OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-851609/4/Bm/Rd

Datum:
Linz, 2. September 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des I B, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. R S, LL.M., X, X, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 20. April 2021, GZ: BHWLGE-2021-34966, betreffend die Abweisung der beantragten Nachsicht vom Ausschluss der Gewerbeausübung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. August 2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 20. April 2021, GZ: BHWLGE-2021-34966, wurde dem Ansuchen von I B (im Folgenden: Beschwerdeführer), X, X, um Nachsicht vom Ausschluss der Gewerbeausübung des Gewerbes „Pflasterer (Handwerk)“ keine Folge gegeben und die Nachsicht vom Ausschluss von der Ausübung des Gewerbes „Pflasterer“ gemäß § 26 Abs. 1 iVm § 13 Abs. 1 GewO 1994 nicht erteilt.

Begründet wurde die Entscheidung damit, dass der Beschwerdeführer mit Urteil des Landesgerichtes Wels vom 28. Mai 2019, 038 HV 21/2019d (rechtskräftig mit 28. Mai 2019), wegen der Delikte nach §§ 127, 128 (1) Z 5, 129 (1) Z 1 und 2, 130 (2) StGB § 15 StGB, [Datum der (letzten) Tat 17. Jänner 2019] zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten, davon 7 Monate bedingt mit einer Probezeit von 3 Jahren, verurteilt worden sei, wobei dies keinesfalls als geringfügiger Tatbestand zu werten sei. Gerade bei diesem Delikt (Diebstahl durch Einbruch im Rahmen einer kriminellen Vereinigung) könne die Art der Gewerbeausübung „Pflasterer (Handwerk)“ die Begehung gleicher oder ähnlicher Straftaten ermöglichen.

Der Umstand, dass der Nachsichtswerber sich nach der ausgesprochenen Verurteilung vor etwa 2 Jahren offenbar rechtmäßig verhalten habe, da keine weiteren Verurteilungen erfolgt seien, und die Tatsache, dass er bereits wieder als Arbeitnehmer Pflasterarbeiten durchführe, würden nach der Persönlichkeit des Nachsichtswerbers dennoch keine Garantie dafür darstellen, dass gleiche oder ähnliche Straftaten mit der Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten wären. Dieser Zeitraum sei als zu kurz zu erachten, um eine derartige Wandlung des Persönlichkeitsbildes des Nachsichtswerbers annehmen zu können.

Die in der Stellungnahme vom 12. April 2021 angeführten Umstände, dass der Nachsichtswerber an den Straftaten lediglich mit einer untergeordneten Tätigkeit beteiligt gewesen sei und dass aufgrund der angeführten günstigen Zukunftsprognose durch das Strafgericht sowie der damaligen Enttäuschung seiner Ehefrau und der Sorgepflichten für seine 3 Kinder Straftaten in Zukunft auszuschließen seien, würden dennoch aufgrund der Bestimmungen des Verwaltungsgerichtshofes keine vertretbaren Gründe dafür bilden, die eine Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung erlauben würden.

2. Gegen diesen Bescheid wurde mit Eingabe vom 27. April 2021 Beschwerde erhoben.
Begründend wurde hierzu vorgebracht, es sei richtig, dass der Beschwerdeführer mit Urteil des Landesgerichtes Wels vom 28. Mai 2019, 038 HV 21/2019d, zu einer

Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt worden sei, gemäß § 43a Abs. 3 StGB jedoch ein Teil von 7 Monaten bedingt nachgesehen worden sei, sodass der unbedingte Teil der Freiheitsstrafe 3 Monate betragen habe. Der Strafrahmen des § 130 Abs. 2 StGB betrage 6 Monate bis 5 Jahre. Das Erstgericht habe daher die Freiheitsstrafe im untersten Bereich bzw. im Bereich der Mindeststrafe ausgemessen und dazu den Großteil der verhängten Freiheitsstrafe, nämlich 7 Monate, bedingt nachgesehen, sodass lediglich eine Freiheitsstrafe im Ausmaß von 3 Monaten zu verbüßen gewesen sei. Mit den diesbezüglichen Überlegungen des Landesgerichtes Wels, welche zu dieser äußersten Milde geführt haben, habe sich die Behörde in keiner Weise auseinandergesetzt. Der Umstand, dass das Landesgericht Wels bei einem Strafrahmen von mindestens 6 Monaten bis 5 Jahren lediglich mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten vorgehe und von dieser Freiheitsstrafe lediglich 3 Monate unbedingt und die restlichen 7 Monate bedingt verhängt habe, weise eindeutig und unzweifelhaft darauf hin, dass das Gericht davon ausgehe, dass die bloße Androhung der Vollziehung alleine genügen werde, um den Beschwerdeführer von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land als belangte Behörde hat die Beschwerde gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsverfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Die belangte Behörde hat dabei keine inhaltlichen Äußerungen zum Beschwerdevorbringen abgegeben.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsverfahrensakt und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, zu welcher die Verfahrensparteien erschienen sind und gehört wurden.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Mit Eingabe vom 21. Jänner 2021 hat der Beschwerdeführer den Antrag auf Erteilung der Nachsicht vom Ausschluss von der Ausübung des Gewerbes „Pflasterer (Handwerk)“ gestellt.

Mit Urteil des Landesgerichtes Wels vom 28. Mai 2019, 038 HV 21/2019d, rechtskräftig seit 28. Mai 2019, wurde der Beschwerdeführer wegen des Verbrechens des schweren und gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch, teils in Wohnstätten, im Rahmen einer kriminellen Vereinigung [Datum der (letzten) Tat 17. Jänner 2019] nach §§ 127, 128 Abs. 1 Z 5, 129 Abs. 1 Z 1 und 2, 130 Abs. 2 StGB, § 15 StGB, zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten, davon 7 Monate bedingt mit einer Probezeit von 3 Jahren, verurteilt.
Dem Schuldspruch liegt zugrunde, dass der Beschwerdeführer zu den Tatzeitpunkten 1. Dezember 2018, 10. Dezember 2018, 31. Dezember 2018, 10. Jänner 2019 und 17. Jänner 2019 als Mitglied einer kriminellen Vereinigung

gewerbsmäßig fremde bewegliche Sachen in einem insgesamt 5.000 Euro übersteigenden Wert durch Einbruch, teils auch in Wohnräumlichkeiten, mit dem Vorsatz weggenommen hat, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, wobei die Tatausführung vom Beschwerdeführer durch das Leisten von Fahrer- und Aufpasserdiensten unterstützt wurde.
Laut Polizeibericht wurden in zwei Fällen vor dem Einbruch in den jeweiligen betroffenen (Wohn-)Objekten Pflasterungsarbeiten vorgenommen und war der Beschwerdeführer bereits zu den Tatzeitpunkten in dieser Branche tätig (siehe hierzu weiter unten).

Eine Tilgung der Verurteilung ist noch nicht erfolgt. Laut Strafregister ist nach dem derzeitigen Stand der Eintrag noch nicht errechenbar. In der Urteilsbegründung bezüglich der Strafbemessung wurde mildernd die bisherige Unbescholtenheit des Beschwerdeführers, die teilweise geständige Verantwortung und der Umstand, dass es teilweise beim Versuch geblieben ist, gewertet. Ein diversionelles Vorgehen wurde aufgrund von spezial- und generalpräventiven Überlegungen ausgeschlossen. Die hinsichtlich der bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe bestimmte Probezeit von 3 Jahren ist noch nicht abgelaufen.

Das gegen den Beschwerdeführer laufende Schuldenregulierungsverfahren wurde mit Beschluss des Bezirksgerichtes Wels vom 2. Dezember 2019 aufgehoben, der Zahlungsplan wurde rechtskräftig bestätigt und wurde das Ende der Zahlungsfrist mit 1. Dezember 2024 bestimmt.

Laut eigenen Angaben in der Niederschrift der belangten Behörde vom 22. März 2021 und in der mündlichen Verhandlung ist der Beschwerdeführer 2012 nach Österreich gekommen und hat den Beruf „Pflasterer“ als Angestellter bis zu seiner Verurteilung im Jahr 2019 ausgeübt. Der Beschwerdeführer ist verheiratet und sorgepflichtig für 3 Kinder (4, 7 und 10 Jahre) und wohnt in einem Mietshaus.

