



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38740
Telefax: (+43 1) 4000 99 38740
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-001/101/4620/2023-3
DDr. A. B.

Wien, 17.05.2023

Geschäftsabteilung: VGW-S

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Mag. Koderhold über die Beschwerde des Herrn DDr. A. B., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 01.02.2023, Zl. ..., betreffend das Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) zu Recht:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis, soweit es den Beschwerdeführer betrifft, behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Feststellungen

1.1. Der Beschwerdeführer war zum 29.11.2021 (Tatzeit) im Firmenbuch zu FN ... gemeinsam mit Frau C. D., als Geschäftsführer der E. GmbH mit Sitz in Wien, F.-straße (kurz: E.-GmbH) eingetragen. Er vertrat ab dem 23.03.2021 gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer. Grundlage war ein Kooperationsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der E.-GmbH vom 10.03.2021. Der Kooperationsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Dabei hatte jede Partei die Möglichkeit diesen unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalenderquartals zu kündigen. Eine Kündigung war schriftlich zu fassen, wobei eine Email als ausreichend angesehen wurde.

1.2. In weiterer Folge richtete der Beschwerdeführer, rechtsanwaltlich vertreten, einen Brief, datiert vom 28.06.2021 an die E.-GmbH mit welcher er die obige Kooperationsvereinbarung zum 30.09.2021 kündigte. Dieser Brief wurde eingeschrieben, mit Poststempel vom 28.06.2021, postalisch versendet. Zusätzlich wurde dieses Kündigungsschreiben am selben Tag, 10:58 Uhr per Email an die E.-GmbH (info@E..com) gesendet. Hiervor erhielt der Beschwerdeführer am selben Tag eine Zustellbestätigung per Email.

1.3. In den Ordinationsräumlichkeiten der E.-GmbH lag am 29.11.2021 eine Angebotsliste. Diese war betitelt mit „November Angebote“. In der Kopfzeile, rechts konnte man den Namen der E.-GmbH lesen. Darunter stand mittig das Wort „Schönheitsklinik“. Darunter befand sich eine Tabelle mit vier Zeilen und zwei Spalten, welche sich wie folgt darstellten:

<i>„Botox 3 Zonen</i>	<i>198 € statt 599 €</i>
<i>Hyaluron 1 ml</i>	<i>149 € statt 259 €</i>
<i>Fadenlifting</i>	<i>349 € statt 799 €</i>
<i>Fox Eye</i>	<i>249 € statt 449 €“</i>

1.4. Im Zuge des gegenständlich vorangegangenen Verfahrens vor der belangten Behörde, richtete diese eine Aufforderung zur Rechtfertigung, datiert vom 25.05.2022 an den Beschwerdeführer in Wien, G.-gasse (Zustelladresse). Diese

wurde am 31.05.2022 vom Beschwerdeführer persönlich übernommen. Die E.-GmbH hat sowohl die Aufforderung zur Rechtfertigung als auch das gegenständliche Straferkenntnis, jeweils mit dem Hinweis, dass sie als Gesamtschuldnerin für den Strafbetrag und sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haftet, erhalten. Der E.-GmbH wurde die Beschwerde des Beschwerdeführers mit der Möglichkeit binnen zwei Wochen dazu Stellung zu nehmen, vom Gericht am 27.04.2023 zugestellt. Eine Reaktion kam von dieser nicht. Im hier angefochtenen Straferkenntnis wurde ausgesprochen, dass die E.-GmbH für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haftet. Eine Beschwerde wurde von Seiten der E.-GmbH nicht erhoben.

Aktuell ist der Beschwerdeführer nicht mehr als Geschäftsführer der E.-GmbH im Firmenbuch eingetragen.

2. Beweiswürdigung

2.1. Der obige Sachverhalt ergab sich zum einen aus dem behördlichen Akt sowie aus den vom Beschwerdeführer übermittelten Unterlagen, insbesondere dem Kooperationsvertrag und dem dazu gehörigen Kündigungsschreiben. Dass am 29.11.21 die festgestellte Preisliste in den Ordinationsräumlichkeiten auflag war unbestritten und konnte als gegeben angesehen werden. Dass die Kooperationsvereinbarung zur Tatzeit bereits gekündigt war, der Beschwerdeführer zu dieser Zeit jedoch noch im Firmenbuch als Geschäftsführer eingetragen war, ergab sich sowohl aus einem Firmenbuchauszug als auch aus dem Kündigungsschreiben. Es war davon auszugehen, dass dieses Schreiben der E.-GmbH auch tatsächlich zugeing. Davon konnte auch aufgrund der zusätzlich versendeten Email ausgegangen werden, wobei es hierzu auch eine Empfangsbestätigung gab.

2.2. Dass die Aufforderung zur Rechtfertigung den Beschwerdeführer nicht erreichte, konnte nicht festgestellt werden, vielmehr lag das Gegenteil vor. Im behördlichen Akt findet sich der entsprechende Rückschein. Zwar war auf diesem nicht der Beschwerdeführer als Übernehmer angeführt, sondern ein „Bevollmächtigter Rsa“, wobei sich dieser Umstand durch eine Nachfrage der

belangten Behörde bei der Post klären ließ. Die Post teilte der belangten Behörde mit, dass diese Bezeichnung versehentlich geschah und der Beschwerdeführer persönlich das Schreiben entgegennahm.

3. Rechtslage

Die wesentliche Bestimmung des VStG lautet auszugsweise wie folgt:

Besondere Fälle der Verantwortlichkeit

§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

[...]

(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zum Beschwerdeführer

4.1.1 Im vorliegenden Fall ist die Bestrafung des Beschwerdeführers als damals (zur Tatzeit) handelsrechtlicher Geschäftsführer nach § 9 Abs 1 VStG grundsätzlich möglich. Denn wer zur Vertretung nach außen „berufen“ ist, ergibt sich aus dem jeweiligen (Organisations-)Binnenrecht der juristischen Person in Zusammenschau mit dem zugehörigen Bestellungsakt. Im Regelfall ist dies bei einer GmbH der Geschäftsführer. Verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit besteht für die Dauer der Organfunktion, also ab dem Zeitpunkt der (wirksamen) Bestellung bis zu deren (wirksamen) Beendigung (Abberufung); auf eine (allfällige) Firmenbucheintragung kommt es – infolge deren bloß deklarativen Wirkung – nicht an. Maßgeblich ist die Bekleidung einer Organfunktion für die juristische Person zum Tatzeitpunkt (vgl *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG² § 9, Rz 11).

4.1.2. Allerdings ist eine ordnungsgemäße Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer einer GmbH sofort wirksam und von der Eintragung im Firmenbuch unabhängig. Das bedeutet, dass es einer Person trotz anderslautendem Registerbestand an der Geschäftsführereigenschaft fehlen kann. Die belangte Behörde darf sich nicht mit dem bloßen Hinweis darauf begnügen,

der Beschwerdeführer sei deshalb als das gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der betreffenden GmbH zur jeweiligen Tatzeit anzusehen, weil er zu diesem Zeitpunkt im Firmenbuch als Geschäftsführer derselben eingetragen war (vgl. VwGH 20.12.1991, 90/17/0112). Allerdings wird an dieser Stelle angefügt, dass die belangte Behörde zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung keinerlei Reaktion vom Beschwerdeführer erhielt und somit insbesondere weder den Kooperationsvertrag noch das dazugehörige Kündigungsschreiben zur Verfügung hatte.

4.1.3. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts war der Beschwerdeführer zur Tatzeit nicht mehr als Geschäftsführer der E.-GmbH tätig/bestellt. Dafür spricht auch seine nunmehrige Löschung aus dem Firmenbuch. Seine Funktion bzw. der Kooperationsvertrag war per 30.09.2021 und somit vor der Tatzeit, wirksam beendet worden. Die zur Tatzeit noch bestehende Eintragung im Firmenbuch als Geschäftsführer der E.-GmbH hat aufgrund ihrer deklarativen Wirkung die Konsequenz, dass der Beschwerdeführer nicht mehr als Haftender gemäß § 9 Abs 1 VStG herangezogen werden kann. Aus diesem Grund ist das Straferkenntnis betreffend den Beschwerdeführer aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

4.2. Zur mithaftenden Gesellschaft

4.2.1. Nach der ausdrücklichen Anordnung des § 9 Abs 7 VStG haften juristische Personen für Geldstrafen, die über ihre Vertretungsorgane gem Abs 1 leg cit oder über verantwortliche Beauftragte gem Abs 2 leg cit verhängt werden. Eine solche Haftung ordnet Abs 7 leg cit auf für „sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten an“. Die Haftung ist eine „zur ungeteilten Hand“, also eine (primäre) Solidarhaftung. Der Verwaltungsgerichtshof leitet aus dieser Gesetzesbestimmung ab, dass die mithaftende Gesellschaft schon in das zugrunde liegende gegen den Vertreter geführte Strafverfahrens als Partei mit allen Parteirechten ausgestattet ist (VwGH 21.11.2000, 99/09/0002). Die Regel des § 9 Abs 7 VStG schafft jedoch keine Mithaftung der Gesellschaft ex lege. Vielmehr bedarf es für eine Mithaftung eines bescheidmäßigen Haftungsausspruches (VwGH 29.2.2012, 2011/10/0064).

4.2.2. Auch wenn die Haftung der Gesellschaft gemäß § 9 Abs 7 VStG unmittelbar von der Rechtmäßigkeit der Bestrafung des gemäß § 9 VStG Verantwortlichen abhängt, so sind die beiden Verfahren eigenständig. Im Falle einer Stattgabe der Beschwerde des Vertreters und damit mit dem Wegfall des – die Haftung der Gesellschaft sachlich begründenden – Strafbescheids gegenüber dem gemäß § 9 VStG Verantwortlichen, wird diese Aufhebung insoweit unmittelbar auch für die (Beschwerde führende) mithaftende Gesellschaft wirksam (vgl VwGH 31.8.2016, 2013/17/0433, 2013/17/0434). Bei einer angenommenen ex lege Haftung wäre diese Wirkung zwingend.

4.2.3. Auf den ersten Blick vermag die soeben zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes nahelegen, dass die Haftung der mithaftenden Gesellschaft bei Aufhebung der Strafentscheidung auch dann dahinfallen soll, wenn die Gesellschaft die sie betreffende Haftungsentscheidung (wie gegenständlich) gar nicht bekämpft hat (vgl *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG² § 9, Rz 52). Das Verwaltungsgericht Wien ist allerdings der Ansicht, dass sich diese Konsequenz auf den vorliegenden Fall nicht übertragen lässt. Im oben zitierten VwGH Judikat ist schließlich stets von „der Beschwerde führenden Gesellschaft“ die Rede. Die Entscheidung hatte somit zur Grundlage, dass gegen den Strafbescheid sowohl der nach außen haftende Vertreter der Gesellschaft als auch die mithaftende Gesellschaft selbst, jeweils entsprechende Beschwerden erhoben haben und das Straferkenntnis somit noch nicht rechtskräftig war. Genau dies liegt im gegenständlichen Verfahren jedoch nicht vor.

4.2.4. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat die E.-GmbH das ihr korrekt zugestellte Straferkenntnis nie bekämpft. Da wie bereits oben ausgeführt, zwar die Haftung der Gesellschaft gemäß § 9 Abs 7 VStG unmittelbar von der Rechtmäßigkeit der Bestrafung des gemäß § 9 VStG Verantwortlichen abhängt, so bleiben diese beiden Verfahren doch eigenständig. Das bedeutet, dass das Straferkenntnis hinsichtlich der mithaftenden E.-GmbH in (subjektive) Teilrechtskraft erwachsen ist. Aus diesem Grund kann das Straferkenntnis vom Verwaltungsgericht auch nur hinsichtlich des Beschwerdeführers aufgehoben werden. Hinsichtlich der mithaftenden E.-GmbH bleibt es jedoch bestehen (vgl *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG² § 9, Rz 52; siehe auch *Wolfbauer* VwGH:

Zurückweisung von Beschwerde der für Strafen mithaftenden Bank, ZFR 2016/269).

Die ordentliche Revision ist zulässig, da eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen ist, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Gegenständlich fehlt es an einer einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidung. Das oben zitierte Judikat (2013/17/0433, 2013/17/0434) spricht die vorliegende Thematik zur Mithaftung der Gesellschaft zwar an. Allerdings ist die Frage ungeklärt, ob das Straferkenntnis in (subjektive) Teilrechtskraft erwächst, wenn die mithaftende Gesellschaft nicht gegen das Straferkenntnis Beschwerde erhebt oder ob es ungeachtet dessen mit der Aufhebung durch den nach außen Beschwerde führenden Vertretenen ebenso als aufgehoben gilt. Der gegenständliche Fall geht über den Einzelfall hinaus, weil derartige Mithaftungen in der Praxis laufend vorkommen und eine Vielzahl von Gesellschaften betreffen.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie 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.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Koderhold