehe zu Unrecht davon aus, ein betriebssubjektiver Marktpreis lasse sich nur feststellen, wenn der Anbieter seinen Preis für die geforderte Leistung gegenüber verschiedenen Nachfragern auf dem Markt durchgesetzt habe. Bestehe ein Nachfragemonopol der öffentlichen Hand, genüge jedoch die wettbewerbliche Durchsetzung des Preises gegenüber dem (einzigem) öffentlichen Auftraggeber. Der Verwaltungsgerichtshof hätte deshalb berücksichtigen müssen, dass sich eine wettbewerbliche Durchsetzung der von der Klägerin verlangten Stundensätze daraus ergeben könnte, dass sie diese Preise im zeitlichen Umfeld der jeweils zu prüfenden Preisvereinbarung auch bei anderen, mehrfach erfolgten Beauftragungen durch die Bundeswehr mit gleichartigen Leistungen erzielt habe, sofern dies jeweils unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs mit anderen Anbietern geschehen sei.
- 27 Soweit der Verwaltungsgerichtshof angenommen habe, die Preisüberwachungsbehörde habe eine genauere Klärung der Marktlage im Hinblick auf § 9 VO PR Nr. 30/53 für entbehrlich halten dürfen, lege er diese Vorschrift nicht zutreffend aus. Sie berechtige und verpflichte weder den Anbieter, Daten und Unterlagen beizubringen, die ihm nicht zugänglich seien, noch verdränge sie die Pflicht der Behörde, solche für die Preisprüfung maßgeblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln.
- 28 Die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, ein Marktpreis für die geforderten militärfachlichen IT-Dienstleistungen lasse sich auch nicht gemäß § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 aus dem Marktpreis für vergleichbare Leistungen ableiten, beruhe ebenfalls auf der unrichtigen Annahme, die Feststellbarkeit eines betriebssubjektiven Marktpreises für vergleichbare Leistungen setze eine Durchsetzung des von der Klägerin für solche Leistungen geforderten Preises gegenüber anderen Auftraggebern als der Bundeswehr voraus. Unzutreffend gehe das Berufungsurteil ferner davon aus, bei IT-Dienstleistungen könne die Vergleichbarkeit nicht technisch-leistungsbezogen bestimmt werden, sondern hänge maßgeblich von subjektiven Merkmalen des Anbieters ab. Denn § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 stelle nicht auf die Vergleichbarkeit von Auftragnehmern, sondern allein auf die Vergleichbarkeit der Leistung ab. Außerdem knüpfe

§ 4 VO PR Nr. 30/53 nicht an die Preisrelevanz einzelner Merkmale, sondern allein an das Ergebnis wettbewerblicher Preisbildung an. Welche Faktoren dazu beigetragen hätten, sei nach dieser Bestimmung ohne Belang, solange eine wettbewerbliche Preisbildung (noch) stattgefunden habe.

- 29 Wegen der vom Bundesverwaltungsgericht für geboten erachteten ergänzenden Tatsachenfeststellungen wird auf die Ausführungen in den Randnummern 45 f. des Urteils vom 13. April 2016 (8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387) verwiesen.
- 30 10. In dem nach der Zurückverweisung erneut durchgeführten Berufungsverfahren vertritt die Klägerin u. a. die Auffassung, da der Beklagte die ihm obliegende Sachverhaltsermittlung nicht vorgenommen habe, könne die nach § 9 VO PR Nr. 30/53 zu treffende Ermessensentscheidung nicht rechters sein. Zudem sei die in § 9 Abs. 1 Satz 3 VO PR 30/53 geregelte Aufbewahrungsfrist hinsichtlich aller vorliegend streitigen Unterlagen bereits seit langem abgelaufen. Aus dieser Vorschrift folge nicht nur eine Grenze für die verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht der Klägerin, sondern auch dafür, was materiellrechtlich von ihr verlangt werden dürfe.
- 31 Zwangsläufige zeitliche Begrenzungen für eine Preisprüfung ergäben sich ferner aus der Funktion dieses Rechtsinstituts, die Grundlage für nachfolgende preisrechtliche Maßnahmen zu schaffen. Dazu gehörten im Wesentlichen die Vorbereitung etwaiger Rückforderungsansprüche des Auftraggebers sowie die Ahndung etwaiger preisrechtlicher Verstöße. Etwaige Rückforderungsansprüche des Bundes seien nach den Beschlüssen des Oberlandesgerichts Koblenz vom 30. Oktober 2013 (2 U 1116/12 – juris) und vom 6. Februar 2014 (2 U 1116/12 – juris) sowie des Bundesgerichtshofs vom 6. April 2016 (VII ZR 45/14 – juris) jedoch gemäß § 199 Abs. 1 und 4 BGB verjährt. Voraussetzung für die Erforderlichkeit – und damit die Verhältnismäßigkeit – einer preisprüfungsrechtlichen Anordnung sei ferner, dass der öffentliche Auftraggeber überhaupt ein Interesse daran besitze, etwaige Rückzahlungsansprüche zu verfolgen. Da der Bund eigenem Bekunden zufolge jedoch zu großen Teilen nicht mehr über die für eine Sachverhaltsaufklärung erforderlichen Unterlagen verfüge, sei nicht von einem solchen Interesse auszugehen. Auch sonstige Konsequenzen – z.B. in Gestalt von Auftragsperren – könnten gegenüber der Klägerin aus einem Preisprüfungsbericht nicht mehr gezogen werden, da insoweit die in § 126 GWB festgesetzten Fristen abgelaufen seien.
- 32 Bei dem Markt für militärfachliche IT-Dienstleistungen handele es sich um einen funktionierenden allgemeinen Markt, auf dem eine wettbewerbliche Preisbildung stattgefunden habe. Ein Alleinstellungsmerkmal der Klägerin habe weder bei den verfahren-

rensgegenständlichen noch bei den ihr sonst erteilten Aufträgen bestanden. Ob der Bund bzw. andere Auftraggeber vor der Erteilung der verfahrensgegenständlichen (Unter-)Aufträge weitere IT-Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert hätten, sei der Klägerin unbekannt; sie sei beim Abschluss der einschlägigen Verträge von einer Wettbewerbssituation ausgegangen. Nichts anderes gelte für die nicht verfahrensgegenständlichen Aufträge, die in der vom Beklagten als Anlage B 29 eingereichten Liste aufgeführt seien. Für die Beantwortung der Frage, ob ein betriebssubjektiver Marktpreis vorliege, komme es auf die „betriebssubjektive Sicht“ des beauftragten Unternehmens an.

33 Eine Einschränkung des relevanten Marktes, die über die vom Bundesverwaltungsgericht anerkannten Gesichtspunkte hinausgehe, sei weder erforderlich noch möglich. Der Umstand, dass ein Großteil der mit militärischer Informationstechnik befassten Unternehmen in Bezug auf verschiedene Waffengattungen tätig sei, bestätigte dies.

34 Die Klägerin beantragt weiterhin,

35 unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts München vom 19. Juni 2012 den Bescheid des Beklagten vom 1. August 2011 aufzuheben.

36 11. Zur Rechtfertigung seines aufrecht erhaltenen Antrags,

37 die Berufung zurückzuweisen,

38 hat der Beklagte umfangreiche weitere Unterlagen (Anlagen B 18 bis B 68) in den Rechtsstreit eingeführt, auf die Bezug genommen wird. U. a. aus ihnen ergebe sich, dass die von der Klägerin im Rahmen der zu prüfenden (Unter-)Aufträge angesetzten Stundensätze nicht als Marktpreise im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 angesehen werden könnten. Denn die von ihr geschuldeten Leistungen seien nicht markt-gängig und die geforderten Stundensätze nicht verkehrsüblich gewesen.

39 Der relevante Markt sei dahingehend einzugrenzen, dass er sich auf militärfachliche Dienstleistungen aus den Bereichen „Independent Verification & Validitation (IV&V)“, „systemtechnische Begleitung (STB)“, „technisch-logistische Betreuung (TLB)“, Softwarepflegeleistungen (SWP)“ und „Softwareentwicklung für ein Webportal“ in Zusammenhang mit der Entwicklung, Herstellung und Beschaffung des Führungsinformationssystems des Heeres (FülInfoSysH) und seines Vorgängersystems FAUST E1, mit der Entwicklung, Herstellung und Beschaffung der Führungs- und Waffeneinsatz-

systeme IFIS und HERGIS sowie der Beschaffung einer im Kontext des Führungsinformationssystems des Heeres stehenden Führungskomponente und ihrer Integration in den Spähwagen FENNEK und den Transportpanzer FUCHS beschränke.

- 40 Nicht Gegenstand einer Preisprüfung nach der Verordnung PR Nr. 30/53 sei die Rechtmäßigkeit der vom öffentlichen Auftraggeber vorgenommenen Vergabe. Insbesondere sei es nicht Aufgabe der Preisüberwachungsstellen, zu beurteilen, ob die Voraussetzungen vorlägen, unter denen nach dem Vergaberecht von einem wettbewerblichen Auswahlverfahren abgesehen werden könne. Selbst wenn ein solcher Verzicht rechtswidrig gewesen sein sollte, ändere dies nichts daran, dass für die verfahrensgegenständlichen Leistungen kein allgemeiner Markt bestehe und ein besonderer Markt nicht geschaffen worden sei.
- 41 Der vom Bundesverwaltungsgericht geforderten Prüfung, ob sich eine wettbewerbliche Durchsetzung des von der Klägerin geforderten Preises bei anderen Aufträgen belegen lasse, die in zeitlicher Nähe zu der zu prüfenden Preisvereinbarung erteilt worden seien und die sich auf gleiche oder gleichartige Leistungen bezogen hätten, sei wegen der besonderen Schnellebigkeit der IT-Branche ein höchstens drei Jahre umfassender Zeitraum zugrunde zu legen. Wenn die Klägerin aus dem Umstand, dass ihre Stundensätze über viele Jahre hinweg unverändert geblieben seien, auf einen sehr konstanten Markt schließe, lasse sie unberücksichtigt, dass es in der IT-Branche ab dem Jahr 2000 wegen des Platzens der „Internetblase“ zu starken Verwerfungen gekommen sei. Ihre gleich gebliebenen Stundensätze sprächen deshalb eher dafür, dass sie diese aufgrund ihrer Alleinstellungsmerkmale völlig losgelöst von jeder wettbewerblichen Preisbildung habe durchsetzen können.
- 42 Zum Zwecke der Ermittlung eines abgeleiteten Marktpreises im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 dürfe – auch im Licht des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 (8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387) – grundsätzlich nur von den Preisen des jeweiligen Anbieters, nicht aber von Preisen Dritter ausgegangen werden. Hierfür spreche zudem das Konzept des betriebssubjektiven Marktpreises. Aus den gleichen Gründen wie bei § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 sei auch der gemäß § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 durchzuführenden Vergleichbarkeitsprüfung ein Dreijahreszeitraum zugrunde zu legen. Die danach verbleibenden (Unter-)Aufträge, die (unmittelbar oder mittelbar) die Bundeswehr der Klägerin bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen zwischen 2000 und 2011 erteilt habe, eigneten sich deshalb nicht zur Herleitung eines Marktpreises im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53, weil ihnen selbst keine Marktpreise im Sinn von § 4 Abs. 1 dieser Verordnung zugrunde lägen.

- 43 12. Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Modalitäten des Zustandekommens der Unteraufträge, die den vorstehend mit den lfd. Nummern 8 bis 11 vorgesehenen Prüfaufträgen zugrunde liegen, Beweis erhoben durch Beiziehung der sich auf diese Geschäftsvorfälle beziehenden Unterlagen. Wegen der insoweit erlangten Dokumente wird auf die Anlagen zu den Schreiben der A***** ***** *** ***** GmbH vom 23. März 2018, vom 2. Mai 2018 und vom 13. Juni 2018 sowie auf das durch den Zeugen S***** in der mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2018 übergebene Geheft verwiesen.
- 44 Die Fragen,
- 45 - ob der E*** ***** GmbH vor Erteilung der den Prüfvorgängen 8 bis 11 zugrunde liegenden Unteraufträge an die Klägerin jeweils konkrete Angebote anderer potenzieller Anbieter dieser Leistungen vorlagen,
- 46 - ob die Vergabe dieser vier Unteraufträge verneinendenfalls unabhängig von der Existenz von Vergleichsangeboten unter wettbewerblichen Bedingungen erfolgte, und
- 47 - aufgrund welcher konkreten Erwägungen und Umstände es zur Vergabe dieser vier Unteraufträge an die Klägerin gekommen ist,
- 48 bildeten ferner den Gegenstand einer schriftlichen Zeugenaussage des bei der E*** ***** GmbH seinerzeit als Einkäufer tätigen Herrn S*****. Wegen ihres Inhalts wird auf Blatt 344 der Akte des Berufungsverfahrens 22 B 16.1447 Bezug genommen.
- 49 Darüber, wie sich die Modalitäten der Vergabe dieser vier Unteraufträge (unter Einschluss der zugehörigen Änderungsverträge) durch die E*** ***** GmbH an die Klägerin darstellte, wurden der Zeuge S***** und sein seinerzeitiger Stellvertreter H***** ferner in der mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2018 persönlich einvernommen. Wegen ihrer Bekundungen wird auf die Seiten 12 bis 15 der Sitzungsniederschrift verwiesen.
- 50 Die Modalitäten der Vergabe der den Prüfvorgängen 1 bis 7 zugrunde liegenden Aufträge (unter Einschluss der zugehörigen Änderungsverträge) durch das damalige IT-AmtBw an die Klägerin sowie derjenigen Aufträge an die E*** ***** GmbH, in deren Rahmen dieses Unternehmen der Klägerin die vorerwähnten Unteraufträge erteilt hat, bildeten den Gegenstand der in der gleichen mündlichen Verhandlung

durchgeführten zeugenschaftlichen Einvernahme der Regierungsdirektoren L***** und W***** vom Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw). Wegen ihrer Aussagen wird auf die Seiten 3 bis 11, hinsichtlich der Bekundungen des Zeugen L***** zudem auf Seite 16 der Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

- 51 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, vor dem Verwaltungsgerichtshof und vor dem Bundesverwaltungsgericht angefallenen Gerichtsakten sowie die mit Schreiben der Regierung von Oberbayern vom 14. November 2011 übersandten Verwaltungsvorgänge verwiesen.

Entscheidungsgründe:

- 52 Die zulässige Berufung bleibt weiterhin ohne Erfolg, da der Bescheid vom 1. August 2011, soweit er die Klägerin gegenwärtig noch beschwert, rechtens ist.
- 53 1. Mit dem in der mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2018 gestellten Antrag verlangt die Klägerin der Sache nach auch die Aufhebung der Nummern 3 und 4.c des angefochtenen Bescheids. Damit kann sie schon deshalb nicht durchdringen, weil ihre Klage insoweit nachträglich unzulässig geworden ist. Die Nummer 3 des Bescheidstenors verpflichtete sie, Amtsträgern der Preisüberwachungsbehörde Zutritt zu ihren Geschäftsräumen am K*****ring *** in O***** zu gewähren; in der Nummer 4.c wurde ihr ein Zwangsgeld für den Fall der Nichtbefolgung dieser Verpflichtung angedroht. Nach dem von der Klägerin als zutreffend bestätigten Vortrag des Beklagten, dessen Richtigkeit überdies durch den als Anlage B 66 zum Schreiben der Landes-anwaltschaft Bayern vom 5. Juli 2018 vorgelegten Handelsregisterauszug bestätigt wird, hat die Klägerin ihren Sitz im ersten Halbjahr 2018 von O***** nach H***** verlegt. Da sich die ihr in der Nummer 3 des Bescheidstenors auferlegte Pflicht nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Regelung nur auf die ehemals in O***** befindlichen Geschäftsräume bezieht, beschwert sie diese Anordnung deshalb aktuell ebenso wenig wie die hieran geknüpfte Zwangsgeldandrohung; beide Regelungen haben sich vielmehr seit der Sitzverlegung erledigt.
- 54 Fällt die mit einem belastenden Verwaltungsakt einhergehende Beschwerde nach Erhebung einer hiergegen gerichteten Anfechtungsklage weg, so wird die Klage von da an unzulässig, weil der Rechtsschutzsuchende nicht mehr – wie das nach § 42 Abs. 2 VwGO erforderlich ist – geltend machen kann, er werde durch den angefochtenen

Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt. Bei dem in § 42 Abs. 2 VwGO bezeichneten Erfordernis handelt es sich um eine Sachentscheidungsvoraussetzung, die als solche im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erfüllt sein muss (BVerwG, U.v. 15.11.1990 – 3 C 49.87 – NVwZ 1991, 570/571).

55 Von der Möglichkeit, die Abweisung der Klage in diesem Punkt als unzulässig durch die Abgabe einer diesbezüglichen Erledigterklärung zu vermeiden oder (bei insoweit bestehendem Fortsetzungsfeststellungsinteresse) stattdessen gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO die Feststellung der Rechtswidrigkeit der erledigten Teile des angefochtenen Bescheids zu beantragen, hat die anwaltlich vertretene Klägerin keinen Gebrauch gemacht. Für einen dahingehenden Hinweis des Gerichts (§ 86 Abs. 3 VwGO) bestand vor allem deswegen kein Anlass, weil die Klägerin den Antrag aus der Berufungsbegründungsschrift vom 28. März 2014 in unveränderter Form gestellt hat, nachdem der Beklagte unmittelbar zuvor die Tatsache der erfolgten Sitzverlegung in den Rechtsstreit eingeführt hatte (vgl. Seite 17 der Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 4.7.2018). Die mit Schriftsatz der Landesrechtsanwaltschaft Bayern vom 5. Juli 2018 erfolgte Vorlage des die Sitzverlegung dokumentierenden Handelsregisterauszugs hat die Klägerin nicht zum Anlass für eine Anpassung des Klageantrags genommen. Zudem spricht alles dafür, dass eine teilweise Erledigterklärung des Rechtsstreits oder der Übergang auf ein sich auf die Nummern 3 und 4.c des Bescheids beziehendes Fortsetzungsfeststellungsbegehren nicht einmal mit einer teilweisen Entlastung der Klägerin von der Pflicht, die Verfahrenskosten zu tragen, einhergegangen wäre, da auch diese beiden Teile des Bescheids allen erkennbaren Umständen nach rechtmäßig waren. Insbesondere steht § 9 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 – auf diese Bestimmung stützt sich die Nummer 3 des angefochtenen Bescheids zu Recht – aus den gleichen Gründen mit höherrangigem Recht (insbesondere Art. 13 GG) in Einklang, wie das nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 1995 (1C 36.92 – NVwZ-RR 1995, 425) hinsichtlich der mit § 9 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 sachlich übereinstimmenden Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung PR Nr. 1/72 vom 6. März 1972 (BGBl I S. 293, aufgehoben durch Verordnung vom 16.6.1999, BGBl I S. 1419) der Fall war.

56 2. Die Beschwer, die sich für die Klägerin aus den nach wie vor aktuellen Nummern 1 und 2 des Tenors des Bescheids vom 1. August 2011 ergibt, beschränkt sich auf die Verpflichtung, der Preisüberwachungsbehörde diejenigen Unterlagen (auch zwecks Anfertigung von Abschriften oder Auszügen; vgl. die Nummer 2 des Bescheidstenors) zugänglich zu machen, die anlässlich der den Prüfvorgängen 1 bis 11 zugrunde liegenden Aufträge in Bezug auf die Jahre 2005 bis einschließlich 2008 angefallen sind. Dies folgt aus dem Umstand, dass auf Seite 1 unten des streitgegenständlichen

Bescheids alle elf an die Regierung gerichteten Prüfungsersuchen erwähnt werden, an gleicher Stelle jedoch nur von Rüstungsaufträgen bzw. Unteraufträgen „aus den Geschäftsjahren 2005 bis 2008“ die Rede ist, und auch die Nummer 1.a des Bescheidstenors nur die von 2005 bis 2008 reichende Zeitspanne als die für die Ermittlung der Preise in den einzelnen G**-Preisaufsichtsverfahren maßgeblichen Geschäftsjahre bezeichnet. Das bedeutet, dass die Klägerin im Rahmen des Prüfvorgangs 1 der Regierung nur solche Unterlagen zur Verfügung stellen muss, denen Bedeutung für die Preisbildung bei dem am 14./15. Juli 2005 abgeschlossenen zweiten und bei dem vom 19./23. Mai 2006 datierenden dritten Änderungsvertrag zum Vertrag vom 12. November 2003 zukommt. Desgleichen ist bei den Prüfvorgängen 2 und 3 nur die Preisbildung Prüfungsgegenstand, die anlässlich der in den Jahren von 2005 bis 2007 geschlossenen Änderungsverträge stattgefunden hat; bei den Prüfaufträgen 4 und 5 bleibt danach die Preisbildung, die bei den erst im Jahr 2009 zustande gekommenen Änderungsverträgen stattgefunden hat, außer Betracht.

57 Aus der Beschränkung des Regelungsgehalts des Bescheids vom 1. August 2011 auf die Geschäftsjahre 2005 bis 2008 folgt andererseits nicht, dass sich die Pflichten, die der Klägerin darin auferlegt wurden, nicht auch auf vor oder nach diesem Zeitraum entstandene Unterlagen erstrecken können. Soweit solchen Dokumenten Bedeutung für die Einhaltung der in den „Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten“ aufgestellten Kriterien bei den in den Jahren von 2005 bis 2008 vereinbarten Preisen zukommen kann, gehören sie bei sachgerechter Auslegung des Bescheids vielmehr ebenfalls zu den Unterlagen, die der Regierung nach Maßgabe der Nummern 1 und 2 des Bescheidstenors zugänglich gemacht werden müssen.

58 Dass es nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung eines Dokuments, sondern auf seine inhaltliche „Bezogenheit“ auf einen der verfahrensgegenständlichen, in den Jahren von 2005 bis 2008 zu verzeichnenden Geschäftsvorgänge ankommt, folgt unmittelbar aus dem Wortlaut der Mehrzahl der in der Nummer 1 des Bescheidstenors getroffenen Regelungen. So steht eine Kostenrechnung „für“ das Geschäftsjahr 2008 im Sinn der Nummer 1.b ersichtlich auch dann inmitten, falls sie erst im Laufe des Jahres 2009 erstellt wurde; eine im Weg der Vorkalkulation vorgenommene Einzelkalkulation wurde auch dann im Sinn der Nummer 1.c „für“ einen im Jahr 2005 zustande gekommenen Auftrag vorgenommen, sollte sie schon vor dem 1. Januar jenes Jahres abgeschlossen worden sein. Ebenfalls auf bis zum 31. Dezember 2008 angefallene Geschäftsvorgänge bezogen sein können Eingangsrechnungen und Stundenaufschreibungen im Sinn der Nummern 1.d bzw. 1.e des Bescheidstenors, wenn sie der Klägerin erst nach jenem Tag zugegangen sind. Da auch für die Klägerin Sinn und Zweck des streitgegenständlichen Bescheids zweifelsfrei erkennbar

sind, die Rechtskonformität der von ihr in den Jahren von 2005 bis 2008 angesetzten Entgelte nachprüfen zu können, ist es ungeachtet der insoweit gewählten unpräzisen Formulierung der Nummer 1.a des Bescheidstenors, die von Jahresabschlüssen „aus“ den maßgeblichen Geschäftsjahren spricht, nicht zweifelhaft, dass auch der erst im Lauf des Jahres 2009 erstellte Abschluss für 2008 von dieser Anordnung erfasst wird.

- 59 3. Für die Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 1. August 2011 kommt es auf die im Zeitpunkt seines Erlasses bestehenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse an. Grundsätzlich beantwortet sich die Frage, ob das Gericht bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines belastenden Verwaltungsakts auf die im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung oder auf die bei Schluss der mündlichen Verhandlung bestehende Sach- und Rechtslage abzustellen hat, nach den Aussagen des einschlägigen materiellen Rechts (vgl. z.B. Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 113 Rn. 56). Da sich weder dem Preisgesetz (BGBl III Nr. 720-1, geändert durch Art. 22 des Gesetzes vom 18.2.1986, BGBl I S. 265) noch der Verordnung PR Nr. 30/53 diesbezügliche Anhaltspunkte entnehmen lassen, sind die bei Abschluss des Verwaltungsverfahrens bestehenden tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten maßgeblich (BVerwG, U.v. 28.7.1989 – 7 C 39.87 – BVerwGE 82, 260/261; U.v. 21.6.2006 – 6 C 19.06 – BVerwGE 126, 149 Rn. 33). Dies bedeutet, dass alle nach der am 4. August 2011 erfolgten Zustellung des streitgegenständlichen Bescheids an die Klägerin eingetretenen Veränderungen außer Betracht zu bleiben haben (vgl. auch dazu BVerwG, U.v. 21.6.2006 – 6 C 19.06 – BVerwGE 126, 149 Rn. 33).
- 60 4. Entgegen dem Berufungsvorbringen der Klägerin ist der angefochtene Bescheid nicht bereits wegen eines ihm anhaftenden Ermessensfehlers aufzuheben.
- 61 Es kann dahinstehen, ob den Preisüberwachungsbehörden der Länder dann überhaupt ein Entschließungsermessen hinsichtlich der Frage zusteht, ob sie eine auf § 9 VO PR Nr. 30/53 gestützte Anordnung erlassen wollen, wenn der Bund als öffentlicher Auftraggeber sie dazu auffordert, ein Geschäft auf die Rechtskonformität des vom Auftragnehmer geforderten Entgelts hin zu überprüfen, dieser sich nicht freiwillig dazu bereitfindet, an einer solchen Prüfung mitzuwirken bzw. sie zu dulden, und die rechtlichen Voraussetzungen der jeweils einschlägigen, in § 9 VO PR Nr. 30/53 enthaltenen Befugnisnormen vorliegen. Auf sich beruhen kann namentlich, ob die sich aus Art. 35 Abs. 1 GG ergebende Verpflichtung der Länder, dem Bund insoweit Amtshilfe zu leisten, zur Folge hat, dass den Preisüberwachungsbehörden auch im Verhältnis zum betroffenen Auftragnehmer kein Ermessensspielraum mehr dahingehend zusteht, ob sie dem Ersuchen des Bundes entsprechen wollen oder nicht. Soll-

te ein solches Entschließungsermessen zu bejahen sein, wäre es im Bescheid vom 1. August 2011 nämlich in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt worden. Gleiches gilt mit Blickrichtung auf die ermessensgerechte Auswahl der der Klägerin darin auferlegten Handlungs- und Duldungspflichten.

- 62 Die Begründung dieses Verwaltungsakts enthält zwar keine ausdrücklich als Ermessenserwägungen gekennzeichneten Darlegungen. Dass solche Erwägungen der Sache nach angestellt wurden, verdeutlicht jedoch der Umstand, dass der Abschnitt II.2.c der Bescheidsgründe, in dem die Verhältnismäßigkeit der getroffenen Anordnungen aufgezeigt wurde, mit Darlegungen darüber beginnt, ob die Preisprüfung im vorliegenden Fall einen „legitimen Zweck“ verfolgt. Da die Verhältnismäßigkeit einer hoheitlichen Maßnahme anhand ihrer „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ zu beurteilen ist und die Regierung diese drei Kriterien in den Kapiteln (2), (3) und (4) des Abschnitts II.2.c der Bescheidsgründe erörtert hat, können die im Kapitel (1) dieses Abschnitts angestellten Überlegungen hinsichtlich der Legitimität der Anordnung mit Blickrichtung auf den mit ihr verfolgten Zweck nur so verstanden werden, dass die Behörde sich darüber vergewissert hat, ob es im vorliegenden Fall angezeigt ist, zur Erreichung der durch die Rechtsordnung vorgegebenen Zielsetzungen so vorzugehen, wie es im erlassenen Bescheid geschehen ist. Gerade diese Vergewisserung aber stellt das Kernstück einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung dar. Denn in solchen Erwägungen kommt zum Ausdruck, dass die handelnden Amtsträger davon ausgingen, die Rechtsordnung verpflichte sie nicht zu einem (bestimmten) Handeln, sondern räume ihnen hinsichtlich des „Wie“ – sowie ggf. auch hinsichtlich des „Ob“ – eines Tätigwerdens einen Spielraum ein.
- 63 Rechtskonform ausgefüllt wird dieser Spielraum dann, wenn die Behörde in Einklang mit den Zielsetzungen und Wertungen der Rechtsordnung zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Tätigwerden – sowohl dem Grunde als auch den gewählten Mitteln nach – angesichts der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalles angezeigt („opportun“) ist. Die Ausführungen im Kapitel (1) des Abschnitts II.2.c lassen erkennen, dass die Regierung diese argumentativen Schritte gedanklich vollzogen hat: Ausgehend vom Sinn und Zweck des Preisgesetzes und der Verordnung PR Nr. 30/53 ist sie zu dem Entschluss gelangt, diese normativen Zielsetzungen in der geschehenen Weise verwirklichen zu wollen. Damit wurde – zumal im Kontext der sich unmittelbar anschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung – den an eine ordnungsgemäße Ermessensentscheidung und ihre Begründung zu stellenden Kernanforderungen entsprochen.
- 64 Rechtens ist eine Ermessensausübung allerdings nur dann, wenn ihr zutreffende tatsächliche Annahmen zugrunde liegen. Auch unter diesem Blickwinkel begegnet der

angefochtene Bescheid keinen Bedenken. Denn die Regierung ging zutreffend davon aus, dass es sich bei den von der Klägerin angesetzten Stundensätzen nicht um Marktpreise handelt, so dass die Anordnung einer Preisprüfung auf Selbstkostenbasis erforderlich und auch sonst zulässig war (so ausdrücklich Seite 13 unten/14 oben des Bescheids vom 1.8.2011).

65 5. Um Marktpreise im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 kann es sich bei den von der Klägerin verlangten Stundensätzen deshalb nicht handeln, weil die von ihr erbrachten Leistungen nicht marktgängig im Sinn dieser Vorschrift waren.

66 Marktgängig ist eine Leistung dann, wenn für sie entweder ein allgemeiner Markt besteht oder für sie aus Anlass der Vergabe ein besonderer Markt geschaffen wird, und sie tatsächlich Gegenstand des Marktes ist (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 33). Um die Marktgängigkeit einer Leistung beurteilen zu können, bedarf es zunächst der Bestimmung des relevanten Marktes (BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 45; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O. § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 34).

67 5.1 Ebenso wie zur Bestimmung des sachlich und räumlich relevanten Marktes nach § 18 Abs. 1 GWB kann hierbei nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgesichtshofs auf das (auch als „Konzept der funktionellen Austauschbarkeit“ bezeichnete) „Bedarfsmarktkonzept“ (Bechtold/Bosch, GWB, 9. Aufl. 2018, § 18 Rn. 8; Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 18 GWB Rn. 32) zurückgegriffen werden. Danach sind all diejenigen Produkte oder Dienstleistungen ein und demselben Markt zuzurechnen, die der Verbraucher nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs als geeignet und miteinander austauschbar ansieht (vgl. BGH, B.v. 26.6.1985 – KVR 3/84 – juris Rn. 30; B.v. 22.9.1987 – KVR 5/86 – MDR 1988, 291; B.v. 24.10.1995 – KVR 17/94 – BGHZ 131, 107/110; U.v. 19.3.1996 – KZR 1/95 – NJW 1996, 2656/2657). Die von Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann (Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 9) gegen den Rückgriff auf den Gesichtspunkt der Austauschbarkeit von Leistungen beiläufig geäußerten Bedenken teilt das erkennende Gericht nicht, da die genannten Autoren ihre Auffassung nicht begründet haben, dieses Konzept auch im Rahmen des § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 sachgerechte Ergebnisse zu liefern vermag und nicht erkennbar ist, welcher andere methodische Ansatz an seine Stelle treten könnte.

68 Ein verbindendes Element der Rechtsgeschäfte, die den verfahrensgegenständli-

chen Prüfvorgängen zugrunde liegen, besteht darin, dass sie EDV-technische Dienstleistungen zum Gegenstand hatten, die in Zusammenhang mit der Ausstattung der Teilstreitkraft „Heer“ der Bundeswehr mit Führungsinformations- bzw. Führungs- und (Waffen-)Einsatzsystemen zu erbringen waren (5.1.1). Was die Anforderungen anbetrifft, denen Unternehmen genügen mussten, um für eine Auftragsvergabe in Betracht zu kommen, lassen sich drei Gruppen bilden: Den Aufträgen, auf die sich die Prüfvorgänge 1 bis 6 beziehen, ist gemeinsam, dass bei ihnen ausweislich der einschlägigen Leistungsbeschreibungen (vgl. zu ihrer Maßgeblichkeit BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 39) nur Anbieter als Auftragnehmer in Frage kamen, die vier Kriterien erfüllten (5.1.2). Bei den von den Prüfvorgängen 7 bis 9 und einigen der vom Prüfvorgang 10 erfassten (Unter-)Aufträgen reduzierte sich das Anforderungsprofil demgegenüber auf drei (5.1.3), im Übrigen auf zwei Merkmale (5.1.4).

- 69 5.1.1 Die IT-Ausstattung des Heeres, die – in Abgrenzung etwa zu EDV-gestützten reinen Personal- oder Materialverwaltungssystemen – unmittelbar operativ-militärischen Zwecken dient, stellt sich als ein komplexes, aus einer Vielzahl von Einzelsystemen bestehendes Gebilde dar, das – im Gegensatz vor allem zum übergeordneten Führungsinformationssystem der Streitkräfte – nicht „aus einem Guss“ entstanden ist, sondern sich über geraume Zeit hinweg entwickelt hat, wobei die jüngeren Bestandteile weithin aus Vorläufersystemen hervorgegangen sind, ältere und neuere Systeme zum Teil nebeneinander bestanden haben und sie untereinander stark vernetzt sind.
- 70 Die operative IT-Ausstattung des Heeres begann Mitte der neunziger Jahre mit der Entwicklung und Einführung des „Gefechtsfeldführungssystems“ (GeFüSys) sowie des „Führungs- und (Waffen-)Einsatzsystems Kern Heer“ (Fü(W)ES Kern H). Auf der Grundlage dieser beiden Systeme entstand im weiteren Fortgang die „Führungsausstattung Taktisch“ des Heeres (FAUST), die zur Verwendung auf Bataillonsebene und darunter bestimmt war und später zum System FAUST E1 weiterentwickelt wurde. Eine dritte Stufe stellte die Zusammenführung von FAUST E1 und des „Heeresinformationssystems für die rechnergestützte Operationsführung in Stäben“ (HEROS), das auf den oberen militärischen Führungsebenen zum Einsatz gelangte, zum „Führungsinformationssystem des Heeres“ (FüInfoSysH) dar. Dieses System dient seinerseits als gemeinsame Plattform für die Führungs- und (Waffen-)Einsatzsysteme verschiedener Truppengattungen des Heeres, wie etwa das „Integrierte Führungs- und Informationssystem der Kampftruppen“ (IFIS), das „Gefechtsfeld- und Informationssystem der Heeresflieger“ (HERGIS) und das „Führungs- und Einsatzsystem des Zentralen Sanitätsdienstes“ (SAFES). Darüber hinaus nutzt das Heer das „Führungs-

und Waffeneinsatzsystem Artillerie-, Daten-, Lage- und Einsatz-Rechnerverbund“ (ADLER), das über eine Schnittstelle mit dem Führungsinformationssystem des Heeres Informationen austauschen kann (vgl. zu alledem die in der Anlage B 19 festgehaltenen Angaben des BAAINBw sowie die Darstellungen in den Abschnitten II.2.a bis II.2.c der Klageerwiderung vom 23.5.2012 und in Abschnitt 1.2.2 des Schriftsatzes der Landesadvokatur Bayern vom 27.4.2017).

- 71 5.1.2 Als zur Ausführung der den Prüfvorgängen 1 bis 6 zugrunde liegenden Aufträge geeignet hat das IT-AmtBw nur solche Unternehmen angesehen, die kumulativ den folgenden vier Anforderungen genügen:
- 72 5.1.2.1 Sie mussten über profunde Kenntnisse und Erfahrungen nicht nur hinsichtlich des IT-Systems verfügen, auf das sich der jeweilige Auftrag bezog; verlangt wurde darüber hinaus eine Vertrautheit mit den Vorläufersystemen sowie den in der Architektur der operationalen IT-Ausstattung des Heeres über- und nachgeordneten Systemen (Kriterium 1).
- 73 Die Forderung, der Auftragnehmer müsse nicht nur mit dem jeweils vertragsgegenständlichen System, sondern auch mit der Genese der IT-Ausstattung des Heeres und dem EDV-technischen Umfeld vertraut sein, aus dem heraus das vertragsgegenständliche System entwickelt bzw. in das es eingebettet werden sollte, kommt beispielhaft in der Formulierung zum Ausdruck, die sich im Kapitel 1 der „Leistungsbeschreibung für die externe Validierung und Verifikation für Beschaffungen und Integration der Führungskomponente FENNEK“ sowohl in der Fassung vom 8. April 2004 als auch in derjenigen vom 29. September 2005 (Bl. 19 – 25 bzw. Bl. 37 – 44 der Akte 330-3153-240/04 der Regierung) findet; auf diese Leistungsbeschreibungen wurde in Abschnitt VII des ersten Änderungsvertrags zum Vertrag vom 28. Mai/3. Juni 2004 (vgl. den Prüfvorgang 2) verwiesen. Im jeweils letzten Absatz des Kapitels 1 dieser Leistungsbeschreibungen, deren Maßgeblichkeit der zweite Änderungsvertrag zu diesem Vertrag unberührt gelassen hat, heißt es insofern:
- 74 „Das für die Durchführung der IV&V-Aufgaben eingesetzte Industriepersonal muss über die erforderlichen tiefgehende[n] spezifische[n] Kenntnisse und Erfahrungen im Bereich der FülInfoSys, den FÜWES des Heeres (DIFA, SPIA, HERGIS, IFIS,) und besonders den Entwicklungen FAUST / FAUST E1 und FülInfoSys H 1.Los verfügen.“
- 75 Eine damit sachlich übereinstimmende Aussage enthält das erste Kapitel der „Leistungsbeschreibung für die systemtechnische Begleitung der Entwicklungsmaßnahmen FÜWES HERGIS“ sowohl in der vom 26. November 2004 als auch der vom 30. August

2007 stammenden Fassung (Bl. 16 – 25 bzw. Bl. 54 – 63 der Akte 330-3153-7/05 der Regierung; Prüfvorgang 3). An die Stelle der einleitenden Wendung „Das für die Durchführung der IV&V-Aufgaben eingesetzte Industriepersonal“ trat lediglich die Formulierung „Das für die systemtechnische Begleitung der Entwicklungsaktivitäten im FÜWES HERGIS eingesetzte Industriepersonal“.

- 76 Der vom Prüfvorgang 4 erfasste, am 18./22. August 2006 geschlossene Vertrag und der vom 14./16. November 2007 stammende erste Änderungsvertrag hierzu legten die vom Auftragnehmer zu erbringenden Tätigkeiten durch Bezugnahme auf die „Leistungsbeschreibung für die Systemtechnische Begleitung der Fertigungs- und Beschaffungsmaßnahmen FÜWES IFIS“ fest, deren Kapitel 3 die notwendigen Vorkenntnisse und Vorerfahrungen wie folgt bestimmt:
- 77 „Es ist Personal einzusetzen, das bereits in der Vergangenheit mit vergleichbaren Tätigkeiten in den in Kap. 1 erwähnten Vorläuferprojekten, bei der Entwicklung und Beschaffung von FÜInfoSys H 1.Los sowie für andere Vorhaben aus dem Bereich der Führungssysteme des Heeres, insbesondere den FÜWES (DIFA, SPIA, HERGIS, RAFES, ...) befasst war und mit deren aktueller Situation und / oder der Projekthistorie vertraut ist“ (Bl. 19 der Akte 22-3153-350-06 der Regierung).
- 78 Bei den insoweit in Bezug genommenen, im Kapitel 1 dieser Leistungsbeschreibung erwähnten „Vorläuferprojekten“ handelt es sich um die Systeme GeFÜSys, FÜ(W)ES Kern H, FAUST und FAUST E1.
- 79 Der dem Prüfvorgang 5 zugrunde liegende Vertrag vom 19./21. Dezember 2006 verwies in § 17 Abs. 5 Nr. 1 zum Zweck der Leistungsbeschreibung auf die vom November 2006 stammende „Technische Aufgabenstellung Systemtechnische Begleitung für die Beschaffungs- und Weiterentwicklungsmaßnahmen zu FÜInfoSys Heer 1. Los und FAUST E1“. Hinsichtlich der erforderlichen Vertrautheit mit den auftragsgegenständlichen Vorhaben hält diese Leistungsbeschreibung fest:
- 80 „Es müssen detaillierte Erfahrungen bei der unabhängigen systemtechnischen Begleitung von Rüstungsprojekten speziell im Umfeld des FÜInfoSys H bzw. FAUST E1 und seiner Subsysteme vorliegen“ (Bl. 17 der Akte 22-3153-20-07 der Regierung).
- 81 Eine damit (abgesehen von der unterbliebenen Erwähnung des Systems „FAUST E1“) wortgleich übereinstimmende Klausel enthielt die auf dem Stand vom 18. Mai 2005 befindliche Fassung dieser Leistungsbeschreibung (Bl. 42 der Akte 330-3153-11/04 der Regierung), auf die der zweite und der dritte Änderungsvertrag zum Ver-

trag vom 12. November 2003 (Prüfvorgang 1) Bezug nahmen (dieser Vertrag als solcher und der erste Änderungsvertrag hierzu liegen außerhalb des bescheidsgegenständlichen Zeitraums). Anknüpfend hieran stellte diese Leistungsbeschreibung das folgende weitere Postulat auf:

82 „Es muss u. a. das bewährte Personal eingesetzt werden, das bereits in der Vergangenheit mit den vergleichbaren Tätigkeiten für andere Vorhaben aus dem Bereich des FÜInfoSys-H befasst war und mit der Projekthistorie detailliert vertraut ist“ (Bl. 42 der Akte 330-3153-11/04 der Regierung).

83 Eine erweiternde Variante dieser Forderung enthält die vom November 2006 stammende Fassung der Leistungsbeschreibung, auf die der Vertrag vom 19./21. Dezember 2006 (Prüfvorgang 5) verwies:

84 „Zu einer effizienten Auftragsdurchführung ist es daher notwendig, u. a. auf das bewährte Personal zurückzugreifen, das bereits in der Vergangenheit mit den vergleichbaren Tätigkeiten und Aufgaben im Bereich des FÜInfoSysH-1. Los bzw. FAUST E1 befasst war und mit der Projekthistorie sowie der hard- und softwaretechnischen Auslegung dieser Systeme detailliert vertraut ist“ (Bl. 17 der Akte 22-3153-20-07 der Regierung).

85 5.1.2.2 Die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen mussten beim Auftragnehmer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhanden sein (Kriterium 2); wegen des jeweils engen zeitlichen Rahmens, der für die Auftragsdurchführung zur Verfügung stand, wurde eine Einarbeitungsphase nicht zugestanden.

86 Die Dringlichkeit der Leistungserbringung und die daraus resultierende Notwendigkeit, dass der erforderliche Kenntnis- und Erfahrungsstand bereits im Zeitpunkt der Auftragserteilung vorhanden sein musste, gelangte in der „Leistungsbeschreibung für die externe Validierung und Verifikation für Beschaffungen und Integration der Führungskomponente FENNEK“ in den Fassungen vom 8. April 2004 und vom 29. September 2005 (Prüfvorgang 2) wie folgt zum Ausdruck:

87 „Das IV&V-Team muss kurzfristig nach Inkrafttreten des Beschaffungsvertrags zur Verfügung stehen, eine Einarbeitung in die Projektthematik und technischen Probleme wird nicht möglich sein“ (Bl. 21 und Bl. 40 der Akte 330-3153-240/04 der Regierung).

88 Noch rigider ordnet die im Kontext des Prüfvorgangs 3 verwendete „Leistungsbeschreibung für die systemtechnische Begleitung der Entwicklungsmaßnahmen FÜWES HERGIS“ vom 30. August 2007 an:

- 89 „Das Expertenteam muss bereits vor Abschluss des Entwicklungsvertrages zur Verfügung stehen, eine Einarbeitung in die Projektthematik und technischen Probleme wird nicht möglich sein“ (Bl. 56 der Akte 330-3153-7/05 der Regierung).
- 90 Bei den Aufträgen, die den Prüfvorgängen 1, 4 und 5 zugrunde liegen, folgen die Dringlichkeit der Aufgabenerledigung und die hieraus resultierende Notwendigkeit des Vorbesitzes der notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen aus der Tatsache, dass in den diesen Aufträgen zugrunde gelegten Leistungsbeschreibungen – wie in Abschnitt 5.1.2.1 dargestellt – der Einsatz von Personal verlangt wurde, das bereits mit vergleichbaren Tätigkeiten befasst war und mit der Projekthistorie (detailliert) vertraut ist.
- 91 Die Unaufschiebbarkeit der auftragsgemäß geschuldeten Maßnahmen folgt im Übrigen auch aus der Tatsache, dass alle Leistungsbeschreibungen, die den von den Prüfvorgängen 1 bis 5 erfassten Aufträgen zugrunde gelegt wurden, eingangs des jeweiligen Kapitels 3 die kurzfristige Abrufbereitschaft von Personal des Expertenteams gefordert haben; teilweise (vgl. Bl. 42 der Akte 330-3153-11/04 und Bl. 49 der Akte 22-3153-20-07 der Regierung) wurde dieses Verlangen ausdrücklich mit der „für das Gesamtvorhaben bestehenden Zeitkritikalität“ begründet.
- 92 5.1.2.3 Wegen der dem Auftragnehmer zukommenden Funktion, EDV-technische Entwicklungs- und Fertigungsprozesse in Unterstützung des IT-AmtesBw kontrollierend zu begleiten, bestand die Behörde zudem auf der Unabhängigkeit des Auftragnehmers von dem jeweils zu überwachenden Unternehmen (Kriterium 3). Zur Sicherung dieser Unabhängigkeit verlangten die Leistungsbeschreibungen, die den von den Prüfvorgängen 1 bis 5 erfassten Aufträgen zugrunde lagen, jeweils, zwischen dem Expertenteam und demjenigen Auftragnehmer, dem die Entwicklung bzw. Herstellung des zu kontrollierenden Produkts oblag, oder einem seiner Unterauftragnehmer dürfe kein diese Unabhängigkeit beeinträchtigendes Vertrags- oder sonstiges Rechtsverhältnis bestehen, das der öffentliche Auftraggeber zuvor nicht genehmigt habe (vgl. im Einzelnen Bl. 39 und Bl. 42 der Akte 330-3153-11/04, Bl. 21, 25, 40 und 42 der Akte 330-3153-240/04, Bl. 56 und 62 der Akte 330-3153-7/05, Bl. 16 und 20 der Akte 22-3153-350-06 sowie Bl. 14 und 18 der Akte 22-3153-20-07 der Regierung).
- 93 5.1.2.4 Mit Rücksicht auf den Zweck der jeweils inmitten stehenden Hard- oder Software bildete schließlich die Vertrautheit des mit Kontrollfunktionen betrauten Auftragnehmers mit militärischen Melde- und Befehlswegen sowie allgemein mit den an militärische Führungs- und Informationssysteme zu stellenden Anforderungen eine weitere Voraussetzung für die Berücksichtigung eines Interessenten (Kriterium 4; vgl. Bl. 42

der Akte 330-3153-11/04, Bl. 24 und 42 der Akte 330-3153-240/04, Bl. 61 der Akte 330-3153-7/05, Bl. 19 der Akte 22-3153-350-06 sowie Bl. 17 der Akte 22-3153-20-07 der Regierung).

- 94 5.1.2.5 Da der Einzelauftrag, der den Gegenstand des Prüfvorgangs 6 bildet, nur eine Komponente des vom IT-AmtBw unter dem Aktenzeichen Q/IB2P/R7312 geführten Rahmenvertrages bildet, fehlen insoweit zwar Unterlagen, die in ihrem Detaillierungsgrad denjenigen vergleichbar sind, die im Kontext der Prüfvorgänge 1 bis 5 zur Verfügung stehen. Gleichwohl mussten die Kriterien 1 bis 4 insoweit in gleicher Weise wie bei den von den Prüfvorgängen 1 bis 5 erfassten Aufträgen erfüllt sein.
- 95 Dass nach Auffassung des IT-AmtesBw allein ein Unternehmen zur Wahrnehmung nicht nur dieses Einzelauftrags, sondern der Gesamtheit der von dem Rahmenvertrag Q/IB2P/R7312 erfassten Vorhaben in Betracht kam, das über die erforderlichen Vorkenntnisse und Vorerfahrungen verfügte, verdeutlicht der Vermerk dieser Behörde, den der Beklagte als Anlage B 64 in den Rechtsstreit eingeführt hat. Um die Einsatzreife des Vorhabens FENNEK sicherzustellen und zu erhalten, habe nur die Fa. G** mit der Erbringung der zu diesem Zweck benötigten Leistungen betraut werden können, da allein sie über die „umfassenden querschnittlichen Fachkenntnisse“ hinsichtlich der verschiedenen Führungs- und (Waffen-)Einsatzsysteme sowie des Führungsinformationssystems des Heeres verfüge.
- 96 Aus der kurzen Zeitspanne, die zwischen der am 9./12. September 2008 erfolgten Vergabe des dem Prüfvorgang 6 zugrunde liegenden Einzelauftrags und dem danach geschuldeten Beginn der Leistungserbringung am 1. November 2008 lag, geht hervor, dass auch im Rahmen dieses Auftrags keine Gelegenheit bestand, die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen erst nach Auftragserteilung zu erwerben.
- 97 Die auch in diesem Fall erforderliche Unabhängigkeit des Auftragnehmers gegenüber dem Entwickler und Hersteller der Führungskomponente FENNEK verdeutlicht vor allem der Umstand, dass es ihm nach der einschlägigen Leistungsbeschreibung (Bl. 4 – 6 der Akte 22-3153-316-06 der Regierung) u. a. oblag, sowohl selbst Vorschläge zur Beseitigung von Mängeln zu erstellen als auch diesbezügliche, von dritter Seite stammende Anregungen aufzubereiten und zu bewerten (vgl. die lfd. Nummer 8 der Leistungsbeschreibung). Gleiches gilt für die Verpflichtung des Auftragnehmers, Produkte sowie Verfahren der Materialerhaltung auf die Beachtung gesetzlicher Bestimmungen hin zu untersuchen (lfd. Nummer 9 der Leistungsbeschreibung). Nur ein Auftragnehmer, der nicht „im Lager“ des Entwicklers oder Herstellers einer Hard- oder Software steht, bietet die Gewähr dafür, derartige Aufgaben unparteiisch wahrzu-

nehmen.

- 98 Die notwendige Vertrautheit des Auftragnehmers mit den Gegebenheiten bei der Truppe selbst und den Anforderungen, denen IT-technische Systeme genügen müssen, die dem militärisch-operativen Einsatz dienen, schließlich resultiert aus den Aufgaben, die ihm nach den Nummern 6 und 7 der einschlägigen Leistungsbeschreibung oblagen. Danach hatte er nicht nur den Nutzungsleiter, sondern unmittelbar auch die nutzenden Truppenteile hinsichtlich technischer Detailfragen zu beraten und zu unterstützen, die die Führungskomponente FENNEK, den in Bezug auf den Spähwagen FENNEK geschaffenen Systemverbund sowie die an diese Führungskomponente angeschlossenen Subsysteme betrafen (vgl. zur Integration des Führungsinformationssystems des Heeres sowie teilweise auch des Führungs- und Waffeneinsatzsystems ADLER in die Beobachtungs- und Aufklärungsausstattung des Spähwagens FENNEK Seite 24 der Klageerwiderung vom 23.5.2012, Bl. 86 der Akte des Verfahrens M 16 K 11.3887).
- 99 5.1.3 Von den vier Anforderungen, denen ein Unternehmen genügen musste, damit ihm die den Prüfvorgängen 1 bis 6 zugrunde liegenden Aufträge erteilt werden konnten, gelten die Kriterien 1, 2 und 4 in gleicher Weise für die Verträge, die Gegenstand der Prüfvorgänge 7 bis 9 sind. Gleiches gilt für einen Teil der vom Prüfvorgang 10 erfassten Rechtsgeschäfte. Nicht erfüllt sein musste insofern – ebenso wie bei den übrigen verfahrensgegenständlichen Aufträgen – demgegenüber das Erfordernis der Herstellerunabhängigkeit. Denn bei den von der E*** ***** GmbH erteilten Unteraufträgen wurde der Auftragnehmer jeweils als Gehilfe des Herstellers bzw. Entwicklers der in Frage stehenden EDV-Systeme tätig. Im Rahmen des vom Prüfvorgang 7 erfassten Einzelauftrags hat er zwar unterstützende Funktionen zugunsten der Bundeswehr wahrgenommen, die grundsätzlich jedoch auch vom Hersteller bzw. Entwickler des insoweit betroffenen Führungs- und Waffeneinsatzsystems hätten erbracht werden können.
- 100 5.1.3.1 Der Unterauftrag, auf den sich der Prüfvorgang 8 bezieht, hatte Teilleistungen der im Lauf des Jahres 2007 anfallenden technisch-logistischen Betreuung des Führungsinformationssystems des Heeres zum Gegenstand. Die Entwicklung der operativen Software dieses Führungsinformationssystems oblag der E*** ***** GmbH (vgl. Seite 18 der Klageerwiderung vom 23.5.2012, Bl. 79 der Akte M 16 K 11.3887); ihr war auch der Hauptauftrag zur technisch-logistischen Betreuung dieses Systems im Jahr 2007 erteilt worden (vgl. den als Bestandteil des Anlage B 36 vorgelegten Einzelauftrag mit der Nummer Q/IB2P/7A004/R7056). Von den 13 Arten von Leistungen, die die E*** ***** GmbH während des Jahres 2007 insoweit zu erbringen hatte

(vgl. die dem Einzelauftrag Q/IB2P/7A004/R7056 beigefügte Leistungsbeschreibung), übertrug dieses Unternehmen der Klägerin

- 101 - durch Auftrag vom 30. Mai 2007 (Bestellnummer der E*** ***** GmbH: 45245611/NB/156/0011) Aufgaben der „Zuarbeit zum Einsatzhandbuch FülInfo-SysH“ (vgl. die Position 1.10.3 des Betreuungsleistungskatalogs [BLK]);
- 102 - durch weiteren Auftrag vom 30. Mai 2007 (Bestellnummer der E*** ***** GmbH: 45245612/NB/156/0011) Aufgaben der „Zuarbeit zum Ausbildungskonzept“ (vgl. die Position 1.10.2 BLK) sowie
- 103 - durch Auftrag vom 10. Oktober 2007, erweitert durch Änderungsauftrag vom gleichen Tag (Bestellnummer der E*** ***** GmbH jeweils: 45254843/NB/156/0011), Unterstützungsaufgaben hinsichtlich des Lizenzmanagements (vgl. die Position 1.10.5 BLK).
- 104 Dass der Unterauftragnehmer in gleicher Weise wie der Hauptauftragnehmer mit den Details des Führungsinformationssystems des Heeres vertraut sein musste (Kriterium 1), folgt vor allem aus dem Umstand, dass nach den Detailbeschreibungen aller drei vorerwähnten Nummern des Betreuungsleistungskatalogs Bestandteil der insoweit zu erbringenden Tätigkeiten u. a. die Fortschreibung bereits vorhandener Ausarbeitungen (nämlich von Tätigkeitsprofilen, des Einsatz- und Betriebshandbuchs sowie von Datensätzen für Lizenzen und Wartungsverträge) gehört. Eine solche „Weiterführungstätigkeit“ kann sach- und termingerecht nur ein Unterauftragnehmer leisten, dem die Projekthistorie und die bisherigen Arbeitsergebnisse im Detail vertraut sind. Dass zu diesem Zweck keine Einarbeitungszeit gewährt werden konnte, die zur ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen vielmehr bereits im Zeitpunkt der Auftragserteilung vorhanden sein mussten (Kriterium 2), ergibt sich aus den zeitlichen Vorgaben: Die von der E*** ***** GmbH am 30. Mai 2007 bei der Klägerin bestellten Leistungen waren jeweils vom gleichen Tag an bis zum 15. November 2007 zu erbringen; die Erfüllungsfrist für die am 10. Oktober 2007 erteilten Unteraufträge begann ebenfalls am Tag der Bestellung und endete am 30. November 2007. Die Notwendigkeit, dass der Unterauftragnehmer mit den Gegebenheiten bei der Teilstreitkraft „Heer“ vertraut zu sein hatte (Kriterium 4), resultierte namentlich aus dem Umstand, dass nur ein EDV-Fachmann, der über Erfahrungen darüber verfügt, welche Vorkenntnisse und welches Maß an Auffassungsvermögen und praktischem Geschick bei Soldaten der unterschiedlichen Führungsebenen beim Erlernen des Umgangs mit neuen IT-Ausstattungen typischerweise vorausgesetzt werden dürfen, in der Lage ist, eine diesen Per-

sonenkreis weder über- noch unterfordernde Bestandsaufnahme der notwendigen Ausbildung zu erstellen und sachgerechte Vorschläge zu Ausbildungsinhalten und Ausbildungsausstattungen zu unterbreiten (vgl. zu alledem die detaillierte Leistungsbeschreibung zur Position 1.10.2 BLK).

- 105 5.1.3.2 Der dem Prüfvorgang 9 zugrunde liegende Unterauftrag, den die E***
***** GmbH der Klägerin am 12. Oktober 2006 erteilt hat, hatte deren Zuarbeit bei der Fortschreibung und Anpassung des Betriebskonzepts des Führungsinformationssystems des Heeres im Jahr 2006 zum Gegenstand. Da diese Maßnahme nach dem Hauptauftrag (Nummer Q/IB2P/5A540/R7056 in der Anlage B 36) unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse der Deutsch-Französischen Brigade und der Divisionen „Spezielle Operationen“ sowie „Luftbewegliche Operationen“ zu erfolgen hatte, erforderte die ordnungsgemäße Vornahme der Fortschreibung und Anpassung profunde Kenntnisse der bei diesen Einheiten bestehenden Gegebenheiten und der für sie typischen Aufgabenstellungen im Sinn des Kriteriums 4. Ebenfalls auf der Hand liegt, dass nur ein im Sinn des Kriteriums 1 mit allen Details des Systems vertrautes Unternehmen diese Tätigkeiten ohne vorgängige Einarbeitung (Kriterium 2) innerhalb des vertraglich vorgegebenen Leistungszeitraums (er begann für den Unterauftragnehmer trotz der erst am 12.10.2006 erfolgten Beauftragung bereits am 1.8.2006 und endete am 31.1.2007) vorzunehmen vermochte.
- 106 5.1.3.3 Der Einzelauftrag, den das IT-AmtBw der Klägerin am 21. November 2008 erteilt hat, hatte ausweislich der Leistungsbeschreibung (Blatt 4 f. der Akte 22-3153-14-09 der Regierung) die Beratung und Unterstützung des Nutzungsleiters des Führungs- und Waffeneinsatzsystems HERGIS in technischen Detailfragen sowie Tätigkeiten in Zusammenhang mit Ausbildungsanleitungen und Ausbildungsausstattungen zum Gegenstand, die dieses Führungs- und Waffeneinsatzsystem betrafen. Sowohl die vertragsgegenständlichen Beratungs- und Unterstützungstätigkeiten als auch die ausbildungsbezogenen Leistungen setzen eine Vertrautheit mit HERGIS im Sinn des Kriteriums 1 voraus; hinsichtlich der ausbildungsbezogenen Teile des Unterauftrags gelten die in Abschnitt 5.1.3.1 dargelegten Erwägungen über die Notwendigkeit von Kenntnissen und Erfahrungen bezüglich des Vorwissens, des Lernvermögens und des praktischen Geschicks der Auszubildenden entsprechend. Was den Zeitraum anbetrifft, innerhalb dessen die Klägerin diese Aufgaben wahrzunehmen hatte, beschränkt sich der ihr am 21. November 2008 erteilte Auftrag zwar auf die Festlegung des 31. Oktober 2009 als des Enddatums der Leistungserbringung. Da die Personalleistungen, die die Klägerin im Rahmen der Entwicklung von HERGIS oblagen, jedoch bereits am 30. Juni 2008 endeten (Seite 8 der Leistungsbeschreibung für die systemtechnische Begleitung der Entwicklungsmaßnahmen FÜWES HERGIS in der

Version 1.4 vom 30.8.2007, Bl. 63 der Akte 330-3153-7/05 der Regierung), ist davon auszugehen, dass dieses Führungs- und Waffeneinsatzsystem ab der zweiten Hälfte des Jahres 2008 bei den Heeresfliegern eingesetzt wurde, so dass spätestens von der am 21. November 2008 erfolgten Erteilung des inmitten stehenden Einzelauftrags an ein Bedarf an diesbezüglichen Ausbildungsleistungen sowie an einer Beratung des Nutzungsleiters bestand. Auch insofern bestand deshalb im Sinn des Kriteriums 2 keine Möglichkeit der vorgängigen Einarbeitung eines Auftragnehmers.

- 107 5.1.3.4 Die beiden Unteraufträge, die die E*** ***** GmbH der Klägerin am 19. März 2008 unter der Bestellnummer 45266881/NB/156/0011 erteilt hat (Bl. 25 – 29 und Bl. 30 – 34 der Akte 22-3153-507-09 der Regierung), konnte ebenfalls nur ein Unternehmen sachgerecht ausführen, das kumulativ den Kriterien 1, 2 und 4 genügte. Diese beiden Unteraufträge (sie bilden einen Teil des Prüfvorgangs 10) hatten ausweislich der von der Klägerin diesbezüglich erstellten Statusmeldungen (Bl. 38, 51, 53, 55, 68 und 70 der Akte 22-3153-507-09 der Regierung) ihre Mitarbeit an der Fortschreibung und Anpassung des Einsatz- und Betriebshandbuchs für das Führungsinformationssystem des Heeres zum Gegenstand. Hinsichtlich der erforderlichen Vertrautheit mit diesem System einer- und mit den Gegebenheiten bei der Truppe andererseits gelten die in Abschnitt 5.1.3.1 angesprochenen Gesichtspunkte deshalb entsprechend.
- 108 Die Dringlichkeit der Aufgabenerfüllung und die daraus resultierende Unmöglichkeit, dem Unterauftragnehmer eine Einarbeitungszeit zuzubilligen, ergeben sich daraus, dass der Leistungszeitraum in beiden Bestellungen auf die Spanne vom 1. März 2008 bis zum 1. September 2008 festgelegt wurde. Das Projekt, in das die Klägerin eingebunden wurde, befand sich im Zeitpunkt der Bestellungen mithin bereits in der Realisierungsphase. Dass die Klägerin tatsächlich bereits vor den am 19. März 2008 an sie gerichteten Bestellungen im Rahmen der erst hierdurch förmlich begründeten Rechtsverhältnisse für die E*** ***** GmbH tätig wurde, belegen ihre vom 2. April 2008 und vom 7. Mai 2008 stammenden Statusberichte (Bl. 70 und Bl. 68 der Akte 22-3153-507-09 der Regierung): Aus ihnen geht hervor, dass sie der Bestellnummer 45266881/NB/156/0011 unterfallende Arbeiten bereits ab dem 1. bzw. dem 4. März 2008 vorgenommen hat.
- 109 5.1.4 Um den als Prüfvorgang 11 geführten Unterauftrag ordnungsgemäß ausführen zu können, genügte es demgegenüber, wenn ein Unternehmen die Kriterien 1 und 2 erfüllte. Gleiches gilt für den verbleibenden Teil des Prüfvorgangs 10.
- 110 5.1.4.1 Nach dem dem Unterauftrag 11 zugrunde liegenden Hauptauftrag hatte die E***

***** GmbH Softwarepflegeleistungen im Rahmen des Lizenzmanagementsystems für das Führungsinformationssystem des Heeres zu erbringen. Ausweislich der einschlägigen Leistungsbeschreibung (vgl. den Einzelauftrag Q/IB2K/7A439/ R6199 in der Anlage B 36) handelte es sich hierbei um Tätigkeiten ausschließlich EDV-technischer Art; Anforderungen dergestalt, dass hierfür auch Kenntnisse und Erfahrungen über die Gegebenheiten bei der Truppe im Sinn des Kriteriums 4 nötig sind, lassen sich weder dieser Leistungsbeschreibung noch dem Text der am 23. April 2008 erfolgten Bestellung diesbezüglicher Leistungen durch die Hauptauftragsnehmerin bei der Klägerin noch den Statusmeldungen entnehmen, die die Klägerin im Rahmen dieser Bestellung an die E*** ***** GmbH gerichtet hat. Aus dem vierten Absatz auf Seite 3 der einschlägigen Leistungsbeschreibung ergibt sich im Gegenteil, dass es sich bei den unmittelbaren Nutzern der insoweit vorzunehmenden Arbeiten nicht um Soldaten ohne EDV-technische Fachausbildung, sondern ihrerseits um EDV-Spezialisten handelte. Denn das Lizenzmanagementsystem diene danach dem Ziel, Systemadministratoren eine Installation und Deinstallation von Softwarepaketen auf Zielplattformen zu ermöglichen. Auch aus den Abschnitten 2.2 und 2.4 dieser Leistungsbeschreibung geht unmittelbar hervor, dass die am Lizenzmanagementsystem vorzunehmenden Maßnahmen den Aufgabenbereich von Systemadministratoren bzw. von Systembetreuern betrafen. Damit in Einklang steht es, wenn der Zeuge W***** bei seiner Aussage vor dem Verwaltungsgerichtshof das Charakteristikum von Softwarepflegeleistungen dahingehend umschrieben hat, durch sie solle Software – etwa in Form von Updates – auf neuestem und funktionsfähigem Stand gehalten werden.

- 111 Unabdingbar für die sachgerechte Erfüllung auch dieser Aufgabe war allerdings die Vertrautheit des Unterauftragnehmers nicht nur mit dem Führungsinformationssystem des Heeres als solchem, sondern auch mit dessen Entwicklungsgeschichte und mit den aus ihm entstandenen Subsystemen. Die erforderliche Kenntnis der Historie dieses Systems folgt aus dem Umstand, dass die vorzunehmenden Maßnahmen nach dem Abschnitt 2.14 der Leistungsbeschreibung u. a. die Erstellung bzw. Anpassung einer „entwicklungsbegleitenden Dokumentation“ zum Gegenstand hatten; das notwendige Wissen in Bezug auf für die Zukunft vorgesehene oder vorbehaltene Ergänzungen kommt in der Tatsache zum Ausdruck, dass das Lizenzmanagementsystem nach dem letzten Absatz des Abschnitts 1 und nach dem Abschnitt 2.7 der Leistungsbeschreibung so auszulegen war, dass es auch für spätere Erweiterungen – z.B. in Gestalt von Führungs- und (Waffen-)Einsatzsystemen – genutzt und bei Bedarf schrittweise ausgebaut werden konnte. Da die am 23. April 2008 bei der Klägerin erfolgte Bestellung – anders als bei den vorstehend erörterten Unteraufträgen – gegenständlich nicht eingegrenzt war, musste nicht nur die E*** ***** GmbH als

Hauptauftragnehmerin, sondern auch die Klägerin dem sich aus der einschlägigen Leistungsbeschreibung ergebenden Anforderungsprofil in vollem Umfang genügen.

- 112 Die Unmöglichkeit, die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen erst nach Erteilung des Unterauftrags zu erwerben, folgt auch hier aus den engen zeitlichen Vorgaben für die Auftragserledigung. Der der E*** ***** GmbH erteilte Hauptauftrag datierte vom 3. April 2008; er war bis zum 31. Oktober 2008 zu erfüllen. Dieses Unternehmen seinerseits hat der Klägerin die vollständige Erbringung der im Rahmen des Unterauftrags geschuldeten Leistungen bis zum 30. Oktober 2008 vorgegeben. Auch der hier inmitten stehende Unterauftrag nennt zwar kein Datum, ab dem mit seiner Erfüllung zu beginnen war. Angesichts des Umfangs dieses Unterauftrags (das zwischen der E*** ***** GmbH und der Klägerin hierfür vereinbarte Entgelt belief sich auf deutlich mehr als 50 % der der Hauptauftragnehmerin zustehenden Vergütung) und der insoweit fehlenden Beschränkung auf konkret bezeichnete Teile des Hauptauftrags kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass die Erfüllung des Unterauftrags innerhalb sehr kurzer Zeit nach dem Zustandekommen dieses Rechtsgeschäfts in Angriff genommen werden musste. Dass die Klägerin tatsächlich bereits unmittelbar nach der am 23. April 2008 erfolgten Erteilung des Unterauftrags tätig wurde, belegt die Tatsache, dass ihre am 7. Mai 2008 erstellte, den Berichtszeitraum bis zum 30. April 2008 betreffende Statusmeldung (Bl. 31 der Akte 22-3153-9-10 der Regierung) bereits eine Mehrzahl von im Rahmen dieses Unterauftrags vorgenommenen Tätigkeiten aufführte.
- 113 5.1.4.2 Für die beiden zum Prüfvorgang 10 gehörenden Unteraufträge, die die E*** ***** GmbH der Klägerin am 19. März 2008 unter der Bestellnummer 45266879/NB/156/0011 erteilt hat, gelten die vorstehend zum Unterauftrag vom 23. April 2008 angestellten Erwägungen mit der Einschränkung entsprechend, dass an die Klägerin insoweit nur Teile des Hauptauftrags – nämlich die nach den Positionen 1.8 und 2.3 BLK zu erbringenden Tätigkeiten – delegiert wurden. Sie haben ausweislich der einschlägigen „Leistungsbeschreibung TLB-Leistungen 2008 FAUST E1 / FülInfoSysHeer“ die Unterstützung des Nutzungsmanagements u. a. durch das Erfassen und Bewerten von seitens der Lizenzgeber und Herstellerfirmen eingehenden Informationen zum Gegenstand. Auch insoweit stehen einerseits Aufgaben inmitten, die sich ausschließlich in der Sphäre der IT-Technik – nämlich in Gestalt einer Kommunikation zwischen EDV-Fachleuten auf allen beteiligten Seiten – abspielen. Jedenfalls eine „Bewertung“ von Informationen der vorbezeichneten Art ist jedoch nur einem Unternehmen möglich, das aufgrund seiner umfassenden Vertrautheit mit dem Führungsinformationssystem des Heeres und dem Vorläufersystem FAUST E1 die Stichhaltigkeit und das sachliche Gewicht von Erklärungen, die seitens der Lizenzgeber

bzw. Herstellerfirmen abgegeben werden, zutreffend einzuordnen vermag. Die Unmöglichkeit, diese Vertrautheit erst während einer Einarbeitungszeit zu erlangen, ergibt sich daraus, dass der Leistungszeitraum im Rahmen beider Bestellungen auf die Monate vom 1. März 2008 bis zum 1. September 2008 festgelegt wurde. Auch dieses Projekt befand sich im Zeitpunkt der Bestellungen mithin bereits in der Realisierungsphase. Dass die Klägerin faktisch bereits vor ihrer am 19. März 2008 rechtsförmlich erfolgten Beauftragung in diesem Rahmen für die E*** ***** GmbH tätig wurde, belegt ihre Statusmeldung vom 7. Mai 2008 (Bl. 22 der Akte 22-3153-507-09 der Regierung): Aus ihr geht hervor, dass sie der Bestellnummer 45266879/NB/156/0011 unterfallende Arbeiten bereits ab dem 4. März 2008 durchgeführt hat.

- 114 5.2 Die Anforderungen, denen ein Anbieter der vom IT-AmtBw jeweils nachgefragten Leistung genügen musste, um für eine Auftragserteilung in Betracht zu kommen, sind nicht Ausdruck einer Marktabschottung (vgl. dazu BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 40), die dem Ziel diene, durch eine möglichst restriktive Fassung der Vergabevoraussetzungen den Kreis der berücksichtigungsfähigen Unternehmen möglichst eng zu ziehen. Sie waren vielmehr ausnahmslos sachgerecht.
- 115 Hinsichtlich der Kriterien 3 und 4 bedarf dies keiner näheren Darlegung. Vielmehr liegt es auf der Hand, dass „Controlling“-Funktionen, wie sie im Rahmen der Aufträge wahrzunehmen waren, die den Gegenstand der Prüfvorgänge 1 bis 6 bildeten, in vertrauenswürdiger Weise nur ein Auftragnehmer wahrzunehmen vermag, der dem zu überwachenden Unternehmen unabhängig gegenübersteht. Gleiches gilt für seine ggf. notwendige Vertrautheit mit militärischen Melde- und Befehlswegen sowie allgemein mit dem Anforderungsprofil, dem eine Informationstechnologie genügen muss, die für eine unmittelbar operationale militärische Verwendung bestimmt ist. Diesbezüglich praxistaugliche Leistungen lassen sich nur erbringen, wenn dem potentiellen Auftragnehmer die Einsatzbedingungen des Produkts und die Möglichkeiten der Menschen, die mit ihm umzugehen haben, geläufig sind. Dass das IT-AmtBw von unnötigen Eingrenzungen des Kreises der für eine Auftragsvergabe in Betracht kommenden Unternehmen abgesehen hat, belegt im Übrigen die Tatsache, dass die Kriterien 3 und 4 keineswegs bei allen verfahrensgegenständlichen Aufträgen zu den Anforderungen gehörten, die erfüllt sein mussten, damit ein Angebot als Bestandteil des relevanten Marktes angesehen werden konnte.
- 116 Die sachliche Rechtfertigung des bei allen verfahrensgegenständlichen Aufträgen bedeutsamen Erfordernisses, dem zufolge ein Auftragnehmer mit dem Führungsinformationssystem des Heeres einschließlich seiner Vor- und Subsysteme vertraut zu sein hatte, folgt vor allem aus dem Umstand, dass die Bundeswehr – und hiervon na-

mentlich das Heer – während der Jahre, in denen die verfahrensgegenständlichen Aufträge vergeben wurden, ebenso wie in der unmittelbaren Zeit danach in Afghanistan ihren bisher größten, auch mit Kampfhandlungen einhergehenden Auslandseinsatz wahrzunehmen hatte. Der Zeuge W***** hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof glaubhaft darauf hingewiesen, dass sich Mängel der Technik, die bei solchen Einsätzen zur Verfügung steht, im Wortsinn „fatal“ auswirken (nämlich den Tod oder schwere Verletzungen von Soldaten zur Folge haben) können. Dies gilt – worauf der Zeuge gleichfalls zutreffend hingewiesen hat – nicht zuletzt für Fehler der zur Verfügung stehenden Software. Es liegt auch für Außenstehende auf der Hand, dass z.B. ein unrichtig programmiertes Führungs- und Waffeneinsatzsystem u. U. dazu führt, dass eigene Verbände oder Einheiten verbündeter Streitkräfte dann versehentlich unter Beschuss genommen werden, wenn die Einsatzleitung wegen eines Softwarefehlers unzutreffende Angaben über den aktuellen Aufenthalt dieser Truppenteile erhält.

- 117 Ebenfalls evident ist, dass Softwarefehlern nur dann in bestmöglicher Weise vorgebeugt wird, wenn das Unternehmen, das die Entwicklung einschlägiger Systeme zu überwachen bzw. sie nach ihrer Einführung in der Truppe zu betreuen oder weiterzuentwickeln hat, mit ihnen umfassend vertraut ist. Hat sich ein IT-technisches Vorhaben – wie beim Führungsinformationssystem des Heeres und seinen Vorläufer- und Subsystemen der Fall – im Zeitpunkt der verfahrensgegenständlichen Aufträge zum Teil nahezu bereits über ein Jahrzehnt hinweg aus verschiedenen aufeinander aufbauenden Systemen entwickelt, so kommt eine solche Qualifikation nur einem Unternehmen zu, das zumindest zu wesentlichen Teilen in diesen Entstehungsprozess eingebunden war. Denn nur einem solchen Leistungsanbieter sind die Gründe geläufig, die dazu geführt haben, dass im Laufe des Entwicklungsgangs Weichenstellungen hinsichtlich der künftigen Ausgestaltung der Software in bestimmter Weise getroffen wurden; allein ein solches Unternehmen vermag aufgrund der Erfahrungen, die es im Rahmen der Projekthistorie mit den Vorzügen und Nachteilen von Lösungsmöglichkeiten gewonnen hat, sachkundig zu beurteilen, in welcher Weise praxistaugliche Weiterentwicklungen des Systems zu erfolgen haben. Bei einer Technik, die umgehend nach ihrer Einführung ggf. auch im Rahmen eines bewaffneten Konflikts zum Einsatz gelangt, kommt dem Gesichtspunkt des „Bekannt und Bewährt“ gesteigerte Bedeutung zu: Weder kann den betroffenen Soldaten angesichts der sonstigen Belastung, denen sie in solchen Einsatzsituationen ausgesetzt sind, ohne triftigen Grund zugemutet werden, sich mit einer veränderten Software vertraut zu machen, noch ist in einer solchen Konstellation Raum dafür, die Praxiseignung neuer Lösungsansätze „im Echtbetrieb“ zu erproben.

- 118 Bereits das Erfordernis, den in Afghanistan eingesetzten Verbänden des Heeres ehestmöglich eine funktionsfähige IT-Ausstattung zur Verfügung zu stellen, indiziert die jeweilige Dringlichkeit der Aufgabenerfüllung. Dass die diesbezüglichen, in Abschnitt 5.1.2.2 der Entscheidungsgründe dieses Urteils auszugsweise referierten Bestimmungen in den Leistungsbeschreibungen nicht nur vorgeschützt waren, belegen ferner die jeweils außerordentlich kurzen, teilweise sogar vor dem Datum des Vertragsschlusses liegenden Zeitpunkte, die nicht nur die E*** ***** GmbH (vgl. dazu vorstehend unter 5.1.3.1, 5.1.3.2 und 5.1.3.4), sondern auch das IT-AmtBw für den Beginn der Auftragsausführung festgesetzt hat; auf die diesbezüglichen Angaben in den Spalten „vertraglich festgelegter Beginn des Ausführungszeitraums“ der in den Tatbestand dieses Urteils aufgenommenen Tabellen wird insoweit Bezug genommen. (Die Verträge, die den Gegenstand des Prüfauftrags 3 bilden, und der zweite Änderungsvertrag zum Vertrag vom 28. Mai/3. Juni 2004 erschöpfen sich allerdings in der Wiedergabe des Zeitpunkts, in dem mit der Durchführung des ursprünglichen bzw. des ersten Änderungsvertrags zu beginnen war.)
- 119 5.3 Unmittelbar aus der Bestimmung des jeweils relevanten Marktes folgt, dass für keinen der verfahrensgegenständlichen Aufträge ein allgemeiner Markt bestand. Dieser lässt sich nur bejahen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Leistungen des allgemeinen Bedarfs benötigt (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 14). Denn nur dann, wenn eine Ware oder eine Dienstleistung außer durch eine oder einige sehr wenige öffentliche Stelle(n) auch seitens anderer Wirtschaftssubjekte nachgefragt wird, kann es zu jenem Wechselspiel von Angebot und Nachfrage kommen, auf dessen Grundlage sich u. U. ein verkehrsbüblicher Preis im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 herausbildet. Dienstleistungen in Bezug auf die Software, die im Rahmen des Führungsinformationssystems des Heeres (einschließlich seiner Vorgänger- und Subsysteme) eingesetzt wird, benötigt demgegenüber nur die Bundeswehr.
- 120 5.4 Anlässlich keines der verfahrensgegenständlichen Aufträge wurde ferner dadurch ein besonderer Markt geschaffen, dass vor der Vergabeentscheidung ein wettbewerbliches Verfahren durchgeführt wurde. Aus den mit Schreiben der Landesanstalt für Wirtschaftsinformationssysteme Bayern vom 13. Februar 2018 als Anlagen B 54 bis B 60 in den Rechtsstreit eingeführten Unterlagen ergibt sich, dass das IT-AmtBw bei keiner der Beschaffungen, die den Prüfvorgängen 1 bis 7 zugrunde liegen, eine öffentliche oder eine beschränkt öffentliche Ausschreibung durchgeführt oder vor der freihändigen Vergabe konkrete Vergleichsangebote eingeholt (bzw. die mit diesen Vergabearten korrespondierenden unionsrechtlichen Verfahrensarten gewählt) hat. Aus der Anlage B 64 geht ferner hervor, dass auch der Rahmenvertrag Q/IB2P/R7312, der die Grundlage

für den der Klägerin am 21. November 2008 erteilten Einzelauftrag bildete, ohne wettbewerbliches Verfahren zustande gekommen ist. Gleiches gilt nach der am 4. Juli 2018 gegenüber dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof abgegebenen Aussage des Zeugen S***** ferner für die Unteraufträge, die Gegenstand der Prüfvorgänge 8 bis 11 sind; beschränkt auf die Prüfvorgänge 9 und 10 hat sich der Zeuge H***** in damit übereinstimmender Weise geäußert.

- 121 Wenn der Zeuge S***** in seiner schriftlichen Aussage vom 2. Mai 2018 ausgeführt hat, man könne aus seiner Sicht deshalb von einer Auftragserteilung „unter wettbewerblichen Bedingungen“ sprechen, weil das Angebot der Klägerin sorgfältig geprüft und für kommerziell, technisch und preislich angemessen erachtet worden sei, hinsichtlich der Klägerin ferner keine negativen Erfahrungen in Bezug auf Pünktlichkeit, Qualität oder Mängelbeseitigung vorgelegen hätten, so wird dadurch keine wettbewerbliche Preisbildung dargetan, die zur Schaffung eines besonderen Marktes geführt hätte. Denn sie setzt voraus, dass „die geforderte Leistung auch von anderen als dem ausgewählten Anbieter tatsächlich zu einem bestimmten Preis angeboten“ wurde (BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 45). Da der Marktpreisvorrang dem Schutz der marktwirtschaftlichen Ordnung und der Preisbildung im freien Wettbewerb dient, schützt er nur das Resultat des tatsächlich vorgefundenen Wettbewerbs, aber keinen als wettbewerbsgerecht vermuteten oder fingierten Preis (BVerwG, U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 45).
- 122 5.5 Nicht geeignet, eine wettbewerbliche Preisbildung dazutun, wäre es ferner, sollte die Klägerin – wie sie das mehrfach behauptet hat – die den verfahrensgegenständlichen Aufträgen zugrunde liegenden Angebote in der Annahme abgegeben haben, sie müsse sich möglicherweise der Konkurrenz mit weiteren Anbietern stellen, da sie nicht habe wissen können, ob der jeweilige Auftraggeber Vergleichsangebote eingeholt habe. Ob die damit der Sache nach angesprochene Rechtsfigur des „potenziellen Wettbewerbs“ anzuerkennen ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 13. April 2016 (8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 26) als „zweifelhaft“ bezeichnet, die Beantwortung dieser Frage wegen ihrer fehlenden Entscheidungserheblichkeit im vorliegenden Rechtsstreit indes dahinstehen lassen. Denn die Klägerin sei nach den Feststellungen im Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 6. November 2014 (22 B 14.175 – juris) wegen ihr zukommender Alleinstellungsmerkmale beauftragt worden, die ihr bekannt gewesen und die zudem in mehreren Auftragsunterlagen angesprochen worden seien.
- 123 Daran ist auch nach dem Ergebnis des erneuerten Berufungsverfahrens festzuhalten. Dass das IT-AmtBw der Klägerin bei den ihr unmittelbar von dort aus erteilten

Aufträgen jeweils ein Alleinstellungsmerkmal zuerkannt hat, ergibt sich aus den Ausführungen dieser Behörde, die sich auf Blatt 239, 240 Rückseite, 241 Rückseite, 243, 243 Rückseite, 245 Rückseite, 246, 247 Rückseite, 248, 249 Rückseite, 250, 251 Rückseite, 253 Rückseite, 254 Rückseite, 255 Rückseite, 258, 259 Rückseite, 262 Rückseite, 263 Rückseite, 264, 266, 267 Rückseite, 268, 272 Rückseite, 275 Rückseite, 276 Rückseite, 277 und 279 der Gerichtsakte des Verfahrens 22 B 16.1447 zu meist unter den Zwischenüberschriften „Begründung der Vergabeart“ bzw. „Begründung für die Zuschlagserteilung“ finden. Gleiches gilt für den Rahmenvertrag Q/IB2P/R7312 (vgl. Bl. 451 f. der Gerichtsakte des Verfahrens 22 B 16.1447). Hinsichtlich der Unteraufträge, die die Klägerin seitens der E*** ***** GmbH erhalten hat, folgt dieses Ergebnis aus den Bekundungen der Zeugen H***** und S***, wonach es der Wunsch des IT-AmtesBw gewesen sei, auch insoweit die Klägerin heranzuziehen. Dass dieser Wunsch seine Rechtfertigung in technischen Gründen fand, folgt aus der Tatsache, dass in das Feld „Sourcing Code“ der mit „Procurement Follow Up“ überschriebenen Formblätter, die innerhalb der E*** ***** GmbH aus Anlass der den Prüfungsvorgängen 8, 9 und 11 zugrunde liegenden Unteraufträge ausgefüllt wurden, jeweils die Nummer 370 eingetragen wurde. Die Ziffer „3“ bedeutet nach dem von der E*** ***** GmbH in diesem Zusammenhang verwendeten Kriterienblatt, dass der Lieferant vorgeschrieben worden sei und der Besteller dies technisch begründet habe. Diese technischen Begründungen können sich, wie aus den vorerwähnten Vergabevermerken und aus der glaubhaften Darstellung des Zeugen L***** (vgl. S. 9 Mitte der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof am 4.7.2018) folgt, nur auf die der Klägerin zukommenden Alleinstellungsmerkmale bezogen haben.

- 124 Die Tatsache, dass ihr nach Auffassung des IT-AmtesBw ein Alleinstellungsmerkmal zukam, war der Klägerin umfassend bekannt. Zur Begründung hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 13. April 2016 (8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 26) darauf verwiesen, dass sich einschlägige Angaben z.B. auf Blatt 20 und Blatt 42 der Akte 330-3153-11/04, auf Blatt 19 der Akte 22-3153-350-06 und auf Blatt 49 der Akte 22-3153-20-07 der Regierung (sie betreffen die Prüfungsvorgänge 1, 4 und 5) finden. Das Bundesverwaltungsgericht hat damit auf Aussagen in Leistungsbeschreibungen Bezug genommen, auf die in zwischen dem IT-AmtBw und der Klägerin geschlossenen Verträgen verwiesen und in denen jeweils die Forderung erhoben worden war, der Auftragnehmer müsse Personal einzusetzen, das bereits in der Vergangenheit mit vergleichbaren Tätigkeiten im Bereich des Führungsinformationssystems des Heeres (teilweise zudem mit hieraus hervorgegangenen Subsystemen bzw. mit den Vorläufersystemen FAUST bzw. FAUST E1) befasst gewesen und das mit der Projekthistorie bzw. der hard- und softwaretechnischen Auslegung dieser Systeme oder der in-

soweit aktuell bestehenden Situation (detailliert) vertraut sei. Eine gleichgerichtete Forderung findet sich in den Leistungsbeschreibungen, die zu Bestandteilen des am 28. Mai/3. Juni 2004 geschlossenen Vertrages (Prüfvorgang 2; Bl. 21 der Akte 330-3153-240/04 der Regierung) und des am 18./21. September 2007 geschlossenen Änderungsvertrags zum Vertrag vom 14./15. Dezember 2004 (Prüfvorgang 3; Bl. 56 der Akte 330-3153-7/05 der Regierung) erklärt worden waren.

- 125 Aber auch soweit die über die verfahrensgegenständlichen Aufträge geschlossenen Verträge (bzw. die ihnen zugrunde gelegten Leistungsbeschreibungen) keine derartigen Aussagen enthielten, war der Klägerin bewusst, dass sie aus dem Grund, der in den vorerwähnten Klauseln zum Ausdruck gelangte, über ein Alleinstellungsmerkmal verfügte. Ihr Wissen um die singuläre Stellung, die sie in Bezug auf systemtechnische Begleitungen (und die damit der Sache nach übereinstimmenden IV&V-Leistungen) besaß, die das Führungsinformationssystem des Heeres einschließlich seiner Vorgänger- und Subsysteme zum Gegenstand hatten, gelangte in ihrer Pressemitteilung vom 5. Oktober 2010 zum Ausdruck, in der sie die von ihr angebotene systemtechnische Begleitung als „im Markt einzigartig“ bezeichnete (Bl. 121 der Akte des Verfahrens M 16 K 11.3887). In einer Imagebroschüre (Bl. 138 der Akte des Verfahrens M 16 K 11.3887) hat sie die von ihr erbrachte systemtechnische Begleitung ebenfalls als „einzigartig im Wettbewerb“ dargestellt. Unabhängig von diesen Selbsterühmungen musste für sie außer Zweifel stehen, dass sie so lange keine Konkurrenz zu fürchten hatte, als für den öffentlichen Auftraggeber wegen der Komplexität des Gesamtprojekts „Führungsinformationssystem des Heeres“, wegen der Interdependenz der insoweit auseinander hervorgehenden bzw. aufeinander aufbauenden Systeme sowie wegen der Dringlichkeit einer zeitgemäßen IT-Ausstattung des partiell im Auslandseinsatz stehenden Heeres für den Bund keine realistische Möglichkeit bestand, „mitten im Strom die Pferde zu wechseln“. Die Einlassung der Klägerin, sie habe ihre Angebote unter einem vermeintlichen Wettbewerbsdruck abgegeben, kann deshalb nicht als glaubwürdig anerkannt werden.
- 126 5.6 Auch objektiv kam der Klägerin hinsichtlich aller verfahrensgegenständlichen Aufträge ein Anbietermonopol zu. Bei den von den Prüfvorgängen 1 bis 6 umfassten Rechtsgeschäften schied die Beauftragung eines anderen Unternehmens deshalb aus, da außer ihr allenfalls der Entwickler oder Hersteller desjenigen Wirtschaftsgutes, dessen Entstehen sie zu überwachen hatte, über die notwendigen produktspezifischen Kenntnisse und Erfahrungen verfügte. Ähnlich stellt sich die Konstellation bei den Unteraufträgen dar, die Gegenstand der Prüfvorgänge 8 bis 11 sind: Soweit sich die E*** ***** GmbH nicht in der Lage sah, ihr erteilte Aufträge vollumfänglich selbst durchzuführen, kam nur die Klägerin als Unterauftragnehmerin in Betracht, da

allein sie über die erforderlichen Spezialkenntnisse und Vorerfahrungen verfügte, um die nachgefragten Leistungen innerhalb der vorgegebenen Zeitspanne in der erforderlichen Qualität erbringen zu können. Ein Alleinstellungsmerkmal besaß sie schließlich auch in Ansehung des Einzelauftrags 7, der die Beratung des Nutzungsleiters hinsichtlich technischer Detailfragen des Führungs- und Waffeneinsatzsystems HERGIS mit Bezug auf Ausbildungsanleitungen und Ausbildungsausstattungen zum Gegenstand hatte. Zwar muss davon ausgegangen werden, dass die hierfür erforderliche Sachkunde auch bei den Herstellern dieses Führungs- und Waffeneinsatzsystems vorhanden war. Insoweit waren jedoch mehrere Unternehmen involviert: Während die einschlägige operationelle Software durch die E*** ***** GmbH entwickelt wurde (vgl. die Klageerwiderung vom 23.5.2012, Bl. 84 der Akte des Verfahrens M 16 K 11.3887), oblag die Produktion der erforderlichen Hardware einer Mehrzahl hiervon verschiedener Unternehmen (vgl. Bl. 85 der Akte des Verfahrens M 16 K 11.3887); zu ihnen gehörten nach Aktenlage (Bl. 82 der Akte des Verfahrens M 16 K 11.3887) u. a. eine A** ***** GmbH und eine r*** ***** GmbH. Es ist nachvollziehbar, dass die Aufgabe, den Nutzungsleiter – gerade auch in Zusammenhang mit der Ausbildung für ein neues Führungs- und Waffeneinsatzsystem – technisch zu beraten, sachgerecht nur von Mitarbeitern solcher Unternehmen wahrgenommen werden kann, die Kenntnisse und Erfahrungen nicht nur in Bezug auf Teile, sondern auf die Gesamtheit eines solchen Systems erworben haben. Das IT-AmtBw hat im Vermerk vom 2. Oktober 2008 (Bl. 279 der Akte des Verfahrens 22 B 16.1447) deshalb zu Recht angemerkt, die Klägerin verfüge als einziges Unternehmen über die umfassenden „querschnittlichen“ Fachkenntnisse im Hinblick auf die technischen Anforderungen, die erforderlich seien, um die Einsatzreife von HERGIS sicherzustellen und zu erhalten.

- 127 5.7 Weder die Klägerin noch ihre Muttergesellschaft (vgl. zur gebotenen Einbeziehung dieses Unternehmens in die insofern anzustellende Betrachtung BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 41 und 46) haben die von ihnen geforderten Stundensätze anlässlich nicht verfahrensgegenständlicher, aber gleiche oder gleichartige Leistungen betreffender Aufträge im relevanten zeitlichen Umfeld zu den Rechtsgeschäften, die von den Prüfvorgängen 1 bis 11 umfasst werden, gegenüber dem Bund unter Wettbewerbsbedingungen durchsetzen können.
- 128 Das Alleinstellungsmerkmal, das der Klägerin bei den verfahrensgegenständlichen Aufträgen zukam, lässt die Notwendigkeit der im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 (a.a.O. Rn. 28, 31 und 46) insofern geforderten Vergewisserung nicht in vollem Umfang entfallen. Zwar ist im bilateralen Monopol auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 28) eine

wettbewerbliche Preisbildung ausgeschlossen. Es erscheint jedoch vorstellbar, dass der Bund der Klägerin oder ihrer Muttergesellschaft Aufträge erteilt haben könnte, die ebenfalls eine systemtechnische Begleitung, eine unabhängige Verifikation und Validation sowie technisch-logistische Betreuungs- und Softwarepflegeleistungen in Bezug auf den Gesamtkomplex „Führungsinformationssystem des Heeres“ zum Gegenstand hatten, ohne dass insoweit ein Anbietermonopol bestand. In Betracht gezogen werden muss eine solche Fallgestaltung namentlich für die Frühphase der IT-Ausstattung des Heeres, in der weder die G** mbH noch die G** AG oder die Klägerin bereits jenen Wissens- und Erfahrungsvorsprung erworben haben konnten, aus der ihre Alleinstellung während der verfahrensgegenständlichen Zeitspanne resultierte. Ebenfalls kein Anbietermonopol bestand bei solchen Vergabevorgängen, bei denen dem Gesichtspunkt der Vorbefassung der Klägerin mit informationstechnischen Fragestellungen, die das Führungsinformationssystem des Heeres betreffen, nur so geringes Gewicht zukam, dass die Beauftragung eines anderen Unternehmens nicht von vornherein ausschied.

- 129 5.7.1 Eine Fallgestaltung der letztgenannten Art lag dem im Jahr 2013 durchgeführten Vergabeverfahren zugrunde, über das der Beklagte in Abschnitt 1.2.5.2 des Schriftsatzes der Landesrechtsanwaltschaft Bayern vom 27. April 2017 berichtet hat. Da sich die Klägerin hierbei nicht gegenüber einem konkurrierenden Unternehmen durchsetzen konnte, das ein preiswerteres Angebot abgegeben habe, scheidet dieser Vorgang als Beleg für die Durchsetzung der von ihr geforderten Stundensätze im Wettbewerb von vornherein aus.
- 130 5.7.2 Eine Sachverhaltsaufklärung über den Ausgang des in den Jahren 2016 und 2017 durchgeführten wettbewerblichen Vergabeverfahrens, an dem sich die Klägerin nach der Darstellung in Abschnitt 1.2.5.3 des Schriftsatzes der Landesrechtsanwaltschaft Bayern vom 27. April 2017 beteiligt hat, erübrigte sich, da dieser Vorgang nicht innerhalb des relevanten „zeitlichen Umfelds“ der Erteilung der verfahrensgegenständlichen Aufträge liegt (vgl. zu diesem Erfordernis BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 31 und 46).
- 131 Als Umsätze, die die wettbewerbliche Durchsetzung eines Preises dann belegen können, wenn kein bilaterales, sondern nur ein Nachfragemonopol besteht, kommen nur Aufträge in Betracht, die in ausreichender, nach dem einschlägigen Markt zu bestimmender zeitlicher Nähe zu den zu prüfenden Preisvereinbarungen liegen (BVerwG, U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 41). Welche Zeiträume dabei in den Blick zu nehmen sind, richtet sich nach den zeitlichen Grenzen des Marktes für die umgesetzte Leistung; regelmäßig werden mindestens die Umsätze innerhalb eines Jahres zu

betrachten sein (BVerwG, U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 25, betreffend die Frage, wie oft es einem Unternehmen gelungen sein muss, eine Preiserhöhung durchzusetzen, damit der angehobene Preis als verkehrsüblich im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 angesehen werden kann).

- 132 Die Jahresfrist bezeichnet nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs auch die Zeitspanne, während derer ein unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs durchgesetzter Stundensatz für EDV-technische Dienstleistungen indizielle Wirkung auch für den Marktpreischarakter eines Stundensatzes entfaltet, der einem nicht unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommenen Rechtsgeschäft zugrunde gelegt wurde, das gleichartige Leistungen zum Gegenstand hatte. Für eine dergestalt enge Begrenzung des in zeitlicher Hinsicht relevanten Marktes spricht zunächst, dass bei Dienstleistungen innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit mit Marktveränderungen gerechnet werden muss (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 15).
- 133 Diesem allgemeinen Erfahrungssatz kommt im vorliegenden Fall besonderes Gewicht zu. Denn es entspricht verbreiteter Praxis, Tarifverträge über Arbeitsentgelte in annähernd jährlichem Rhythmus neu auszuhandeln. Ebenfalls weithin üblich ist es, die Besoldung der Beamten, Richter und Soldaten ungefähr jährlich anzupassen. Diese Handhabung entfaltet Ausstrahlungswirkung auch auf die Gepflogenheiten, innerhalb welcher Zeiträume die Entgelte von Beschäftigten, die weder von einem Tarifvertrag erfasst werden noch dem Besoldungsrecht unterfallen, an die Veränderungen angepasst werden, die sich hinsichtlich des allgemeinen Preis- und Lohnniveaus ergeben haben.
- 134 Gesteigerte Bedeutung kommt diesem Gesichtspunkt bei der Vergütung der Arbeitsleistung von Fachleuten auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung zu, wie sie nach den Leistungsbeschreibungen, die den verfahrensgegenständlichen Aufträgen zugrunde lagen, zum Einsatz zu gelangen hatten. Angesichts der Chancen, die sich solchen Fachkräften auch in den Jahren von 2005 bis 2008 auf dem Arbeitsmarkt boten, kann es als ausgeschlossen gelten, dass von einer Anpassung der ihnen zu gewährenden Arbeitsentgelte an das marktübliche Niveau über eine nennenswert lange Zeit hinweg abgesehen werden konnte. Dies gilt namentlich für ein Unternehmen, das – wie bei der Klägerin damals der Fall – innerhalb des prosperierenden Großraums München und damit an einem Standort ansässig war, auf dem bereits seinerzeit eine Vielzahl von IT-Unternehmen (darunter auch solche, die ausschließlich oder schwerpunktmäßig auf dem Rüstungssektor tätig sind) um qualifi-

zierte Arbeitskräfte konkurrierten.

- 135 Zwar müssen sich Veränderungen des im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten Arbeitsentgelts nicht sofort und nicht stets in vollem Umfang in der Höhe der Stundensätze niederschlagen, die der Arbeitgeber im Außenverhältnis in Rechnung stellt; vielmehr steht Unternehmen in gewissem Umfang die Möglichkeit offen, z.B. durch Reduzierung oder Anhebung ihrer Gewinnspanne Steigerungen oder Verringerungen des Kostenfaktors „menschliche Arbeit“ nicht sogleich an Dritte weiterzureichen. Die Notwendigkeit rentablen Wirtschaftens setzt der Nichtberücksichtigung von Lohnsteigerungen, ein funktionierender Wettbewerb der auf Dauer unterbleibenden Nichtweitergabe eines Rückgangs des Lohnkostenniveaus indes enge Grenzen. Gerade dann, wenn über den Marktpreischarakter von Stundensätzen zu befinden ist, die für EDV-technische Dienstleistungen angesetzt wurden, muss aus all diesen Gründen deshalb davon ausgegangen werden, dass ein diesbezüglicher Preisbestandteil, der unter Wettbewerbsbedingungen durchgesetzt werden konnte, nur während eines Jahres den hinreichend sicheren Schluss darauf gestattet, dass ein nicht wettbewerbsfähig zustande gekommener Stundensatz ebenfalls als Marktpreis angesehen werden kann.
- 136 Wenn die Klägerin die von ihr für Dienstleistungen der Kategorien I, II und III angesetzten Stundensätze unverändert aus der Preisliste ihrer Muttergesellschaft übernommen und sie diese Entgelte während des verfahrensgegenständlichen Zeitraums nur einmal – und auch dies nur hinsichtlich der Kategorie I – von 115,00 € auf 125,00 € angehoben hat, so steht das nicht zu dem Befund in Widerspruch, dass von einem in zeitlicher Hinsicht volatilen Markt auszugehen ist. Die weitgehende Konstanz der Stundensätze der Klägerin würde den Schluss auf einen insoweit vergleichsweise stabilen Markt nur dann rechtfertigen, wenn sich hätte feststellen lassen, dass sie oder ihre Muttergesellschaft diese Stundensätze in zeitlicher Nähe zu den verfahrensgegenständlichen Aufträgen nachweislich wiederholt unter Wettbewerbsbedingungen für gleiche oder gleichartige Leistungen durchzusetzen vermochte. Dahingehende Erkenntnisse haben sich jedoch während des gesamten Verfahrensgangs nicht gewinnen lassen. Vor diesem Hintergrund muss ernstlich damit gerechnet werden, dass die relative Kontinuität der Preisgestaltung der Klägerin Ausdruck ihres Wissens darum ist, dass sie mit ihren Forderungen die preisliche „Schmerzgrenze“ des IT-AmtesBw nicht überschreiten durfte. Denn nach glaubhafter Darstellung des Zeugen W***** (vgl. Seite 5 oben der Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 4.7.2018) wissen die Anbieter hochspezieseller Leistungen, denen wegen ihrer Vorbefassung mit einer bestimmten Materie bei der Vergabe von Folgeaufträgen eine faktische Monopolstellung zukommt, wie weit sie bei ihrer Preisgestaltung gehen dür-

fen, ohne Gefahr zu laufen, dass die Behörde nach Mitteln und Wegen sucht, um sich künftig einer solchen Zwangslage zu entziehen. Zu einer solchen Entwicklung ist es im Jahr 2013 gekommen, als das BAAINBw im Vorfeld der Vergabe eines IT-Sicherheitskonzepts für den Transportpanzer FUCHS eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt hat, obgleich auch dieses Vorhaben einen – wenngleich begrenzten – Bezug zum Führungsinformationssystem des Heeres und dem Führungs- und Waffeneinsatzsystem LBO aufwies (vgl. Abschnitt 1.2.5.2 des Schriftsatzes der Landesrechtsanwaltschaft Bayern vom 27.4.2017).

- 137 Zwischen den jüngsten der verfahrensgegenständlichen Aufträge (sie wurden im Jahr 2008 erteilt) und dem Ausgang des in den Jahren 2016 und 2017 durchgeführten wettbewerblichen Vergabeverfahrens liegt ein Abstand von (nahezu) einem Jahrzehnt. Sollte es der Klägerin in dem letztgenannten Verfahren gelungen sein, die von ihr geforderten Stundensätze durchzusetzen, käme diesem Umstand deshalb keine Aussagekraft dafür zu, ob entsprechenden Entgeltbestandteilen, die sie anlässlich der zu prüfenden Rechtsgeschäfte angesetzt hat, Marktpreiskarakter zuerkannt werden kann. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin im Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 22. August 2018 selbst eingeräumt hat, während der letzten zehn bis fünfzehn Jahre hätten sich „sämtliche Kalkulationsgrundlagen umfassend geändert“.
- 138 5.7.3 Weitere Aufträge, die der Bund der G** mbH, der G** AG oder der Klägerin erteilt hat, hat der Beklagte in der Anlage B 29 zusammengestellt.
- 139 5.7.3.1 Bei der Prüfung der Frage, ob die Klägerin anlässlich dieser Rechtsgeschäfte die von ihr geforderten Stundensätze im Wettbewerb durchzusetzen vermochte, können zunächst all diejenigen in dieser Anlage aufgeführten Aufträge außer Betracht bleiben, bei denen der Beklagte die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und die Einholung konkreter Angebote anderer Unternehmen definitiv verneint hat. Denn an der Richtigkeit dieser Angaben bestehen angesichts der Intensität und der Sorgfalt der ihnen vorausgegangenen Ermittlungen, deren Verlauf ihren Niederschlag in den Anlagen(konvoluten) B 18 bis B 27 gefunden hat, keine Zweifel. Abgesehen allenfalls von dem in der Anlage B 29 unter der lfd. Nummer 3 aufgeführten Auftrag hat auch die Klägerin keine substantiierten Angriffe gegen diese Darstellung des Beklagten vorgebracht.
- 140 In Ansehung des letztgenannten Rechtsgeschäfts hat der Beklagte zwar ursprünglich ebenfalls die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und die Einholung von Konkurrenzangeboten verneint. Die Klägerin hat jedoch bereits in Abschnitt 4.1 der von ihr als Anlage K 1 in den Rechtsstreit eingeführten Marktanalyse

geltend gemacht, bei der ersten Vergabe, die die systemtechnische Betreuung desjenigen Vorhabens zum Gegenstand gehabt habe, aus dem schließlich das Führungsinformationssystem des Heeres hervorgegangen sei, habe sie sich im Wettbewerb gegen zumindest zwei weitere Unternehmen – darunter wohl die Fa. S***** – durchgesetzt. Da sie an gleicher Stelle außerdem angegeben hat, die Systementwicklung habe 1996 mit den Projekten „GeFüSys“ und „FüWES Kern“ begonnen, spricht aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofs alles dafür, dass der in der Anlage B 29 unter der lfd. Nummer 3 erwähnte Auftrag mit dem in Abschnitt 4.1 der Anlage K 1 angesprochenen Geschäftsvorfall identisch ist. Von dieser Möglichkeit geht ausweislich der Ausführungen in Abschnitt 1.2.5.1 des Schriftsatzes der Landesadvokatur Bayern vom 27. April 2017 nunmehr auch der Beklagte aus. Wegen fehlender Unterlagen lasse es sich allerdings nicht mehr feststellen, ob seinerzeit insofern ein wettbewerbliches Vergabeverfahren stattgefunden habe.

- 141 Die insoweit verbleibende Ungewissheit ist entscheidungsunerheblich, da einer etwaigen Durchsetzung der von der G** mbH seinerzeit geforderten Stundensätze im Wettbewerb wegen des großen zeitlichen Abstands zu den verfahrensgegenständlichen Aufträgen keine Aussagekraft dafür zukäme, ob die von der Klägerin bzw. ihrer Muttergesellschaft zwischen 2005 und 2008 angesetzten Stundensätze als Marktpreise anzusehen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob das unter der lfd. Nummer 3 der Anlage B 29 erwähnte Rechtsgeschäft – wie dort angegeben – erst am 13. Juli 1998 zustande kam oder ob angesichts der in der gleichen Anlage behaupteten Ausführung des damaligen Auftrags bereits in den Jahren von 1996 bis 1998 von einem früheren Abschluss des diesbezüglichen Vertrags auszugehen ist.
- 142 5.7.3.2 Nicht innerhalb des relevanten zeitlichen Umfelds zu den verfahrensgegenständlichen Aufträgen kamen auch die Rechtsgeschäfte mit der G** mbH bzw. der Klägerin zustande, die in der Anlage B 29 unter den lfd. Nummern 1, 2, 4, 5, 47, 54 sowie 59 bis 63 aufgeführt werden. Gleiches gilt für den dort unter der lfd. Nummer 55 erwähnten Auftrag, bei dem der Beklagte angemerkt hat, dass ihm zunächst widersprüchliche Angaben über den wettbewerblichen Charakter der insoweit vorgenommenen Vergabe zugegangen sind. Bei den lfd. Nummern 1, 2, 4, 5 sowie 59 bis 63 folgt die Irrelevanz des Umstands, dass der Beklagte das wettbewerbliche Zustandekommen dieser Aufträge nicht aufzuklären vermochte, zudem daraus, dass die von der Klägerin bzw. ihrer Muttergesellschaft zu erbringenden Leistungen im Verhältnis zu denen, die sie im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Verträge schuldeten, weder gleich noch gleichartig waren (vgl. zu diesem Erfordernis BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 41). Hinsichtlich der Aufträge, die die Ausstattung einer Bundesbehörde mit einem Fahrzeugortungssystem betrafen (lfd.

Nummern 59 bis 63 der Anlage B 29), hat die Klägerin in Abschnitt II.4 des Schriftsatzes ihrer Bevollmächtigten vom 27. September 2017 überdies selbst erklärt, die insoweit inmitten stehenden Verträge seien aus ihrer Sicht für den vorliegenden Rechtsstreit nicht erheblich.

143 5.7.3.3 Im erneuerten Berufungsverfahren konnte positiv festgestellt werden, dass die in der Anlage B 29 unter den lfd. Nummern 10 und 18 erwähnten Rahmenverträge, deren Zustandekommen in einem wettbewerblichen Verfahren der Beklagte bei der Erstellung dieser Übersicht noch als ungeklärt angesehen hat, ohne vorherige Einholung von Vergleichsangeboten abgeschlossen wurden. Ausweislich der vom Beklagten in den Rechtsstreit eingeführten Anlagen B 64 und B 65 erfolgte die Vergabe jeweils gemäß § 3a Nr. 2 Buchst. c VOL/A in der sowohl am 21. Juli 2008 als auch am 4. Juni 2010 (d.h. an den Tagen, an denen über die Art der Vergabe beider Rahmenverträge entschieden wurde) geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 6. April 2006 (BAnz Nr. 100a vom 30.5.2006), berichtigt durch Bekanntmachung vom 7. Juni 2006 (BAnz S. 4368); die VOL/A in der Fassung vom 20. November 2009 (BAnz Nr. 196a vom 29.12.2009) trat erst am 11. Juni 2010 in Kraft. Nach § 3a Nr. 2 Buchst. c VOL/A 2006 durfte ein Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung vergeben werden, wenn er u. a. wegen seiner technischen Besonderheiten nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden konnte. § 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 VOL/A 2006 gestattete es dem Auftraggeber, bei einer im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung erfolgenden Vergabe mit mehreren oder mit einem einzigen Unternehmen seiner Wahl über die Auftragsvergabe zu verhandeln. Da das IT-AmtBw auf Seite 2 der Anlage B 64 und in dem Vermerk, der sich als Blatt 4 in der Anlage B 65 findet, festhielt, allein die Klägerin verfüge über die für die Durchführung des jeweiligen Projekts erforderlichen „umfassenden querschnittlichen Fachkenntnisse“, steht außer Frage, dass in jenen Verhandlungsverfahren nur sie zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Dass es sich so verhielt, hat im Übrigen der Zeuge L***** bei seiner Aussage vor dem Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich bestätigt (vgl. seine auf den Seiten 9, 10, 11 und 16 der Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 4.7.2018 festgehaltenen Angaben); den Vorbehalt, den er hinsichtlich des unter der lfd. Nummer 18 geführten Rahmenvertrags zunächst angebracht hat, hat er im weiteren Fortgang seiner Einvernahme nicht aufrechterhalten (vgl. Seite 10 unten der Sitzungsniederschrift).

144 Vor diesem Hintergrund kann als gesichert gelten, dass auch der in der Anlage B 29 mit der lfd. Nummer 20 versehene Auftrag nicht auf der Grundlage eines wettbewerblichen Verfahrens vergeben wurde. Denn sowohl nach der Beschreibung seines In-

halts als auch ausweislich des einschlägigen Aktenzeichens des IT-AmtesBw handelt es sich hierbei um einen Einzelauftrag, der in Vollzug des unter der lfd. Nummer 18 geführten Rahmenvertrags erteilt wurde. Wird aber eine Leistung von einem zuvor geschlossenen Rahmenvertrag umfasst, findet keine neue Entscheidung über die Vergabeart statt (vgl. dazu die auf Seite 4 oben der Niederschrift über die mündliche Verhandlung festgehaltene Angabe des Zeugen W*****).

- 145 5.7.4 Dahinstehen kann, ob die Ausführungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 (8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387), eine wettbewerbliche Durchsetzung der Stundensätze der Klägerin könnte sich auch daraus ergeben, dass sie diese Preise im zeitlichen Umfeld der jeweils zu prüfenden Vereinbarung bei anderen, mehrfach erfolgten Beauftragungen mit gleichen Leistungen „durch die Bundeswehr“ (U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 31) bzw. durch den „Monopolnachfrager“ (U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 46) unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs zu erzielen vermochte, so zu verstehen sind, dass zu diesem Zweck auch Unteraufträge in Betracht kommen, die ein Privatunternehmen der Klägerin oder ihrer Muttergesellschaft anlässlich eines vom Bund erteilten Hauptauftrags erteilt hat. Denn das erneuerte Berufungsverfahren hat nicht ergeben, dass es innerhalb des berücksichtigungsfähigen Zeitraums zu derartigen Rechtsgeschäften gekommen ist, denen eine wettbewerbliche Preisbildung zugrunde lag.
- 146 Die in der Anlage B 29 unter den lfd. Nummern 64 bis 68 sowie 72 bis 81 aufgeführten Vorgänge können insofern bereits wegen ihres zu großen zeitlichen Abstands zu den verfahrensgegenständlichen Prüfungsvorgängen außer Betracht bleiben. Die in der gleichen Unterlage mit den lfd. Nummern 69 bis 71 versehenen Unteraufträge gehören zwar sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht zum relevanten Markt. Die vom Verwaltungsgerichtshof durchgeführte Beweiserhebung hat jedoch ergeben, dass diese Rechtsgeschäfte nicht aufgrund eines wettbewerblichen Verfahrens zustande gekommen sind. Denn auch die sich hierauf beziehenden, mit „Procurement Follow Up“ überschriebenen Formblätter, die sich in der vom Zeugen S***** in der mündlichen Verhandlung übergebenen Heftung befinden, enthalten jeweils die Schlüsselnummer 370. Das Fehlen diesbezüglicher konkreter Angebote anderer Firmen hat dieser Zeuge in der mündlichen Verhandlung zudem glaubhaft bekundet (vgl. Seite 14 oben der Sitzungsniederschrift).
- 147 5.7.5 Die frühere Auffassung der Regierung, bei den von der Muttergesellschaft der Klägerin bis einschließlich 2004 angesetzten Stundensätzen handele es sich um Marktpreise, vermag den Nachweis der wiederholten Durchsetzung dieser Entgeltbestandteile unter Wettbewerbsbedingungen nicht zu ersetzen. Das gilt umso mehr, als

jener Rechtsstandpunkt lediglich apodiktisch in den Raum gestellt wurde, ohne dass konkrete Tatsachen benannt wurden, die seine Richtigkeit belegen würden.

- 148 6. Die Marktpreiseigenschaft der Stundensätze, die den verfahrensgegenständlichen Aufträgen zugrunde liegen, lässt sich auch nicht aus marktgängigen Leistungen ableiten, die im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 mit den von den Prüfvorgängen erfassten im Wesentlichen vergleichbar sind. Denn auch im erneuerten Berufungsverfahren ist keine Leistung erkennbar geworden, die zu den verfahrensgegenständlichen in einer Weise in Relation gesetzt werden könnte, dass sich für sie – sei es auch unter Vornahme von Zu- oder Abschlägen – ein Marktpreis ermitteln ließe.
- 149 Die Zielsetzung des § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 besteht jedenfalls in erster Linie darin, zu verhindern, dass für ein Erzeugnis, für das ein allgemeiner Markt besteht, allein deshalb die Vorschriften über Selbstkostenpreise angewandt werden dürfen, weil der öffentliche Auftraggeber dieses Erzeugnis nicht in der auf dem allgemeinem Markt umgesetzten Gestalt, sondern mit gewissen Änderungen benötigt (so zu Recht Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 87). Da in derartigen Fällen für das betreffende Wirtschaftsgut in seiner unveränderten („marktüblichen“) Beschaffenheit ein Marktpreis in der Regel ohne Weiteres feststellbar ist, lässt sich § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 dann rechtssicher anwenden, wenn zuverlässig ermittelt werden kann, durch welchen preislichen Zu- oder Abschlag der besonderen Beschaffenheit des Wirtschaftsguts in der von der öffentlichen Hand nachgefragten Ausgestaltung Rechnung getragen werden muss. Zu diesem Zweck stehen ggf. drei Möglichkeiten zur Verfügung:
- 150 - Besteht für die Mehr- oder Minderleistung ihrerseits ein Marktpreis, so bestimmt er die Höhe des Zu- oder Abschlags (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O. § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 107 f.).
- 151 - Lässt sich ein Marktpreis für die Mehr- oder Minderleistung nicht feststellen, kann der vorzunehmende Zu- oder Abschlag u. U. anhand der Mehr- oder Minderkosten des Auftragnehmers festgelegt werden (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, a.a.O. § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 110 bis 115).
- 152 - Weist das Wirtschaftsgut in der Gestalt, in der es die öffentliche Hand nachfragt, gegenüber seiner marktgängigen Version einen gesteigerten oder verringerten Nutzwert auf, bildet er – seine objektive Quantifizierbarkeit vorausgesetzt – den Maßstab für den Umfang eines Zu- oder Abschlags (Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Wald-

mann, a.a.O. § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 90 – 92 und Rn. 109).

- 153 Besteht für die zu Vergleichszwecken herangezogene Leistung nur deshalb ein Marktpreis, weil für sie ein besonderer Markt geschaffen wurde, so erfährt der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53, sofern in derartigen Fällen für einen Rückgriff auf diese Vorschrift überhaupt noch Raum bleibt, zumindest eine erhebliche Einengung. Denn der Preis, der sich als Ergebnis eines wettbewerblichen Verfahrens herausgebildet hat, mit dem die Vergabe nur eines einzelnen Auftrags vorbereitet wurde, gestattet lediglich die Aussage, dass
- 154 a) die Zurverfügungstellung gerade des dem Vergabeverfahren konkret zugrunde liegenden Wirtschaftsguts (bei dem es sich um eine Ware, aber auch um eine Dienstleistung handeln kann) an den öffentlichen Auftraggeber
- 155 b) durch den Anbieter, der den Zuschlag erhalten hat,
- 156 c) im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung
- 157 in der geschehenen Weise bewertet wurde.
- 158 Bei fehlenden objektiven Marktpreisen, wie sie in aller Regel nur auf vollkommenen Märkten (namentlich bei börsenmäßig gehandelten Wirtschaftsgütern) anzutreffen sind, kommt namentlich dem zweit-, aber auch dem drittgenannten Faktor Gewicht zu. Denn „im Verkehr üblich“ im Sinn von § 4 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53 ist nur der vom jeweiligen Leistungserbringer selbst im Wettbewerb durchgesetzte Preis („betriebssubjektiver Marktpreis“; so auch BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 22 f.). Auf unvollkommenen Märkten stellen die für ein bestimmtes Wirtschaftsgut entrichteten Preise nämlich Ausdruck der Wertschätzung dar, die der Markt der Leistung „eines bestimmten Anbieters zu einem bestimmten Zeitpunkt“ entgegenbringt (BVerwG, U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 23). Der Umstand, dass andere Anbieter wegen möglicherweise (ggf. auch nur vermeintlich) abweichender, von den Nachfragern honorierter Modalitäten einen höheren Preis für die gleiche Leistung zu erzielen vermögen, lässt deshalb nicht darauf schließen, dass dieses höhere Entgelt auch von dem Anbieter durchgesetzt werden könnte, dessen Preisgestaltung zu beurteilen ist (BVerwG, U.v. 13.4.2016 a.a.O. Rn. 23). Erweist sich vor diesem Hintergrund bereits die Herleitung der Marktpreiseigenschaft eines nicht unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommenen Entgelts aus dem Preis, der einem anderen Wirtschaftssubjekt für eine objektiv (d.h. abgesehen von der Person des Leistungserbringers) identische Leistung auf einem besonderen Markt zuerkannt wurde,

als zumindest problematisch, so muss das in gesteigertem Maß dann gelten, wenn auch die miteinander zu vergleichenden Leistungen nicht vollauf übereinstimmen.

- 159 Dahinstehen kann, ob es auf der Grundlage des Konzepts des betriebssubjektiven Marktpreises, zu dem sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 13. April 2016 (a.a.O. Rn. 22 ff.) ausdrücklich bekannt hat, von vornherein ausgeschlossen ist, einen abgeleiteten Marktpreis im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 aus dem Entgelt herzuleiten, das ein anderes Unternehmen für eine nicht identische, sondern nur „im Wesentlichen vergleichbare“ Leistung erzielt hat. Sollte diese Möglichkeit nicht schlechthin zu verneinen sein, wie dies Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann (Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 100) für geboten erachten, so kommen Marktpreise Dritter jedenfalls nur dann als Anknüpfungspunkt für den nach dieser Vorschrift anzustellenden Vergleich in Betracht, wenn sich – zusätzlich zu einer ggf. objektiv voneinander abweichenden Wertigkeit der einander gegenüberzustellenden Wirtschaftsgüter – auch die unterschiedliche Wertschätzung, die der Verkehr der Erbringung selbst ein und derselben Leistung durch verschiedene Anbieter entgegenbringt, betragsmäßig derart eindeutig quantifizieren lässt, dass ein „abgeleiteter Marktpreis“ im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 mit jener Eindeutigkeit festgestellt werden kann, wie das mit Rücksicht auf die bußgeldrechtlichen Folgen geboten ist, die § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 WiStrG 1954 i.V.m. § 16 WiStrG 1954 und § 1 Abs. 3 und § 11 VO PR Nr. 30/53 bereits an das fahrlässige Fordern, Versprechen, Vereinbaren, Annehmen oder Gewähren eines höheren als des nach der Verordnung PR Nr. 30/53 unzulässigen Preises knüpft. Eine solche Möglichkeit lässt sich allenfalls in seltenen Ausnahmefällen bejahen.
- 160 Hinsichtlich des Zeitraums, der seit der Bildung eines Wettbewerbspreises längstens verstrichen sein darf, damit auf ihn zum Zweck der Ermittlung eines abgeleiteten Marktpreises noch zurückgegriffen werden kann, gelten die im Abschnitt 5.7.2 zur Abgrenzung des in zeitlicher Hinsicht relevanten Marktes angestellten Erwägungen entsprechend. Denn auch bei der nach § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 durchzuführenden Prüfung kommt dem Umstand maßgebliche Bedeutung zu, dass Arbeitsentgelte – namentlich solche von Fachkräften auf dem IT-Sektor – weithin nicht länger als etwa ein Jahr unverändert zu bleiben pflegen. Jedenfalls in vorliegendem Zusammenhang ist deshalb der Auffassung von Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann (Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 100) zu folgen, dass die preislichen Ergebnisse einer Ausschreibung selbst dann nicht auf das Folgejahr übertragen werden können, wenn über den Marktpreischarakter von Entgeltforderungen des gleichen Anbieters für das Folgejahr

zu befinden ist. Erst recht muss das dann gelten, wenn aus einem wettbewerblich gebildeten Stundensatz, dessen Höhe maßgeblich durch das IT-Fachleuten zuzubilligende Arbeitsentgelt bestimmt wird, auf die Marktpreiseigenschaft von Stundensätzen geschlossen werden soll, die ein hiervon verschiedenes Unternehmen in einem anderen Jahr außerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens hat durchsetzen können.

- 161 Auf der Grundlage dieser rechtlichen Gegebenheiten kommt keines der Rechtsgeschäfte, auf die sich die Beteiligten zu diesem Zweck während des verwaltungsbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bezogen haben, als tauglicher Anknüpfungspunkt für die Feststellung eines abgeleiteten Marktpreises in Betracht.
- 162 6.1 Von der Art der zu erbringenden Leistung her ist die Tätigkeit, die die damalige S**** GmbH von 2007 bis 2010 anlässlich der Entwicklung des Führungsinformationssystems der Streitkräfte wahrgenommen hat, den verfahrensgegenständlichen Aufträgen am nächsten verwandt. Insbesondere hat das BAAINBw die Vergleichbarkeit der von der S**** GmbH insoweit zu erfüllenden Aufgaben mit denjenigen, die der Klägerin im Kontext der Entwicklung des Führungsinformationssystems des Heeres oblagen, ausdrücklich bejaht (vgl. die aus der Anlage B 19 ersichtliche Antwort dieser Behörde auf die ebendort festgehaltene Frage 9 des Beklagten). Aus den Ausführungen des BAAINBw geht ferner hervor, dass die S**** GmbH jenen Auftrag in einem wettbewerblichen Verfahren erlangt hat und dass sie vom Hersteller des Führungsinformationssystems der Streitkräfte ebenso unabhängig war, wie das IT-AmtBw dies teilweise von der Klägerin im Verhältnis zu den Unternehmen verlangt hat, die mit der Entwicklung und Produktion des Führungsinformationssystems des Heeres einschließlich seiner Vorläufer- und Subsysteme betraut wurden (vgl. die aus der Anlage B 19 ersichtlichen Antworten des BAAINBw auf die Fragen 9 und 11 des Beklagten).
- 163 Der Heranziehung der Entgelte, die die S**** GmbH für ihre damalige Tätigkeit angesetzt hat, zum Zwecke der Überprüfung, ob die anlässlich der verfahrensgegenständlichen Aufträge verlangten Stundensätze als abgeleitete Marktpreise im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 anerkannt werden können, steht jedoch das Fehlen eines Maßstabs dafür entgegen, wie der Markt bei einer wettbewerblichen Preisbildung die Leistungen von Unternehmen bewerten würde, die – wie bei der Klägerin und ihrer Muttergesellschaft der Fall – jeweils mit Teilaufgaben im Rahmen der Entwicklung eines komplexen, hinsichtlich seiner einzelnen Bestandteile auseinander hervorgegangenen und aufeinander aufbauenden informationstechnischen Systems betraut werden, wenn diese Unternehmen in den Entstehungsprozess des Gesamtsystems von Anfang an eingebunden waren (vgl. wegen der schon in den neunziger Jahren

erfolgten Betrauung der G** mbH mit der externen Validation der „Definitionsphase“ des Gefechtsfeldführungssystems des Heeres die lfd. Nummer 3 der Anlage B 29). Namentlich versagen zu diesem Zweck alle drei Instrumente, die nach dem Vorgesagten abstrakt dafür in Betracht kommen, um die Höhe eines ggf. erforderlichen Zu- oder Abschlags von dem Entgelt festzulegen, das der S**** GmbH für ihre Mitwirkung an der Entwicklung des Führungsinformationssystems der Streitkräfte unter Wettbewerbsbedingungen zuerkannt wurde. Denn der Markt hat weder die größere Komplexität des Projekts, in das die Klägerin eingebunden war, noch die Auswirkungen bewertet, die sich aus ihrer Vorbefassung mit der Materie für den Fall einer wettbewerblichen Bildung der Stundensätze ergeben hätten (vgl. zur fehlenden Entwicklung des Führungsinformationssystems der Streitkräfte aus Vorgängersystemen die aus der Anlage B 19 ersichtliche Antwort des BAAINBw auf die ebendort wiedergegebene Frage 6 des Beklagten). Auch stehen den Preisüberwachungsbehörden und den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit keine Möglichkeiten zur Verfügung, um die ggf. unterschiedliche Kostenbelastung von Unternehmen zu ermitteln, die in Bezug auf militärische Führungsinformationssysteme sachlich gleichartige Aufgaben – allerdings einerseits auf der Grundlage einer umfangreichen Vorbefassung mit einem sich über mehr als ein Jahrzehnt hinweg erstreckenden Großvorhaben, andererseits im Rahmen der Neukonzeption eines solchen Systems, dessen Erstellung innerhalb von ca. vier Jahren abgeschlossen werden konnte – wahrgenommen haben. Nicht feststellbar ist zudem, dass der Tätigkeit solcher Unternehmen ein betragsmäßig quantifizierbarer unterschiedlicher Nutzwert je nachdem zukommt, ob sie in dem einen oder dem anderen Kontext eingesetzt werden.

164 6.2 Als Anknüpfungspunkt für die Findung eines abgeleiteten Marktpreises für die Stundensätze, die bei den verfahrensgegenständlichen Aufträgen gefordert wurden, erst recht ausscheiden muss das Entgelt, das der A*****

***** GmbH für die IV&V-Leistungen gewährt wurde, die sie zugunsten der Bundeswehr erbracht hat. Denn dieses Unternehmen, das nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Beklagten Dienstleistungen ausschließlich im Bereich der Satellitenkommunikation anbietet (vgl. Abschnitt 1.2.3.3.1 im Schriftsatz der Landesanwaltschaft Bayern vom 27.4.2017), wurde auch für die Bundeswehr lediglich auf diesem Sektor tätig (vgl. die in der Anlage B 19 festgehaltene Antwort des BAAINBw auf die Frage 3 des Beklagten). Zu den Hürden, die der Herleitung eines abgeleiteten Marktpreises aus den einem anderen Unternehmen gewährten Entgelten bereits im Allgemeinen entgegenstehen, kommt insoweit deshalb die fehlende Vergleichbarkeit der erbrachten Leistungen hinzu.

165 6.3 Die Stundensätze, die in den als Blatt 22 bis 175 der Akte 22-3153-358-10 der

Regierung befindlichen Unterlagen aufscheinen, scheiden als Anknüpfungspunkt für die Findung eines abgeleiteten Marktpreises im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 für die vorliegend verfahrensgegenständlichen Aufträge ebenfalls aus. Dies gälte auch dann, falls die Verträge, aus deren Anlass jene Schriftstücke (zumeist handelt es sich um Rechnungen) angefallen sind, in einem wettbewerblichen Verfahren zustande gekommen sein sollten.

166 6.3.1 Außer Betracht zu bleiben haben angesichts der gebotenen Eingrenzung des in zeitlicher Hinsicht relevanten Marktes auf höchstens ein Jahr zunächst alle jene Rechtsgeschäfte, bei denen die Preisbildung früher als ein Jahr vor dem 14./15. Juli 2005 erfolgte Abschluss des zweiten Änderungsvertrages zum Vertrag vom 12. November 2003 (Prüfvorgang 1) stattgefunden hat. Denn da die Regierung die Anordnung einer Preisprüfung auf die Jahre von 2005 bis 2008 begrenzt hat und der Änderungsvertrag vom 14./15. Juli 2005 in seinem Abschnitt III eine eigenständige preisrechtliche Regelung enthält, stellt er das älteste der verfahrensgegenständlichen Rechtsgeschäfte dar, bei denen sich die Frage stellt, ob die darin festgelegten Entgelte trotz ihrer im Vertrag erfolgten Bezeichnung als Selbstkostenerstattungspreise als abgeleitete Marktpreise im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 angesehen werden können. In der Akte 330-3153-7/05 der Regierung (Prüfvorgang 3) findet sich zwar ein vom 17. Februar 2005 stammender – und damit zeitlich noch früher liegender – Änderungsvertrag. Sein sachlicher Gehalt erschöpft sich jedoch darin, den Eintritt der Klägerin in mehrere von der G** AG eingegangene Rechtsbeziehungen zu regeln; der Verwaltungsgerichtshof hat ihn aus diesem Grund bereits nicht in die im Tatbestand dieses Urteils enthaltenen Tabellen aufgenommen.

167 Nicht weiter einzugehen ist deshalb auf all jene Rechtsgeschäfte, die ihren Niederschlag in den Unterlagen gefunden haben, die sich als Blatt 22 bis 105 in der Akte 22-3153-358-10 der Regierung befinden. Denn sie stammen ausnahmslos aus den Jahren 2002 und 2003; der zeitliche Abstand der Preisbildung, die jenen Aufträgen zugrunde lag, auf die sich diese Unterlagen beziehen, zum ältesten der verfahrensgegenständlichen Rechtsgeschäfte ist mithin deutlich größer als ein Jahr. Gleiches gilt für die Verträge, auf die sich die als Blatt 108 und 112 bis 115 in diese Akte aufgenommenen Rechnungen beziehen. Denn die in diesen Rechnungen genannten Tage der Auftragserteilung bzw. der darin erwähnte Beginn der Auftragsdurchführung (dieses Datum lässt den Schluss zu, dass der Auftrag zuvor erteilt worden sein muss) weisen jeweils ebenfalls eine größere Distanz als ein Jahr gegenüber dem 14./15. Juli 2005 auf.

168 6.3.2 Ebenfalls nicht für die Bildung eines abgeleiteten Marktpreises herangezogen

werden können jene Rechtsgeschäfte aus den Jahren 2004 bis 2008, die sich wegen der Art der zu erbringenden Tätigkeiten so sehr von den verfahrensgegenständlichen Aufträgen unterscheiden, dass sie in inhaltlicher Hinsicht nicht als „im Wesentlichen vergleichbar“ im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 angesehen werden können. Insbesondere weisen die für den Verband Deutscher Rentenversicherungsträger und einzelne Träger der gesetzlichen Rentenversicherung entfalteten Tätigkeiten (Bl. 107, 109 bis 113, 119, 120 und 140 der Akte 22-3153-358-10 der Regierung) sowohl der Klägerin selbst als auch ihrer Muttergesellschaft nicht jenen militärfachlichen Bezug auf, im Hinblick auf den das IT-AmtBw die verfahrensgegenständlichen Aufträge an die Klägerin erteilt hat (vgl. zur Unbedenklichkeit des Standpunkts, dass Leistungen ohne militärfachlichen Bezug mit den vorliegend verfahrensgegenständlichen Aufträgen nicht im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 vergleichbar sind, BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 34). Gleiches gilt für die Leistungen, die diese Unternehmen zugunsten der Bundesanstalt für Wasserbau (Bl. 108 der Akte 22-3153-358-10 der Regierung), einer Bausparkasse (Bl. 153 der Akte 22-3153-358-10 der Regierung) und des Goethe-Instituts (Bl. 172 bis 175 der Akte 22-3153-358-10 der Regierung) erbracht haben.

169 6.3.3 Die Leistungen, die die Klägerin im Jahr 2007 für das in Frankreich ansässige Unternehmen E***** erbracht hat (vgl. Bl. 151 f. der Akte 22-3153-358-10 der Regierung), müssen im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 bereits deshalb außer Betracht bleiben, weil die Klägerin insofern einen Stundensatz von 150,00 € und damit einen deutlich höheren Betrag angesetzt hat, als er bei den verfahrensgegenständlichen Aufträgen gefordert wurde. Vor allem aber ist sie dem im Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 6. November 2014 (22 B 14.175 – juris Rn. 80) eingenommenen Standpunkt, dass Entgelte, die bei Exportgeschäften verlangt und entrichtet wurden, keine Rückschlüsse auf den Preis zulassen, der für Leistungen der verfahrensgegenständlichen Art im Inland verkehrsüblich ist, weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht entgegengetreten. Gleiches gilt für die Aussage, dass Exportpreise insbesondere bei Rüstungsgütern für Zwecke der Marktpreisfeststellung regelmäßig außer Betracht zu bleiben haben, da gerade auf diesem Gebiet die Wettbewerbsbedingungen im Ausland nicht mit den Gegebenheiten auf dem nationalen Markt für wehrwirtschaftliche Leistungen übereinstimmen (BVerwG, U.v. 13.4.2016 – 8 C 2.15 – BVerwGE 154, 387 Rn. 29; BayVGH, U.v. 6.11.2014 – 22 B 14.175 – juris Rn. 80; Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 4 VO PR Nr. 30/53 Rn. 41).

170 6.3.4 Die Stundensätze, die in Rechnungen aufscheinen, die die Klägerin der G** AG

oder einer Fa. G** ***** ausgestellt hat (Bl. 122, 124, 126, 128, 130, 132, 134 und 141 der Akte 22-3153-358-10 der Regierung), scheiden als Anknüpfungspunkte für die Bildung eines abgeleiteten Marktpreises im Sinn von § 4 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 deswegen aus, weil bei konzernintern erbrachten Leistungen nicht von einer wettbewerblichen Preisbildung ausgegangen werden kann.

171 7. Der Bescheid vom 1. August 2011 ist ferner nicht rechtswidrig (oder gemäß Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG sogar nichtig), weil die von den Nummern 1 und 2 des Bescheidstenors erfassten Unterlagen nicht mehr existieren.

172 Dass die unter den Nummern 1.a bis 1.e des Bescheidstenors aufgeführten Schriftstücke im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt bereits vernichtet worden waren, kann deshalb nicht angenommen werden, weil die Klägerin bis zum Erlass dieses Bescheids keine dahingehende Behauptung aufgestellt hat, obwohl sie angesichts des Ablaufs des diesem Verwaltungsakt vorausgegangenen Verwaltungsverfahrens hierzu Anlass gehabt hätte. Denn die Regierung hat sie (bzw. die Muttergesellschaft der Klägerin) jeweils alsbald nach Eingang der einzelnen Preisprüfungsersuchen von der beabsichtigten Maßnahme in Kenntnis gesetzt und damit die Bitte verbunden, die für eine Preisprüfung erforderlichen Unterlagen bereitzustellen (vgl. die Schreiben der Regierung vom 16.1.2004, 28.7.2004, 26.1.2005, 11.10.2006, 1.2.2007, 8.10.2008, 22.12.2008, 19.5.2009, 8.7.2009, 2.11.2009 und 4.1.2010). In keiner der E-Mails, mit denen die Klägerin oder die G** AG auf die meisten dieser Aufforderungen reagiert haben, wurde geltend gemacht, die zur Verfügung zu stellenden Unterlagen seien nicht mehr vorhanden. Gleiches gilt für die einzelfallübergreifende Korrespondenz und parallel dazu durchgeführten (Fern-)Gespräche, die ab April 2008 zwischen der Regierung und der Klägerin über die rechtliche Zulässigkeit sowie die Modalitäten der seitens des Bundes und seitens des Regierungspräsidiums Tübingen gewünschten Preisprüfung stattfanden. Auch nachdem die Regierung die Klägerin mit Schreiben vom 4. März 2011 dazu aufgefordert hatte, an den damals für die Vornahme der Prüfung in Aussicht genommenen Tagen die zur Ermittlung der Gemeinkostenzuschläge und Stundenverrechnungssätze für die Jahre 2005 bis 2008 benötigten, im Einzelnen aufgeführten Unterlagen bereitzulegen (die in diesem Schreiben enthaltene Aufzählung schließt alle in den Nummern 1.a bis 1.e des Bescheids vom 1.8.2011 benannten Dokumente ein), wandte sie nicht etwa die bereits erfolgte Vernichtung dieser Unterlagen ein. In ihrer Antwort vom 16. März 2011 bekräftigte die Klägerin vielmehr ihren Standpunkt, sie sei aus Rechtsgründen (nämlich wegen der aus ihrer Sicht zu bejahenden Marktpreiseigenschaft der vereinnahmten Entgelte) zu einer Vorlage nicht verpflichtet („Aus diesem Grund sehen wir keine Veranlassung[,] die von Ihnen zu diesem Zweck nach § 9 VO PR Nr. 30/53 geforderten Unterlagen vor-

zulegen“.).

- 173 Diese Einlassung und die das Schreiben vom 16. März 2011 abschließende Erklärung der Klägerin, sie sei aus grundsätzlichen Erwägungen an einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung und Entscheidung interessiert, lassen nur den Schluss zu, dass die von der Regierung benannten Unterlagen in zeitlicher Nähe zum Bescheids-erlass noch existierten. Wären die Unterlagen, in die die Regierung Einblick nehmen will, damals bereits vernichtet gewesen, so hätte die Klägerin nämlich damit rechnen müssen, dass in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, dessen Durchführung sie bereits damals erklärtermaßen erwog, ein von ihr zu verantwortender Verstoß sowohl gegen handels- als auch gegen steuerrechtliche Aufbewahrungspflichten (vgl. § 257 HGB bzw. § 147 AO) zutage treten würde. Denn jedenfalls ein nicht unbeträchtlicher Teil der im Schreiben der Regierung vom 4. März 2011 (und sodann im Bescheid vom 1.8.2011) aufgeführten Unterlagen – namentlich Jahresabschlüsse und Eingangsberechnungen – unterfällt der Aufbewahrungspflicht nach den vorgenannten Bestimmungen; selbst die in § 257 Abs. 4 HGB und § 147 Abs. 3 Satz 1 AO statuierte sechsjährige Aufbewahrungspflicht war im Jahr 2011 – auch für das am längsten zurückliegende Jahr 2005 – noch nicht abgelaufen.
- 174 Bei alledem verkennt der Verwaltungsgerichtshof nicht, dass aus der Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens (hier: dem Verbot der Vernichtung von Unterlagen vor dem Ablauf einer für sie nach Handels- oder Steuerrecht bestehenden Aufbewahrungspflicht) nicht ohne Weiteres hergeleitet werden darf, dass dieses Verbot auch beachtet wurde. Anders verhält es sich jedoch, wenn das Erklärungsverhalten einer Person – wie bei der Klägerin der Fall – in Verbindung mit normativen Gegebenheiten den Schluss auf ein bestimmtes Verhalten (hier: die fortdauernde Existenz der zu prüfenden Unterlagen bei Bescheiderlass) zulässt.
- 175 8. Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Behauptung der Klägerin, der streitgegenständliche Bescheid sei deshalb rechtswidrig, weil die angeordnete Preisprüfung für den Bund als öffentlichen Auftraggeber heute ohne jeden praktischen Nutzen sei.
- 176 Da die mit einer Preisprüfung einhergehende Notwendigkeit, der Behörde Einblick in geschäftliche Interna zu gewähren, für das betroffene Unternehmen eine Beschwerde darstellt, ist die Auferlegung einer solchen Verpflichtung zwar nur verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung legitimer öffentlicher Belange (namentlich zur Ahndung eines Verstoßes gegen das Preisrecht sowie zum Zweck der Rückgängigmachung eines ungerechtfertigt erlangten Vermögensvorteils des Auftragnehmers) erforderlich und angemessen ist. Der streitgegenständliche Bescheid war jedenfalls im maßgeb-

lichen Zeitpunkt seines Erlasses geeignet, zur Erreichung des letztgenannten Ziels beizutragen, da der Bund als öffentlicher Auftraggeber zumindest damals in der Lage gewesen wäre, Erstattungsansprüche gegen die Klägerin gerichtlich geltend zu machen, wenn durch die Preisprüfung Verstöße gegen das Höchstpreisprinzip (§ 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53) aufgedeckt worden wären. Insbesondere hätte einem Erstattungsanspruch, der dem Bund in diesem Fall nach § 812 i.V.m. § 134 BGB zustünde (vgl. Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl. 2010, § 1 VO PR Nr. 30/53 Rn. 98), jedenfalls bei Erlass des Bescheids vom 1. August 2011 der Verjährungseinwand aller Voraussicht nach nicht entgegengehalten werden können.

- 177 Insoweit steht zwar eine zivilrechtliche Frage inmitten. Da jedes Gericht Vorfragen aus Gebieten, die grundsätzlich in die Rechtswegezuständigkeit anderer Teile der rechtsprechenden Gewalt fallen, im entscheidungserheblichen Umfang eigenverantwortlich zu prüfen hat, ist die Problematik einer im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt ggf. bereits eingetretenen Verjährung etwaiger Rückforderungsansprüche des Bundes der Würdigung durch den Verwaltungsgerichtshof nicht von vornherein entzogen. In entscheidungserheblicher Weise stellt sich diese Thematik im vorliegenden Rechtsstreit allerdings nur mit der Einschränkung, dass der Bescheid vom 1. August 2011 lediglich dann nutzlos und deshalb unverhältnismäßig war, wenn im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt bei pflichtgemäßer Beurteilung davon auszugehen gewesen wäre, ein Rückzahlungsanspruch, dessen tatsächliche Voraussetzungen die angeordnete Preisprüfung ggf. aufdecken würde, wäre wegen eingetretener Verjährung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht gerichtlich durchsetzbar. Nicht erforderlich war es demgegenüber, dass sich bei Erlass des Bescheids vom 1. August 2011 mit letzter Sicherheit ausschließen ließ, einem etwaigen Erstattungsverlangen des Bundes könnte der Verjährungseinwand mit Erfolg entgegengehalten werden. Denn der Beantwortung der Frage, wie die Zivilgerichte im Fall einer gegen die Klägerin oder ihre Muttergesellschaft erhobenen Zahlungsklage des Bundes die verjährungsrechtliche Situation beurteilen würden, konnte die Regierung ebenso wenig verbindlich vorgreifen wie das den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit möglich ist.
- 178 Zu Beginn des Monats August 2011 aber durfte die Regierung von Rechts wegen davon ausgehen, dass der Durchsetzung bereicherungsrechtlicher Forderungen, sollte der Bund nach dem Ergebnis der angeordneten Preisprüfung hierzu Veranlassung sehen, der Verjährungseinwand nicht entgegenstehen würde.
- 179 8.1 Dies gilt zunächst für die vom Kenntnisstand des Gläubigers unabhängige zehnjährige Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 4 BGB.

- 180 Aus einem Verstoß gegen das Höchstpreisprinzip resultierende Bereicherungsansprüche entstehen mit der Bezahlung der Schlussrechnung durch den Auftraggeber (OLG Frankfurt, U.v. 28.5.2014 – 4 U 230/13 – juris Rn. 22; ähnlich OLG Koblenz, B.v. 30.10.2013 – 2 U 1116/12 – juris Rn. 33 [„mit der vollständigen Zahlung“]). Auf der Grundlage der für die Klägerin vorteilhaftesten Annahmen kann danach ein etwaiger Rückforderungsanspruch des Bundes frühestens Anfang Oktober 2005 entstanden sein. Denn innerhalb des Kreises derjenigen (Änderungs-)Verträge, bei denen die Preisbildung zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2008 stattgefunden hat (vgl. zur Gebotenheit einer Beschränkung der rechtlichen Betrachtung auf diese Rechtsgeschäfte Abschnitt 2 der Entscheidungsgründe dieses Urteils), ist es der am 24./28. November 2005 zustande gekommene erste Änderungsvertrag zum Vertrag vom 28. Mai/3. Juni 2004 (Prüfvorgang 2), der den frühesten Zeitpunkt – nämlich den 30. September 2005 – benennt, bis zu dem vereinbarungsgemäß geschuldete Leistungen erbracht sein mussten (vgl. Bl. 35 der Akte 330-3153-240/04 der Regierung). Die den Lauf der Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 4 BGB auslösende Zahlung des IT-AmtesBw auf die Schlussrechnung der Klägerin oder ihrer Muttergesellschaft, mit der die im Rahmen jenes Leistungskomplexes erbrachten Tätigkeiten fakturiert wurden, kann deshalb frühestens in den ersten Oktobertagen 2005 erfolgt sein.
- 181 Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Bescheid vom 1. August 2011 im Zeitpunkt seines Erlasses weder kraft Gesetzes sofort vollziehbar war noch er gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO durch behördliche Anordnung für sofort vollziehbar erklärt wurde, durfte der Beklagte davon ausgehen, dass der Bund in der Lage sein würde, einen Erstattungsanspruch vor dem Ablauf des zehnjährigen Verjährungszeitraums gerichtlich geltend zu machen, sollte die auf die Jahre von 2005 bis 2008 beschränkte Prüfungsanordnung Erkenntnisse zutage fördern, durch die ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 bei der Preisbildung für den vom 24./28. November 2005 datierenden ersten Änderungsvertrag zum Vertrag vom 28. Mai/3. Juni 2004 aufgedeckt wurde. Denn die Erledigungsdauer von Hauptsacheverfahren vor der für preisrechtliche Streitsachen zuständigen 16. Kammer des Verwaltungsgerichts München lag in der ersten Hälfte dieses Jahrzehnts gerichtsbekannt zwischen etwa einem und eineinhalb Jahren; der tatsächliche Ablauf (Klageerhebung am 18.8.2011, Zustellung der erstinstanzlichen Entscheidung am 28. bzw. 29.8.2012) bestätigt diesen Erfahrungssatz. Weil die Regierung – nicht zuletzt nach dem Ergebnis des ursprünglichen und des erneuerten Berufungsverfahrens – von der Rechtmäßigkeit ihres Bescheids und deshalb von einer zu erwartenden Abweisung einer hiergegen ggf. erhobenen Anfechtungsklage ausgehen durfte, stand ferner zu erwarten, dass der Bescheid vom 1. August 2011 in der ersten Hälfte des Jahres 2013 gemäß

§ 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO kraft Gesetzes sofort vollziehbar werden würde. Zwar mussten alsdann noch die angeordnete Preisprüfung durchgeführt, ein Bericht hierüber erstellt und sich der Bund auf der Grundlage dieser gutachterlichen Äußerung der Regierung darüber schlüssig werden, ob er einen sich hieraus u. U. ergebenden Erstattungsanspruch gerichtlich geltend machen will. Angesichts des frühestens Anfang Oktober 2015 eintretenden Ablaufs der zehnjährigen Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 4 BGB verblieb hierfür jedoch selbst hinsichtlich des Änderungsvertrages vom 24./28. November 2005 noch eine ausreichend lange Zeitspanne.

- 182 Wenn es der Beklagte unterlassen hat, nach dem Eintritt der gesetzlichen Vollziehbarkeit des Bescheids vom 1. August 2011 die angeordnete Prüfung tatsächlich durchzuführen, so steht ein nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt eingetretener Umstand inmitten, der die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts unberührt lässt.
- 183 8.2 Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB war – und zwar hinsichtlich aller verfahrensgegenständlichen Aufträge – bei Erlass des Bescheids vom 1. August 2011 demgegenüber noch nicht einmal angelaufen, da der Bund als Gläubiger eines etwaigen Erstattungsanspruchs die einen solchen präsumtiven Anspruch begründenden Umstände bis dahin weder kannte noch er hiervon, ohne sich dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit auszusetzen, Kenntnis erlangt haben musste.
- 184 Der Gläubiger eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs hat von den anspruchsbegründenden Tatsachen im Sinn von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB Kenntnis, wenn er von der Leistung und von den Tatsachen, aus denen das Fehlen eines Rechtsgrundes hierfür folgt, weiß (BGH, U.v. 29.1.2008 – XI ZR 160/07 – BGHZ 175, 161 Rn. 26). Von einem Verstoß gegen das in § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 statuierte gesetzliche Verbot und von der sich daraus ergebenden Teilnichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts hinsichtlich des nicht rechtskonformen Selbstkostenpreises hat ein öffentlicher Auftraggeber dann positive Kenntnis, wenn ihm entweder ein Preisprüfungsbericht zugegangen ist, in dem die Nichteinhaltung der für die Ermittlung von Selbstkostenpreisen geltenden Regelungen (§ 8 VO PR Nr. 30/53 in Verbindung mit den Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten) in nachvollziehbarer Weise aufgezeigt wird, oder ihm unabhängig hiervon Unterlagen zur Verfügung stehen, aus denen eine rechtswidrige Abrechnung „ohne weiteres ersichtlich“ ist (OLG Frankfurt, U.v. 28.5.2014 – 4 U 230/13 – juris Rn. 23).
- 185 Positive Kenntnis von einem der Klägerin bzw. ihrer Muttergesellschaft anzulastenden Verstoß gegen das Höchstpreisprinzip besaßen die zuständigen Amtsträger des

Bundes bei Erlass des streitgegenständlichen Bescheids nicht. Auch kann nicht davon gesprochen werden, eine ggf. zu bejahende Unvereinbarkeit der von der G** AG oder der Klägerin angesetzten Stundensätze mit den Vorgaben, die sich aus den Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten ergeben, hätte sich diesen Amtsträgern auch unabhängig vom Ergebnis einer Preisprüfung aufdrängen müssen. Einer solchen Annahme steht vor allem entgegen, dass eine Preisprüfung, die im Jahr 2014 bei der Klägerin oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen durchgeführt wurde, zu dem Ergebnis geführt hat, die von dort aus angesetzten Stundensätze müssten um 15 % gekürzt werden (vgl. die unwidersprochen gebliebenen und auch unabhängig hiervon glaubhaften, auf Seite 17 der Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 4.7.2018 festgehaltenen Angaben des Beklagten). Eine Abweichung um 15 % ist nicht derart eklatant, dass sie den zuständigen Amtsträgern des IT-AmtBw gleichsam „ins Auge springen“ muss. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass diese Behörde in erheblichem Umfang mit Vergabeangelegenheiten befasst ist. Denn in die von der G** AG und der Klägerin angesetzten Stundensätze gingen nicht nur die Arbeitsentgelte ein, die diese Unternehmen ihren Beschäftigten gewährt haben; da dem Bund nach Aktenlage daneben im Wesentlichen nur Reise- und Übernachtungskosten in Rechnung gestellt wurden, waren sie vielmehr auch dazu bestimmt, u. a. die Gemeinkosten sowie den Gewinn dieser Unternehmen abzudecken. Für das IT-AmtBw musste deshalb die fehlende Rechtskonformität dieser Stundensätze selbst dann nicht offen auf der Hand liegen, falls dort Erfahrungswerte dafür vorhanden gewesen sein sollten, welche Arbeitsentgelte IT-Spezialisten mit der Qualifikation, wie sie im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Aufträge eingesetzt wurden, üblicherweise beanspruchen können. Die Rechtskonformität der Stundensatzhöhe lässt sich vielmehr zuverlässig nur aufgrund einer Einsichtnahme in die Unterlagen der Klägerin beurteilen.

186 Der Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts Koblenz vom 30. Oktober 2013 (2 U 1116/12 – juris) und die darauf aufbauende Sachentscheidung des gleichen Gerichts vom 6. Februar 2014 (2 U 1116/12 – juris) erfordern entgegen dem Berufungsvorbringen keine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage. Denn insofern steht eine erst nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt eingetretene Entwicklung in der Spruchpraxis eines einzelnen Oberlandesgerichts inmitten, die in der einschlägigen früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Stütze findet. Ein solcher Umstand ließe die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Bescheids selbst dann unberührt, wenn dem Rechtsstandpunkt des Oberlandesgerichts Koblenz zu folgen sein sollte.

187 In den beiden genannten Entscheidungen hat das Oberlandesgericht die Einrede der

Verjährung deshalb als durchgreifend angesehen, weil die subjektiven Voraussetzungen, von denen der Lauf der Dreijahresfrist des § 199 Abs. 1 BGB abhängt, bei der Gläubigerin der klagweise geltend gemachten Forderung bereits im Zeitpunkt der Entstehung dieses Anspruchs vorgelegen hätten (OLG Koblenz, B.v. 30.10.2013 – 2 U 116/12 – juris Rn. 33 – 35; B.v. 6.2.2014 – 2 U 116/12 – juris Rn. 14). Insoweit unterscheidet sich die Sachverhaltsgestaltung, über die das Oberlandesgericht Koblenz zu befinden hatte, von der vorliegend zu beurteilenden Konstellation, in der dem Bund als Gläubiger eines etwaigen Rückforderungsanspruchs jedenfalls bis zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt weder positiv bekannt noch aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt war, ob (und bejahendenfalls inwiefern) die Klägerin bzw. ihre Muttergesellschaft preisrechtliche Vorschriften missachtet haben.

- 188 Im weiteren Fortgang beider Entscheidungen stellte das Oberlandesgericht sodann den Rechtssatz auf, der Gläubiger eines aus Preisrechtsverstößen hergeleiteten Erstattungsanspruchs (betroffen war auch in jenem Fall die der Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte dienende Bundeswehrverwaltung im Sinn von Art. 87b Abs. 1 Satz 2 GG) müsse sich unter verjährungsrechtlichem Blickwinkel zum einen die Fachkompetenz der Preisprüfungsbehörden der Länder, zum anderen Verzögerungen zurechnen lassen, zu denen es bei diesen Preisprüfungsbehörden gekommen sei (OLG Koblenz, B.v. 30.10.2013 – 2 U 116/12 – juris Rn. 36 – 38; B.v. 6.2.2014 – 2 U 116/12 – juris Rn. 15 ff.).
- 189 Der Übertragbarkeit dieser Rechtsauffassung auf den vorliegenden Fall stehen zunächst ebenfalls tatsächliche Umstände entgegen. Denn auch die Regierung besaß im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt keine positive Kenntnis davon, dass die Klägerin oder ihre Muttergesellschaft gegen das Höchstpreisprinzip verstoßen haben, da ihr bis dahin die für eine Beantwortung dieser Frage notwendigen Unterlagen nicht zugänglich gemacht worden waren.
- 190 Ob eine unangemessene Verzögerung darin liegt, dass das älteste verfahrensgegenständliche Preisprüfungsersuchen bei der Regierung am 13. Januar 2004 einging, eine Preisprüfung bescheidsmäßig jedoch erst am 1. August 2011 angeordnet wurde, kann dahinstehen. Sollte dies zu bejahen sein, musste der Beklagte bei Erlass dieses Bescheids jedenfalls nicht davon ausgehen, eine aus diesen zeitlichen Abläufen resultierende grob fahrlässige Unkenntnis der Regierung von etwaigen Preisverstößen der Klägerin und ihrer Muttergesellschaft werde dem Bund als dem ggf. geschädigten öffentlichen Auftraggeber mit der Folge zugerechnet, dass im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt hinsichtlich der älteren verfahrensgegenständlichen Aufträge gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB u. U. bereits die dreijährige Verjäh-

rungsfrist abgelaufen gewesen sein könnte. Denn die bis zum 1. August 2011 zu dieser Frage vorliegende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine solche Zurechnung im Verhältnis zwischen den Verwaltungen des Bundes und der Länder – abgesehen von Sonderkonstellationen der hier nicht vorliegenden Art – ausdrücklich abgelehnt.

- 191 In den Urteilen vom 20. November 1973 (VI ZR 72/72 – NJW 1974, 319) und vom 24. September 1985 (VI ZR 101/84 – NVwZ 1986, 152) hat der Bundesgerichtshof mit Blickrichtung auf die ebenfalls drei Jahre lange Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung festgehalten, dass es bei öffentlich-rechtlichen Gläubigern für den Verjährungsbeginn nicht nur auf die Kenntnis dieses Rechtsträgers als solchen, sondern darüber hinaus auf die Kenntnis des für die Vorbereitung und Verfolgung von Regressansprüchen zuständigen Bediensteten „der verfügungsbefugten Behörde“ (BGH, U.v. 24.9.1985 – VI ZR 101/84 – NVwZ 1986, 152/153) ankommt. Eine andere Betrachtungsweise würde in unzulässiger Weise in die normativ geregelte Verwaltungsorganisation eingreifen (BGH, U.v. 20.11.1973 – VI ZR 72/72 – NJW 1974, 319). Dieselben Erwägungen, die es verbieten, die Länder bei der Wahrnehmung von Auftragsangelegenheiten als Organe des Bundes anzusehen und ihr Handeln dem Bund haftungsrechtlich zuzurechnen (vgl. BGH, U.v. 30.12.1954 – III ZR 102/53 – BGHZ 16, 95/99 f.), müssten dazu führen, der verselbständigten Position des Bundes einer- und der Länder andererseits im Rahmen des § 852 BGB Rechnung zu tragen (BGH, U.v. 20.11.1973 – VI ZR 72/72 – NJW 1974, 319). Für die Verjährung von Ansprüchen, die diese Träger öffentlicher Gewalt selbständig und eigenverantwortlich durchzusetzen haben, sei deshalb allein auf die Kenntnis ihrer zuständigen Bediensteten abzustellen (BGH, U.v. 20.11.1973 a.a.O. S. 320). Vorstellungen von der „Einheitlichkeit der öffentlichen Hand“ könnten sich weder über die einschlägigen Zuständigkeitsregelungen hinwegsetzen noch sie modifizieren (BGH, U.v. 20.11.1973 a.a.O. S. 320).
- 192 Zuständig für die Entscheidung, ob gegen die Klägerin oder ihre Muttergesellschaft ein Rückforderungsanspruch wegen eines etwaigen Verstoßes gegen das Höchstpreisprinzip (gerichtlich) geltend gemacht werden soll, war und ist allein der Bund als Inhaber einer solchen Anspruchs. Die Funktion der Preisüberwachungsstellen der Länder beschränkt sich darauf, die Verordnung PR Nr. 30/53 kraft der sich aus Art. 83 GG ergebenden Aufgabenverteilung auch insoweit als eigene Angelegenheit im Sinn von Art. 84 GG auszuführen, als vom Bund vergebene öffentliche Aufträge inmitten stehen. Diese Vollzugstätigkeit erschöpft sich – abgesehen von den vorliegend nicht einschlägigen Maßnahmen nach § 10 der VO PR Nr. 30/53 – in der Erfüllung der in § 9 dieser Verordnung erwähnten Prüfaufgaben und in der Erstellung eines Berichts über

die Ergebnisse einer solchen Prüfung, dem in rechtlicher Hinsicht der Charakter einer bloßen gutachtlichen Stellungnahme zukommt. Eine wie auch immer geartete Zuständigkeit, Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche des Bundes wegen Missachtung des Höchstpreisprinzips gegenüber Wirtschaftssubjekten geltend zu machen, die öffentliche Aufträge des Bundes ausgeführt haben, besitzen die Preisüberwachungsbehörden der Länder nicht. Damit fehlt es nach den vorstehend aufgezeigten Grundsätzen an den Voraussetzungen für eine Zurechnung ihres Wissens und einer ihnen ggf. anzulastenden Verzögerung bei der Erledigung von Prüfungsersuchen an den Bund.

- 193 Sollte der Umstand, dass der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 6. April 2016 (VII ZR 45/14 – juris) die Beschwerde des Bundes gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Koblenz vom 6. Februar 2014 (2 U 1116/12 – juris) zurückgewiesen hat, nicht nur darauf beruhen, dass der Bund entgegen § 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO die sich aus § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO ergebenden Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nicht ausreichend dargelegt hat, sondern als inhaltliche Billigung des vom Oberlandesgericht vertretenen Rechtsstandpunkts zu verstehen sein, so stünde eine nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt eingetretene Fortentwicklung der Rechtsprechung inmitten, die auf die Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 1. August 2011 ohne Auswirkungen bleibt.
- 194 9. Der Kostenausspruch, in den die Kosten des Revisionsverfahrens 8 C 2.15 wegen des im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. April 2016 insoweit enthaltenen Vorbehalts einzubeziehen waren, beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 195 10. Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe im Sinn von § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

- 196 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grund-

sätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgeschichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

197 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfefahrten, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

199

Beschluss:

200

Unter Abänderung des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 19. Juni 2012 und des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 6. November 2014 wird der Streitwert für das Verfahren im ersten Rechtszug und in der Berufungsinstanz auf jeweils 572.610,73 € festgesetzt.

201

Gründe:

202

Die Entscheidung beruht auf § 52 Abs. 1 i.V.m. § 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GKG, hinsichtlich des ersten Rechtszugs zudem auf § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG.

203

Das mit der vorliegenden Klage verfolgte Interesse der Klägerin, das nach § 52 Abs. 1 GKG für die Streitwerthöhe maßgeblich ist, wird zur Überzeugung des Gerichts vor allem durch ihren Wunsch bestimmt, jene Erstattungsforderung abzuwehren, mit der sie rechnen muss, falls durch die angeordnete Preisprüfung Verstöße gegen das Höchstpreisprinzip aufgedeckt werden sollten. Die vorliegend streitgegenständlichen Entgeltforderungen der Klägerin veranschlagt das Gericht auf 7.634.809,81 €. Die Differenz gegenüber dem vom Beklagten in der mündlichen Verhandlung insoweit genannten Betrag von 11.000.000,00 € erklärt sich daraus, dass wegen der im Bescheid vom 1. August 2011 vorgenommenen Beschränkung der Preisprüfung auf die Jahre von 2005 bis 2008 nur diejenigen (Unter-)Aufträge zu berücksichtigen waren, bei denen die Preisbildung zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2008 stattgefunden hat.

204

Da eine im Jahr 2014 bei der Klägerin durchgeführte Preisprüfung nach Darstellung des Beklagten ergeben hat, dass die von ihr angesetzten Stundensätze um 15 % gekürzt werden müssen, entspricht es pflichtgemäßer Ausübung des durch § 52 Abs. 1 GKG eröffneten Ermessens, die Höhe der Regressforderung, mit der die Klägerin im Gefolge einer Preisprüfung rechnen muss, derzeit mit 15 % aus 7.634.809,81 € anzunehmen. Der sich auf diese Weise errechnende Betrag von 1.145.221,47 € ist zu halbieren, da vorliegend nicht über das Bestehen eines Rückforderungsanspruchs als solchen, sondern nur über die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme zu befinden ist, die die Geltendmachung eines solchen Anspruchs zu erleichtern vermag.