

Rechtsschutz zunächst versagt wird, obwohl sich die Auslegungszweifel letztlich als unberechtigt erweisen. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung zwischen einem (zulässigen) Vorabentscheidungsersuchen und einer (angeblich unzulässigen) Unterbrechung ist daher nicht zu erkennen.

4.3. Aufgrund dieser Erwägungen hält der Senat seine in den E 4 Ob 2386/96b und 4 Ob 2391/96p vertretene Auffassung, Sicherungsverfahren könnten nicht bis zur Erledigung eines in einem anderen Verfahren gestellten Vorabentscheidungsersuchens unterbrochen werden, nicht aufrecht. Vielmehr ist auch hier im Einzelfall zu prüfen, ob eine solche Unterbrechung zweckmäßig ist. Das wird insb dann anzunehmen sein, wenn die Zweifel an der Auslegung des Gemeinschaftsrechts so schwerwiegend sind, dass – läge noch kein Vorabentscheidungsersuchen vor – ein solches Ersuchen auch in einem Sicherungsverfahren angezeigt wäre.

5. Im vorliegenden Fall ist das den Anlass der Unterbrechung bildende Vorabentscheidungsersuchen 4 Ob 154/08p ebenfalls in einem Sicherungsverfahren ergangen. Aus den dort zitierten Schlussanträgen der GA in den Verfahren C-261/07 und C-299/07 folgt, dass beträchtliche Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität des Zugabensverbots bestehen. Das spricht für die Unterbrechung. Eine solche Unterbrechung wäre zwar – mangels Präjudizialität der Vorlagefrage – unzulässig, wenn die eV auch aus anderen Gründen erlassen werden könnte. Das trifft hier aber nicht zu. Soweit sich der Kl auf einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung beruft, was in die lauterkeitsrechtliche Fallgruppe Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch (RIS-Justiz RS0123239) viele, hat er nicht bescheinigt, dass die vor allem im Lebensmittelbereich tätige Bekl (bzw allenfalls ihre Unternehmensgruppe) auf dem Markt für Küchengeräte eine marktbeherrschende Stellung einnimmt oder dass die beiden Märkte zumindest im kartellrechtlichen Sinn miteinander verbunden sind (4 Ob 23/08y = ÖBl 2008, 339 - Tageszeitung Ö; RIS-Justiz RS0119533). Nur unter dieser Voraussetzung könnte eine unvertretbare Rechtsansicht der Bekl vorliegen.

Ein unzulässiges Vorspannangebot wäre nach der Rsp zu § 1 UWG idF vor der UWG-Novelle 2007 nicht anzunehmen, da das Angebot der Bekl keineswegs einen derart übersteigerten Kaufanreiz ausübt, dass sachliche Erwägungen ausgeschaltet würden (4 Ob 227/98f = ÖBl 1999, 95 - PKW-Jahres-Vignette). Ob nach neuem Recht Unlauterkeit allein deswegen vorliegen könnte, weil die günstige Vorspannware (ebenso wie eine Zugabe) möglicherweise die Wahl zwischen verschiedenen Anbietern der Hauptware beeinflusst, ist ohnehin Gegenstand des zu 4 Ob 154/08p gestellten Vorabentscheidungsersuchens.

6. Aufgrund dieser Erwägungen ist das Verfahren über den RevRekurs des Kl bis zum Einlangen der VorabE im Verfahren 4 Ob 154/08p (Rs C-540/08) zu unterbrechen. Nach Vorliegen der VorabE wird das Verfahren nur auf Antrag einer Partei fortgesetzt werden. Eine amtswegige Fortsetzung ist nicht erforderlich, da (auch) Sicherungsverfahren der Disposition der Parteien unterliegen. Diese können daher zum gegebenen Zeitpunkt zunächst selbst ihre Schlüsse aus der dann vorliegenden VorabE zum Zugabensverbot ziehen.

Zum Begriff der „Hörfunkwerbesendung“ des ORF-G

DOI 10.1007/s00718-009-1451-6

§ 1 UWG; § 13 ORF-G:

Der Begriff der „Hörfunkwerbesendung“ in § 13 Abs 6 ORF-G ist nicht auf „kommerzielle Werbung“ iSv § 13

Abs 1 ORF-G beschränkt. Er erfasst insb gegen Entgelt gesendete Spendenaufrufe zu wohltätigen Zwecken. Solche Spendenaufrufe sind keine „Beiträge im Dienste der Allgemeinheit“ iSv § 13 Abs 5 ORF-G. [162]

OGH 24. 2. 2009, 4 Ob 223/08k (OLG Wien 29. 9. 2008, GZ 4 R 58/08s-13; HG Wien 14. 1. 2008, GZ 19 Cg 81/07v-9) – „Missio-Spot“

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Durchsichtige Ausführung einer Lärmschutzwand und Erforderlichkeit; Antragslegitimation allein des Inhabers auf Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage; eine oder zwei Betriebsanlagen?

DOI 10.1007/s00718-009-1423-x

§§ 74 Abs 2, 77 Abs 1, 79 Abs 2, 81, 367 Z 25 GewO 1994:

Die Bfr bringen gegen eine Auflage zunächst vor, die Vorschreibung derselben sei hinsichtlich der Verlängerung der Betriebszeiten für den Baumarkt nicht berechtigt, da die mitbeteiligten Parteien „durch heranrückende Bauweise an die Betriebsanlage der Beschwerdeführer zugezogen“ seien. Dazu genügt es darauf hinzuweisen, dass die bel Beh zu Recht die Auffassung vertreten hat, die Einschränkung der Auflagenvorschreibung in § 79 Abs 2 GewO (betreffend Personen, die erst nach Genehmigung der Betriebsanlage Nachbarn iS § 75 Abs 2 und 3 geworden sind) sei nicht anzuwenden, da es sich im Beschwerdefall um keine Vorschreibung nachträglicher Auflagen nach § 79 handle. Einen vergleichbaren Regelungsinhalt enthalten die hier anzuwendenden §§ 81 Abs 1 iVm 77 Abs 1 nicht.

Die Bfr wenden sich weiters gegen die vorgeschriebene durchsichtige Ausführung der Lärmschutzwand und bringen hiezu vor, durch die Schaffung einer undurchsichtigen Lärmschutzwand werde jedenfalls das Leben oder die Gesundheit der mitbeteiligten Parteien (Nachbarn) in keiner Weise gefährdet. Auch die Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs in oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr, konkret an der verfahrensgenständlichen Kreuzung werde durch eine durchsichtige Ausführung der Lärmschutzwand überhaupt nicht beeinträchtigt. Auch die Sicherheit sei nicht beeinträchtigt, weil sich an der Straße entlang der Betriebsanlage der Bfr ein 1,5 m breiter Gehsteig und daran anschließend eine Grünfläche befinde, sodass Verkehrsteilnehmer durch die undurchsichtige Ausführung keinesfalls beeinträchtigt seien. Die bel Beh habe es überdies unterlassen, entsprechende Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Örtlichkeit an dieser Kreuzung vorzunehmen. Auch fehle die Stellungnahme des Straßenerhalters.

Ausgehend von dem in § 77 Abs 1 gebrauchten Wort „erforderlichenfalls“ hat der VwGH in stRsp dargelegt, dass dem Betriebsinhaber nicht strengere (ihn stärker belastende) Maßnahmen vorgeschrieben werden dürfen, als zur Wahrung der in § 77 Abs 1 u 2 angeführten Schutzzwecke notwendig ist. Im Beschwerdefall hat die bel Beh die strittige Aufl 3 einerseits (komplett durchsichtige Ausführung im Kreuzungsbereich auf 3 m Länge) auf die Notwendigkeit der Einsehbarkeit einer (nicht näher bezeichneten) Kreuzung und damit auf den Schutzzweck des § 74 Abs 2 Z 4 und andererseits (durchsichtige Ausführungen im restlichen Bereich ab 2 m Höhe gemessen vom Straßenniveau) auf einen Vorschlag des medizinischen Sachverständigen, um psychische Beeinträchtigungen auszuschließen, und somit auf den Schutzzweck des § 74 Abs 2 Z 1 bzw 2 gestützt. Die Argumente für die Notwendigkeit der Vorschreibung der Auflage 3 erweisen sich aber nach der Aktenlage als nicht ausreichend begründet.

So hat der gewerbetechnische SV in seiner ergänzenden Stellungnahme zu der „nunmehr aufgetauchten Frage der Verkehrssicherheit“ darauf verwiesen, dass ein ASV für Verkehrstechnik beizuziehen wäre. Ein solcher wurde von der bel Beh jedoch nicht beigezogen. Aus dem im Akt aufliegenden AV über ein Telefonat des Bearbeiters mit dem anlagentechnischen ASV ergibt sich lediglich, dass Letzterer die Verkehrssituation als „unproblematisch“ einschätzt und die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs gewährleistet sei, was für sich genommen gegen die Notwendigkeit der Aufl 3 spricht. Zur durchsichtigen Ausführung der Lärmschutzwand zur Vermeidung psychischer Beeinträchtigungen der Nachbarn führt der medizinische ASV in seiner gutächtlichen Stellungnahme aus, die Errichtung einer Lärmschutzwand in der Höhe von 6,5 m würde zweifellos eine nicht unwesentliche Veränderung der örtlichen Verhältnisse darstellen und eine geringere Veränderung der derzeitigen Sichtverhältnisse würde sich dann ergeben, wenn die Wand ab Augenhöhe durchsichtig ausgeführt werde. In seiner ergänzenden gutächtlichen Stellungnahme führt der med ASV lediglich aus, dass bei Gestaltung der Lärmschutzwand – und zwar bei der Materialwahl – der Einfluss auf die psychische Befindlichkeit mit ein Faktor sei, der Auswirkung zeigen könne. So wie die Farbgebung Einfluss auf den psychischen Zustand haben könne, werde sich auswirken, ob der gewohnte Ausblick vom Haus der Nachbarn, wie bei einer durchsichtigen Gestaltung, nicht wesentlich verändert oder ob der Ausblick vollständig versperrt werde und ein anderer Anblick angeboten werde. Dann fügt der med ASV jedoch an, explizite Aussagen darüber seien vom Fachgebiet der Psychologie zu erwarten. Ein dementsprechendes Gutachten findet sich im Akt aber nicht.

Die bel Beh hat somit nicht die von den ASV für notwendig gehaltenen ergänzenden Gutachten eingeholt, sondern die strittige Aufl 3 allein auf Ausführungen des gewerbetechnischen SV gestützt. Da die bel Beh die Aufl 3 daher nicht auf entsprechende SV-Ausführungen stützen konnte, aus denen ersichtlich gewesen wäre, warum diese Aufl iS der oben angeführten Rsp zur Wahrung der in § 77 Abs 1 u 2 angeführten Schutzzwecke notwendig sei, hat sie den (gesamten) angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.

Die Zweitbfrin stellte mit Schriftsatz den Antrag auf Änderung der Betriebsanlage („Erteilung der gewerbebehördlichen Genehmigung für mein bestehendes Transportgewerbe“). Auf Grundlage dieser Anträge erteilte die bel Beh der Erstbfrin gem § 81 die gewerbebehördliche Genehmigung zur Änderung der Betriebsanlage durch Verlängerung der Betriebszeiten des Bauarktes und für die Abänderung der Betriebsanlage durch die Aufstellung und den Betrieb eines Flüssiggas-Flaschenlagers (der dementsprechende Antrag wurde durch die Erstbfrin bei der mündlichen Verhandlung gestellt) und der Zweitbfrin die gewerbebehördliche Genehmigung für die Abänderung der (selben) Betriebsanlage für den Betrieb eines Transportgewerbes. Nach der Rsp des VwGH sieht die GewO jedoch nicht vor, dass für eine Betriebsanlage Genehmigungen mehrfach nebeneinander erteilt werden können. Konkrete Feststellungen zu den diesbezüglichen Sachverhaltsgrundlagen enthält der angef B aber nicht. Die bel Beh geht offenbar davon aus, dass es sich bei den von den Bfrn getrennt beantragten Projekten nicht um zwei, unter Bedachtnahme auf § 81 in keinem Zusammenhang zueinander stehende Betriebsanlagen, sondern um eine einheitliche Betriebsanlage handelt. Zum Antrag auf Genehmigung oder Änderung einer be-

stehenden Betriebsanlage ist allein deren Inhaber legitimiert.

Auch im Hinblick auf die beim Betrieb der Anlage einzuhaltenden Auflagen kommt es darauf an, wer die Betriebsanlage betreibt und somit Inhaber der Betriebsanlage ist. So stellt § 367 Z 25 im Hinblick auf die beim Betrieb der Anlage einzuhaltenden Auflagen auf den „Inhaber“ und damit auf den Fall der unmittelbaren Innehabung, das ist im wesentlichen die Möglichkeit der Bestimmung des in der Betriebsanlage ausgeübten tatsächlichen Geschehens ab. Die bel Beh hat es daher in der Erkennung der Rechtslage unterlassen, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob es sich im Beschwerdefall um zwei getrennte Betriebsanlagen handelt und weiters wer nun Inhaber derselben ist. [163]

VwGH 14. 11. 2007, 2005/04/0300

Rechtsänderung nach abgeschlossener Tat und Strafbarkeit; Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten ist nicht nach deutschem, sondern österreichischem Recht zu beurteilen; Belehrungspflicht und Gemeinschaftslizenz

DOI 10.1007/s00718-009-1425-8

§§ 9 Abs 3, 23 Abs 1 und Abs 4 Güterbeförderungsg 1995 idF BGBl I 2002/32; §§ 1 Abs 2, 9 Abs 2, 3 und 4 VStG:

Rechtsänderungen nach abgeschlossener Tat berühren bei Fehlen einer gegenteiligen Übergangsregelung die bereits eingetretene Strafbarkeit nicht (vgl VwGH 5. 3. 1997, 96/03/0275). Eine derartige Übergangsregelung besteht hier nicht, sodass die bereits eingetretene Strafbarkeit des vom Bfr gesetzten Verhaltens durch das Außerkrafttreten der ÖkopunkteVO nicht berührt wurde. Gem § 1 Abs 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung des B in I. Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre. Im Hinblick auf die Strafbestimmungen hat sich zwischen dem Zeitpunkt der dem Bfr zur Last gelegten Tat und der Fällung des Straferk I. Inst keine Veränderung ergeben, sodass das Beschwerdevorbringen in diesem Punkt nicht zum Erfolg führen kann.

Dem Bfr wird die Verletzung einer österr Rechtsvorschrift zur Last gelegt. Die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten ist demnach gem § 9 VStG zu prüfen und es kommt nicht darauf an, ob durch den Rechtsakt, auf den sich der Bfr beruft – die „Übertragung von Geschäftsführerbereichen“ – gegebenenfalls eine wirksame Übertragung verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortung für den deutschen Rechtsbereich – also für Übertretungen, die in Deutschland begangen werden und von deutschen Behörden nach deutschem Recht zu beurteilen sind – erfolgt ist.

Die Erteilung einer Handlungsvollmacht begründet noch nicht die Stellung des Bevollmächtigten als verantwortlicher Beauftragter iS § 9 Abs 2 VStG; dasselbe hat hier im maßgeblichen Fall des § 9 Abs 3 zu gelten. Nach der vorgelegten Urkunde hat der Sohn des Bfr mit einer vor dem Tatzeitpunkt errichteten und unterzeichneten Urkunde der „Übertragung von Geschäftsführerbereichen“ auf ihn zugestimmt. Im Hinblick auf diese Formulierung in der Urkunde, die von der „Übertragung von Geschäftsführerbereichen“ und „eigenverantwortlichen Rechtshandlungen“ spricht, kann nicht zweifelhaft sein, dass damit dem Bfr auch eine entsprechende Anordnungsbefugnis, wie sie § 9 Abs 4 VStG voraussetzt, zukommen sollte. Die Urkunde enthält jedoch keinen Hinweis darauf, dass dem Sohn des Bfr damit auch die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung,