

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/11/19 98/21/0187

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.11.2002

## Index

19/05 Menschenrechte;  
24/01 Strafgesetzbuch;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
41/02 Passrecht Fremdenrecht;

## Norm

AVG §69 Abs1 Z3;  
FrG 1993 §18 Abs1;  
FrG 1993 §18 Abs2 Z1;  
MRK Art8 Abs2;  
StGB §43a Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Robl, Dr. Pelant, Dr. Sulzbacher und Dr. Grünstäudl als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Bauernfeind, über die Beschwerde des S in Graz, geboren am 2. April 1966, vertreten durch Held Berdnik Astner & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Rathausstraße 13, gegen den Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Steiermark vom 18. Februar 1998, Zl. FR 2563/94, betreffend Wiederaufnahme eines Verfahrens zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 41,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz vom 20. September 1994 war der Beschwerdeführer, ein jugoslawischer Staatsangehöriger, wegen § 207 Abs. 1, § 202 Abs. 1 und § 208 StGB schuldig gesprochen worden. Der Strafausspruch dieses Urteils lautete wie folgt:

"Er wird hiefür nach § 207 Absatz 1 StGB unter Bedachtnahme auf § 28 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 10 (zehn) Monaten sowie gemäß § 389 StPO zum Strafkostenersatz verurteilt. Gemäß § 43a Abs. 2 StGB wird anstelle eines Teiles der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe von 200 Tagessätzen, im Uneinbringlichkeitsfall 100 Tage Ersatzfreiheitsstrafe

verhängt, wobei die Höhe des Tagessatzes gemäß § 19 Absatz 2 StGB mit S 150,- bemessen wird, sodass die Gesamtgeldstrafe S 30.000,- beträgt. Der Rest der Freiheitsstrafe, nämlich 3 Monate und 10 Tage werden gemäß § 43a Absatz 2 StGB und § 43 Absatz 1 StGB unter Festsetzung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt nachgesehen."

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Steiermark vom 17. März 1995 wurde über den Beschwerdeführer gemäß § 18 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 des Fremdenengesetzes 1992 - FrG, BGBl. Nr. 838/1992, ein auf zehn Jahre befristetes Aufenthaltsverbot erlassen. Begründend führte die belangte Behörde in diesem Bescheid aus, der Beschwerdeführer sei durch das genannte Strafurteil zu einer teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe verurteilt worden und habe daher eine der (alternativen) Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 2 Z 1 des FrG erfüllt. Nach den Erläuterungen zur letztgenannten Bestimmung sei eine teilbedingte Freiheitsstrafe u. a. nur dann möglich, wenn auf eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten zu erkennen sei. Jegliche Verurteilung zu einer teilbedingten Strafe sei daher strenger als jene zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten, sodass es für die Erfüllung des § 18 Abs. 2 Z 1 FrG bei dieser Strafart keines Abstellens auf irgendein Zeitmaß bedürfe. Zur Vermeidung einer zu Wertungswidersprüchen führenden Interpretation der Bestimmung des § 18 Abs. 2 Z 1 FrG müsse, so die belangte Behörde in diesem Bescheid weiter, auch - so wie im Fall des Beschwerdeführers - bei Vorliegen einer aus einer Kombination aus Geld- und Freiheitsstrafe bestehenden teilbedingten Strafe nach Abs. 2 des § 43a StGB von einer teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe im Sinn des § 18 Abs. 2 Z 1 FrG ausgegangen werden. Dieser Bescheid wurde dem Beschwerdeführer am 24. März 1995 zugestellt.

Mit Urteil vom 4. April 1995, 14 Os 39/95-7, behob der Oberste Gerichtshof den Strafausspruch des genannten Urteils des Landesgerichtes für Strafsachen Graz aufgrund einer dagegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und sprach aus, dass dieses Strafurteil im Übrigen unberührt bleibe. Gleichzeitig entschied der Oberste Gerichtshof über die Strafe des Beschwerdeführers wie folgt:

"S.S. wird nach §§ 28 Abs. 1, 43a Abs. 2, 207 Abs. 1 StGB zu einer Geldstrafe von 200 (zweihundert) Tagessätzen, für den Fall der Uneinbringlichkeit zu 100 (hundert) Tagen Ersatzfreiheitsstrafe, sowie zu einer Freiheitsstrafe von 3 (drei) Monaten und 10 (zehn) Tagen verurteilt. Der Tagessatz wird mit 150 (einhundertfünfzig) S festgesetzt. Gemäß § 43 Abs. 1 StGB wird die Freiheitsstrafe unter Bestimmung einer Probezeit von 3 (drei Jahren) bedingt nachgesehen."

Der Oberste Gerichtshof führte in seinem Urteil begründend aus, in einem Fall des § 43a Abs. 2 StGB sei, anders als in den Fällen der Absätze 1, 3 und 4 dieser Bestimmung, das ohne Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen in Betracht kommende Ausmaß der gedachten Freiheitsstrafe im Urteilsspruch nicht anzuführen, vielmehr seien - unmittelbar - eine (unbedingte) Geldstrafe und eine (bedingte) Freiheitsstrafe zu verhängen. Die spruchmäßige Hervorhebung des Ausmaßes der gedachten Freiheitsstrafe von zehn Monaten im Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz habe somit dem § 43a Abs. 2 StGB widersprochen und dem Beschwerdeführer deshalb zum Nachteil gereicht, "weil damit ein scheinbar höherer Grad strafrechtlichen Tadels zum Ausdruck gebracht wurde". Seine Entscheidung über den Strafausspruch begründete der Oberste Gerichtshof weiter mit einem (im vorliegenden Beschwerdefall allerdings nicht weiter interessierenden) Rechenfehler im Urteil des Erstgerichtes.

Mit Schriftsatz vom 21. April 1995 begehrte der Beschwerdeführer die Wiederaufnahme des mit dem genannten Bescheid der belangten Behörde vom 17. März 1995 abgeschlossenen Verfahrens zur Erlassung eines befristeten Aufenthaltsverbotes. Unter Bezugnahme auf das zitierte Urteil des Obersten Gerichtshofes berief sich der Beschwerdeführer auf "§ 69 Abs. 1 lit. c AVG" und vertrat die Rechtsauffassung, dass nach dem geänderten Strafausspruch eine Anwendung des § 18 Abs. 2 Z 1 FrG nicht mehr möglich sei.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 18. Februar 1998 wies die belangte Behörde den Antrag des Beschwerdeführers vom 21. April 1995 gemäß "§ 69 Abs. 1 lit. c und Abs. 4 des AVG 1991 idgF" ab. Sie begründete dies zusammengefasst damit, dass sich an der Bestrafung des Beschwerdeführers auch nach dem Urteil des Obersten Gerichtshofes keine in Bezug auf das Aufenthaltsverbot wesentliche Änderung ergeben habe, handle es sich doch auch bei der im erwähnten Urteil 14 Os 39/95-7 verhängten Strafe um eine teilbedingte Strafe auf der Rechtsgrundlage des § 43a Abs. 2 StGB. Die diesem Strafausspruch zugrunde liegende Annahme, die teilbedingte Strafnachsicht genüge, um den Beschwerdeführer von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten, sei für die Fremdenpolizeibehörde aber nicht bindend.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten durch die belangte Behörde erwogen hat:

Die Beschwerde bringt zunächst gegen den angefochtenen Bescheid vor, dieser nehme rechtsirrig auf die Bestimmungen (gemeint: § 36 Abs. 2 Z 1) des Fremdengesetzes 1997 und nicht auf das zum Zeitpunkt der Erlassung des Aufenthaltsverbotes in Geltung gestandene FrG Bezug. In Anbetracht des im Wesentlichen gleichen Wortlautes des § 36 Abs. 2 Z 1 Fremdengesetz 1997 und des § 18 Abs. 2 Z 1 FrG ist allerdings nicht zu erkennen, inwieweit der Beschwerdeführer dadurch in Rechten verletzt sein könnte.

Der Beschwerdeführer hält in seiner Beschwerde im Wesentlichen die Rechtsansicht aufrecht, durch das genannte Urteil des Obersten Gerichtshofes sei der Strafausspruch seiner Verurteilung gegenüber dem dem Aufenthaltsverbot vom 17. März 1995 zugrunde gelegenen Strafausspruch in einer Weise abgeändert worden, dass der Tatbestand des § 18 Abs. 2 Z 1 des Fremdengesetzes nicht mehr erfüllt sei. Der Oberste Gerichtshof habe daher über eine von der belangten Behörde bei Erlassung des Aufenthaltsverbotes entschiedene Vorfrage in wesentlichen Punkten anders entschieden als die belangte Behörde.

Gemäß der (mit Ablauf des 31. Dezember 1997 außer Kraft getretenen) Bestimmung des § 18 Abs. 1 FrG war gegen einen Fremden ein Aufenthaltsverbot zu erlassen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt war, dass sein Aufenthalt die öffentliche Ruhe, Ordnung oder Sicherheit gefährdet oder anderen im Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft. Gemäß § 18 Abs. 2 Z 1 FrG galt u.a. die Verurteilung eines Fremden zu einer teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe als bestimmte Tatsache im Sinne des Abs. 1 FrG.

§ 43a Abs. 1 bis Abs. 4 StGB lautet:

"Bedingte Nachsicht eines Teiles der Strafe

§ 43a. (1) Wird auf eine Geldstrafe erkannt und treffen die Voraussetzungen des § 43 auf einen Teil der Strafe zu, so hat das Gericht diesen Teil bedingt nachzusehen.

(2) Wäre auf eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten, aber nicht mehr als zwei Jahren zu erkennen und liegen nicht die Voraussetzungen für eine bedingte Nachsicht der ganzen Strafe vor, so ist an Stelle eines Teiles der Freiheitsstrafe auf eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu erkennen, wenn im Hinblick darauf der verbleibende Teil der Freiheitsstrafe nach § 43 bedingt nachgesehen werden kann.

(3) Wird auf eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten, aber nicht mehr als zwei Jahren erkannt und kann, insbesondere im Hinblick auf frühere Verurteilungen des Rechtsbrechers, weder die ganze Strafe bedingt nachgesehen noch nach Abs. 2 vorgegangen werden, so ist unter den Voraussetzungen des § 43 ein Teil der Strafe bedingt nachzusehen. Der nicht bedingt nachgesehene Teil der Strafe muss mindestens einen Monat und darf nicht mehr als ein Drittel der Strafe betragen.

(4) Wird auf eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei, aber nicht mehr als drei Jahren erkannt und besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Rechtsbrecher keine weiteren strafbaren Handlungen begehen werde, so ist unter den Voraussetzungen des § 43 ein Teil der Strafe bedingt nachzusehen. Abs. 3 letzter Satz ist anzuwenden."

Wie sich aus dem Vergleich der wiedergegebenen Strafaussprüche des Landesgerichtes für Strafsachen Graz einerseits und des Obersten Gerichtshofes andererseits ergibt, ist, wie die belangte Behörde in ihrem Bescheid zutreffend erkannt hat, beiden Aussprüchen gemein, dass jeweils ein Teil der Strafe bedingt nachgesehen wurde, indem - jeweils auf der Rechtsgrundlage des § 43a Abs. 2 StGB - in jedem der beiden Urteile sowohl eine unbedingte Geldstrafe als auch eine bedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen wurden. Während das Urteil des Erstgerichts in seinem Spruch aber zunächst den Vorgang der Strafbemessung darstellte (indem es - einleitend - aussprach, der Beschwerdeführer werde "zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten" verurteilt) und erst danach das genannte Ergebnis der Strafbemessung festlegte, enthält der Strafausspruch des Obersten Gerichtshofes nur mehr das Ergebnis dieser Strafbemessung. Durch das höchstgerichtliche Urteil hat sich somit an der Art (und im Übrigen auch am tatsächlichen Ausmaß) der vom Landesgericht für Strafsachen Graz verhängten Strafe nichts geändert. So führt der Oberste Gerichtshof in seiner Urteilsbegründung, wie erwähnt, auch aus, durch das im Ersturteil hervorgehobene Ausmaß "der gedachten Freiheitsstrafe von zehn Monaten" sei "scheinbar" ein höherer Grad strafrechtlichen Tadels zum Ausdruck gebracht worden.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das zitierte Urteil 14 Os 39/95-7 in Bezug auf die bedingte Nachsicht eines

Teiles der über den Beschwerdeführer verhängten Strafe gemäß § 43a Abs. 2 StGB nichts geändert hat, sodass diesbezüglich keine in einem wesentlichen Punkt (§ 69 Abs. 1 Z 3 AVG) für die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes anders lautende Entscheidung vorliegt.

Davon zu unterscheiden ist die in der Beschwerde angesprochene Frage, ob auch die nach § 43a Abs. 2 StGB ausgesprochene Kombination einer unbedingten Geldstrafe mit einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe als "teilbedingt nachgesehene Freiheitsstrafe" im Sinn des § 18 Abs. 2 Z 1 FrG zu qualifizieren ist (wofür die bereits erwähnten Gesetzesmaterialien zu § 18 FrG sprechen; vgl. zum Begriff aber auch Leukauf-Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, RN 8 und 11). Dieser Frage ist im vorliegenden Fall betreffend die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht weiter nachzugehen, betrifft sie doch den Inhalt einer Verwaltungsvorschrift, die nicht Gegenstand des vom Beschwerdeführer eingewendeten Urteils des Obersten Gerichtshofs war (und im Übrigen von diesem nicht als Hauptfrage zu entscheiden wäre; vgl. Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2, E 220 zu § 69 AVG). Soweit der Beschwerdeführer daher vorbringt, die über ihn verhängte Strafe stelle gar keine teilbedingt nachgesehene Freiheitsstrafe im Sinn des § 18 Abs. 2 Z 1 FrG dar, so übersieht er, dass er diesen Einwand in einer gegen das Aufenthaltsverbot vom 17. März 1995 gerichteten Beschwerde hätte geltend machen müssen.

Die Beschwerde meint weiter, durch den Strafausspruch des Obersten Gerichtshofes und die bloß bedingte Verhängung einer Freiheitsstrafe sei eine Vorfrage auch in Bezug auf die bei der Erlassung des Aufenthaltsverbotes im Rahmen des § 19 FrG zu beachtenden öffentlichen Interessen in wesentlichen Punkten anders entschieden worden. In diesem Zusammenhang ist sie auf die obigen Ausführungen zu verweisen, nach denen sowohl die Strafarm als auch das Strafausmaß durch das höchstgerichtliche Urteil unverändert blieben. Ungeachtet dessen hat die Fremdenpolizeibehörde nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Beeinträchtigung der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen durch ein strafbares Verhalten unabhängig von den Erwägungen des Strafgerichtes zu beurteilen (vgl. dazu das ebenfalls zur Rechtslage des FrG ergangene hg. Erkenntnis vom 7. September 1995, Zl. 95/18/0133).

Soweit die Beschwerde schließlich darauf hinweist, dem Beschwerdeführer seien mit Bescheiden vom 14. September 1995 und vom 26. August 1997 Aufenthaltsbewilligungen für das Bundesgebiet der Republik Österreich erteilt und mit einem weiteren Bescheid vom 2. Juni 1997 ein Befreiungsschein nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ausgestellt worden, so ist nicht zu sehen, inwieweit die Nichtberücksichtigung dieser Umstände im Wiederaufnahmeverfahren den Beschwerdeführer in Rechten zu verletzen vermochte.

Da dem angefochtenen Bescheid nach dem Gesagten die behauptete Rechtswidrigkeit nicht anhaftet, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2001.

Wien, am 19. November 2002

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:1998210187.X00

#### **Im RIS seit**

30.01.2003

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)