

## **Aufstellung einer Satzung**

Mit Beschluß vom 3. November 1998 stellt die aus den Mitgliedern

*o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci als Vorsitzendem,  
Univ.-Prof. Dr. Walter Dillenz,  
Hon.-Prof. DDr. Robert Dittrich,  
Dr. Ernst Strebinger und  
Rechtsanwalt Dr. Michel Walter*

bestehende Schiedskommission

aufgrund des Antrages der

Wirtschaftskammer Österreich, Allgemeiner Fachverband des  
Verkehrs, Berufsgruppe „Kabel-TV“, A-1045 Wien, Wiedner  
Hauptstraße 63, (im folgenden: Antragstellerin)

vertreten durch Schönherr, Barfuß, Torggler & Partner  
(Rechtsanwalt Dr. Guido Kucsko)  
A-1014 Wien, Tuchlauben 13 (Kleeblattgasse 4)

und des Gegenantrages der

VDFS Verwertungsgesellschaft Dachverband Filmschaffender  
reg.Gen.m.b.H., A-1010 Wien, Bösendorferstraße 4, (im fol-  
genden: Antragsgegnerin)

vertreten durch Höhne & In der Maur Rechtsanwälte OEG  
(Rechtsanwalt Dr. Thomas Höhne),  
A-1070 Wien, Mariahilfer Straße 20,

nach Durchführung von Beratungen und Verhandlungen am

8. Juli 1998,  
19. September 1998,  
24. September 1998,  
12. Oktober 1998,  
28. Oktober 1998 und  
3. November 1998,

gemäß den einschlägigen Vorschriften des VerwGesG und der SKV  
die folgende

## **Satzung**

auf:

**1. Gegenstand dieser Satzung ist das von den Mitgliedern der Berufsgruppe „Kabel-TV“ des Fachverbands des Verkehrs (im folgenden kurz „Kabelnetzbetreiber“ genannt) an die VDFS Verwertungsgesellschaft Dachverband Filmschaffender reg.Gen.m.b.H. (im folgenden kurz „VDFS“ genannt) zu zahlende Entgelt für das Wahrnehmbarmachen von Werken und Gegenständen der verwandten Schutzrechte mit Hilfe von Leitungen im Inland, die durch Rundfunk (Hörrundfunk und Fernsehen, einschließlich Rundfunksendungen über Satellit) gesendet worden sind (Weitersendung im Sinne der §§ 17 Abs 2, 59a Abs 1 UrhG), soweit diese zum Repertoire der VDFS gehören. Dies umfaßt auch einen allenfalls notwendigen Signaltransport, durch welches technische Mittel immer (also insbesondere auch durch eine Richtfunkstrecke).**

**2. Das an die VDFS zu leistende Entgelt beträgt österreichische Groschen 19 (neunzehn) pro Teilnehmer und Kalendermonat, zuzüglich Umsatzsteuer in ihrer jeweiligen gesetzlichen Höhe.**

3. Für die Höhe dieses Entgelts ist die Zahl der mit Hilfe von Leitungen weitergesendeten Fernseh- und/oder Hörfunkkanäle ohne Bedeutung.

4. Zur Leistung des festgesetzten Entgelts ist jeder einzelne Kabelbetreiber für sich allein verpflichtet.

5. Die Zahlungspflicht endet mit der Beendigung der Tätigkeit als Kabelnetzbetreiber, jedoch unter der Voraussetzung, daß diese Beendigung der VDFS innerhalb einer Frist von 14 Tagen nach Einstellung des Betriebs mitgeteilt wird.

6.1. Der Tarif gemäß Punkt 2. ist derartig wertgesichert, daß er sich entweder nach dem Index der Verbraucherpreise 1996 oder, sofern darüber hinausgehend, entsprechend der Erhöhung der von den Kabelteilnehmern an den Kabelnetzbetreiber zu entrichtenden Gebühren erhöht. Der in Punkt 2. genannte Betrag wird dementsprechend jährlich neu berechnet.

6.2. Für die Erhöhung nach dem Index der Verbraucherpreise 1996 ist jede Indexschwankung zu berücksichtigen. Maßgebend sind Indexschwankungen des Monats September des laufenden Jahres gegenüber dem Monat September des vorangegangenen Jahres (= Beobachtungszeitraum, 1. Vergleichszeitraum September 1997 VPI 1996). Der sich aus diesen Indexschwankungen ergebene Prozentsatz wird bei der Erhöhung des im Punkt 2. genannten Betrages zu 66,7 % berücksichtigt. Die Veränderung wird jeweils am 1. Jänner des folgenden Jahres wirksam (erstmalig 1. Jänner 1999).

Sollte die Veröffentlichung des Index der Verbraucherpreise 1996 eingestellt werden, gilt ein vom Österreichischen Statistischen Zentralamt herausgegebener Nachfolgeindex, sonst ein vergleichbarer Index als vereinbart.