Betreffend die Verurteilung gab der Beschwerdeführer an, dass er lediglich einem Freund geholfen habe, indem er ihn bei den Einbrüchen gefahren habe. Er habe bei diesen Einbrüchen keinen einzigen Euro verdient. Er bereue die Tat sehr und verspreche, dass er sich bis 2019, auch künftig, gesetzestreu verhalten werde.
Kurz vor seiner Verurteilung hat sich der Beschwerdeführer selbstständig gemacht und für kurze Zeit (ca. 3 Monate) ein Gewerbe als „Asphaltierer“ angemeldet. Im Anschluss an die Verurteilung haben er und seine Frau eine Firma gegründet mit dem Schwerpunkt „Pflasterarbeiten“, wobei die Firma von seiner Frau betrieben wird.

Laut Abschlussbericht der Landespolizeidirektion Linz beläuft sich der Wert des Diebsgutes bei den 4 vollendeten Fakten auf 48.008,72 Euro und ist ein Sachschaden von 18.672,04 Euro entstanden.

Aus dem eingeholten GISA-Auszug vom 7. Juni 2021 ist ersichtlich, dass L B (Ehegattin) mit 19. Juni 2019 das Gewerbe „Pflasterer (Handwerk)“ am Standort X, X, angemeldet hat und ein gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt wurde.

4.2. Der hier entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus dem Akteninhalt, dem Strafregisterauszug, dem im Akt einliegenden Protokollvermerk und der gekürzten Urteilsausfertigung des Landesgerichtes Wels zu 038 HV 21/2019d sowie aus den Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b und Z 2 GewO 1994 sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie von einem Gericht wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer 3 Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen verurteilt worden sind und die Verurteilung nicht getilgt ist.

Gemäß § 26 Abs. 1 GewO hat die Behörde im Falle des Ausschlusses von der Gewerbeausübung gemäß § 13 Abs. 1 oder 2 die Nachsicht von diesem Ausschluss zu erteilen, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist.

5.2. Unbestritten ist, dass aufgrund der erfolgten Verurteilung des Beschwerdeführers der Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b GewO 1994 gegeben ist.
Nach dem oben zitierten § 26 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde bei der Prüfung der Frage, ob die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes zu befürchten ist, sowohl auf die Eigenart der strafbaren Handlung als auch auf das Persönlichkeitsbild des Verurteilten Bedacht zu nehmen (VwGH 5.9.2001, 2001/04/0116). Bei der Prognose nach der genannten Bestimmung ist auf den seit der Begehung der Delikte verstrichenen Zeitraum abzustellen, wobei dem zwischenzeitlichen Wohlverhalten des Beschwerdeführers jenes Gewicht beigemessen werden können muss, um von einer eine negative Prognose der nach dieser Bestimmung ausschließenden Wandlung des Persönlichkeitsbildes ausgehen zu können (VwGH 27.5.2009, 2009/04/0101; 17.9.2019, 2010/04/0026).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in den hierzu laufend ergangenen Erkenntnissen ausgeführt, dass die Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 erst dann zu erteilen ist, wenn die in dieser Bestimmung genannte Befürchtung gar nicht besteht. Eine Nachsicht soll immer die Ausnahme bilden und darf nicht eine Regel darstellen. Es kommt also nicht darauf an, dass die Begehung einer gleichen oder ähnlichen

Straftat kaum zu befürchten oder unwahrscheinlich ist, sondern dass die in der (durch die fragliche Straftat manifestierten) Persönlichkeit begründende Befürchtung der Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei der Ausübung des Gewerbes eben (gar) nicht besteht (VwGH 17.9.2010, 2009/04/0237).

Ist also aufgrund der Eigenart der strafbaren Handlung und der Persönlichkeit des Beschwerdeführers die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat bei der Ausübung des Gewerbes zu befürchten bzw. kann eine solche Straftatbegehung mit guten Gründen nicht ausgeschlossen werden, liegen die Voraussetzungen für die Nachsichtserteilung nicht vor und ist daher die Nachsicht zu verweigern.

5.3. Die dem Gewerbeausschluss zugrunde liegende Verurteilung hat das Verbrechen des schweren und gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch, teils in Wohnstätten, im Rahmen einer kriminellen Vereinigung zum Gegenstand.
Dieser Verurteilung liegen die unter 4.1. beschriebenen Tatumstände zugrunde. Die Verurteilung des Beschwerdeführers liegt sohin in strafbaren Handlungen gegen fremdes Vermögen. Diese Deliktbegehungen zeigen ein Charakterbild des Beschwerdeführers, aus dem der Schluss gezogen werden kann, dass er ein mangelndes Unrechtsbewusstsein aufweist und jedenfalls finanzielle Schädigungen Dritter zu seinen Gunsten in Kauf nimmt. Die Tatumstände und der Tatzeitraum zeigen auch, dass beim Beschwerdeführer keine Kurzschlusshandlungen vorgelegen sind, sondern hinter den Deliktbegehungen ein überlegtes Vorgehen steht. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass zumindest zwei Einbrüche bei Objekten stattgefunden haben, wo zuvor Pflastertätigkeiten vorgenommen wurden, also Tätigkeiten in einer Branche, in der auch der Beschwerdeführer zukünftig selbstständig tätig werden möchte. Die Ausübung des Gewerbes „Pflasterer“ bietet jedenfalls Gelegenheit zur Begehung gleicher oder ähnlicher Delikte, wie sie der strafgerichtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers zugrunde lagen.

Vom Beschwerdeführer wird vorgebracht, dass er zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt worden ist, wobei ihm 7 Monate bedingt nachgesehen worden sind. Weiters verweist der Beschwerdeführer darauf, dass das Gericht davon ausgegangen ist, dass die bloße Androhung der Vollziehung alleine genügen werde, um ihn von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten. Das Gericht habe die untergeordnete Beteiligung, die Person des Rechtsbrechers, den Grad seiner Schuld, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat entsprechend berücksichtigt.

Hierzu ist auf die oben genannte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach bei der Frage, ob nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder ähnlichen Straftat bei der Ausübung des Gewerbes zu befürchten ist, das Wohlverhalten des

Betroffenen zu berücksichtigen ist, wobei hier wiederum „auf den seit der Begehung der Delikte verstrichenen Zeitraum“ abgestellt wird.
Vorliegend bezieht sich die Verurteilung auf das Vergehen des schweren und gewerbsmäßigen Diebstahls in mehreren Fällen durch Einbruch im Rahmen einer kriminellen Vereinigung im Zeitraum vom Dezember 2018 bis Jänner 2019.
Zwischenzeitlich hat sich der Beschwerdeführer zwar wohl verhalten bzw. ist nicht nachteilig in Erscheinung getreten, jedoch sind seit den Deliktbegehungen gerade einmal 2,5 Jahre vergangen und ist die Frist der Probezeit (bis März 2023) noch gar nicht verstrichen. Während der Probezeit kann dem Wohlverhalten des Beschwerdeführers somit nicht jene Bedeutung beigemessen werden, die eine unbedingt positive Persönlichkeitsprognose begründen könnte. Bei Antragstellung am 21. Jänner 2021 sind lediglich erst 8 Monate der 3-jährigen Probezeit, deren Anordnung vom Landesgericht Wels in dieser Dauer für erforderlich erachtet wurde, verstrichen.
Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist die seit der letzten Verurteilung verstrichene Zeit, in der sich der Beschwerdeführer einwandfrei verhalten hat, als zu kurz zu erachten, um daraus die Erwartungen ableiten zu können, die zu Tage getretene Einstellung des Beschwerdeführers zu den rechtlich geschützten Werten habe sich wesentlich geändert. Besondere Umstände für eine Berücksichtigung der bedingten Strafnachsicht sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass aufgrund der Eigenheit der strafbaren Handlung und der Persönlichkeit des Beschwerdeführers unter Bezugnahme auf den bisher verstrichenen Zeitraum die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat bei der Ausübung des angestrebten Gewerbes mit guten Gründen nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann (bei den erfolgten Einbrüchen in Wohnstätten wurden zuvor Pflasterungsarbeiten durchgeführt, somit Wohnstätten im Zuge der Gewerbeausübung ausgekundschaftet), weshalb für die Erteilung einer Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 kein Raum bleibt.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit

zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier