



REPUBLIK ÖSTERREICH
Urheberrechtssenat

K.M. - GmbH					
GZ: / /					
eingel. am. 26. Feb. 2010					
GE-TR	TRK	GF-RF	KOA		
I	R	B	V	FM	

UrhRS 2/09-4

B e s c h e i d

Der Urheberrechtssenat hat durch Dr. Schenk als Vorsitzende und durch Dr. Brenn und Mag. Thier als weitere Mitglieder in der Urheberrechtssache der v. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (v. [REDACTED]), [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in Wien, wegen aufsichtsbehördlicher Maßnahmen gemäß § 9 VerwGesG über die Berufung der v. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] gegen den Bescheid der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) als Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften, Mariahilferstraße 77-79, 1060 Wien, vom 12.10.2009, KOA 9.201/09-014, wie folgt entschieden:

Spruch:

Der Berufung wird gemäß § 66 Abs 2 AVG 1991 iVm § 30 Abs 2 Z 1 VerwGesG 2006 Folge gegeben. Der erstinstanzliche Bescheid wird aufgehoben und der Kommunikationsbehörde Austria die neuerliche Entscheidungsfindung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Gebühr für die Inanspruchnahme des Urheberrechtssenats wird mit EUR 800,-- bestimmt. Der Berufungswerberin wird die Bezahlung dieser Gebühr

auferlegt.

B e g r ü n d u n g

Die Berufungswerberin ist eine Verwertungsgesellschaft nach dem VerwGesG 2006. Ihr im Firmenbuch eingetragener einziger Geschäftsführer ist Dr. H. J.

Mit dem angefochtenen Bescheid sprach die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) als Aufsichtsbehörde aus, dass die Verwertungsgesellschaft derzeit über keine hauptberuflich tätige Geschäftsführung verfüge, und trug ihr nach § 9 Abs 1 Z 1 iVm § 3 Abs 1 VerwGesG 2006 auf, binnen einer Frist von 12 Wochen einen hauptberuflichen Geschäftsführer zu beschäftigen.

Die KommAustria legte der Entscheidung folgenden Sachverhalt zugrunde: die Verwertungsgesellschaft verfüge seit Umgründung in die Rechtsform einer GmbH mit 1.7.2009 über eine neue Geschäftsführung. Ihr nunmehriger Geschäftsführer sei bis 20.12.2008 als öffentlicher Notar tätig gewesen und übe die Geschäftsführungstätigkeit in seinem Ruhestand aus, wobei derzeit maximal 20 Wochenstunden auf diese Tätigkeit entfielen. Hierfür erhalte er ein monatliches Entgelt von EUR 1.000,-- brutto 14 x jährlich. Der genaue Zeitaufwand sei nicht feststellbar.

In rechtlicher Hinsicht verwies die KommAustria auf § 3 Abs 1 VerwGesG 2006; danach darf die Betriebsgenehmigung „nur einer Genossenschaft oder Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland erteilt werden, die nicht auf Gewinn gerichtet ist und volle Gewähr dafür bietet, dass sie die ihr nach diesem Gesetz zukommenden Aufgaben und Pflichten gehörig erfüllen wird. Um diese Voraussetzung zu erfüllen, muss die

Verwertungsgesellschaft eine hauptberuflich und fachlich qualifizierte Geschäftsführung haben; die Voraussetzung ist jedenfalls erfüllt, wenn ein mit Geschäftsführungsaufgaben betrauter Mitarbeiter der Verwertungsgesellschaft fachlich qualifiziert und hauptberuflich für die Verwertungsgesellschaft tätig ist.“ Die neu bestellte Geschäftsführung erfülle diese Voraussetzungen nicht. Nach § 9 Abs 1 Z 1 VerwGesG 2006 habe die Aufsichtsbehörde entsprechende Aufträge durch Bescheid zu erteilen, wenn die Organisationsvorschriften der Verwertungsgesellschaft - wie hier - den Anforderungen des VerwGesG 2006 nicht entsprächen. Nach der Definition der internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zählten zu den Erwerbstätigen alle Personen im Alter von 15 und mehr Jahren, die in einem Arbeitsverhältnis stünden, die als Arbeiternehmer oder selbständig ein Gewerbe, einen freien Beruf oder eine Landwirtschaft betrieben (Selbständige, Unternehmer) oder als mithelfende Familienangehörige im Betrieb eines Verwandten mitarbeiteten.

Weder dem VerwGesG 2006 selbst noch den Materialien sei jedoch ein Hinweis darauf zu entnehmen, was der Gesetzgeber unter einer „hauptberuflichen Geschäftsführung“ verstehe. Hauptberuf sei jene Tätigkeit, die die Arbeitszeit des Betroffenen (Basis derzeit 40 Stunden-Woche) zu mehr als 50 % in Anspruch nehme und die für die wirtschaftliche und soziale Lebensstellung der Person ausschlaggebend sei. Das Kriterium der Hauptberuflichkeit sei daher (nur) dann erfüllt, wenn sowohl mehr als 50 % der Arbeitsleistung als auch das gesamte Einkommen aus Erwerbstätigkeit - sämtliche laufende Einkünfte eingeschlossen - auf die

Tätigkeit als Geschäftsführer entfielen. Die Einkünfte, die eine im Ruhestand befindliche Person aus einer Pension beziehe, seien zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber habe mit dem Erfordernis der hauptberuflichen Geschäftsführung verhindern wollen, dass derartige Unternehmen „nebenbei“ geführt werden können. Tatsächlich trete für gewöhnlich ein Pensionsbezug an die Stelle eines zuvor bezogenen Einkommens aus Erwerbstätigkeit und sei daher bei der Beurteilung der Hauptberuflichkeit im Sinne des § 3 Abs 1 VerwGesG zu berücksichtigen. Hauptberuflich einer Beschäftigung nachzugehen bedeute auch eine permanente Verantwortung für den entsprechenden Aufgabenbereich zu übernehmen, die mit einer - zu den in Österreich üblichen Geschäfts- bzw. Bürozeiten - schriftlichen und insbesondere telefonischen Ansprech- und Erreichbarkeit der betreffenden Person einhergehe. Die Verwertungsgesellschaft selbst habe im Verfahren eingeräumt, dass ihr Geschäftsführer derzeit maximal 20 Wochenstunden gegen ein monatliches Entgelt in der Höhe von EUR 1.000,-- brutto 14 x jährlich, beschäftigt sei. Abgesehen davon, dass gerade die Geschäftsführung einer Verwertungsgesellschaft eine verantwortungsvolle Aufgabe darstelle, die sich in der Regel nicht mit einem Aufwand von lediglich 20 Wochenstunden bewältigen lasse, sei dem Dienstzettel auch keine Verpflichtung zur Erbringung einer bestimmten wöchentlichen Arbeitsleistung zu entnehmen. Pro Woche maximal 40 Wochenstunden leisten zu müssen, eröffne de facto einen Spielraum zwischen 0 und 40 Stunden pro Woche. Das vereinbarte Monatsentgelt stehe hierzu in keinem Verhältnis. Da der Lebensunterhalt ihres Geschäftsführers nach eigenen Angaben ohnedies durch sein Pensionseinkommens hinreichend gesichert sei,

sei seine wirtschaftliche und soziale Stellung somit nicht von seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Verwertungsgesellschaft abhängig. Dies sei ein weiteres Indiz für das Fehlen einer hauptberuflichen Geschäftsführung. Schließlich sei auch bemerkenswert, dass auf der Homepage der Verwertungsgesellschaft der (namentlich als Zeuge genannte) Leiter der Rechtsabteilung des ORF sowie die (namentlich als Zeugin genannte) ehemalige Geschäftsführerin der Verwertungsgesellschaft, die nunmehr ausschließlich für den ORF tätig werde, als für die Administration der Verwertungsgesellschaft zuständige Personen genannt seien. Es stelle sich daher die Frage, ob angesichts des angegebenen Umfangs der Teilzeitbeschäftigung des derzeitigen Geschäftsführers die Geschäftsführungsaufgaben nicht auch von den Mitarbeitern des ORF teilweise übernommen würden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Berufung der Verwertungsgesellschaft mit dem Antrag, die angebotenen Beweise aufzunehmen, der Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid aufzuheben, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und der Behörde erster Instanz eine neuerliche Entscheidung aufzutragen.

Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt.

Die Berufungswerberin rügt die Rechtsansicht der Behörde erster Instanz, die den zum Geschäftsführer bestellten pensionierten Notar nicht als hauptberuflich tätigen Geschäftsführer beurteilt habe. Ihr Geschäftsführer übe - mit Ausnahme eines Aufsichtsratsmandats - keine sonstige (selbständige oder unselbständige) Erwerbstätigkeit aus, seine gesamte

berufliche Tätigkeit richte sich ausschließlich auf die Position als Geschäftsführer der Verwertungsgesellschaft. Unter dem Begriff „Hauptberuf“ sei der ständig ausgeübte Beruf eines Menschen, unter einem Nebenberuf der „von jemandem nur gelegentlich und nebenbei ausgeübte Beruf“ zu verstehen. Allein von der Sprachbedeutung sei für den Begriff des Hauptberufs daher bloß das Ausmaß der Inanspruchnahme der Arbeitskraft essentiell, wohingegen der Anteil des aus dieser Tätigkeit erzielten Entgelts kein Begriffsmerkmal sei. Aus dem Inhalt des VerwGesG 2006 sei zu schließen, dass der Geschäftsführer einer Verwertungsgesellschaft seine Arbeitskraft primär der Verwertungsgesellschaft zur Verfügung zu stellen habe. Zu dem solle wohl auch ein Interessenskonflikt hintangehalten und sichergestellt werden, dass der Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit allein die Interessen der Verwertungsgesellschaft und ihrer Bezugsberechtigten im Auge habe. Es sei auch ein Anliegen des Gesetzgebers gewesen, eine gewisse Entkoppelung der Geschäftsführung von partikularen Mitglieder- oder Bezugsberechtigteninteressen herbeizuführen. Dem Gesetzgeber sei es darum gegangen, dass die hauptberufliche Geschäftsführung ihre Arbeitsleistung im operativen Geschäft ausschließlich oder überwiegend der Verwertungsgesellschaft zur Verfügung stelle und nicht wegen ihres Bezuges zu einem Mitglied usw. unter Umständen zum Teil dessen Belange in Geschäftsführungsentscheidungen einfließen lasse. Daraus folge, dass ein pensionierter Notar, der keiner sonstigen Erwerbstätigkeit nachgehe und dessen gesamte berufliche Tätigkeit sich ausschließlich auf die Geschäftsführerposition richte, als hauptberuflicher

Geschäftsführer im Sinne des § 3 VerwGesG 2006 zu werten sei. Einkünfte, die nicht aus selbständiger oder unselbständiger aktueller Arbeit stammen, seien für die Auslegung des Begriffs „hauptberuflich“ nicht in Ansatz zu bringen. Würde man derartige Einkünfte berücksichtigen, müsste dies auch für diverse andere Einkommensquellen wie zum Beispiel Aktiengewinne oder Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung gelten. Ein solches Verständnis würde dem Zweck von § 3 Abs 1 VerwGesG 2006 widersprechen. Die Behörde habe die Befürchtung geäußert, dass das Erfordernis der hauptberuflichen Geschäftsführung dadurch umgangen werden könnte, dass eine finanziell abgesicherte, in keinem Beschäftigungsverhältnis stehende Person mit bloß wenigen Wochenstunden angestellt und zur hauptberuflichen Geschäftsführung erklärt werde. Diese Hypothese stehe jedoch in keinem Zusammenhang mit dem Anlassfall. Der vorliegende Dienstvertrag sehe eine wöchentliche Arbeitszeit von maximal 40 Wochenstunden vor, weil im Anfangsstadium der Tätigkeit noch nicht abzuschätzen gewesen sei, welchen Zeitaufwand sie tatsächlich erfordere. Die Behörde gehe zu Unrecht davon aus, dass sich die Geschäftsführungsaufgaben einer Verwertungsgesellschaft nicht mit einem Aufwand von 20 Wochenstunden bewältigen lassen. Die Berufungswerberin sei jedoch eine „atypische“ Verwertungsgesellschaft, weil die von ihr wahrgenommenen Ansprüche von Rundfunkunternehmen in Bezug auf den umfangreichsten Tätigkeitsbereich ihrer Betriebsbewilligung - der Erteilung von Bewilligungen zur gleichzeitigen, vollständigen und unveränderten Weitersendung mit Hilfe von Leitungen gemäß § 59 a Abs 1 UrhG - nicht zwingend

durch die Berufungswerberin vertreten werden müssten. Insoweit könnten nämlich berechnigte Rundfunkunternehmer diese Bewilligungen aufgrund Artikel 10 der Richtlinie 93/83/EVG des Rates vom 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweitersendung und aufgrund dieser Bestimmung innerstaatlich umsetzenden § 59 a Abs 3 UrhG auch autonom erteilen. Die Zahl der von der Berufungswerberin vertretenen Rundfunkunternehmer einschließlich einer Rundfunkunternehmerorganisation sei im Bereich der gesetzlichen Vergütungsansprüche mit 31 im Vergleich zu allen anderen in Österreich tätigen Verwertungsgesellschaften äußerst gering. Die Berufungswerberin nehme keine selbständige Einhebungstätigkeit vor, sondern lasse dies im Bereich der Gestattung der Kabelweitersendung durch die AKM und im Bereich der Einhebung der Leerkassettenvergütung durch die AustroMechana vornehmen. Auch die Wahrnehmung der Ansprüche nach § 56 c UrhG werde für die Berufungswerberin von der AKM besorgt. Die administrative Tätigkeit der Verwertungsgesellschaft, vor allem die rechtliche Beratung und die Buchhaltung würden gegen eine Vergütung durch den Österreichischen Rundfunk besorgt. Mit Ausnahme ihres Geschäftsführers verfüge die Berufungswerberin demnach - wie schon ihre Rechtsvorgängerin - über kein eigenes Personal. Dies werde dem gesetzlichen Auftrag der kostensparenden Rechtewahrnehmung im Sinn des § 12 Abs 1 VerwGesG 2006 gerecht. Gegenseitigkeitsverträge seien vor dem Hintergrund des Artikel 10 der Kabel- und Satellitenrichtlinie bzw. § 59 a Abs 3 UrhG nicht

abgeschlossen worden und damit auch nicht zu administrieren. Daraus ergebe sich, dass der laufende Arbeitsaufwand keineswegs über 20 Wochenstunden hinausgehen müsse.

Die Behörde erster Instanz gehe ohne Ermittlungsverfahren generell davon aus, dass eine Arbeitszeit von 20 Wochenstunden für Geschäftsführungsaufgaben unzureichend wäre. Könnte aber mit einem Arbeitsaufwand von 20 Wochenstunden das Auslangen gefunden werden, weil in dieser Zeit alle Aufgaben und Pflichten der Geschäftsführung erfüllt werden, so wäre es mit dem Sparsamkeitsgedanken unvereinbar, Geschäftsführer ganz generell und ohne konkreten Bedarf im Ausmaß von mindestens 40 Wochenstunden beschäftigen und entlohnen zu müssen.

Die Behörde habe - ohne Feststellungen zu treffen - die Frage aufgeworfen, ob die auf der Homepage genannten Personen (Leiter der Rechtsabteilung des ORF und vormalige Geschäftsführerin der Verwertungsgesellschaft) zum Teil Geschäftsführerfunktionen ausüben. Die beiden namentlich genannten Personen seien tatsächlich in der Verwaltung tätig, während der Geschäftsführer sämtliche Maßnahmen und Vorkehrungen treffe, die zur Erreichung des Geschäftszwecks mit den der Gesellschaft zur Verfügung stehenden personellen, sachlichen und finanziellen Mitteln notwendig seien. Er erfülle daher im innerbetrieblichen Bereich Leitungsfunktion. Um den entscheidungswesentlichen Sachverhalt festzustellen, sei es erforderlich, diese beiden Personen als Zeugen zu vernehmen.

Der Urheberrechtssenat hat Folgendes erwogen:

1. Strittig ist die Auslegung des in § 3 Abs 1 VerwGesG 2006 verwendeten Begriffes der „hauptberuflichen Geschäftsführung“. Die Materialien enthalten dazu keine eindeutige Aussage. Zu prüfen ist, ob sich allenfalls aus anderen Gesetzesstellen der österreichischen Rechtsordnung ein (einheitlicher) Begriffsinhalt des Wortes „hauptberuflich“ ableiten lässt.

1.1. Der Begriff „hauptberuflich“ findet sich zum Beispiel in § 2 Abs 1 Z 2 Bauernsozialversicherungsgesetz (BSVG). Nach dieser Bestimmung sind die Kinder, Enkel, Wahl- und Stiefkinder sowie die Schwiegerkinder einer in Z 1 genannten Person in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung pflichtversichert, wenn sie **hauptberuflich** in diesem Betrieb beschäftigt sind. Nach der Rechtsprechung des VwGH kommt es bei Auslegung des Begriffes „hauptberuflich“ in diesem Zusammenhang nicht auf den allgemeinen Sprachgebrauch an. Zu berücksichtigen sei der Wechselbezug der Umschreibung des Pflichtversicherungstatbestandes in der bäuerlichen Sozialversicherung zur Ausnahmeregelung des ASVG, weshalb der VwGH davon ausgeht, dass der in § 2 Abs 1 Z 2 BSVG verwendete Begriff „hauptberuflich“ iSv „hauptberuflich keiner anderen Beschäftigung nachzugehen“ zu verstehen sei. Gehe demnach ein Kind keiner anderen Beschäftigung als der Mitarbeit im elterlichen Betrieb nach, so werde es in aller Regel in einem solchen Ausmaß zur Arbeit herangezogen, dass von hauptberuflicher Beschäftigung gesprochen werden könne; eine nähere Prüfung des Beschäftigungsausmaßes sei bei Fehlen einer anderen Beschäftigung nicht erforderlich (VwGH vom 7.9.2005, 2001/08/0123).

1.2. Der Begriff der hauptberuflichen Tätigkeit findet sich auch in § 2 Abs 1 RAO. Nach dem letzten Satz dieser Bestimmung ist die praktische Verwendung des Rechtsanwaltsanwärters bei einem Rechtsanwalt nur anrechenbar, soweit diese Tätigkeit „hauptberuflich“ und ohne Beeinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit ausgeübt wird. Die OBDK versteht in einer Entscheidung vom 19.8.1996, Bkv 3/96, darunter eine ganztägige Beschäftigung bei einem Rechtsanwalt. Der in diesem Verfahren angerufene Verfassungsgerichtshof sprach in seinem Erkenntnis vom 21.6.1997, B 29/97 aus, dass das Erfordernis der hauptberuflichen Tätigkeit in § 2 Abs 1 RAO ausreichend determiniert sei. Die hauptberufliche Tätigkeit eines Rechtsanwaltsanwärters bei einem Rechtsanwalt stelle eine umfassende Ausbildung sicher und sei schon deshalb erforderlich, weil sie gewährleiste, dass der Rechtsanwaltsanwärter umfassend mit allen Facetten des Berufsbildes des Rechtsanwaltes vertraut gemacht werden könne. Darüber hinaus erhalte der Rechtsanwalt dadurch die Möglichkeit, sich umfassend Kenntnis von den einzelnen Fähigkeiten des Anwärters zu verschaffen und die Ausbildung entsprechend zu gestalten. Dass eine Person bis Mitte 1986 lediglich ein Drittel der wöchentlichen Normalarbeitszeit eines Rechtsanwaltsanwärters verrichtet und seit diesem Zeitpunkt ihre Tätigkeit als Rechtsanwaltsanwärter nach eigenem Vorbringen nie hauptberuflich ausgeübt habe, reiche nicht für eine hauptberufliche Tätigkeit als Rechtsanwaltsanwärter aus. In VfSlg 12.164 (betreffend die Ausbildung zum Wirtschaftstreuhänder) wird danach unterschieden, ob eine Teilbeschäftigung allein oder neben einer weiteren Vollbeschäftigung ausgeübt wird.

Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs VfSlg 7910/1976 wurde ein Bescheid, der einem Universitätsassistenten die Eintragung in die Liste der Rechtsanwaltsanwärter mit der Begründung verweigerte, dass der Eintragungswerber im Hinblick auf seine Tätigkeit als Universitätsassistent den Beruf als Rechtsanwaltsanwärter nicht ganzzeitig werde ausüben können, wegen Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Freiheit der Erwerbstätigkeit aufgehoben. Der VfGH betonte, dass die Eintragung in die Liste der Rechtsanwaltsanwärter nicht auf Basis der Prognose verweigert werden dürfe, dass die Ausbildung des Eintragungswerbers nicht in hinreichender Weise erfolgen werde.

1.3. Auch das Universitätsgesetz 2002 bedient sich des Begriffes der „hauptberuflich tätigen Personen“. Gemäß Artikel 1 § 100 UG Abs 3 besteht das wissenschaftlich und künstlerische Personal im Forschungs-, Kunst- und Lehrbetrieb aus haupt- und nebenberuflich tätigen Personen. In Abs 4 der genannten Norm werden die nebenberuflich tätigen Personen als jene Personen definiert, die 1.) ausschließlich in der Lehre tätig sind und 2.) nicht mehr als vier Semesterstunden lehren und 3.) nachweislich einer anderen vollen Sozialversicherungspflicht aufgrund von Einkünften im Ausmaß von mindestens 60 von 100 der Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl Nr. 189/1955 unterliegen.

1.4. Diese Beispiele lassen erkennen, dass der österreichische Gesetzgeber den Begriff „hauptberuflich“ keineswegs einheitlich verwendet, und die Kriterien für

die Bejahung oder Verneinung der Frage, ob eine Person hauptberuflich tätig ist, jeweils unterschiedlich sind. Es ist daher der Begriff „hauptberufliche Geschäftsführung“ autonom nach dem Inhalt des VerwGesG 2006 auszulegen.

1.5. Dittrich (*Dittrich, Überlegungen zur Geschäftsführung von Verwertungsgesellschaften, RfR 2007,5*) weist darauf hin, dass das österreichische Arbeitsvertragsrecht den Begriff „hauptberuflich“ nicht kennt. Er vertritt die Auffassung, zur Auslegung des Begriffes „hauptberuflich“ im Sinne des § 3 Abs 1 VerwGesG 2006 könne die im Vertragsbedienstetengesetz (VBG) vorgenommene Unterscheidung zwischen Vollbeschäftigung und Teilbeschäftigung herangezogen werden. Was Vollbeschäftigung bedeute, ergebe sich aus § 20 VBG in Verbindung mit dem für anwendbar erklärten § 48 Abs 2 Beamtendienstrechtsgesetz, in dem die regelmäßige Wochendienstzeit mit 40 Stunden festgelegt wird. Von einer hauptberuflichen Tätigkeit könne nach Auffassung Dittrichs daher nur dann gesprochen werden, wenn die Arbeitszeit 40 Wochenstunden (oder mehr) umfasse.

2.1. Dieser Rechtsmeinung kann sich der Urheberrechtssenat nicht anschließen. Die Intentionen des Vertragsbedienstetengesetzes sind mit jenen des VerwGesG 2006 nicht vergleichbar, weshalb die für das Vertragsbedienstetengesetz gewonnene Definition der „Vollbeschäftigung“ zur Auslegung des Erfordernisses einer „hauptberuflichen Tätigkeit als Geschäftsführer“ iSd VerwGesG nicht herangezogen werden kann.

2.2. Nach Ansicht des Urheberrechtssenates muss daher die Bedeutung des Begriffes „hauptberuflich“ im Sinn des § 3 Abs 1 VerwGesG 2006 anhand der dem Gesetz

zugrundeliegenden Ziele erschlossen werden.

2.3. Die Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts berücksichtigte unter anderem die zuletzt vor allem von Seiten der Nutzer kollektiv wahrgenommener Urheber- und Leistungsschutzrechte vorgebrachte Kritik. Wesentliche Kritikpunkte bezogen sich auf die fehlende Transparenz und die als nicht effizient erachtete (Staats-)Aufsicht. Transparenz und Staatsaufsicht wurden als erforderlich erachtet, um tatsächlich oder vermeintlich missbräuchlichem Verhalten von Verwertungsgesellschaften wirksam entgegenzutreten (*Grünanger, Zur Organisation von Verwertungsgesellschaften - ein Beitrag zu den §§ 1 und 3 VerwGesG 2006, in Dittrich-Hüttner, Das Recht der Verwertungsgesellschaften 125*). Das VerwGesG 2006 beschränkte die zulässige Rechtsform auf Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Damit wurde die Rechtsform des Vereins ausgeschlossen, die für Unternehmen mit der wirtschaftlichen Bedeutung, die Verwertungsgesellschaften erreichen können, als nicht adäquat angesehen wurde (*Grünanger, aaO*). Die Betriebsgenehmigung darf nur einer Genossenschaft oder Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland erteilt werden, die nicht auf Gewinn gerichtet ist und volle Gewähr dafür bietet, dass sie die ihr nach dem VerwGesG 2006 zukommenden Aufgaben und Pflichten gehörig erfüllen wird. Im Übrigen soll nach Tunlichkeit nicht mehr Verwertungsgesellschaften eine Betriebsgenehmigung erteilt werden, als es für eine den Interessen der Rechteinhaber und der Nutzer Rechnung tragende, zweckmäßig und sparsame Rechtewahrnehmung notwendig ist (§ 3 Abs 3 VerwGes). Das allgemeine Unternehmensziel von Verwertungsgesellschaften wird in § 1 VerwGesG 2006

definiert. Ihre Aufgabe ist es, in gesammelter Form Rechte an Werken und verwandte Schutzrechte im Sinn des Urheberrechtsgesetzes dadurch nutzbar zu machen, dass den Benutzern die zur Nutzung erforderlichen Bewilligungen gegen Entgelt erteilt werden, oder andere Ansprüche nach dem Urheberrechtsgesetz geltend zu machen. Die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften dient unmittelbar und primär den Interessen der Verwertungsgesellschaften und ihrer Bezugsberechtigten selbst sowie den Nutzern urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen (ErlRV zu § 7 VerwGesG 2006). Gemäß § 12 VerwGesG 2006 haben Verwertungsgesellschaften die ihnen von den Bezugsberechtigten durch Wahrnehmungsvertrag eingeräumten Rechte und Ansprüche in deren Interesse, aber im eigenen Namen wirksam zu wahren und nutzbar zu machen. Sie haben dabei möglichst kostensparend vorzugehen und darauf zu achten, dass zwischen dem Aufwand für eine möglichst lückenlose Erfassung anspruchsbegründender Sachverhalte und die Durchsetzung dieser Ansprüche und eine möglichst hohen Verteilungsgenauigkeit einerseits und dem daraus erzielten Nutzen andererseits ein angemessenes Verhältnis besteht.

Zweck und Aufgaben der Verwertungsgesellschaften ergeben sich aus der Zusammenschau der Normen des VerwGesG 2006 und der Gesetzesmaterialien: Sie haben dafür zu sorgen, dass die Urheber- und Leistungsschutzrechte effektiv geschützt und gewahrt und Rechtsverletzungen verfolgt werden; sie stehen dabei den verschiedenen Nutzungsinteressenten als eine Art „institutionalisierte Marktmittler“ zur Verfügung (Noll, Vom Recht der Verwertung zur Verwertung des Rechts in *Dittrich/Hüttner*, Das Recht der

Verwertungsgesellschaften, 44). Nur große Organisationen verfügen mit ihrem bürokratischen Apparat über jene Kontakte und Kontrollmöglichkeiten, die erforderlich sind, um Nutzungsverträge mit Verwertern zu schließen und Rechtsverletzungen unautorisierter Verwerter zu verfolgen. Erst dann, wenn ein einzelner alle Rechte verwaltet, ist es für (kommerzielle) Werknutzer möglich, nur mit einem „Rechteverwalter“ abzuschließen, der über die einschlägigen Rechte disponieren kann (Noll, aaO). Aus diesen, den Verwertungsgesellschaften gesetzten immanenten Zielsetzungen lässt sich ableiten, dass auch die hauptberufliche Geschäftsführung der Erreichung dieser Ziele dient. Das Erfordernis der hauptberuflichen Geschäftsführung ist vorrangig ein Qualitätskriterium und soll im Zusammenhang mit den übrigen organisations- und aufsichtsbehördlichen Bestimmungen gewährleisten, dass es zu einer effizienten und effektiven Rechtewahrnehmung und einer kontrollierten Rechtenutzung kommt.

2.4. Betrachtet man nunmehr den Begriff „hauptberuflich“ unter diesen Aspekten, so sollte dieses Erfordernis offenbar sicherstellen, dass die mit der Geschäftsführung betraute Person als Hauptverantwortliche ihre Arbeitskraft auf diese Tätigkeit konzentriert. Welches zeitliche Ausmaß die Geschäftsführungstätigkeit beansprucht, um sie noch als „hauptberuflich“ zu qualifizieren, hängt vom Umfang der bei der jeweiligen Verwertungsgesellschaft konkret anfallenden Geschäftsführungsaufgaben ab.

2.5. Nach dem Vorbringen der Berufungswerberin können die Agenden ihrer Geschäftsführung mit einem zeitlichen Aufwand von durchschnittlich 20 Stunden pro Woche bewältigt werden. Sie führt zutreffend aus, dem

Gesetzgeber, der das Gebot der Sparsamkeit in § 12 VerwGesG 2006 verankerte, könne nicht unterstellt werden, dass er mit § 3 Abs 1 VerwGesG 2006 eine vollzeitbeschäftigte Geschäftsführung im Sinne einer 40-Stundenwoche zwingend und in jedem Fall anordnen wollte, nämlich auch dann, wenn Geschäftsführungsaufgaben in diesem Umfang gar nicht zu erfüllen sind.

2.6. Die Berufungswerberin weist zutreffend auch darauf hin, dass die für eine abschließende Beurteilung erforderlichen Feststellungen fehlen.

Um beurteilen zu können, ob die Tätigkeit ihres Geschäftsführers den Kriterien einer hauptberuflichen Geschäftsführung iSv § 3 Abs 1 VerwGesG entspricht, muss noch erhoben werden, welche Geschäftsführungstätigkeiten bei der Berufungswerberin tatsächlich zu erfüllen sind, welche Tätigkeiten davon unmittelbar vom Geschäftsführer selbst wahrgenommen werden und inwieweit Geschäftsführungsaufgaben delegiert wurden. Die von der Behörde erster Instanz im letzten Satz ihres Bescheids in den Raum gestellte Frage, ob die auf der Website der Berufungswerberin genannten Personen Geschäftsführungsaufgaben der Verwertungsgesellschaft übernommen haben, darf bei abschließender Beurteilung der Tätigkeit des Geschäftsführers nicht unbeantwortet bleiben. Die Grenze zulässiger Delegation wäre jedenfalls überschritten, wenn ein „Scheingeschäftsführer“ bestellt wäre, die leitenden Geschäftsführungsaufgaben aber inhaltlich von anderen Personen bestimmt würden.

2.7. In welchem (übergeordneten) zeitlichen Verhältnis die Tätigkeit als Geschäftsführer zu anderen beruflichen Tätigkeiten stehen muss, damit das Kriterium

der „hauptberuflichen Geschäftsführung“ (noch) erfüllt wird, kann hier offen bleiben, weil der zum Geschäftsführer bestellte pensionierte Notar - mit Ausnahme eines Aufsichtsratsmandats - keiner anderen beruflichen Tätigkeit nachgeht und sich beruflich nur bei der Berufungswerberin betätigt.

3. Die erstinstanzliche Behörde wird im fortgesetzten Verfahren sowohl den nunmehrigen Geschäftsführer der Berufungswerberin wie auch die als Zeugen namhaft gemachten Personen Dr. R. [REDACTED] F. [REDACTED] und Dr. G. [REDACTED] K. [REDACTED] einzuvernehmen haben. Welche Tätigkeiten der Begriff der Geschäftsführung umfasst, ist anhand des Gesellschaftsrechtes, konkret anhand des GmbHG zu beurteilen; auf die von Dittrich (*Dittrich*, aaO, 6) zitierte Definition, wonach die Geschäftsführung „alle leitenden Maßnahmen organisatorischer, kaufmännischer und personeller Art beinhaltet, die erforderlich sind, um die Aufgaben der Gesellschaft zu erfüllen“, wird hingewiesen.

4. Gemäß § 39 Abs 1 AVG hat die Behörde von Amts wegen vorzugehen und unter Beobachtung der in diesem Teil enthaltenen Vorschriften den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen. Der in diesem Absatz ausgesprochene Grundsatz der Amtswegigkeit (Offizialmaxime) ist der das Ermittlungsverfahren grundlegend beherrschende Grundsatz (*Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 39, Rz 7). Nach § 39 Abs 2 iVm § 37 AVG hat die Behörde von sich aus den vollständigen und wahren entscheidungsrelevanten Sachverhalt (Prozessstoff) durch Aufnahme aller nötigen Beweise festzustellen, ohne in

tatsächlicher Hinsicht an das Parteivorbringen gebunden zu sein (Untersuchungsgrundsatz). Sie hat daher von Amts wegen zu bestimmen, welche Tatsachen zu beweisen sind und, sofern die Beteiligten nicht entsprechende Beweisanträge stellen oder Beweise vorlegen, aus eigenem Antrieb die Erbringung der erforderlichen Beweise anzuordnen (*Hengstschläger/Leeb*, aaO). Es ist daher im Konkreten nicht relevant, dass die Berufungswerberin nur die Einvernahme der Zeugen Dr. R. [REDACTED] F. [REDACTED] und Dr. G. [REDACTED] K. [REDACTED] beantragte, nicht jedoch die Parteieneinvernahme des bestellten Geschäftsführers. Seine Einvernahme ist zur Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts unumgänglich und im Sinne des Untersuchungsgrundsatzes daher auch von Amts wegen vorzunehmen. Kein entscheidendes Kriterium ist nach Ansicht des Urheberrechtssenates, ob der Geschäftsführer ein Einkommen lukriert, das nicht aus einer derzeit ausgeübten Berufstätigkeit herrührt. Ohne Bedeutung ist auch, ob und in welcher Höhe er eine Pension bezieht. Das Kriterium der Hauptberuflichkeit im Sinne der genannten Gesetzesstelle bezieht sich unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des VerwGesG 2006 auf das zeitliche Ausmaß, das der Geschäftsführer für die Geschäftsführungsaufgaben zu verwenden hat im Verhältnis zu den in der konkreten Verwertungsgesellschaft insgesamt anfallenden Geschäftsführungsaufgaben.

5. Gemäß § 66 Abs 2 AVG kann die Berufungsbehörde den angefochtenen Bescheid beheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die Erstbehörde zurückverweisen, wenn der vorliegende Sachverhalt so mangelhaft ist, dass die

Durchführung oder die Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint. Nach einer Judikaturlinie des VwGH ist unter dem Begriff „mündliche Verhandlung“ im Sinne des § 66 Abs 2 AVG nicht nur eine Verhandlung im kontradiktorischen Sinne, sondern auch eine Vernehmung zu verstehen (*Hengstschläger/Leeb*, aaO, § 66, Rz 14). Dem Leiterkenntnis dieser Judikaturlinie, VwGH 23.5.1985, 84/08/0085, lag ein Fall zugrunde, in dem der Behörde erster Instanz nur eine Partei gegenüber stand, weshalb die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Form von Rede und Gegenrede, bei der alle an der Sache beteiligten Personen gleichzeitig am gleichen Ort versammelt sind, von vornherein nicht in Betracht kam. Offenkundig ging es dem VwGH im Judikat darum, der Berufungsbehörde die Möglichkeit zu eröffnen, § 66 Abs 2 AVG auch im Einparteienverfahren zur Anwendung zu bringen (*Hengstschläger/Leeb*, aaO, Rz 15). Der Urheberrechtssenat schließt sich dieser Judikaturlinie an und versteht ebenfalls die „mündliche Verhandlung“ im Sinn des § 66 Abs 2 AVG dahingehend, dass diese auch eine Vernehmung beinhaltet, insbesondere, wie im Anlassfall, vorliegend bei einem Einparteienverfahren.

6) Die Behörde erster Instanz wird daher die ausständigen Beweise aufzunehmen und den maßgeblichen Sachverhalt zur Geschäftsführung der Berufungswerberin festzustellen haben. Eine endgültige Beurteilung iSv § 3 Abs 1 VerwGesG kann erst aufgrund dieser ergänzenden Feststellungen vorgenommen werden.

7) Die Kostenentscheidung beruht auf § 32 Abs 3
VerwGesG 2006 iVm § 4 UrhRSGV.

Urheberrechtssenat
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
am 16. Februar 2010

Dr. Schenk

Vorsitzende

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:
die Leiterin der Geschäftsabteilung

Schmalbauer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches
Rechtsmittel zulässig. Er unterliegt nicht der Aufhebung
oder Änderung im Verwaltungsweg.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab
Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof
erhoben werden. Die Beschwerde muss im Sinn des § 17 Abs
2 iVm § 14 Abs 1 VfGG von einem Rechtsanwalt
unterschrieben sein. Spätestens im Zeitpunkt der
Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von EUR 220
zu entrichten.