

KOA 9.103/08-027

BESCHEID

I. Spruch

Der Antrag der Theaterverlag Eirich GmbH (FN 103820b), 2103 Langenzersdorf, Schulstraße 107, vom 01.07.2008, eingelangt bei der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) als „Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften“ gemäß § 28 Abs 1 Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 (VerwGesG 2006), BGBl I Nr. 9/2006 idF BGBl Nr. 82/2006 am 02.07.2008, der staatlich genehmigten Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger reg GenmbH (im Folgenden: AKM) gemäß § 5 Abs 2 VerwGesG 2006 mit Bescheid die Unterlassung aufzutragen, bühnenmäßige Aufführungen musikdramatischer Werke in Teilen zu lizenzieren, wird **abgewiesen**.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 01.07.2008, eingelangt bei der KommAustria als Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften am 02.07.2008, stellte die Theaterverlag Eirich GmbH den Antrag, der AKM mit Bescheid aufzutragen, die Lizenzierung bühnenmäßiger Aufführungen musikdramatischer Werke auch in Teilen zu unterlassen und führte aus, dass die AKM die im Stadttheater Baden im Oktober 2007 erfolgte bühnenmäßige Aufführung eines Teiles aus der musikdramatischen Operette „Simplicius“ im Rahmen der Aufführung „Casanova“ lizenziert hätte.

Wie auch im Bescheid der KommAustria zu KOA 9.110/07-012 vom 20.11.2007 auf Seite 12 festgehalten sei, wäre der beantragten Erweiterung im Bezug auf das Zurverfügungstellen musikdramatischer Werke nicht entsprochen worden; die Aufsichtsbehörde hätte Folgendes festgestellt: „Zur Wahrnehmung von Ansprüchen aus der entsprechenden Nutzung dieser Werke ist die AKM mangels entsprechender Betriebsgenehmigung jedoch nicht berufen.“

Mit Schreiben vom 14.07.2008 forderte die Aufsichtsbehörde die Antragstellerin auf, iSd § 5 VerwGesG 2006 eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts vorzulegen und die konkrete Bestimmung in der Betriebsgenehmigung der AKM anzuführen, gegen die die AKM ihrer Ansicht nach verstoße. Weiters verlangte die Aufsichtsbehörde eine Erklärung zur Position der Antragstellerin als Beteiligte bzw inwiefern und in welchem Ausmaß sie durch die Betriebsgenehmigungsüberschreitung in ihren Rechten verletzt sei.

In ihrer Stellungnahme vom 22.07.2008 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die AKM dem Stadttheater Baden für die zwei Werke „Schwipslied“ aus der Operette „Eine Nacht in Venedig“ und „Ich denke so gern zurück an mein verschwundenes Glück“ aus der Operette „Simplicius“, die im Rahmen der 13 Aufführungen der dreiaktigen Operette „Casanova“ eingelegt worden wären, eine Tantieme in Höhe von € 1.743,- in Rechnung gestellt hätte.

Zwar hätte die AKM hierzu die Zustimmung des Musikverlegers - der Bühnen- und Musikalienverlag Josef Weinberger Wien GmbH - eingeholt, die Zustimmung der Antragstellerin als berechnigte Bühnenverlegerin der Operette „Simplicius“ wäre jedoch nicht

erteilt worden. Bei Nutzungen von Teilen aus Bühnenwerken in anderen Bühnenwerken handle es sich um „große Rechte“, zu deren Lizenzierung die AKM nicht berechtigt sei.

Mit Schreiben vom 14.08.2008 ersuchte die Aufsichtsbehörde um Übermittlung einer Videoaufzeichnung der Operette sowie um Auskunft, ob weitere Aufführungen der Operette im Stadttheater Baden geplant seien; die Aufzeichnung langte am 26.08.2008 ein.

Die Aufsichtsbehörde ersuchte mit Schreiben vom 27.08.2008 die Bühnen- und Musikalienverlag Josef Weinberger Wien GmbH um Information, ob die gegenständliche Inszenierung der Operette „Casanova“ in absehbarer Zeit wieder im Stadttheater Baden aufgeführt werden sollte. Herr Kobel, der Geschäftsführer des Verlags, teilte daraufhin am 08.09.2008 telefonisch mit, dass eine Wiederaufnahme der Operette in den Spielplan des Theaters in den nächsten zwei bis drei Jahren nicht geplant sei; diese Auskunft habe er in einem Gespräch mit dem künstlerischen Direktor des Theaters, Herrn Prof. Dr. Robert Herzl, erhalten.

Am 28.08.2008 übermittelte die Aufsichtsbehörde der AKM den Antrag der Theaterverlag Eirich GmbH und ersuchte um Stellungnahme zur Verrechnung des Liedes „Ich denk so gern zurück an mein entschwundenes Glück“ als Einlagenmusik.

In ihrem Antwortschreiben vom 12.09.2008 führte die AKM, die gegenüber der Theaterverlag Eirich GmbH bereits in vorangegangenen Schreiben ihren Standpunkt zur Zulässigkeit der Einlagenlizenzierung erörtert hatte, im Wesentlichen aus, dass sich aus Pkt. I. 2. a) der Betriebsgenehmigung, Pkt. 2. 2. a) des Wahrnehmungsvertrags und § 6 Abs 2 des AKM-Statuts ergebe, dass Einlagenmusik vom Wahrnehmungsbereich der AKM umfasst sei. Insbesondere § 6 Abs 2 des Statuts führe präzisierend aus, dass bei den Rechten der öffentlichen Aufführung [...] die Verwendung musikdramatischer Werke als Einlage, Zwischenaktmusik oder ähnliches von der Wahrnehmung durch die AKM eingeschlossen sei.

§ 1 Abs 2 VerwGesG alt regle ausdrücklich, dass öffentliche Aufführen von Werken der Tonkunst bloß als Einlagen [...] zu den konzertmäßigen Aufführungen zählen würden. Das neue VerwGesG sehe inhaltlich in diesem Bereich keine Veränderung vor, wie in den EB ausdrücklich bestätigt werde.

In den Abrechnungsregeln der AKM werde Einlagenmusik definiert als „Musik, die bei Aufführungen eines Bühnenwerks verwendet wird, ohne zu diesem zu gehören.“ Genau diesem Tatbestand liege der vorliegende Sachverhalt zugrunde. Ob die Einlage dann als

solche erkennbar sein müsse oder nicht, sei für die rechtliche Qualifizierung unbeachtlich. Eine klare Trennung von der Handlung sei nicht zwingend notwendig und werde auch gesetzlich nirgends gefordert. Um Schwierigkeiten zu vermeiden und die Wahrung der Urheberpersönlichkeitsrechte sicherzustellen, gebe es eine Zustimmungspflicht des Berechtigten im Statut der AKM (§ 6 Abs 2).

Der Berechtigte sei in casu der Musikverleger, da es sich bei Einlagenmusik um kleines Recht handle; dieser wäre auch mit der Aufführung einverstanden gewesen. Somit hätte die AKM tätig werden müssen und hätte rechtskonform besagtes Werk als Einlage lizenziert und den Verlagsanteil ordnungsgemäß an den Musikverleger und nicht den Bühnenverleger abgerechnet. Eine Überschreitung der Betriebsgenehmigung liege daher nicht vor.

2. Sachverhaltsfeststellungen

Entsprechend ihren Betriebsgenehmigungen (Bescheid des Bundeskanzlers vom 11.6.1997, GZ 11.122/7-II/1/97 und Bescheid der KommAustria vom 20.11.2007, KOA 9.110/07-012) nimmt die AKM die konzertmäßige Aufführung von Werken der Tonkunst im Sinne des § 1 Abs 2 Satz 1 und 2 VerwGesG 1936 wahr.

Im Herbst 2007 führte das Stadttheater Baden die Operette „Casanova“ 13 Mal auf, wobei das Lied „Ich denk so gern an mein entschwundenes Glück“ aus der Operette „Simplicius“ eingelegt und von der AKM als kleines Recht lizenziert wurde. Die daraus lukrierten Einnahmen in Höhe von € 1.743,-- wurden an den Musikverleger, dessen Zustimmung gemäß den Statuten der AKM im Vorhinein eingeholt wurde, ausbezahlt.

Eine neuerliche Aufführung der streitgegenständlichen Inszenierung der Operette plant das Stadttheater in den nächsten drei Jahren nicht.

3. Beweiswürdigung

Der Feststellung des Sachverhalts dienen der Aufsichtsbehörde die Betriebsgenehmigungen der AKM (Bescheid des Bundeskanzlers vom 11.6.1997, GZ 11.122/7-II/1/97 und Bescheid der KommAustria vom 20.11.2007, KOA 9.110/07-012), eine Videoaufzeichnung der Aufführung „Casanova“ sowie die Auskunft der Bühnen- und Musikalienverlag Josef Weinberger Wien GmbH. Letzteres zur Feststellung, dass die

Inszenierung der Operette „Casanova“ in den nächsten drei Jahren am Stadttheater Baden nicht geplant ist.

Die Aufsichtsbehörde hatte keinen Anlass, an der Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen zu zweifeln.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 5 Abs 2 VerwGesG 2006 lautet:

„Überschreitet eine Verwertungsgesellschaft bei der Wahrnehmung von Rechten und Ansprüchen die Grenzen ihrer Betriebsgenehmigung, dann hat die Aufsichtsbehörde auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen der Verwertungsgesellschaft durch Bescheid die Unterlassung aufzutragen.“

§ 8 AVG bestimmt, dass *“Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, Beteiligte und, soweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruchs oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien sind“*.

Die in Verkehr mit der Behörde befindlichen Personen sind "Beteiligte", welche entweder eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht. Dabei begründet schon tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse, die Stellung als Beteiligter. Ein solches ist bei der Theaterverlag Eirich GmbH jedenfalls gegeben.

Zur Lizenzierung des gegenständlichen Liedes durch die AKM ist Folgendes auszuführen:

Nach § 1 Abs 2 des - nicht mehr in Geltung stehenden - VerwGesG 1936 sind unter konzertmäßigen Aufführungen öffentliche Aufführungen von Werken der Tonkunst bloß als Einlagen, Zwischenaktmusik oder ähnliches [...] zu verstehen. Obgleich das neue VerwGesG 2006 eine derartige Bestimmung nicht kennt, ist den EB zu entnehmen, dass der Gesetzgeber eine Veränderung dieses Bereichs, insbesondere soweit sich weiter geltende Rechtsakte darauf beziehen, nicht gewollt hat. Hierzu führt er wie folgt aus:

„Die Bezugnahme auf die „kleinen“ Rechte in § 1 Abs 1 und 2 VerwGesG 1936 als Element der Begriffsbestimmung ist damit gegenstandslos geworden. Das ändert aber nichts daran, dass die entsprechende Regelung im geltenden VerwGesG weiterhin von Bedeutung sein kann, soweit sich weiter geltende Rechtsakte, wie etwa Betriebsgenehmigungen von Verwertungsgesellschaften oder bestimmte Verträge darauf beziehen“ (ErlRV 1096 BlgNR 22. GP).

Insofern ist im Folgenden zur Beurteilung der Zulässigkeit der Lizenzierung als Einlagenmusik auf die alte Rechtslage zurückzugreifen.

Nach der Intention des (damaligen) Gesetzgebers fällt Einlagenmusik als kleines Recht in den Zuständigkeitsbereich der AKM. In welchen Fällen von einer „Einlage“ iSd Gesetzes auszugehen ist, lässt sich weder diesem noch den EB entnehmen. Unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut des § 1 Abs 2 VerwGesG 1936 lizenziert die AKM jedes eingelegte Werk als kleines Recht; dementsprechend hat sie auch ihre Statuten und Wahrnehmungsverträge ausgestaltet.

Zum Begriffsverständnis der Einlagenmusik findet sich auch in der Judikatur keine Erläuterung. In einer deutschen Entscheidung stellte das Hanseatische Oberlandesgericht darauf ab, dass musikalische Einlagen dann von der zuständigen Verwertungsgesellschaft lizenziert werden dürfen, wenn sie selbstständig neben dem Bühnengeschehen stehen, dessen Handlung nicht fördern und deshalb vom Publikum auch nicht als integraler Bestandteil der Bühnenaufführung begriffen werden. Werden Einlagen jedoch so in die Handlung des Werks integriert, dass man sie nur als unselbstständigen Teil des Gesamtbühnenwerks verstehen kann, weil sie nach ihrem Text als organische Fortentwicklung der Bühnenhandlung einzuordnen sind, zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgeführt werden, der sich aus der Handlung ergibt und nicht beliebig ausgetauscht und an anderer Stelle gebracht werden können, ohne den Fluss des Gesamtbühnenwerks zu beeinträchtigen, so liegen keine selbstständigen Einlagen vor (Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 03.04.2003, AZ.: 3 U 12/03 - Musicalsongs: ABBA, Mamma Mia ua).

Diese Rechtsprechung würde im vorliegenden Fall bedeuten, dass die AKM nur solche Einlagen lizenzieren dürfte, die vom Publikum als solche erkennbar sind. Bildet die Einlage hingegen einen „unselbstständigen Bestandteil des Gesamtbühnenwerks“, so wären die Inhaber der großen Rechte hierzu berufen.

Dass die AKM grundsätzlich zur Lizenzierung von Musikeinlagen befugt ist, geht aus § 1 Abs 2 VerwGesG 1936 hervor. Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch die fehlende Erläuterung des Einlagenbegriffs. Im Sinne der zitierten deutschen Rechtsprechung kann die Zulässigkeit der Lizenzierung einer für das Publikum integralen Bestandteil des Bühnengeschehens bildenden Einlage durch eine Verwertungsgesellschaft wohl in Zweifel gezogen werden, keinesfalls aber kann der AKM die generelle Lizenzierung von Einlagenmusik untersagt werden, da diesfalls auch solche Einlagen erfasst wären, die von allen beteiligten Kreisen klar als neben dem Geschehen stehende, selbstständige Einlagen eingestuft würden.

Zum Unterlassungsbescheid iSd § 5 Abs 2 VerwGesG 2006 ist Folgendes auszuführen:

Im Bereich des Verwaltungsverfahrens findet sich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung ein Hinweis auf die Voraussetzungen sowie die Ausgestaltung eines Unterlassungsbescheids. Nach der im Zivilverfahren entwickelten Judikatur zur Unterlassungsklage zielt eine solche stets auf die Verhinderung eines neuerlichen Zuwiderhandelns ab und setzt somit eine Wiederholungsgefahr voraus, die objektiv noch weiter bestehen muss (vgl 4 Ob 281/04h, Öbl 2005, 39). Sie ist also nur anzunehmen, wenn ein Verstoß an sich noch möglich ist; kann es hingegen aus rechtlichen oder tatsächlichen Überlegungen zu einem Verstoß gar nicht mehr kommen, besteht kein Unterlassungsanspruch. Ob Wiederholungsgefahr besteht, ist nach der Sach- und Rechtslage bei Schluss der Verhandlung 1. Instanz zu beurteilen, einem Unterlassungsbegehren kann daher nur stattgegeben werden, wenn die Wiederholungsgefahr in diesem Zeitpunkt noch weiter besteht (vgl zB 4 Ob 281/04h, ÖBl 2005/39; 4 Ob 5/05x; 4 Ob 255/80, ÖBl 1981, 102; 4 Ob 281/04h; 6 Ob 172/07y; weitere Nachweise aus der Rsp bei *Rechberger* in *Rechberger* § 406 ZPO Rz 14).

Das für die Zulässigkeit des Unterlassungsbegehrens entscheidungsrelevante Element ist die Wiederholungsgefahr; die Aufsichtsbehörde geht davon aus, dass auch im Verwaltungsverfahren dieses Kriterium jedenfalls erfüllt sein muss. Der Auftrag, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, setzt per se voraus, dass die rechtsverletzende Handlung noch andauert oder die Gefahr ihrer Wiederholung objektiv möglich ist. Die (nachträgliche) Verfügung, eine nicht mehr bestehende Aktivität zu unterlassen, scheint aus diesem Grunde absurd und ist tatsächlich unmöglich.

Die Operette „Casanova“ steht in den kommenden zwei bis drei Jahren - weder in der streitgegenständlichen noch in anderer Inszenierung - auf dem Spielplan des Stadttheaters

Baden. Das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr muss zum gegebenen Zeitpunkt folglich klar verneint werden. Die abstrakte Möglichkeit, dass das Werk in dieser Form in einem anderen Theater aufgeführt wird, reicht für das Unterlassungsbegehren ebenfalls nicht aus. Eine derartige Möglichkeit wurde auch nicht behauptet.

Auch geht der Antrag der Theaterverlag Eirich GmbH, der AKM die Lizenzierung bühnenmäßiger Aufführungen musikdramatischer Werke in Teilen mittels Unterlassungsbescheids zu untersagen, aus folgenden Überlegungen zu weit:

Der Antrag der Theaterverlag Eirich GmbH zielt auf Grund seines Wortlautes auf die Untersagung der Lizenzierung jeglicher Einlagenmusik durch die AKM ab. Abgesehen von der im alten VerwGesG 1936 ausdrücklich normierten Zuständigkeit der AKM zur Einlagenlizenzierung, ist das Unterlassungsbegehren der Antragstellerin zu weit gefasst; damit fehlt ihm auch die erforderliche Bestimmtheit. Darüber hinaus ginge ein Unterlassungsbescheid auch aus einem weiteren Grund ins Leere:

Zu einer Unterlassung kann aus offensichtlichen Gründen nicht aufgefordert werden, wer einerseits nicht rechtswidrig handelt und daher zu einer Unterlassung nicht verpflichtet wäre (vgl. *Deimbacher*, Wie weit darf ein Unterlassungsbegehren gefasst sein?, ÖBI 1980, 36). Das Begehren der Antragstellerin, der AKM zu untersagen, „dass diese Aufführungsrechte an Teilen musikdramatischer Werke in anderen Bühnenwerken wahrnimmt, vergibt bzw erteilt“ widerspricht der (auf dem § 1 Abs 2 VerwGesG 1936 gründenden) Ermächtigung der AKM zur Lizenzierung von Einlagen. Die von der Antragstellerin wiederholt zitierten Ausführungen der Aufsichtsbehörde im Bescheid der KommAustria vom 20.11.2007, KOA 9.110/07-012, sind im gegebenen Zusammenhang nicht geeignet, das Unterlassungsbegehren zu stützen. Tatsächlich gibt die Antragstellerin die Überlegungen der Behörde unvollständig und aus dem Zusammenhang gelöst wieder.

Zur Vermeidung von Missverständnissen, und um weiteren irreführenden Zitierungen der erwähnten Entscheidung vorzubeugen, sei Folgendes ausgeführt: Die von der Antragstellerin wiederholt zitierte Aussage bezieht sich auf die Erweiterung der Betriebsgenehmigung der AKM im Hinblick auf das Zurverfügungstellungsrecht iSd § 18a UrhG. Um Überschneidungen mit den Betriebsgenehmigungen anderer Verwertungsgesellschaften zu vermeiden, beantragte die AKM eine Ausnahmeregelung hinsichtlich des Zurverfügungstellens „musikdramatischer Werken, vollständig und/oder in größeren Teilen sowie des Zurverfügungstellens von Notationen und/oder Textbildern in welcher technischen Form auch immer“. Die Aufsichtsbehörde entsprach diesem Antrag nicht und begründete dies damit,

dass „die entsprechenden Bereiche von den Betriebsgenehmigungen der AKM ohnedies nicht erfasst“ seien, „zur Wahrnehmung von Ansprüchen aus der entsprechenden Nutzung dieser Werke ist die AKM mangels entsprechender Betriebsgenehmigung jedoch nicht berufen“. Eine diesbezügliche Abgrenzung durch eine Ausnahmeregelung sei „zwar möglich, jedoch nicht notwendig und im Hinblick auf die Klarheit und Eindeutigkeit der Betriebsgenehmigung nicht ratsam“. Die Antragstellerin im gegenständlichen Fall übersieht somit nicht nur, dass im erwähnten Bescheid von der Zurverfügungstellung (als Form der öffentlichen Wiedergabe) von musikdramatischen Werken „vollständig und/oder in größeren Teilen“ die Rede ist, wobei eine Einlage in Form eines - einer Operette entnommenen - Liedes klar kein vollständiges musikdramatisches Werk oder ein größerer Teil eines solchen sein kann. Unbeachtet bleibt aber auch, dass die Feststellung der Aufsichtsbehörde das Recht der AKM, Einlagenmusik zu lizenzieren in keiner Weise berührt oder gar beschränkt.

Die a priori Lizenzierung sämtlicher Musikstücke, die aus einem anderen Werk entnommen wurden, als Einlage – ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzung – ist grundsätzlich nicht unproblematisch. Abgesehen davon, geht jedoch der Antrag der Theaterverlag Eirich GmbH auf Ausstellung eines Unterlassungsbescheids bereits mangels bestehender Wiederholungsgefahr ins Leere. Da schon die Formalvoraussetzungen des Unterlassungsbescheids im gegenständlichen Fall nicht gegeben waren, konnte eine weitergehende Erörterung der Einlagenlizenzierung unterbleiben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht gemäß § 29 Abs 1 2. Satz iVm § 30 Abs 2 Z 1 VerwGesG 2006 das Rechtsmittel der Berufung an den Urheberrechtssenat offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Die Gebühr für die Inanspruchnahme des Urheberrechtssenates beträgt gemäß § 4 der Verordnung der Bundesministerin für Justiz über die Vergütung der Mitglieder und Schriftführer des Urheberrechtssenates, die Entlohnung der von der Vorsitzenden des

Urheberrechtssenates bestellten Mitglieder des Schlichtungsausschusses und die Gebühren für die Inanspruchnahme des Urheberrechtssenates (Urheberrechtssenatsgebührenverordnung), BGBl II Nr. 247/2006, für jedes Verfahren € 1.800,-, in den in § 1 Abs 2 der genannten Verordnung bezeichneten Fällen jedoch € 800,-.

Wien, am 20.10.2008

Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften

Dr. Florian Philipitsch, LL.M.
Stv. Behördenleiter