

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

25.09.1992

**Geschäftszahl**

92/09/0017

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürsinn und Dr. Germ als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde des Anton S in G, vertreten durch Dr. U, Rechtsanwalt in G, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Steiermark vom 4. Dezember 1991, Zl. 5 - 212 Sche 44/13 - 91, betreffend Übertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz - Ersatzfreiheitsstrafe, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Bezüglich des Sachverhaltes und des bisherigen Verfahrensablaufes wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf das die beiden Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens betreffende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Oktober 1991, Zl. 91/09/0098, verwiesen, mit welchem der damals angefochtene Bescheid der belangten Behörde vom 22. April 1991 hinsichtlich des Abspruches über die Ersatzfreiheitsstrafe im zweiten Rechtsgang wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben worden war. Der Gerichtshof hatte hiebei für bestimmend erachtet, daß die Berufungsbehörde, obwohl sie nicht nur die Höhe der Geldstrafe auf einen Bruchteil der von der Strafbehörde erster Instanz verhängten Strafe (von S 120.000,-- auf S 10.000,-- für jeden der beiden unberechtigt beschäftigt gewesenen Ausländer) reduziert hatte, sondern zusätzlich auch noch einen anderen Strafsatz (den einfachen Strafsatz anstelle des qualifizierten Strafsatzes nach § 28 Abs. 1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes) angewendet hatte, jegliche Begründung für das Gleichbleiben der Ersatzfreiheitsstrafe (jeweils zehn Tage) offensichtlich im Rechtsirrtum unterlassen hatte.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 4. Dezember 1991 traf die belangte Behörde folgende Entscheidung:

"Aufgrund des Verwaltungsgerichtshoferkennntnisses 91/09/0098 vom 30.10.1991 wird das durch Bescheid des Landeshauptmannes von Steiermark vom 22.4.1991

(GZ 5 - 212 Sche 44/9 - 90) abgeänderte Straferkenntnis des Magistrates Graz - Gewerbeamt vom 8.5.1990

(A 4-St 126/1990/1/106) gemäß § 66 Abs. 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz - AVG 1950, BGBl. Nr. 172, dieses zuletzt geändert durch Bundesgesetz BGBl. Nr. 357/1990, in Verbindung mit § 24 Verwaltungsstrafgesetz - VStG 1950, BGBl. Nr. 172, dieses zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 358/1990 hinsichtlich des Ausspruches über die Ersatzfreiheitsstrafe in der Weise abgeändert, daß die gemäß § 16 Abs. 1 und 2 verhängte Ersatzfreiheitsstrafe pro Verwaltungsübertretung mit nunmehr 8 Tagen festgesetzt wird."

Zur Begründung dieses Bescheides führte die belangte Behörde aus, nach der zwingenden Vorschrift des § 16 Abs. 1 VStG seien zugleich mit der Verhängung mehrerer Geldstrafen die für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit jeweils an ihre Stelle tretenden Freiheitsstrafen festzusetzen (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Oktober 1979, Zl. 1323/79, und vom 8. November 1979, Zl. 1324/1979). Im Verwaltungsstrafrecht sei die für den Fall der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe festzusetzende Arreststrafe nicht nach einem festen Umrechnungsschlüssel zu bemessen (vgl. u. a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Dezember 1984, Zl. 83/03/0003). Dem Gesetz lasse sich nicht entnehmen, daß - innerhalb der gesetzlichen Mindest- und Höchstsätze - ein bestimmtes Verhältnis zwischen Geld- und Ersatzarreststrafe bestehen müsse (vgl. das

Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. März 1987, Zl. 86/18/0206). Der Grund der Strafmilderung sei im gegebenen Fall nicht in mildernden Umständen gelegen, die den Bereich des Verschuldens betreffen und daher auch für die Ersatzfreiheitsstrafe Geltung haben müßten (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Februar 1968, Zl. 484/66), sondern in einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung im erstinstanzlichen Verfahren. Bei der neuerlichen Strafbemessung habe die Behörde nach bestimmten objektiven und subjektiven Kriterien vorzugehen und die Strafen innerhalb der Grenzen des Strafsatzes der Verwaltungsvorschrift festzusetzen gehabt. Innerhalb dieser Grenzen sei die Bemessung der Strafe in das Ermessen der Behörde gestellt (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. Juni 1967, Zl. 1560/66), wobei jedoch nicht übersehen werden dürfe, daß die Strafe den Täter davon abhalten sollte, weitere strafbare Handlungen zu begehen. Da die übertretene Verwaltungsvorschrift keine Freiheitsstrafe androhe, habe im erstinstanzlichen Verfahren eine Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 16 Abs. 2 nur von höchstens zwei Wochen je Übertretung verhängt werden können. Entsprechend der damals verhängten Strafe von S 120.000,-- je Verwaltungsübertretung seien lediglich je zehn Tage Ersatzfreiheitsstrafe verhängt worden. Es sei dabei jedoch zu beachten, daß der Strafraum nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz Strafen bis zu S 240.000,-- vorsehe, für die dann ja auch nicht mehr als vierzehn Tage Ersatzarrest gemäß § 16 Abs. 2 VStG vorgeschrieben werden könnten. Bei der Neubemessung der Strafe sei ebenso nach bestimmten objektiven und subjektiven Kriterien vorzugehen gewesen. Da das Nichtvorliegen eines Wiederholungsfalles bereits im Strafraum seine Berücksichtigung finde, sei dies auch nicht als Milderungsgrund zu werten gewesen. Die Festsetzung der Strafe im unteren Strafraum, der ja im Falle einer erstmaligen Übertretung bis zu S 60.000,-- Strafe vorsehe, sei auf die Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers zurückzuführen; eine Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe sei daher nicht zwingend notwendig gewesen. Dennoch habe die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf acht Tage je Übertretung herabgesetzt, damit auch sie analog der verhängten Geldstrafe im unteren Bereich des Strafraumes angesiedelt sei. Für eine weitere Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe sei kein Raum gegeben, weil aus der Anzahl der gegen den Beschwerdeführer laufenden und inzwischen teilweise abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (in Klammer werden von der belangten Behörde hier beispielsweise fünf Aktenzahlen angeführt) auf die Sorglosigkeit geschlossen werden könne, mit der der Beschwerdeführer diesen Gesetzesbestimmungen gegenüberstehe. Eine geringere Strafe würde den "Erziehungszweck" verfehlen und nicht geeignet sein, den Beschwerdeführer von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Aus diesem Grunde sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie dessen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht auf gesetzmäßige Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe gemäß §§ 16 und 19 des Verwaltungsstrafgesetzes verletzt.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 16 Abs. 1 VStG ist im Falle der Verhängung einer Geldstrafe zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

Gemäß § 16 Abs. 2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Im Beschwerdefall ist nur mehr die Frage der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe strittig. Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, auf Grund des offensichtlichen Mißverhältnisses, daß im ersten Verfahrensgang eine Geldstrafe von S 120.000,-- und eine Ersatzfreiheitsstrafe von zehn Tagen, im zweiten Rechtsgang eine Strafe von S 10.000,-- nach einem niedrigeren Strafsatz und wiederum die gleiche Ersatzfreiheitsstrafe von zehn Tagen verhängt worden sei, sei die Rechtswidrigkeit der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe evident gewesen. Aber auch im nunmehr bekämpften Bescheid sei dieses Mißverhältnis fast zur Gänze geblieben. Nunmehr sei anstelle einer Ersatzfreiheitsstrafe von zehn Tagen eine solche von acht Tagen verhängt worden.

Dieser Vorwurf ist nicht berechtigt, läßt sich doch dem Gesetz nicht entnehmen, daß - innerhalb der gesetzlichen Mindest- und Höchstsätze - ein bestimmtes Verhältnis zwischen Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen bestehen müsse und die für den Fall der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe nach einem festen Umrechnungsschlüssel zu bemessen sei (vgl. u.a. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Juni 1991, Zl. 90/03/0262).

Auch das weitere Vorbringen des Beschwerdeführers, über das Vermögen der N-GmbH sei mittlerweile der Konkurs eröffnet worden, sodaß abzusehen sei, daß die Gefahr der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe sehr konkret sei (die Ersatzfreiheitsstrafe müsse umso sorgfältiger bemessen werden, weil sie praktisch einer Primärarreststrafe gleichkomme), geht ins Leere, weil damit nichts über die Einkommens- bzw. Vermögenssituation des Beschwerdeführers ausgesagt wird. Daß wegen Uneinbringlichkeit der Geldstrafe allenfalls die Ersatzfreiheitsstrafe zu vollziehen ist, entspricht dem oben zitierten § 16 Abs. 1 VStG (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. November 1990, Zl. 90/18/0148-0151).

Die Ersatzfreiheitsstrafe ist nach den Strafzumessungsregeln des § 19 VStG zu bemessen (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Jänner 1991, Zl. 90/02/0163). Daß bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe dann, wenn infolge der Einkommens- bzw. Vermögenssituation des Beschuldigten die "Gefahr der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe sehr konkret ist", ein anderer Maßstab anzulegen wäre, als in den sonstigen Fällen, läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Im übrigen ist noch darauf hinzuweisen, daß die wirtschaftliche Lage eines Beschuldigten gemäß § 19 Abs. 2 letzter Satz VStG nur bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen ist (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. September 1985, Zl. 83/10/0081).

Der Beschwerdeführer bringt schließlich abschließend noch vor, die belangte Behörde habe "in der Begründung der geringfügigen Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe" offensichtlich einen Rechtsirrtum dadurch begangen, daß sie als erschwerend bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe noch nicht abgeschlossene Verwaltungsstrafverfahren herangezogen habe.

Auch dieses Vorbringen ist nicht geeignet, der Beschwerde zum Erfolg zu verhelfen.

Dem Beschwerdeführer ist grundsätzlich beizupflichten, daß bei der Strafbemessung - auch hinsichtlich der Ersatzfreiheitsstrafe - eine einschlägige Vorstrafe nur dann als Erschwerungsgrund berücksichtigt werden darf, wenn diese bereits zum Zeitpunkt der Begehung der neuen Straftat rechtskräftig - wenn auch lediglich formell rechtskräftig - gewesen ist (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. April 1990, Zl. 88/03/0236). Die belangte Behörde ist in dem - mit dem oben zitierten Erkenntnis vom 30. Oktober 1991 lediglich hinsichtlich des Abspruches über die Ersatzfreiheitsstrafe wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehobenen - Bescheid vom 22. April 1991 davon ausgegangen, daß im Beschwerdefall nur der einfache Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes anzuwenden gewesen sei, weil zur Tatzeit eine einschlägige Vorstrafe, die zumindest formell rechtskräftig gewesen wäre, nicht vorgelegen sei. Auch in der Begründung des nunmehr angefochtenen Bescheides wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß das Nichtvorliegen eines Wiederholungsfalles nicht als Milderungsgrund zu werten gewesen sei, weil dies bereits im Strafraumen seine Berücksichtigung gefunden habe. Daß bzw. welche Milderungsgründe von der belangten Behörde bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe zu Unrecht nicht herangezogen worden sind, vermag der Beschwerdeführer selbst nicht aufzuzeigen. Lediglich als zusätzliche Begründung dafür, daß die Ersatzfreiheitsstrafe nicht noch weiter herabgesetzt worden ist, verweist die belangte Behörde auf die "Anzahl der gegen Herrn S laufenden und inzwischen teilweise abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz", woraus auf die Sorglosigkeit geschlossen werden könne, mit der der Beschwerdeführer diesen Gesetzesbestimmungen gegenüberstehe. Wenngleich also der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht des Beschwerdeführers für grundsätzlich richtig hält, daß bei der Strafbemessung (auch hinsichtlich der Ersatzfreiheitsstrafe) eine einschlägige Vorstrafe nur dann als Erschwerungsgrund berücksichtigt werden kann, wenn diese bereits zur Tatzeit zumindest formell rechtskräftig gewesen ist, kann dennoch im konkreten Fall kein - zu einer Aufhebung des angefochtenen Bescheides führender - Fehler in der Strafbemessung erblickt werden, weil die belangte Behörde ERKENNBAR - aus der Wahl des herangezogenen Strafsatzes (der einfache Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes) - bei der Strafbemessung vom Nichtvorliegen eines Wiederholungsfalles ausgegangen ist.

Da die belangte Behörde sohin bei der - innerhalb des gesetzlichen Strafraumens gehaltenen - Strafbemessung von dem ihr durch § 19 VStG eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat, haftet dem angefochtenen Bescheid die von der Beschwerde behauptete Rechtswidrigkeit nicht an. Die Beschwerde ist daher - trotz des oben aufgezeigten Begründungsmangels - gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 2 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit Art. I B Z. 4 und 5 der Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 104/1991.