Oberverwaltungsgericht NRW, 4 B 790/17

Datum:	22.03.2018
Gericht:	Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper:	4. Senat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	4 B 790/17
ECLI:	ECLI:DE:OVGNRW:2018:0322.4B790.17.00

Vorinstanz:	Verwaltungsgericht Minden, 7 L 788/17
Leitsätze:	Schutzgut ist der freie Wettbewerb, der auch bei beschränkten Ausschreibungen und Teilnahmewettbewerben, selbst gegenüber nicht an die VOB/A gebundenen Privaten strafrechtlich geschützt worden ist.

Tenor:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts Minden vom 21.6.2017 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerde-verfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 7.500 Euro festgesetzt.

Die Beschwerde ist unbegründet. Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 1 und 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigt keine Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung. 1

Die Richtigkeit der Interessenabwägung des Verwaltungsgerichts nach § 80 Abs. 5 VwGO wird durch die Beschwerde nicht in Frage gestellt. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht bei summarischer Prüfung angenommen, dass der angegriffene Löschungsbeschluss seine Rechtsgrundlage in § 6 Satz 1 lit. d) i. V. m. § 5 Abs. 1 BauKaG NRW findet. Zutreffend ist es davon ausgegangen, dass dem Antragsteller zum maßgeblichen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Löschungsverfügung der Antragsgegnerin im März 2017 aufgrund des 2

in dem angefochtenen Beschluss vom 8.3.2017 zugrunde gelegten Verhaltens die für die Wahrnehmung der Berufsaufgaben eines Architekten notwendige Zuverlässigkeit fehlte.

Ohne Erfolg wendet der Antragsteller ein, seine Verurteilung durch rechtskräftigen Strafbefehl vom 7.4.2016 wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in 3

Tateinheit mit wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen sowie wegen Steuerhinterziehung (Vergehen nach §§ 298, 299, 301, 52, 53 StGB, 370, 150 AO) zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 200 € (mit Einzelstrafen von 90 Tagessätzen wegen Bestechlichkeit und 80 Tagessätzen wegen Steuerhinterziehung) hätte so nicht erfolgen dürfen. Das Verwaltungsgerichts hat zutreffend unter Berücksichtigung ober- und höchstrichterlicher Rechtsprechung angenommen, im Ordnungsrecht könnten die in einem rechtskräftigen Strafbefehl enthaltenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen regelmäßig zur Grundlage einer behördlichen oder gerichtlichen Beurteilung der Persönlichkeit des Betroffenen gemacht werden, soweit sich nicht gewichtige Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit solcher Feststellungen ergäben. 4

Vgl. BayVGH, Urteil vom 28.3.2007 ? 21 B 04.3153 ?, juris, Rn. 27; BVerwG, Beschluss vom 18.8.2011 ? 3 B 6.11 ?, juris, Rn. 10. 5

Der Antragsteller ist der Annahme des Verwaltungsgerichts, Wiederaufnahmegründe im Sinne des § 359 StPO lägen nicht vor, so dass sich hieraus keine gewichtigen Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen im Strafbefehl ergeben könnten, nicht entgegen getreten. Er hält vielmehr die Verurteilung auf Grund falscher Rechtsanwendung durch die Staatsanwaltschaft, das Amtsgericht und das Verwaltungsgericht für rechtswidrig. Insbesondere meint der Antragsteller, der Schuldspruch nach §§ 298, 299 StGB sei nicht gerechtfertigt, weil er kein wettbewerbliches Verfahren durchgeführt habe, dessen Ausgestaltung dem der VOB/A ähnlich gewesen sei. Eine im Vergabeverfahren vorgesehene Eignungsprüfung habe bezogen auf potentielle Bieter niemals stattgefunden. Auch dieser Einwand greift nicht durch. Die Ähnlichkeit des vom Antragsteller gewählten Vergabeverfahrens mit einer beschränkten Ausschreibung nach der VOB/A wird nicht bereits durch das Fehlen einer Eignungsprüfung in Frage gestellt. Schutzgut ist der freie Wettbewerb, der auch bei beschränkten Ausschreibungen und Teilnahmewettbewerben, selbst gegenüber nicht an die VOB/A gebundenen Privaten strafrechtlich geschützt worden ist. 6

Vgl. BGH, Beschluss vom 19.12.2002 ? 1 StR 366/02 ?, NZBau 2003, 408 = juris, Rn. 3; BT-Drs. 13/5584, S. 14. 7

Welcher Erklärungswert dem Inhalt von Vergabeunterlagen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. Maßgeblich für das Verständnis ist dabei der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter. 8

Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2012 ? X ZR 108/10 ?, ZfBR 2013, 154 = juris, Rn. 9, m. w. N. 9

Ausweislich der vom Antragsteller im Anhörungsverfahren vorgelegten Vereinbarungen mit der Bauherrengemeinschaft für das „D. R. “ in C. hatte die Ausschreibung „alle Anforderungen öffentlicher Ausschreibung wie ISB“ zu erfüllen und der Auftrag war dem günstigsten Bieter zu erteilen. Dementsprechend hatte der Antragsteller nach den seiner Verurteilung zugrunde liegenden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft das von der Firma M. für ihn erstellte Leistungsverzeichnis verschiedenen Unternehmen übersandt mit 10

der Aufforderung, bis zum 19.5.2009 ein Angebot für das Gewerk „Rohbauarbeiten“ ? erster Bauabschnitt des „D. R1. “ abzugeben. Jedenfalls nach außen hin erweckte der Antragsteller auch bei den Angeschriebenen den Anschein, er habe sich an Unternehmen gewandt, von denen er zumindest für möglich hielt, dass sie geeignet und leistungsfähig seien. Dies ergab sich nicht nur aus der Übersendung des Leistungsverzeichnisses mit der Bitte, ein Angebot zu erstellen, sondern auch aus dem im Zusammenhang mit den Absagen vom Antragsteller gegebenen Hinweis, sein Büro werde für weitere Lose gern nochmals auf die nicht zum Zuge gekommenen Bewerber zukommen. Bei dieser Sachlage ist der geltend gemachte geheime Vorbehalt des Antragstellers, er habe die Eignung der Angeschriebenen nicht geprüft, nach dem für das Verständnis seiner beschränkten Ausschreibung maßgeblichen Empfängerhorizont unbeachtlich. Insbesondere war für die angeschriebenen Unternehmer nicht erkennbar, dass er ihre Angebote lediglich benötigte, um den Preis des aus seiner Sicht von vornherein feststehenden Auftragnehmers im Rahmen eines nur scheinbar dem freien Wettbewerb unterliegenden Bieterverfahrens möglichst weit reduzieren zu können. Auch bei den Zeugen M1. und M. , auf deren Aussagen die rechtskräftige Verurteilung des Antragstellers maßgeblich beruht und an die sich die beschränkte Ausschreibung ebenfalls richtete, entstand der Eindruck, dass es sich um eine nach außen hin dem Wettbewerb unterliegende Ausschreibung handelte, bei der ihre Firma trotz des ihnen insgeheim erklärten Willens des Antragstellers, sie zu beauftragen, nur dann zum Zuge kommen konnte, wenn sie am Ende günstigste Bieterin sein würde. Das Verwaltungsgericht hat deshalb zutreffend angenommen, dass das Vergabeverfahren, wie mit der Bauherrengemeinschaft vereinbart, ähnlich ausgestaltet war, wie es nach den wesentlichen Vorschriften der VOB/A für die Vergabe nach beschränkter Ausschreibung vorgesehen war, nämlich durch § 2 Nr. 1, § 3 Nr. 1 Abs. 2, § 6 Nr. 1, § 8 Nr. 2 Abs. 2, §§ 9, 10, 18, 22 VOB/A in der damals geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 20.3.2006 (BAnz. Nr. 94a S. 9) ? VOB/A 2006. Dies ergibt sich schließlich auch aus der E-Mail des Antragstellers vom 19.5.2009, in der er selbst klar den Eindruck vermittelte, bei den Vergabeverhandlungen das wirtschaftlichste Angebot der angeschriebenen Unternehmen, die er als Bieter bezeichnete, auswählen zu müssen, wie dies etwa auch in § 25 VOB/A 2006 vorgesehen war. Dementsprechend trat der Antragsteller auch erst in Vergabeverhandlungen mit der Firma M. ein, nachdem diese aufgrund einer rechtswidrigen Absprache mit dem Antragsteller ihren Angebotspreis so weit reduziert hatte, dass sie günstigste Bieterin wurde, wodurch sie nach Angaben des Antragstellers mit dem Gesamtprojekt einen Verlust in Höhe von 42.000 € erwirtschaftete.

Ebenfalls ohne Erfolg wendet der Antragsteller erneut ein, zwischen der Beauftragung von 11
Bauleistungen für das Bauprojekt „D. R. “ und dem rein privaten Anliegen des Antragstellers, Pläne für seine private Gartengestaltung zu verwirklichen, habe keine inhaltliche Verknüpfung bestanden. Die Pläne für den Garten seien erst nach Vertragsunterzeichnung für den ersten Bauabschnitt des „D. R1. “ fertiggestellt worden. Zudem sei die Übernahme der Arbeiten in seinem Garten nicht zur Voraussetzung für die Beauftragung weiterer Bauabschnitte des „D. R1. “ gemacht worden. Insoweit beruft er sich darauf, der Zeuge N. M. habe gegenüber der Staatsanwaltschaft zunächst ausgesagt, eine Rechnungslegung sei unterblieben, weil der Antragsteller seinerseits Leistungen an die Firma M. im Zusammenhang mit der Errichtung eines Containerumschlagplatzes ausgeführt habe und man insoweit befürchtet habe, dass die Rechnung des Architekten höher ausfallen könne als die eigene. Der Antragsteller kann nicht nachvollziehen, weshalb der Zeuge später ausgesagt habe, dass diese Leistungen als weiterer Nachlass auf den Angebotspreis für das „D. R. “ angesehen worden seien. Hierin liegt, wie die Staatsanwaltschaft in ihrer Beweiswürdigung überzeugend ausgeführt hat (S. 20 der Anklageschrift), kein Widerspruch. Beide Aussagen bezogen sich auf verschiedene

Zeitpunkte und sind deshalb miteinander vereinbar: Der Zeuge hatte ausführlich dargelegt, der Antragsteller habe ihn im zeitlichen Zusammenhang mit der Auftragsvergabe für den ersten Bauabschnitt für das „D. R. “ gefragt, ob sein Unternehmen als Preisnachlass eine Gartenmauer bauen könne. Erst nach Beginn der Arbeiten sei zusätzlich der Bau eines Swimmingpools verlangt worden. Nachdem der Zeuge nicht bereit gewesen sei, entsprechend der Vorstellung des Antragstellers zum Ausgleich beim „D. R. “ die Stahlmassen zu Lasten der Bauherrengemeinschaft zu erhöhen, und er die Kostenstelle deshalb „vor sich hergeschoben“ habe, habe der Antragsteller erst zu einem späteren Zeitpunkt, in dem er vom Zeugen bereits mit der Fertigung eines Bauantrags für einen Containerplatz beauftragt worden war, erklärt, er werde für den Bauantrag keine Rechnung schreiben und damit sei auch die Angelegenheit mit dem Swimmingpool erledigt. Die Aussage des Zeugen hinsichtlich der vom Antragsteller angeregten Abrechnung der Stahlmassen, durch die zusätzlich belegt wird, dass der Antragsteller für seine private Gartengestaltung zunächst gerade nicht bezahlen wollte und die Vereinbarung über die Verrechnung mit Architektenleistungen für einen Containerplatz erst viel später erfolgte, hat der Antragsteller im Übrigen nicht substanziell in Zweifel gezogen.

Durch die Deutung des Antragstellers, die Formulierung „weiterer Nachlass“ spreche dafür, 12
dass sich das dem Antragsteller vorgeworfenen Tatgeschehen erst zugetragen habe, nachdem bereits alle Preise endverhandelt gewesen wären, wird zudem ebenfalls die schlüssig bezeugte anschließende Forderung von Arbeiten auf dem Privatgrundstück des Antragstellers als Gratisleistung im Vorfeld der ausstehenden Beauftragungen für weitere Bauabschnitte des „D. R1. “ nicht in Frage gestellt.

Ohne Erfolg wendet sich der Antragsteller schließlich gegen die Einschätzung der 13
Antragsgegnerin und des Verwaltungsgerichts, die begangenen Taten brächten eine

mangelnde Gesetzestreue des Antragstellers zum Ausdruck, die es fernliegend 14

erscheinen lasse, dass er in Zukunft bereit sein werde, den ihm obliegenden 15

Berufspflichten beanstandungsfrei nachzukommen. Dabei kann auf sich beruhen, dass eine 16
Verurteilung zu 90 Tagessätzen nach §§ 298, 299 StGB nicht erfolgt ist, sondern dieses Strafmaß nur als Einzelstrafe in eine Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen Eingang gefunden hat. Denn es ist bereits nicht zweifelhaft, dass auch die Verurteilung wegen Steuerhinterziehung bei der Prognose zu berücksichtigen ist, ob der Antragsteller künftig seinen Berufspflichten ordnungsgemäß nachkommen wird. Zutreffend hat das Verwaltungsgericht hervorgehoben, dass die dieser Verurteilung zu Grunde liegende Tat im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Antragstellers als Architekt stand, weil es um nicht deklarierte Einnahmen ging, die der Antragsteller als Gegenleistung für die Beauftragung eines bestimmten Unternehmens in seiner Eigenschaft als Projektleiter des Bauprojekts „D. R. “ erhalten hat. Letztlich ging es dem Antragsteller nach den dem rechtskräftigen Strafbefehl zu Grunde liegenden und nicht durchgreifend in Zweifel gezogenen Feststellungen zunächst darum, Bauleistungen für seinen privaten Garten von erheblichem Wert auf Kosten eines von ihm unlauter begünstigten Bieters und auf Kosten des Fiskus steuerfrei zu erhalten. Als die Firma auf Zahlung drängte, schlug der Antragsteller eine Anrechnung auf Stahlmassen im Rahmen des Bauprojekts „D. R. “ vor und legte es darauf an, dass ihm privat zugeflossene Bauleistungen unter der Hand letztlich von der Bauherrengesellschaft getragen werden sollten, die den Antragsteller mit dem Bauprojekt „D. R. “ beauftragt hatte. Als sich auch dieser Plan zerschlug, hielt der Antragsteller weiterhin daran fest, wenigstens dadurch privat zu profitieren, dass wechselseitige Leistungen von erheblichem finanziellen Umfang ohne Rechnung und damit zu Lasten des

Fiskus steuerfrei erbracht werden sollten. Bei diesem Geschehensverlauf kann nicht von einem einmaligen Fehlverhalten, sondern von einem über längere Zeit verfolgten, den Umständen jeweils angepassten, Tatplan gesprochen werden. Zudem bewertet auch der Senat das darin liegende Fehlverhalten als so schwerwiegend, dass es geeignet ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Berufsstand nachhaltig zu erschüttern, bliebe es folgenlos.

Vgl. zur Entziehung der ärztlichen Approbation wegen Unwürdigkeit BVerwG, Beschluss vom 18.8.2011 ? 3 B 6.11 ?, Buchholz 418.00 Ärzte Nr. 111 = juris, Rn. 8; siehe im Zusammenhang mit der Unzuverlässigkeit eines Architekten auch OVG NRW, Beschlüsse vom 16.9.2015 ? 4 B 333/15 ?, GewArch 2016, 437 = juris, Rn. 5, und vom 12.2.2010 ? 4 A 1266/08 ?. 17

Wenn der Antragsteller nicht ansatzweise nachvollziehen kann, was sein Verhalten konkret so schwerwiegend erscheinen lasse, dass es eine sofortige Löschung aus der Architektenliste rechtfertigen könne, und er zugleich sein Verhalten dadurch zu rechtfertigen versucht, er habe nach harten Verhandlungen für die Bauherrengemeinschaft das beste Ergebnis herausgeholt, so belegt gerade diese verharmlosende Einlassung, dass er bis heute keine Einsicht in das Unrecht seinen Handelns gewonnen hat. Dies ergibt sich noch deutlicher aus seiner erstinstanzlichen Einlassung, er habe Angebotspreise abgefragt und die Erkenntnisse für Verhandlungen genutzt, was nicht ansatzweise strafbar und in der Privatwirtschaft sowie im privaten Bereich absolut üblich sei. Angesichts dieser Einlassungen ist nicht ersichtlich, wodurch die Erwartung gerechtfertigt sein soll, der ohne gewichtige Anhaltspunkte für Rechtsfehler einschlägig rechtskräftig vorbestrafte Antragsteller werde künftig seinen Berufspflichten ordnungsgemäß nachkommen, ohne erneut zu versuchen, sich auf Kosten seiner Vertragspartner, Dritter oder des Fiskus durch wettbewerbswidriges oder sonst unlauteres Verhalten zu bereichern. Dass es mildere Sanktionsmöglichkeiten für berufsrechtswidriges Verhalten gibt, steht der Verhältnismäßigkeit der Löschung aus der Architektenliste nicht entgegen, weil nur hierdurch der naheliegenden Wiederholung unlauteren und berufsrechtswidrigen Verhaltens durch den insoweit im gerichtlichen Verfahren nicht einmal erkennbar einsichtigen Antragsteller im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit als „Architekt“ wirksam begegnet werden kann. Im Übrigen wird, worauf das Verwaltungsgericht gleichfalls zutreffend sinngemäß hingewiesen hat, dem Antragsteller durch die Löschung aus der Architektenliste nicht die Möglichkeit genommen, den wesentlichen Teil seiner Berufsaufgaben im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses zu erfüllen. 18

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 6.7.2017 ? 4 B 197/17 ?, juris, Rn. 6 f., m. w. N.; BVerwG, Beschluss vom 17.3.2008 ? 6 B 7.08 ?, Buchholz 451.20 § 12 GewO Nr. 1 = juris, Rn. 8. 19

Die dargelegten Beschwerdegründe rechtfertigen es ferner nicht, dem Antragsteller deshalb vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, weil ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung der Löschungsverfügung nur anzunehmen ist, wenn die begründete Besorgnis besteht, dass sich die mit ihr bekämpfte Gefahr schon in der Zeit bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens realisieren kann. Zwar ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Begründetheit dieser Besorgnis unter Berücksichtigung auch solcher Umstände zu beurteilen, die erst nach dem Erlass der angefochtenen Ordnungsverfügung eingetreten sind. 20

Vgl. zuletzt im Zusammenhang mit dem Widerruf einer Gaststättenerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit OVG NRW, Beschluss vom 20.10.2016 – 4 B 852/16 –, juris, Rn. 19 f., m. w. N. 21

22

Jedoch bestehen auch für die Zeit nach dem Löschungsbeschluss insbesondere anhand des Vorbringens im gerichtlichen Verfahren keine konkreten Anhaltspunkte für eine durchgreifende Einstellungsänderung des Antragstellers. Ausgehend davon teilt der Senat die Annahme des Verwaltungsgerichts, vorliegend bestehe ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der Löschungsverfügung, das ausnahmsweise ein Abweichen von dem gesetzlichen Regelfall der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs rechtfertigt. Ebenfalls zutreffend hat das Verwaltungsgericht die zwischen Erlass des Strafbefehls und der Löschung aus der Architektenliste verstrichene Zeit nicht als so lang angesehen, dass hieraus auf das Fehlen einer besonderen Dringlichkeit geschlossen werden könnte. Dies gilt im Übrigen auch deshalb, weil die Entscheidung über die Löschung eine sorgfältige Aufarbeitung und Bewertung der umfangreichen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen verlangt hat, die eine gewisse Bearbeitungszeit erfordert. Der vom Verwaltungsgericht geschilderte Bearbeitungsablauf kann angesichts dessen nicht als unangemessen zögerlich beurteilt werden, zumal der Antragsteller auf die Anhörung eingehend zur Würdigung des Sachverhalts vorgetragen und die Antragsgegnerin sich in ihrer Verfügung mit seinen Einwänden intensiv auseinandergesetzt hat.

Im Übrigen steht es dem Antragsteller frei, eine Wiedereintragung in die Architektenliste zu beantragen, sofern ihm das vorgeworfene Verhalten nach Löschung im Bundeszentralregister nicht mehr im Rechtsverkehr entgegen gehalten werden kann und keine neuen Umstände bekannt werden, aufgrund derer er nicht die Gewähr bietet, künftig seinen Berufspflichten nachzukommen. 23

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. 24

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. 25

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG). 26

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE