

Rechtsanwalt Wolfgang Baumann, Fachanwalt für Verwaltungsrecht

„Sprengstoffrechtliche Vorgaben bei der Vergabe von Projekten“

A. Problemaufriss

Soweit die Kampfmittelbeseitigung von gewerblichen Unternehmen durchgeführt wird, richtet sich der Umgang und der Verkehr mit explosionsgefährlichen Stoffen nach dem Sprengstoffrecht, nämlich dem Sprengstoffgesetz in der Fassung des Gesetzes vom 17.07.2009, der 1.-3. Sprengstoffverordnung sowie der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Sprengstoffgesetz (SprengVwV). Wer einen Kampfmittelräumdienst betreibt, muss nach diesen nationalen Vorschriften die persönlichen Anforderungen der genannten Vorschriften erfüllen. Das Sprengstoffrecht fordert die geeignete Fachkunde, die persönliche Eignung und die Zuverlässigkeit als Erlaubnis- und Tätigkeitsvoraussetzung.

Will die Öffentliche Hand einen Auftrag im Bereich der Kampfmittelräumung vergeben, sind die vergaberechtlichen Vorschriften zu beachten. Bei der europaweiten Ausschreibung (Schwellenwerte: 137.000 EUR Dienstleistungen und sonstige Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 211.000 EUR Vergabeverordnung-VgV) ist der Wettbewerb unabweisbar auch für Unternehmen aus den EU-Mitgliedstaaten offen. Aufgrund der EU-Dienstleistungsrichtlinie wird aber auch mit der Öffnung der nationalen Grenzen für europäische Firmen die Möglichkeit geschaffen, sich in Deutschland niederzulassen bzw. im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs vom EU-Ausland aus Dienstleistungen anzubieten. Zweck dieser Bestimmung ist es gem. Kapitel 1 Art. 1 Abs. 1, „bei gleichzeitiger Gewährleistung einer hohen Qualität der Dienstleistungen die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Dienstleistungserbringer sowie den freien Dienstleistungsverkehr“ zu erleichtern.

Angesichts der aus deutscher Sicht hohen fachlichen Anforderungen an deutsche Kampfmittelräumer, welche in Leistungsbeschreibungen bei der Auftragsvergabe sich niederschlagen, stellt sich die Frage, welches Niveau im europaweiten Wettbewerb eingehalten werden muss. Sind etwa deutsche öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen zur Kampfmittelräumung an die nationalen Vorschriften (§ 9 SprengG, §§ 29 ff. SprengVO) gebunden, so dass Bieter aus Mitgliedstaaten mit möglicherweise „niedrigerem Standard“ faktisch in Deutschland von der Auftragsvergabe ausgeschlossen wären und nie zum Zuge kommen könnten. M.a.W.: Können öffentliche Auftraggeber durch hohe Anforderungen sicherstellen, dass Aufträge nur innerstaatlich vergeben werden? Auf diese Frage ist nach der Darstellung der persönlichen Anforderungen im Sprengstoffrecht auf die vergaberechtlichen Vorgaben und die jüngste europäische Rechtsentwicklung einzugehen.

B. Persönliche Anforderungen im Sprengstoffrecht

I. Subjektive Voraussetzungen bei Erlaubnis gem. § 7 SprengG

Wer gewerbsmäßig selbstständig einen Kampfmittelräumdienst betreiben will und mit explosionsgefährlichen Stoffen umgehen möchte, bedarf der **Erlaubnis gem. § 7 SprengG**. Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahmen rechtfertigen, dass der Inhaber oder eine der mit der Leitung des Betriebes einer Zweigniederlassung oder einer unselbstständigen Zweigstelle beauftragten Person die erforderliche **Zuverlässigkeit, Fachkunde oder persönliche Eignung nicht besitzt** bzw. das 21. Lebensjahr nicht vollendet hat. Die Behörde überprüft die Zuverlässigkeit und persönliche Eignung des Erlaubnisinhabers in regelmäßigen Abständen mindestens jedoch nach Ablauf von 5 Jahren.

II. Im Einzelnen

1. Die **Zuverlässigkeit** fehlt i. d. R. auch, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen,
 - dass die Person **explosionsgefährliche Stoffe missbräuchlich oder leichtfertig verwenden** wird,
 - mit explosionsgefährlichen Stoffen **nicht vorsichtig oder sachgemäß umgehen** oder diese **nicht sorgfältig aufbewahrt** wird und
 - explosionsgefährliche Stoffe Personen **überlassen** werden, die zur Ausübung der tatsächliche Gewalt überdies nicht berechtigt sind.

Auch wer in den letzten 10 Jahren rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mind. einem Jahr verurteilt worden ist, gilt als unzuverlässig.

Regelmäßig fehlt die erforderliche Zuverlässigkeit bei **Straftaten** gegen das Waffengesetz, das Bundesjagdgesetz und bei **Rechtsverstößen** gegen Vorschriften des Arbeitsschutz-, Chemikalien-, Gefahrentgut-, Immissionsschutz-, Gewässerschutz- und Bergrechts verstoßen hat, um nur einige Gesichtspunkte zu nennen, welche zur Versagung der Genehmigung wegen Unzuverlässigkeit führen können.

2. Die erforderliche **persönliche Eignung** besitzen Personen nicht, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie alkohol- oder drogenabhängig sind, eine psychische Krankheit haben oder debil sind bzw. wenn eine konkrete Gefahr einer Fremd- oder Selbstgefährdung besteht. Die persönliche Eignung schließt die körperliche Eignung ein.
3. Die **Fachkunde** umfasst ausreichende technische Kenntnisse über die Empfindlichkeit und Wirkungsweise von explosionsgefährlichen Stoffen sowie deren Handhabung und Anwendung, die Ursachen und Folgen des Unbrauchbarwerdens von explosionsgefährlichen Stoffen, die zu treffenden Maßnahmen zur Sicherheit des Lebens und der Gesundheit Beschäftigter oder Dritter und zur Abwendung von Gefahren für Sachgüter sowie ausreichende rechtliche Kenntnisse der Vorschriften mit dem Umgang und Verkehr mit explosionsgefährlichen Stoffen, soweit diese für die Ausübung der jeweils beabsichtigten Tätigkeit erforderlich sind.

C. Vergaberechtliche Vorgaben

I. Das neue Vergaberecht der EU

Auch nach der grundlegenden Überarbeitung des deutschen Vergaberechts in den Jahren 2008-2010 ist dessen **Grundstruktur** als solche **un-angetastet geblieben**. Von der jeweiligen gesetzlichen Ebene wird über eine oder zwei Stufen auf nachgeordnete Rechtsvorschriften verwiesen („Kaskadenprinzip“).

Geprägt ist das deutsche Vergaberecht durch eine markante **Zweiteilung**: Die für die lediglich nationale Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen geltenden Bestimmungen auf der einen und die für die europaweite Vergabe dieser Aufträge geltenden Bestimmungen auf der anderen Seite, die dann zur Anwendung kommen, wenn der geschätzte Gesamtauftragswert für die jeweilige Auftragsvergabe den jeweils relevanten EU-Schwellenwert erreicht oder übersteigt (Horn, Überblick Vergaberecht, 2010, Seite 8).

1. Bei **nationaler Vergabe** sind die ans Haushaltsrecht gebundenen Stellen zur Beachtung von VOB/A (Bauleistungsvergabe) und die VOL/A (Liefer- und Dienstleistungen) verpflichtet.

2. Das bei **europaweiten Auftragsvergaben** anzuwendende Recht beruht im Kern auf gemeinschaftsrechtlichem Richtlinienrecht, nämlich auf den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sowie 2006/123/EG für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch allgemeine öffentliche Auftraggeber sowie der Sektorenrichtlinie, welche die europaweite Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch sog. Sektorenauftraggeber (Verkehr, Trinkwasser, Energie) regelt.

II. Die Umsetzung im bundesdeutschen Recht

Mit dem Erlass des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 20.04.2009 (BGBl. I, 791 vom 23.04.2009) wurden diese Richtlinien umgesetzt. Neben den allgemeinen Vorschriften zum Vergabeverfahren im **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** wurden auf untergesetzlicher Ebene zwei Bundesrechtsverordnungen erlassen:

- Die **Vergabeverordnung (VgV)**, die bei der europaweiten Vergabe von Bauleistungen die Anwendung des Abschnitts 2 der VOB/A verbindlich anordnet und bei der europaweiten Vergabe von Lieferleistungen und vorab abschließend beschreibbaren Dienstleistungen zur Anwendung des Abschnitts 2 der VOL/A verpflichtet und schließlich für die Vergabe freiberuflicher Leistungen durch allgemeine öffentliche Auftraggeber die dritte Vergabe- und Vertragsordnung, die VOF (Vergabe- und Vertragsordnung für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen) zur Geltung bringt.
- Die **Sektorenverordnung (SekV)** hat für die Auftraggeber im Bereich Energie, Trinkwasserversorgung und Verkehr nunmehr abschließend die europaweite Vergabe von allen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch diese Auftraggeber geregelt.

Die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A, VOL/A und VOF (früher: Verdingungsordnungen) enthalten das wesentliche **materielle Vergaberecht**, die konkreten Vorschriften zum Vergabeverfahren, insbesondere über die Art des Vergabeverfahren, etc.. Durch die statischen Verweisungen in der Vergabeverordnung erhalten die deutschen Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF bei europaweiten Auftragsvergaben materiellen Gesetzescharakter.

III. Anforderungen im Vergabeverfahren bzgl. subj. Voraussetzungen

1. **Bieter** in den einschlägigen Vergabeverfahren müssen **Nachweise** der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgeben (vgl. z. B. § 6 Abs. 3 Ziff. 1 VOB/A und VOL/A).

Diese Eignungskriterien sind **unbestimmte Rechtsbegriffe**; der Auftraggeber kann diese unter Gewichtung der von ihm für maßgebend erachteten Eignungsmerkmale im Rahmen eines Beurteilungsspielraums gewichten und festlegen. Dabei muss er das vorgeschriebene Verfahren einhalten, den Sachverhalt zutreffend ermitteln, sachwidrige Erwägungen vermeiden und allgemeine Bewertungsgrundsätze beachten (wie z. B. den Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 12 EGV oder die allg. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 43, Art. 49 EGV).

Auch bei **beschränkter Ausschreibung** und **freihändiger Vergabe** ist vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Eignung der Bewerber zu prüfen. Dabei sind die Bewerber auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Sicherheit bietet; dies bedeutet auch hier, dass sie die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen müssen (§ 6 Abs. 3 Nr. 6 VOB/A).

2. Im § 6 a Abs. 1 VOB/A und § 6 Abs. 3 VOL/A ist der **Begriff der Unzuverlässigkeit** der Unternehmen zusätzlich konkretisiert:

Ein Unternehmen ist von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen, wenn der Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig wegen Verstoßes gegen eine der hier genannten strafrechtlichen Vorschriften verurteilt worden ist:

- § 129 des StGB (**Bildung krimineller Vereinigungen**), § 129a des StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen), § 129b StGB (kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),
- § 261 StGB (**Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte**),
- § 263 StGB (**Betrug**), soweit sich die Straftat gegen den **Haushalt der EG** oder gegen Haushalte richtet, die von der EG oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- § 334 StGB (**Bestechung**), auch i. V. m. Art. 2 des EU-Bestechungsgesetzes, Art. 2 §1 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung, Art. 7 Abs. 2 Nr. 10 des Vierten

Strafrechtsänderungsgesetzes und § 2 des Gesetzes über das Ruhen der Verfolgungsverjährung und die Gleichstellung der Richter und Bediensteten des Internationalen Strafgerichtshofes,

- Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (**Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalen Geschäftsverkehr**),
- § 370 der Abgabenordnung, auch i. V. m. § 12 des Gesetzes zur **Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen** und der Direktzahlungen (MOG), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der EG oder gegen Haushalte richtet, die von der EG oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.

Einem Verstoß gegen diese Vorschriften gleichgesetzt sind **Verstöße gegen entsprechende Strafnormen anderer Staaten**.

IV. Fazit

Im Ergebnis kann mithin festgestellt werden, dass im Vergabeverfahren nach den deutschen Vergabevorschriften die persönlichen Qualifizierungsanforderungen für eine sprengrechtliche Erlaubnis als Vergabemerkmale wieder in Erscheinung treten. Sie sind allerdings nicht unmittelbar angewendet worden. Vielmehr können die Maßstäbe in strengerer oder weniger strenger Form angewendet werden.

D. Besonderheiten bei europäischen „Dienstleistern“

Ausgangspunkt ist für deutsche öffentliche Auftraggeber das bundesdeutsche Recht, nach dem sich die Eignungsmerkmale grundsätzlich richten.

I. EU-Dienstleistungsrichtlinie

Allerdings ergeben sich aufgrund der Entwicklung des Europarechts **Zwänge zum Abbau der nationalen Zugangsbeschränkungen** aufgrund der notwendigen Harmonisierung der nationalstaatlichen Rechtsordnungen; dies gilt auch im Hinblick auf die Kampfmittelräumung.

Die schon erwähnte Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006 (Richtlinie 2006/123/EG) ist derzeit in 22 Mitgliedstaaten im Stadium der Implementation. Die Richtlinie verfolgt den Zweck, „**die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern in den Mitgliedsstaaten und des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen Mitgliedsstaaten zu beseitigen** und den Dienstleistungsempfängern und – erbringern die **Rechtssicherheit zu garantieren**, die sie für die wirksame Wahrnehmung dieser beiden Grundfreiheiten des Vertrags benötigen“. Da die Beschränkungen im Binnenmarkt für Dienstleistungen sowohl die Dienstleistungserbringer beeinträchtigen, die sich in einem anderen Mitgliedsstaat niederlassen möchten, als auch diejenigen, die in einem anderen Mitgliedsstaat Dienstleistungen erbringen, ohne dort niedergelassen zu sein, sei es erforderlich, den Dienstleistungserbringern zu ermöglichen, ihre **Dienstleistungstätigkeiten im Binnenmarkt dadurch zu entwickeln**, dass sie sich entweder in einem anderen Mitgliedsstaat **niederlassen** oder den **freien Dienstleistungsverkehr nutzen**. Die Dienstleistungserbringer sollten zwischen diesen beiden Freiheiten wählen und sich für diejenige entscheiden können, die ihrer Geschäftsstrategie für die einzelnen Mitgliedsstaaten am besten gerecht wird (Erwägungen Nr. 5).

In der Erwägung Nr. 7 der Präambel wird der **allgemeine Rechtsrahmen** dargestellt, der mit der Richtlinie geschaffen werden soll: „*Mit dieser Richtlinie wird ein allgemeiner Rechtsrahmen geschaffen, der einem breiten Spektrum von Dienstleistungen zugute kommt und gleichzeitig die Besonderheiten einzelner Tätigkeiten und Berufe und ihre Reglementierung berücksichtigt. Grundlage dieses Rechtsrahmens ist ein **dynamischer und selektiver Ansatz**, der vorrangig die leicht zu beseitigenden Beschränkungen beseitigt; hinsichtlich der Übrigen wird ein Prozess der Evaluierung, Konsultation und ergänzenden Harmonisierung bei besonderen Fragen eingeleitet, um so schrittweise und koordiniert eine Modernisierung der nationalen Regelungen für Dienstleistungstätigkeiten zu erreichen, wie sie für die Schaffung eines wirklichen Binnenmarktes für Dienstleistungen bis zum Jahr 2010 unerlässlich ist. Es ist angezeigt bei den Maßnahmen eine **ausgewogene Kombination aus gezielter Harmonisierung, Verwaltungszusammenarbeit, den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit und der Förderung der Erarbeitung von Verhaltenskodizes** für bestimmte Bereiche vorzusehen...*“

Die Dienstleistungsrichtlinie verlangt eine **Überprüfung der Verfahren und Formalitäten** für die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit; soweit diese Verfahren zu kompliziert sind, müssen sie von den Mitgliedstaaten vereinfacht werden.

II. Anpassungsprozess in Deutschland

Dieser Anpassungsprozess hat in Deutschland zu einem wesentlichen Teil schon stattgefunden:

1. Im **Abschnitt IX der 1. Verordnung zum Sprengstoffgesetz** wurden gewisse **Zugangsbeschränkungen** für Bürger der Europäischen Union beseitigt und die **Nachweise der Fachkunde** neu geregelt:

- für EU-Ausländer gilt die Vorschrift nicht, dass die Betriebserlaubnis versagt werden kann, wenn der Betriebsleiter **nicht Deutscher** ist (§ 38 Abs. 1 S. 1 1. SprengV), auch soweit für den Befähigungsschein gem. § 20 1. SprengV von der Deutscheigenschaft ausgegangen wird, entfällt diese Voraussetzung.
- Der **Nachweis der Fachkunde** gilt auch als erbracht, wenn eine bestimmte Tätigkeit als Selbstständiger oder in leitender Stellung im Bereich von Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung, Wiedergewinnung, Verwendung oder Vernichtung explosionsgefährlicher Stoffe bzw. für den Verkehr oder die Aufbewahrung dieser Stoffe nachgewiesen werden kann. Entsprechende Zeugnisse und Nachweise müssen anerkannt sein (§ 39 1. SprengV).
- Als Nachweise einer erforderlichen **Vermittlung der Fachkunde** werden auch Befähigungs- und Ausbildungsnachweise anerkannt, die von einer zuständigen Behörde eines anderen EU-Mitgliedstaates, eines EWR-Vertragsstaates oder der Schweiz ausgestellt worden sind, soweit diese auch für den anderen Staat bescheinigen, dass der Inhaber auf seine Tätigkeiten hinreichend vorbereitet worden ist und er in einem längeren Zeitraum einer vergleichbaren Tätigkeit nachgegangen ist (§ 46 1. SprengV).

Zugleich wurde das Verfahren zum konkreten **Nachweis der Qualifikation** neu geregelt (§ 40a 1. SprengV).

2. Gemäß **§ 13 GewO** wird die **Anerkennung ausländischer Unterlagen und Bescheinigungen** neu geregelt:

„Soweit nach diesem Gesetz oder eine aufgrund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnung die Zuverlässigkeit oder die Vermögensverhältnisse einer Person zu prüfen sind, sind als Nachweis für die Zuverlässigkeit und für geordnete Vermögensverhältnisse von Gewerbetreibenden aus einem anderen Mitgliedstaat der europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkom-

mens über den Europäischen Wirtschaftsraum Unterlagen als ausreichend anzuerkennen, die im Herkunftsstaat ausgestellt worden und die belegen, dass die Anforderungen an die Zuverlässigkeit und die geordneten Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden erfüllt werden. Dabei kann verlangt werden, dass die Unterlagen in beglaubigter Kopie in beglaubigter deutscher Übersetzung vorgelegt werden. Werden im Herkunftsstaat solche Unterlagen nicht ausgestellt, so können sie durch eine Versicherung an Eides statt des Gewerbetreibenden oder nach dem Recht des Herkunftsstaats vergleichbare Handlungen ersetzt werden.“

Eine entsprechende Erleichterung gibt es für den Nachweis der Haftpflichtversicherung, wie finanzielle Risiken der beruflichen Tätigkeit.

III. EU-Mitgliedstaaten

In den meisten EU-Mitgliedstaaten sind die **Implementierungsverfahren** weitgehend abgeschlossen.

Es wurden **Kontaktstellen** eingerichtet, die dem Gründern sämtliche wesentlichen Informationen zur Verfügung stellen sollen, sowie bei der Erledigung aller dienstleistungsrelevanten Verfahren und Formalitäten unterstützen, ohne dass bei Gründungen die involvierten Verwaltungsbehörden, Verbände, Kammern oder Berufsorganisationen einzeln kontaktiert werden müssen. In **Polen** ist das z. B. im „Gesetz über die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Territorium der Republik Polen“ geschehen. Entsprechende Antragsmuster in elektronischer Form sind in Vorbereitung.

IV. Erhaltung der Standards bei Sicherheitsanforderungen

Die Dienstleistungsrichtlinie der EU verlangt dort keine Reduzierung von Standards, wo **sicherheitsbedingte Anforderungen** im nationalen Recht enthalten sind. Dies dürfte dazu führen, dass in Deutschland auch weiterhin ein hohes Niveau an technischen und persönlichen Standards verlangt wird. Soweit (vorübergehend) bis zu einer Anpassung andere EU-Staaten geringere Anforderungen an technische und persönliche Standards haben, könnte dies für deutsche Unternehmen eine wirtschaftliche Chance darstellen. Insgesamt dürfte es sich allerdings um einen Anpassungsprozess in die eine wie in die andere Richtung handeln.

E. Fazit

In einer Ausschreibung kann demgemäß hinsichtlich der Eignung und der Nachweise nicht mehr verlangt werden, als dies die gesetzlichen Vorschriften tun. Der dort geregelte Maßstab kann als Maximalanforderung bei der Ausschreibung angesehen werden. Aus dem Gleichheitsgrundsatz ergibt sich, dass die Anforderungen an deutsche Bewerber in einem Vergabeverfahren nicht höher sein können als die für ausländische Mitbewerber. Aufgrund der Harmonisierung gesetzlicher Vorschriften zur Fachkunde und zu deren Nachweis, zur persönlichen Eignung und zur Zuverlässigkeit können sich daher die Anforderungen an diese Kriterien bei vergaberechtlichen Ausschreibungen generell vermindern. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wären höhere Anforderungen im Sinn des deutschen Rechts ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit in Europa. Bei sicherheitsrelevanten Standards können die bisherigen Anforderungen begründet aufrecht erhalten werden. Das gilt insbesondere für die Kampfmittelräumung.