

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 86/04/0122

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher und Dr. Gruber als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Janistyn, über die Beschwerde des K D in L, vertreten durch Dr. Franz Kriftner, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 14. April 1986, Zl. Ge-23.033/6-1986/Pan/Lb, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 9.480,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

In Ansehung der Verwaltungsvorgänge in der vorliegenden Beschwerdesache bis zur Aufhebung des Bescheides des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 22. August 1984 durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. März 1985, Zl. 84/04/0209, wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde, wird zunächst auf die entsprechenden Darlegungen in den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses verwiesen.

Im fortgesetzten Verfahren erging der Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 18. Juli 1985, mit dem der Berufung des Beschwerdeführers gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Landeshauptstadt Linz vom 26. Mai 1984 insofern Folge gegeben wurde, als dieser erstbehördliche Bescheid infolge Unzuständigkeit „der belangten Behörde“ aufgehoben wurde.

Der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz sprach sodann mit Straferkenntnis vom 22. November 1985 aus, der Beschwerdeführer habe in der Zeit vom 21. Februar 1984 bis 9. März 1984 in L, W-Straße, das Gastgewerbe ausgeübt, indem er alkoholische und nicht alkoholische Getränke verabreicht habe, ohne im Besitz einer entsprechenden Berechtigung zu sein. Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 begangen. Gemäß § 366 Abs. 1 leg. cit. wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von S 30.000,-- (Ersatzarreststrafe 30 Tage) verhängt.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung, in der er im wesentlichen ausführte, es sei zwar richtig, daß er die ihm angelastete Verwaltungsübertretung begangen habe; unrichtig gelöst sei allerdings die Strafbemessung. Die Behörde habe auf seine „Einkommens- und Vermögensverhältnisse keinerlei Bedacht genommen“. Es liege auf der Hand, daß die Übernahme eines gastgewerblichen Lokales mit einem hohen finanziellen Aufwand verbunden sei. Eine im guten Glauben begonnene gewerbliche Tätigkeit könne nicht abrupt eingestellt werden. Eine sofortige Sperre hätte nämlich Zahlungsverpflichtungen in einer Höhe hervorgerufen, welche die Gefahr eines finanziellen Zusammenbruches heraufbeschworen hätte. Der Beschwerdeführer wäre daher aus betriebswirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen, durch kurze Zeit das Lokal noch weiterzuführen, habe aber dieses „umgehend eingestellt“. Es sei jedenfalls unverständlich, daß die Behörde für einen Tatzeitraum von nur achtzehn Tagen der unbefugten Führung eines Gastgewerbes die Höchststrafe verhängt habe. Auch erwirtschaftete er lediglich das zu seiner Existenz notwendige Einkommen und habe erhebliche Kreditverbindlichkeiten in einer Größenordnung von etwa S 800.000,-- abzudecken.

Mit Bescheid vom 14. April 1986 wies der Landeshauptmann von Oberösterreich die Berufung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 in Verbindung mit § 51 Abs. 4 VStG 1950 als unbegründet ab und bestätigte das erstbehördliche Straferkenntnis.

Zur Begründung der Strafbemessung - die Schuldfrage ist zufolge eingetretener Teilrechtskraft nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens - wurde im wesentlichen ausgeführt, nach den Angaben des Beschwerdeführers beziehe er ein monatliches Einkommen in der Höhe von S 7.500,-- netto und habe keine Sorgepflichten. Weiters sei er zu einem Drittel Eigentümer eines Einfamilienhauses. Auch unter Berücksichtigung dieser Umstände sei die verhängte Strafe im Ausmaß von S 30.000,-- im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt als nicht überhöht zu bezeichnen. Dies deshalb, weil über den Berufungswerber bereits einmal wegen der gleichen unbefugten Gewerbeausübung eine Geldstrafe in der Höhe von S 25.000,-- verhängt worden sei. Trotz dieser Tatsache habe der Beschwerdeführer das Gastgewerbe weiterhin - zumindest vom 21. Februar 1984 bis 9. März 1984 - unbefugt ausgeübt. Damit sei schon aus spezialpräventiven Gründen die Verhängung der Höchststrafe gerechtfertigt. Dem Beschwerdeführer habe nicht einmal eine Strafe in der Höhe von S 25.000,-- davon abhalten können, weiterhin das Gastgewerbe unbefugt auszuüben. Aus diesem Verhalten des Berufungswerbers sei zu schließen, daß er die gesetzlichen Bestimmungen völlig negiere. Schon durch diese Einstellung des Berufungswerbers erscheine es notwendig, ihn durch die Verhängung einer empfindlichen Geldstrafe auf den Schuldgehalt der Tat hinzuweisen. Weiters entstehe durch einen nicht behördlich genehmigten Gastgewerbebetrieb eine Gefährdung der Allgemeinheit, da durch die fehlende Konzession keine Gewähr dafür gegeben sei, daß der Gewerbetreibende die gesetzlichen Voraussetzungen, die zur Führung eines derartigen Betriebes erforderlich sind, auch tatsächlich erfülle. Diese gesetzlichen Voraussetzungen dienten dem Schutz des Gastes, der bei Vorliegen der Genehmigung darauf vertrauen könne, daß dieser Betrieb auch regelmäßig behördlich geprüft werde. Selbst unter Berücksichtigung der Kreditverbindlichkeit des Beschwerdeführers könne keine Herabsetzung des Strafausmaßes erfolgen, da diese Schulden nur eine zwischenzeitliche finanzielle Belastung des Beschwerdeführers darstellten und außerdem durch die widerrechtliche Übernahme des Gastgewerbebetriebes entstanden seien.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Seinem gesamten Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht auf gesetzmäßige Ausübung des Ermessens im Sinne der Strafbemessungskriterien des § 19 VStG 1950 verletzt.

Der Beschwerdeführer bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Verfahrensbestimmungen zunächst vor, über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse seien nicht ausreichende Erhebungen durchgeführt worden.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen. Wie dem bei den Verwaltungsstrafakten erliegenden - der Behörde zuzuordnenden - Bericht vom 17. März 1986 zu entnehmen ist, wurden die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers erhoben und es stammen die diesbezüglichen Angaben vom Beschwerdeführer selbst. Die belangte Behörde weist in ihrer Gegenschrift zutreffend unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Februar 1971, Zl. 913/70, darauf hin, daß die Behörde nicht verpflichtet ist, die vom Beschuldigten selbst gemachten Angaben über seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse nachzuprüfen. Inwiefern die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen nicht den für die Errechnung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse maßgebenden Umstände entsprechen würden, wurde überdies in der Beschwerde lediglich in allgemeiner Form behauptet, nicht aber durch entsprechend konkretisierte Ausführungen in einer Weise dargetan, die bei der nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof die diesbezüglichen Feststellungen im angefochtenen Bescheid als unschlüssig erscheinen ließen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Februar 1987, Zl. 86/04/0160).

Der Beschwerdeführer bekämpft weiters die Höhe der über ihn verhängten Strafe. Der Beschwerdeführer habe seine gewerbliche Tätigkeit im guten Glauben begonnen. Eine abrupte Einstellung - bzw. sofortige Sperre - sei nur deshalb nicht möglich gewesen, da diese eine Zahlungsverpflichtung in einer Höhe hervorgerufen hätte, die den finanziellen Zusammenbruch für ihn bedeutet hätte. Er sei daher aus betriebswirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen, das Lokal noch kurze Zeit weiterzuführen. Wenngleich eine derartige Zwangslage auch keinen entschuldigenden Notstand herbeiführe, so lasse sie das verbotene Verhalten dennoch in einem milderen Licht erscheinen. Der Grad des persönlichen Verschuldens sei gering; auch habe der Tatzeitraum lediglich achtzehn Tage betragen und sei somit „außerordentlich kurz“. Es sei unverständlich, daß die Behörde bei einem derart kurzen Zeitraum der unbefugten Führung eines Gastgewerbes die Höchststrafe verhängte. Die belangte Behörde habe in seiner einschlägigen Vorstrafe einen Straferschwerungsgrund gesehen und diesen bei der Strafzumessung berücksichtigt. Nicht berücksichtigt wären hingegen worden: geringes Verschulden, kurzer Tatzeitraum, geringe bis keine Schädigung oder Gefährdung der durch die Norm geschützten Interessen und letztlich, daß die Tat keinerlei nachteilige Folgen nach sich gezogen habe. Es würden bekanntlich zahllose Verwaltungsübertretungen mit wesentlich höherem Unrechtsgehalt verwirklicht, die tatsächlich eine Gefährdung einzelner Personen oder gar der Allgemeinheit mit sich brächten, ohne daß sogleich mit der Höchststrafe vorgegangen würde.

Mit dem zuletzt genannten Einwand vermag der Beschwerdeführer nicht durchzudringen. Durch lediglich den Umstand, daß eine Gesetzesstelle durch verschiedene Behörden verschieden ausgelegt wird, kann eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides - der allein und in dem durch den Beschwerdepunkt abgegrenzten Rahmen Prozeßgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist - nicht dargetan werden.

Ebenso ist der Einwand der eventuellen Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz und der (subjektiv) daraus resultierenden Zwangslage nicht geeignet, die

Beschwerde zum Erfolg zu führen. Dies vor allem aus der Überlegung, daß auch ein Gewerbe nur in den vom Gesetz gezogenen Grenzen ausgeübt werden darf und ein mit Strafe bedrohtes Verhalten - den Fall des (vom Beschwerdeführer nicht einmal behaupteten) Notstandes abgesehen - dadurch, daß es mit dem Ziel verfolgt wird, daraus einen wirtschaftlichen Nutzen zu erzielen, keinesfalls eine mildere strafrechtliche Beurteilung rechtfertigt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 1973, Zl. 319/73).

Die Beschwerde ist aber dennoch im Ergebnis begründet.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG 1950 ist 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. Nach 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Nach der Anordnung des § 60 AVG 1950 - diese Bestimmung gilt zufolge § 24 VStG 1950 auch im Verwaltungsstrafverfahren - sind in der Begründung eines Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtslage klar und übersichtlich zusammenzufassen.

Die Strafbemessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens ist eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG 1950 festgelegten Kriterien vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde, wie der

Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargetan hat, in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes in Richtung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 25. März 1980, Slg. N. F. Nr. 10.077/A).

Diesem Begründungserfordernis ist die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid in nicht ausreichender Weise nachgekommen.

Abgesehen von allgemeinen Überlegungen der Generalprävention unterließ es die belangte Behörde, ihre Wertung der Tat innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafrahmens darzutun - d.i. im Beschwerdefall die Beantwortung der gemäß dem § 19 Abs. 1 VStG 1950 rechtserheblichen Frage nach der Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, ob und inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat -, vernachlässigte sie es, die Grundlagen für die Bemessung der Strafe im Sinne der eben zitierten Gesetzesstelle aufzuzeigen. Sie ließ weiters neben dem objektiven Kriterium des Unrechtsgehaltes der Tat auch die subjektiven Kriterien des Schuldgehaltes der Tat (§ 19 Abs. 2 VStG 1950 in Verbindung mit § 32 StGB) - von einer Vorstrafe abgesehen (siehe jedoch unten) - unerörtert. Die belangte Behörde kam im vorliegenden Fall ihrer Begründungspflicht insbesondere insofern nicht nach, als sie die Frage allfälliger Milderungsgründe unerörtert ließ. Erst die Abwägung von Erschwerungs- und Milderungsgründen erlaubt die Strafbemessung. Die Begründung der Strafbemessung muß daher jeweils ausdrücklich auch zur Frage des Vorliegens von Milderungsgründen Stellung nehmen (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 1980, Zl. 1204/79).

Dieser Mangel der Begründung tritt aber im Beschwerdefall gegenüber einer der Strafbemessung durch die belangte Behörde anhaftenden inhaltlichen Rechtswidrigkeit in den Hintergrund. Die belangte Behörde verweist im Rahmen der

Begründung der Angemessenheit der verhängten Strafe darauf, daß über den Beschwerdeführer bereits einmal wegen der gleichen unbefugten Gewerbeausübung eine Geldstrafe in Höhe von S 25.000,-- verhängt worden sei. Nicht einmal diese Strafe hätte den Beschwerdeführer davon abhalten können, das Gastgewerbe weiterhin unbefugt auszuüben. Aus dem Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 22. November 1985 ist ersichtlich, daß die durch die belangte Behörde im Rahmen der Strafbemessung berücksichtigte Bestrafung eine Straftat betraf, hinsichtlich welcher das Straferkenntnis erster Instanz vom 8. Februar 1984 sowie der Bescheid der Berufungsbehörde vom 23. März 1984 stammen.

Die Aufzählung der Erschwerungs- und Milderungsgründe in den §§ 33 und 34 StGB ist naturgemäß nur demonstrativ. Sie verweist die Rechtsprechung auf Umstände, die verhältnismäßig häufig vorliegen, und legt ihre Bedeutung für die Strafbemessung fest. Ist einer der im Gesetz angeführten Erschwerungs- oder Milderungsumstände gegeben, so muß er berücksichtigt werden. über die Wertbedeutung anderer Umstände ist selbständig zu urteilen. Dabei weisen die aufgezählten Zumessungsgründe die Richtung. Schließlich bestimmt die Formulierung der genannten Gründe die näheren Voraussetzungen, unter denen sie in Betracht kommen (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage in 30 dB, XIII. GP, Seite 121).

Der Gesetzgeber gedenkt in der demonstrativen Aufzählung der Erschwerungsgründe einerseits in § 33 Z. 2 StGB des Falles, wenn der Täter schon wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat verurteilt worden ist, anderseits in § 33 Z. 1 StGB aber der Fälle, in denen der Täter mehrere strafbare Handlungen derselben oder verschiedener Art begangen oder die strafbare Handlung durch längere Zeit fortgesetzt hat.

§ 19 Abs. 2 dritter Satz VStG 1950 in der geltenden Fassung gebietet, unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes die Bestimmungen der §§ 22 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden.

Unter welchen Voraussetzungen gegen denselben Täter rechtskräftig verhängte Strafen wegen gleichartiger Delikte einen Erschwerungsgrund darstellen, ist § 33 Z. 2 StGB zu entnehmen, dessen richtungsweisende Bedeutung jenen Sinn des Gesetzes eröffnet, in welchem von dem bei der Strafbemessung eingeräumten Ermessen in der Frage der Beachtung des Rückfalles Gebrauch zu machen ist. § 33 Z. 2 StGB besagt, daß dieser Erschwerungsgrund dann vorliegt, wenn der Täter schon wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat verurteilt worden ist. Gemäß § 32 Abs. 1 StGB ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters. Die strafrechtliche Schuld ist Einzeltatschuld, in die eine Charakterkomponente miteinfließt (vgl. die bereits zitierte Regierungsvorlage in 30 dB, XIII. GP, Seite 132). Die im Gesetz beispielhaft aufgezählten Strafzumessungsgründe sind daher als Ausdruck für das Maß der Schuld an dem durch die Einzeltat verwirklichten Unrecht zu verstehen. Die im § 33 Z. 2 StGB durch das Wort „schon“ ausgedrückte zeitliche Ordnung läßt sich daher nur so verstehen, daß die als Erschwerungsgrund in Betracht zu ziehende Verurteilung bereits im Zeitpunkt der durch sie beschwerten Tat vorgelegen sein muß. Der erwähnte Erschwerungsgrund liegt dann vor, wenn eine Verurteilung des Täters wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat vorangegangen war, ohne daß es allerdings bereits einer vollen oder auch nur teilweisen Verbüßung der Strafe aus der vorangegangenen Verurteilung vor Begehung der neuen, den Gegenstand der Strafbemessung bildenden Tat, bedürfte (vgl. 30 dB, XIII. GP, Seite 124). Zur Annahme als Erschwerungsgrund ist daher zwar nicht erforderlich, daß die Vorstrafe verbüßt wurde, wohl aber, daß sie rechtskräftig ausgesprochen ist. Der Gesetzgeber hat den Rückfall deshalb ausdrücklich zum Straferschwerungsgrund erklärt, weil aus ihm auf eine Beharrlichkeit der schädlichen Neigung geschlossen werden kann (vgl. 30 DB, XIII. GP, Seite 124). Unter der Verurteilung im Sinne des § 33 Z. 2 StGB, die im Zeitpunkt der durch sie erschwerten neuen Tat vorliegt, ist daher eine rechtskräftige Verurteilung zu verstehen. Erst nach Rechtskraft der Verurteilung soll somit nach dem Sinn des Gesetzes der neuerlichen, gleichartigen

Betätigung schädlicher Neigung jene besonders verwerfliche Beharrlichkeit zugeschrieben werden, die eine strengere Bemessung der Strafe rechtfertigt.

Wendet man diese Bestimmung unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes, wie dies durch § 19 Abs. 2 dritter Satz VStG 1950 in der geltenden Fassung geboten ist, sinngemäß an, so tritt an die Stelle der rechtskräftigen Verurteilung durch das Strafgericht wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden gerichtlich strafbaren Tat, die rechtskräftige Bestrafung wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden, als Verwaltungsübertretung zu verfolgenden Tat durch die Verwaltungsstraßbehörde. Auch diese rechtskräftige Bestrafung muß daher zum Zeitpunkt der durch sie erschwerten Tat, für die die Strafe bemessen werden soll, bereits vorgelegen sein. Damit die erschwerende Vorstrafe ihren Einfluß auf die Strafbemessung ausübt, muß sie aber auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung der obersten Verwaltungsinstanz im Verfahren über die durch sie erschwerte Straftat rechtskräftig ausgesprochen sein. Unter Rechtskraft ist dabei jeweils die formelle Rechtskraft zu verstehen, also die Unzulässigkeit eines ordentlichen Rechtsmittels im Verwaltungsrechtszug.

Mißt man die von der belangten Behörde angestellten - sich allerdings nur mit Erschwerungsgründen befassenden - Erwägungen über die Schuldangemessenheit der verhängten Strafe an der geschilderten Rechtslage, so zeigt sich, daß jene mit dieser deshalb nicht in Einklang stehen, weil sie der erst nach dem Zeitpunkt der Tat (21. Februar 1984 bis 9. März 1984) eingetretenen rechtskräftigen Bestrafung entscheidende Bedeutung beimaß.

Dadurch belastete die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes. Dieser war daher gemäß § 42 Abs. 2 lit. a VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers

BGBI. Nr. 243/1985, wobei der Aufwand nur in dem beantragten Umfange zuzusprechen war.

W i e n , am 15. Dezember 1987