**6.3. Ungeachtet der als Minimum zu berücksichtigenden jährlichen Valorisierung nach dem Verbraucherpreisindex 1996 (gemäß 6.2.) erhöht sich an dessen Stelle der Betrag gemäß Pkt 2 entsprechend der von den im Anhang genannten Kabelnetzbetreibern vorgenommenen durchschnittlichen Erhöhung der ihren Teilnehmern in Rechnung gestellten Monatsgebühren (exklusive Steuern und öffentliche Abgaben) innerhalb eines Kalenderjahres (= Beobachtungszeitraum vom 1. Jänner des laufenden Jahres bis 1. Jänner des Folgejahres).**

Die durchschnittliche prozentuelle Erhöhung der Monatsgebühren wird derart berechnet, daß die Summe der von den bestimmten Kabelnetzbetreibern lukrierten Monatsgebühren (die jeweilige Teilnehmerzahl multipliziert mit der innerhalb des Beobachtungszeitraums [erstmalig 1. Jänner 1998 bis 1. Jänner 1999] erhöhten Monatsgebühr) durch die gesamte Teilnehmerzahl sämtlicher ausgewählter Kabelnetze dividiert wird.

**7.1. Stichtag für die Berechnung der Teilnehmerzahl ist der dem jeweiligen Kalenderquartal unmittelbar vorangegangene 1. März bzw 1. September. Die Kabelnetzbetreiber haben der VDFS die Anzahl ihrer an diesen Stichtagen angeschlossenen Teilnehmer sowie die von ihnen weitergeleiteten Programme spätestens mit der auf den Stichtag nächstfolgenden Abrechnung mitzuteilen. Veränderungen der Teilnehmerzahlen zwischen den Stichtagen bleiben unberücksichtigt.**

**7.2. Der Fachverband wird der VDFS spätestens zwei Wochen nach Inkrafttreten der Satzung ein Verzeichnis mit den Anschriften, Telefon- und Faxnummern seiner jeweiligen vom Geltungsbereich dieser Satzung betroffenen Mitglieder aushändigen und jede spätere Veränderung einmal jährlich, jeweils mit Stand 1. Jänner, bis zum 1. März eines jeden Jahres übermitteln.**

8. Der sich aus der Teilnehmerzahl an den in Punkt 7.1. bezeichneten Stichtagen ergebene Betrag ist pro Kalenderquartal bis zum 10. Tag des Kalenderquartals abzurechnen und an die VDFS abzuführen. Beginnt oder endet die Zahlungspflicht innerhalb eines Quartals, so ist die Vergütung aliquot, spätestens binnen 30 Tagen zu bezahlen.

9. Können Programme nicht vollständig übertragen werden, so entfällt die Zahlungspflicht für die Zeit der Nichtübertragung, wenn ein Kabelbetreiber selbst für diese Zeit nicht das entsprechende Entgelt vom Teilnehmer erhält.

10. Im Falle des Zahlungsverzuges ist die VDFS berechtigt, Verzugszinsen in der Höhe von 5 % p.a. kontokorrentmäßig über die jeweilige Bankrate der Österreichischen Nationalbank zu verlangen.

11. Der Kabelnetzbetreiber hat die Aufnahme seiner Tätigkeit der VDFS binnen einer Frist von 3 Monaten ab Aufnahme seiner Tätigkeit mitzuteilen. Wird die Tätigkeit eines Kabelnetzbetreibers im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Satzung bereits ausgeübt, so genügt hierfür eine Mitteilung innerhalb eines Zeitraums von 3 Monaten ab Zustellung der Entscheidung, mit der diese Satzung erlassen worden ist.

12. Die VDFS ist berechtigt, selbst oder durch ihre Beauftragten die Richtigkeit und Vollständigkeit der von den einzelnen Kabelbetreibern erstatteten Meldungen zu überprüfen.

Dieses Kontrollrecht erstreckt sich insbesondere auf freien Zutritt sowie die Einsichtnahme in alle Buchhaltungsunterlagen und Geschäftsaufzeichnungen, soweit dies für eine Überprüfung der genannten Daten erforderlich ist. Der Kabelnetzbetreiber verpflichtet sich, auch

jene prüfungsrelevanten Unterlagen zugänglich zu machen, die sich allenfalls bei Dritten wie zB Steuerberater befinden. Die VDFS sowie die mit der Kontrolle beauftragten Personen haben das Daten-, Geschäfts- und Betriebsgeheimnis des Kabelnetzbetreibers zu wahren. Sie dürfen die zu ihrer Kenntnis gelangten Tatsachen weder für andere Zwecke als die gegenständlichen verwenden noch Dritten zugänglich machen.

Ergeben sich im Zuge der Überprüfung für ein überprüftes Kalenderjahr Nachforderungen von 5 % oder mehr zugunsten der VDFS, hat der Kabelnetzbetreiber die Kosten der Überprüfung in verkehrsüblichem Ausmaß der VDFS zur Gänze zu erstatten. Über Ersuchen des Prüfers sind von im einzelnen zu bezeichnenden Belegen Kopien in einem sachlich gerechtfertigten Umfang kostenlos auszufolgen. Die VDFS kann sich auch der von einer anderen österreichischen Verwertungsgesellschaft im Rahmen dieser Grundsätze in die Wege geleiteten Prüfung anschließen. Im übrigen wird § 87a UrhG für anwendbar erklärt.

13. Die Persönlichkeitsrechte (§§ 19-21 UrhG) werden durch diese Satzung nicht berührt.

14. Diese Satzung regelt das Entgelt ab 1. Jänner 1998.

15. Diese Satzung tritt gemäß § 23 Abs 2 SKV eine Woche nach ihrer Kundmachung in Kraft.

16. Diese Satzung gilt für unbestimmte Zeit.

#### **Anhang zur Wertsicherung:**

Gemäß Pkt 6.3. der Satzung werden folgende Kabelnetzbetreiber für die Errechnung der Valorisierung gemäß Pkt 6.3. bestimmt:

**TELEKABEL Wien Gesellschaft m.b.H.**  
1010 Wien, Erlachgasse 116

**TELKABEL-Fersehenetz Klagenfurt Betriebs-Ges.m.b.H.**  
9020 Klagenfurt, Villacherstraße 161

**TELEKABEL-Fersehenetz Graz**  
8020 Graz, Lazarettgürtel 81

**LIWEST Kabelfernsehen Errichtungs- und Betriebsges.m.b.H.**  
4021 Linz, Wolfgang-Pauli-Str. 2 Postfach 562

**TELESYSTEM Tirol Kabelfernsehen Ges.m.b.H.& Co.KG**  
6020 Innsbruck, Salurnerstr. 11

**Salzburger Aktiengesellschaft für Energiewirtschaft (SAFE)**  
5020 Salzburg, Bayerhamerstraße 16

**KABELSIGNAL Rundfunk-Vermittlungsanlagen Ges.m.b.H.**  
2344 Maria Enzersdorf, Südstadtzentrum 1/30

**BKF Burgenländisches Kabelfernsehen Ges.m.b.H.**  
7000 Eisenstadt, Kasernenstraße 9

**Karl LAMPERT KG**  
6830 Rankweil, Lehenweg 2

## **Begründung:**

### **I. Feststellungen**

Vorerst hält die Schiedskommission aufgrund der eingangs genannten Beratungen und Verhandlungen und unter Beachtung der vorgelegten Dokumente und sonstigen Unterlagen sowie nach Anhörung der Parteienvertreter Frau *Dr. Bergmann-Fiala* und *Mag. Johann Schmid* sowie der Auskunftspersonen *Prof. Paul W. Fürst*

und *Dr. Rainer Fischer-See* die folgenden, für die Aufstellung der Satzung relevanten Vorbringen und Umstände fest:

### **1. Tarifverlautbarung der Antragsgegnerin**

Die Antragsgegnerin verlautbarte am 11. Dezember 1997 in der Wiener Zeitung gemäß § 25 VerwGesG einen die Übermittlung von Rundfunksendungen mit Hilfe von Leitungen (§ 17 Abs 2 UrhG iVm § 59a UrhG) betreffenden Tarif in Höhe von ATS 1,26 pro Teilnehmer und Monat.

Die Antragstellerin war nicht gewillt, diesen Tarif zu akzeptieren. Die Antragstellerin lud daher die Antragsgegnerin mit Brief vom 10. Feber 1998 zu Gesamtvertragsverhandlungen ein. Diese scheiterten.

Mit Brief vom 29. Mai 1998 teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin die Absicht mit, die Schiedskommission anzurufen.

### **2. Satzungsantrag der Antragstellerin**

Die Antragstellerin beantragte am 27. Juli 1998 gemäß § 12 Abs 1 SKV die Aufstellung einer Satzung über das für die Übermittlung von Rundfunksendungen mit Hilfe von Leitungen (§ 17 Abs 2 iVm § 59a UrhG) einschließlich über Satellit ausgestrahlter Programme, die ins Kabelnetz eingespeist werden, an die Antragsgegnerin zu zahlende Entgelt.

### **3. Ausführungen der Antragstellerin**

Im Antrag führte die Antragstellerin aus, daß der Tarif der Antragsgegnerin nicht begründet und, soweit es um die Höhe gehe, auch nicht begründbar sei. Der Tarif enthalte lediglich im vorletzten Satz den Hinweis, daß jene „Rechte und Ansprüche der VDFS“ erfaßt sein sollen, die „nicht dem Nutzer gegenüber“ von der VAM wahrgenommen werden und in diesen enthalten sind. Eine positive Umschreibung, welche Rechte und Ansprüche die Antragsgegnerin habe, würde ebenso fehlen wie eine Abgrenzung vom Rechtebe-

stand und Wahrnehmungsbereich anderer Verwertungsgesellschaften bzw von jenen Rechten, die bei Rundfunkanstalten liegen. Die Höhe des geforderten Entgelts hänge vom Umfang der Nutzung ab; dieser sei sehr gering.

#### **4. Gegenschrift der Antragsgegnerin**

##### **4.1. Originäre Ansprüche bei der Kabelweiterleitung von Fernsehprogrammen**

Die Antragsgegnerin wies in ihrer Gegenschrift darauf hin, daß ihr neben Beteiligungsrechten an Werknutzungsentgelten, welche die VAM bei der Kabelnutzung von gewerbsmäßig hergestellten Filmen, die in Fernsehprogrammen vorkommen, von Mitgliedern der Antragstellerin erhalte, und anderen Beteiligungsrechten gegenüber anderen Verwertungsgesellschaften auch originäre Ansprüche bei der Kabelweiterleitung von Fernsehprogrammen zustünden, in denen Werke oder Leistungen enthalten sind, die von der VDFS wahrzunehmen seien. Dabei handele es sich in erster Linie um nicht gewerbsmäßig hergestellte Filme („Autorenfilme“) und um Live-Darbietungen ausübender Künstler (Schauspieler), etwa in Talkshows. Was die „Autorenfilme“ betreffe, sei ein Urteil des OGH ergangen (OGH 9. 12. 1997 „Kunststücke“, MR 1998, 66 mit Anm Walter, 70; im Akt: Beilage 4), welches der Antragsgegnerin im Falle der öffentlichen Fernschwiedergabe den Unterlassungsanspruch zuerkenne; im Falle der Live-Darbietungen habe das Handelsgericht Wien im Provisorialverfahren gegen ein Mitglied der Antragstellerin den Unterlassungsanspruch bestätigt (HG Wien 21. 4. 1998, im Akt: Beilage 5), das Verfahren sei jedoch noch nicht abgeschlossen. Das vorliegende Verfahren betreffe ausschließlich die der VDFS originär zustehenden Ansprüche. Gäbe es solche nicht, dann hätte die Antragstellerin keine Satzung zu beantragen brauchen. Es könne also nicht um die Frage gehen, ob der VDFS derartige Ansprüche zustünden, sondern lediglich um deren Höhe. Der Antragstellerin kämen überdies Rechte aus Gegenseitigkeitsverträgen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften zu.

## **4.2. Zur Höhe der geltendgemachten Ansprüche**

**4.2.1. Bisheriges Gesamtentgelt.** Was die Höhe der Ansprüche der Antragsgegnerin betreffe, so zahle die Antragstellerin ab 1. 1. 1998 an alle Verwertungsgesellschaften, mit denen Gesamtverträge bestehen, insgesamt einen Betrag von ATS 14.- pro Teilnehmer und Monat zuzüglich Umsatzsteuer.

Davon erhalte AKM 30 %, VGR 37,7 %, LVG 2 %, Literar Mechana 11,9 %, VAM 11,8 %, VBK 1 %, LSG 4,3 % und OESTIG 1,3 %.

**4.2.2. Bisherige und neue Rechtslage.** Die Gesamtzahl und damit die an die einzelnen Verwertungsgesellschaften zu leistenden Einzelzahlungen beruhten auf der vor dem 1. Jänner 1998 bestehenden Rechtslage, also im wesentlichen auf der UrhGNov 1980, mit der eine gesetzliche Lizenz für die Kabelweiterleitung terrestrischer Sendungen eingeführt wurde, und auf der UrhGNov 1989, mit der die modifizierte Ausdehnung auf Satellitensendungen erfolgte.

Die UrhGNov 1996 habe die gesetzliche Lizenz für die Kabelweiterleitung von Sendungen beseitigt. Im Zuge dieser Änderungen sei auch die vormalige Bestimmung des § 59a Abs 2 UrhG entfallen.

Diese Vorschrift, derzufolge bei der Bestimmung des angemessenen Entgelts auf die wirtschaftliche Bedeutung, welche die Weiterleitung für den Urheber hat, auf den wirtschaftlichen Nutzen, den sie für den Weitersendenden erbringt, und auf den Betrag, den Urheber für eine vergleichbare Verwertung in dem Staat erhalten, in dem die ursprüngliche Rundfunksendung ausgestrahlt wird, Bedacht zu nehmen war, sollte nach Ansicht der Antragsgegnerin sicherstellen, daß die Kabelunternehmen keine zu hohen Entgelte zu zahlen haben (vgl die Erläuterungen, abgedruckt bei *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht 369). Diese Bemessungskriterien seien auf den Zeitraum nach seiner Geltung, also ab 1. Jänner 1998, nicht mehr anzuwenden. Der Wegfall des § 59a Abs 2 UrhG und damit der Wegfall der damit verbundenen „Preisbremse“ sowie die Umwandlung des vormaligen bloßen Vergütungsanspruches aufgrund gesetzlicher Lizenz in das Vollrecht des

Urhebers würden zwangsläufig dazu führen, daß der bisherige Betrag von ATS 14.- erheblich ansteigen müsse. Dies spiele auch für die nunmehrigen Ansprüche der VDFS eine Rolle, weil sich diese Ansprüche auch als Prozentsatz an der von den Kabelbetreibern zu zahlenden Gesamtvergütung zu verstehen seien.

Der seitens der VDFS geforderte Tarif von ATS 1,26 pro Teilnehmer und Monat bedeute zwar bei einem Gesamtentgelt von ATS 14 pro Teilnehmer und Monate 9 %, mache jedoch nur mehr 4,5 % aus, wenn man von einer künftigen Verdoppelung des Gesamtentgelts auf ATS 28 pro Teilnehmer und Monat ausgehe. Die Antragsgegnerin stellte dementsprechend den Gegenantrag, die Satzung möge ihr ATS 1,26 pro Teilnehmer und Monat zuerkennen.

**4.2.3. Bisherige interne Aufteilung unter den Verwertungsgesellschaften.** Im übrigen verwies die Antragsgegnerin darauf, daß die Festlegung der einzelnen Vergütungen für die jeweilige Verwertungsgesellschaft bisher durch diese selbst ohne Zutun der Kabelunternehmer erfolgte. Diese Aufteilung sei nicht das Ergebnis wissenschaftlicher Erhebungen gewesen, sondern beruhe auf qualifizierter Schätzung; auf andere Weise könne ein Ergebnis wohl auch kaum erzielt werden.

**4.2.4. „Rechtentiefe“.** Die Antragstellerin verwies ferner auf das Phänomen unterschiedlicher Rechtentiefe bei den einzelnen Fernsehsendungen, insbesondere auf die diesbezügliche Komplexität bei Filmen. Daher sei das bloße Zählen von Sendeminuten kein ausreichender Bewertungsmaßstab.

**4.2.5. „Außenseiterfrage“.** Die UrhGNov 1996 habe weiters die „Außenseiterfrage“ dahingehend gelöst, daß den Außenseitern, also jenen Personen, die keine Mitglieder der Verwertungsgesellschaft sind, gegenüber der Verwertungsgesellschaft die gleichen Rechte zustehen wie den der Verwertungsgesellschaft angehörenden Bezugsberechtigten. Daher spiele die Frage des „Organisationsgrads“ der Verwertungsgesellschaft, also die Frage, wieviele Rechteinhaber Mitglieder der Verwertungsgesellschaft sind oder von dieser durch Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Schwestergesellschaft-

ten vertreten werden, keine Rolle mehr. Es sei für die Antragsgegnerin daher nicht erforderlich, in jedem Einzelfall die Zugehörigkeit des Urhebers oder Interpreten zur Antragsgegnerin nachzuweisen.

**4.2.6. Neue deutsche Rechtslage.** Nach neuem deutschen Recht (Viertes Gesetz zur Änderung des dÜrhG, das am 1. Juni 1998 in Kraft getreten ist) habe der Urheber gegenüber dem Kabelunternehmer Anspruch auf angemessene Vergütung und könne diesen im voraus nur an Verwertungsgesellschaften abtreten, sodaß auch diesbezüglich Ansprüche der Antragsgegnerin in Frage kämen.

### **4.3. Anspruchsberechnung: qualifizierte Schätzung**

Basis der Anspruchsberechnung könne nur eine qualifizierte Schätzung sein. Es komme sohin auf die Häufigkeit von Sendungen eines bestimmten Typs an und nicht auf den konkreten Nachweis der Zugehörigkeit bestimmter Urheber und Interpreten zur Antragsgegnerin.

Solche Sendetypen seien zum einen „Autorenfilme“ einschließlich „Amateurfilme“, zum anderen „Live-Auftritte“ (Talkshows, Phone-in-Sendungen, Game Shows wie zB „Wetten daß“; ferner das „Frühstücksfernsehen“). Die Antragsgegnerin nennt in ihrer Gegenschrift eine Reihe von Beispielen (Seite 6 und 7). Eine Auswertung von Talkshows vom 29. Juli bis 9. August 1998 habe ergeben, daß in den 11 untersuchten Tagen 124 Talkshows angeführt sind. Dies bedeute, daß täglich im Schnitt 11 solcher Talkshows angesetzt seien, die durchschnittlich eine Stunde dauern. Daraus ergebe sich, daß im Durchschnitt täglich mindestens 11 Stunden Programmzeit mit solchen Shows gefüllt seien. Ihre Wichtigkeit und Häufigkeit ergebe sich aber auch aus den Programmstatistiken selbst. Den von der ARD herausgegebenen „Media Perspektiven Basisdaten“ sei zu entnehmen, daß Talkshows in den Programmen der ARD in den Jahren 1986 bis 1992 lediglich einen Programmanteil von durchschnittlich 0,7 % hatten; in den Jahren 1995 und 1996 hingegen habe der Programmanteil der Talkshows bei ARD bereits durchschnittlich 6,6 % betragen; Spitzenreiter in die-

sen beiden Jahren sei RTL mit einem durchschnittlichen Talkshow-Anteil von 12,4 %.

Doch seien auch kulturelle Informationssendungen nach dem Muster der ORF-Sendung „Achtung, Kultur“ zu berücksichtigen. Auch dort würden immer wieder Live-Auftritte von Künstlern erfolgen und seien auch „Amateurfilme“ zu sehen. Der Anteil dieser kulturellen Infosendungen habe 1996 bei ARD 1,7 %, bei ZDF 1,9 % und bei RTL 0,8 % betragen.

Zum Anteil von Live-Sendungen gebe es auch eine aktuelle österreichische Statistik. Das Sensor Institut habe im Auftrag der VAM im Juni 1998 eine Erhebung darüber durchgeführt, welche Sendungen die Fernsehteilnehmer, die einen Videorekorder besitzen, damit aufzeichnen. Daraus ergebe sich, daß Live-Sendungen im Bereich der Kultur 1%, der Unterhaltung 3% und der Talkshows 1 % ausmachen. Insgesamt könne somit auf einen Anteil an Live-Sendungen von 5 % gerechnet werden.

Aus der ARD Programmstatistik 1996 ergebe sich folgender Talkshow-Anteil: ARD 8,5 %; ZDF 2,6 %; RTL 12,3 %, SAT 1 12,7 %, Pro7 6 %. Der Anteil von Live-Sendungen laut Sensor-Erhebung Juli 1998 betrage 5 %. Daraus ergebe sich, daß sich allein aus Live-Sendungen ein Anteil zwischen 2,6 und 12,7 % errechnen lasse. Wenn die Antragsgegnerin vom Gesamtentgelt einen Anteil von 4,5 % (gerechnet von einem zu erwartenden Gesamtentgelt von ATS 20) für sich in Anspruch nehme, bewege sich dieser Anteil im unteren Bereich. Die Antragsgegnerin beantragte daher ein Entgelt von ATS 1,26 pro Teilnehmer und Monat, sohin den bereits von ihr verlautbarten Tarif.

## **5. Vorbereitender Schriftsatz der Antragstellerin**

Die Antragstellerin brachte daraufhin in ihrem vorbereitenden Schriftsatz nochmals vor, daß sich der von der Antragsgegnerin geforderte Tarif bzw das beantragte Satzungsentgelt nicht begründen lasse. Des weiteren führte die Antragstellerin aus:

### **5.1. Vorbringens- und Beweislast der Antragsgegnerin**

Die Antragsgegnerin trage die Vorbringens- und Beweislast für das Bestehen und die Höhe der behaupteten Zahlungsansprüche.

### **5.2. Daten zu den geltend gemachten Ansprüchen**

Um die geltend gemachten Zahlungsansprüche bewerten zu können, müßte die Antragsgegnerin zumindest für einen mehrmonatigen Zeitraum eine Reihe von Daten nachvollziehbar auflisten und belegen. Diese Daten müßten umfassen: Rundfunksender, Tag und Uhrzeit, Titel der Sendung und des Beitrages, Dauer des Beitrages, Benennung der Personen, für welche die Antragsgegnerin Rechte geltend mache, die Eigenschaft, in welcher die Personen in der betreffenden Sendung mitgewirkt habe (zB als ausübender Künstler, als Filmurheber), die Rechtsgrundlage der Wahrnehmung (Wahrnehmungsvertrag, Gegenseitigkeitsvereinbarung), etwaige Rechteeinräumung an die Sendeanstalt, etwaige Festlegung bei Live-Sendungen. Die Antragstellerin verwies dabei auf das Protokoll der Schiedsstelle vom 28. 7. 1998, Beilage ./B.

### **5.3. Angaben zu den Gegenseitigkeitsverträgen**

Die Antragsgegnerin berufe sich insbesondere auf Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Verwertungsgesellschaften, doch gebe die Antragstellerin keinen Aufschluß darüber, welches Werkrepertoire diese ausländischen Gesellschaften verwalten, welchen Wahrnehmungsbereich sie haben, in welchem Umfang sich dieser Wahrnehmungsbereich mit jenem der Antragsgegnerin decke und in welchem Umfang die Antragsgegnerin mit der Wahrnehmung für Österreich betraut wurde.

### **5.4. Verhältnis zu den Wahrnehmungsbereichen anderer Verwertungsgesellschaften**

Der Antragstellerin verwies weiters darauf, daß Verwertungsgesellschaften Monopolstellung zukäme; soweit sich die Wahrnehmungsbereiche der Antragsgegnerin und anderer Verwertungsge-

sellschaften überschneiden, möge die Antragsgegnerin an den Einnahmen anderer Verwertungsgesellschaften partizipieren, ihr kämen jedoch keine Ansprüche gegenüber den von der Antragstellerin vertretenen Kabelunternehmen zu. Der Bewilligungsbescheid der Antragsgegnerin gebe keine Auskunft darüber, ob und inwieweit er die Wahrnehmungsbereiche anderer Verwertungsgesellschaften einschränke; es sei daher, solange nichts Gegenteiliges nachgewiesen werde, davon auszugehen, daß der Bescheid Wahrnehmungsbereiche anderer Verwertungsgesellschaften nicht einschränke.

### **5.5. Ansprüche für „Autoren“- und „Amateurfilme“?**

Ferner führte die Antragstellerin aus, daß der Antragsgegnerin keine Rechte aus der Weiterleitung von „Autorenfilmen“ zustünden, weil der Antragsgegnerin die Betriebsgenehmigung nur hinsichtlich von Werken der Filmkunst und Laufbildern erteilt wurde, „soweit nicht ein Filmhersteller oder ein Rundfunkunternehmer Berechtigter ist.“ Dem Wortsinne nach habe aber jeder Film einen „Filmhersteller“; auch eine „Ein-Mann-Produktion“ falle daher nicht unter den Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin. Auch der Begriff des „Filmherstellers“ in § 38 Abs 1 UrhG nehme nur denjenigen Filmhersteller aus, der nicht gewerbsmäßig tätig ist, also zB nur zu privaten Zwecken einen Film herstelle. Da „Autorenfilme“ in der Regel durchaus zu gewerblichen Zwecken hergestellt würden, auch wenn vorerst mit ihnen nichts verdient werde, sie vielmehr auf einen mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil abzielen und fürs erste als Defizitgeschäft in Kauf genommen würden, seien diese Filme nicht von der Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin umfaßt. Die *cessio-legis*-Regel sei auf Autorenfilme analog anzuwenden. Auch sei davon auszugehen, daß die Filmurheber ihre Rechte an die Rundfunkanstalten übertragen. Das HG Wien habe Ansprüche der Antragsgegnerin aus dem Titel „Autorenfilm“ im konkreten Fall verneint (Beilage ./5). Sofern man hingegen in einem Autorenfilm ein „Werk der bildenden Kunst“ sehen wollte, falle er gemäß Pkt 14 der Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin nicht in ihren Wahrnehmungsbereich. Sollte ein Fall vorliegen, in welchem es keinen Filmhersteller, sondern tatsächlich lediglich Miturheber ge-

be, so müßten alle Miturheber Bezugsberechtigte geworden sein (§ 11 Abs 2 UrhG).

Wenn die Antragsgegnerin für „Amateurfilme“ Rechte behaupte, so beträfen diese lediglich einen umfangmäßig minimalen Programmanteil und seien keinem Spielfilm vergleichbar, weil niemand bereit sei, für die bloße Vorführung eines „Amateurfilmes“ ins Kino zu gehen und Eintritt zu bezahlen. Ferner ließen sich die Rundfunkanstalten, soweit sie „Amateurfilme“ überhaupt im Rahmen spezieller Sendungen ausschnittsweise bringen, die Rechte daran abtreten. Überdies dürften Amateurfilmer nicht Mitglied der Antragsgegnerin werden, weil Mitglied nur eine eigenberechtigte physische Person sein darf, der solche im Bescheid umschriebenen Urheberrechte und/oder Leistungsschutzrechte zustehen, „die aufgrund ihrer hauptberuflich erbrachten künstlerischen Leistungen für das Filmschaffen von Bedeutung sind.“ Amaterufilmer seien keine solchen Personen.

Von all dem abgesehen habe die Antragsgegnerin im Verfahren gegen ein Mitglied der Antragstellerin (HG Wien 39 Cg 15/98v, Beilagen ./C, D und ./5) lediglich zwei Beispiele für „Autorenfilme“ nennen können. Aus dem im Zusammenhang mit diesem Verfahren stehenden Schriftverkehr mit ausländischen Rundfunkanstalten ergebe sich, daß in absehbarer Zeit nicht mit der Sendung von „Autorenfilmen“ zu rechnen sei. „Autorenfilmen“ käme also keine nennenswerte Bedeutung zu.

### **5.6. Ansprüche für Live-Sendungen?**

Auch Live-Darbietungen würden nicht in den Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin fallen. Die Betriebsgenehmigung erfasse im gegebenen Zusammenhang „die Rechte der ausübenden Künstler, die in Werken der Filmkunst und/oder Laufbildern (kinematographische Erzeugnisse) mitwirken und Sprachwerke oder Werke der in § 2 Z 2 UrhG bezeichneten Art (choreographische und pantomimische Werke) in Verbindung mit Werken der Tonkunst oder ohne solche vortragen oder aufführen, und soweit es sich nicht um (festgehaltene und/oder übertragene) Theater- oder Kon-

zertaufführungen oder um ‚Musikvideos‘...handelt (Filmdarsteller).“ Live-Darbietungen seien jedoch keine Werke der Filmkunst und/oder Laufbilder (kinematographische Erzeugnisse), weil diese als wesentliches Merkmal die „materielle Festlegung“ (zur wiederholten Wiedergabe) aufzuweisen haben. Es müsse also neben dem Immaterialgut auch eine körperliche Sache hergestellt werden, die das Immaterialgut verkörpere. Die Mitwirkung an Live-Darbietungen entbehre also eines wesentlichen Merkmales eines Werkes der Filmkunst oder Laufbildes.

Wolle man diese Rechtsmeinung nicht teilen, sondern davon ausgehen, daß auch Live-Darbietungen zugleich festgelegt würden, so würden alle Rechte schon aufgrund der *cessio-legis*-Regel des § 38 Abs 1 UrhG beim betreffenden, die Live-Sendung produzierenden Rundfunkunternehmen liegen. Die Antragsgegnerin sei aber nicht befugt, Rechte wahrzunehmen, die beim Filmhersteller oder beim Rundfunkunternehmen liegen.

Überdies sei den Mitwirkenden an einer Live-Sendung bekannt, daß Live-Sendungen regelmäßig aufgezeichnet würden; die Einwilligung der Interpreten zur Sendung bzw Weiterleitung durch Kabel mit Hilfe von Bild- und Schallträgern sei nicht erforderlich (§ 70 Abs 2 UrhG). Es könne keinen Unterschied machen, ob die Aufzeichnung zeitgleich geschehe oder ob sie sekundenverzögert nachgeschaltet würde. Die Weiterleitung von Live-Sendungen sei daher frei.

Was Beispiele für Live-Darbietungen betreffe, so merkte die Antragstellerin an, daß im Verfahren HG Wien 39 Cg 15/98v, Beilage ./C, D und ./5, im Falle Muliar der ORF und das ZDF sämtliche Rechte aus Talkshows abgetreten erhielt und Herr Muliar im gegenständlichen Fall als Mitglied des Unterstützungskomitees für Bundespräsidenten Klestil auftrat. Auch Frau Julia Stemberger habe ihre Rechte an die Sendeanstalt abgetreten; überdies sei im konkreten Fall keine Live-Darbietung vorgelegen. Herr Moik habe hingegen alle Rechte einschließlich der Kabelweitersendung dem ORF eingeräumt.

Der im gegebenen Zusammenhang relevante Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin erfasse nur Darbietungen von Sprachwerken oder choreographischen und pantomimischen Werken. Es komme also darauf an, daß die entgeltberechtigte Person bei der betreffenden Darbietung rechtlich als ausübender Künstler zu beurteilen sei. Bloße Meinungsäußerungen, die ein prominenter Künstler anlässlich eines Interviews abgibt, oder Mitteilungen aus seinem Leben udgl seien keine einschlägigen Darbietungen.

## **5.7. Zur Höhe der Ansprüche**

Was die Höhe der geltend gemachten Ansprüche der Antragsgegnerin betreffe, so sei darauf hinzuweisen, daß sich die Beurteilungskriterien nicht schon deshalb geändert hätten, weil der frei ausgehandelte Gesamtvertrag aus dem Jahre 1991 beendet worden sei.

**5.7.1. Angemessenheit des Entgelts.** Das Entgelt habe „angemessen“ zu sein (§ 3 Abs 2 VerwGesG; § 86 UrhG). Angemessen sei insbesondere, was üblicherweise bezahlt werde. Insofern spiele die Höhe des bisher Bezahlten eine maßgebliche Rolle.

**5.7.2. „Preisbremse.“** Daß § 59a UrhG aF als „Preisbremse“ gedacht gewesen wäre, sei unrichtig. Diese Vorstellung sei lediglich ein einziges Mal in der einschlägigen Debatte im Plenum des Nationalrates artikuliert worden und stelle kein Auslegungskriterium dar.

**5.7.3. Prozentmaßstab.** Wenn die Antragsgegnerin ihren Entgeltanteil an einem Prozentsatz der Einnahmen der übrigen Verwertungsgesellschaften messe, so fehle bislang die Offenlegung des hierfür herangezogenen Maßstabes.

**5.7.4. „Rechtetiefe“.** Der Hinweis der Antragsgegnerin auf die „Rechtetiefe“ gehe ins Leere, weil es nicht darauf ankomme, wieviele Berechtigte an der Schaffung eines Werkes beteiligt sind, sondern welcher Preis sich für das Werk auf dem Markt erzielen lasse. Auf die Attraktivität des Werkes, nicht auf seine „Rechtetiefe“ oder „Rechteintensität“ komme es an.

**5.7.5. „Außenseiterproblematik“ und Organisationsdichte.** Was die „Außenseiterproblematik“ betreffe, so sei trotz der Mitberücksichtigung der Außenseiter die Organisationsdichte der Antragsgegnerin zu beachten. § 9 Abs 2 Satelliten-RL verpflichte die Verwertungsgesellschaften nicht, Außenseitern, die sich nicht melden, auszuforschen und ihnen von sich aus Entgelt zu überweisen. Die Verwertungsgesellschaften hätten lediglich das den Außenseitern zugedachte Entgelt bis zur Verjährung ihrer Ansprüche bereitzuhalten. Es gehe nicht an, daß Verwertungsgesellschaften für Außenseiter gedachte Gelder kassieren und – statt diesen – letztlich den eigenen Bezugsberechtigten zukommen zu lassen. Die Entgelte für Außenseiter seien daher nur in jenem geschätzten Maße auszahlbar, als eine Geltendmachung der entsprechenden Ansprüche durch Außenseiter zu erwarten ist. Insofern sei die Organisationsdichte der Antragsgegnerin von Interesse.

**5.7.6. Neue deutsche Rechtslage.** Zur neuen deutschen Rechtslage führt die Antragstellerin aus, daß der Anspruch des Urhebers bzw ausübenden Künstlers auf angemessene Vergütung gegenüber dem Kabelunternehmer im Falle einer Kabelweitersendung zwar unverzichtbar und im voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden könne, dies aber nicht ausschließe, daß der Anspruch im jeweils aktuellen Fall, sofern keine Vorausabtretung an eine Verwertungsgesellschaft stattgefunden haben sollte, zu einer Rechteeinräumung an Sendeunternehmen, zumindest, was die Programme deutscher Sendeanstalten oder Programmteile betreffe, führen könne. In einem solchen Falle stünden aber der Antragsgegnerin keine Ansprüche zu. Die deutsche Regelung betreffe überdies nicht die Wahrnehmung von Ausschließungsrechten.

Überdies übersehe die Antragsgegnerin, daß ausübende Künstler bzw Filmurheber auch dann, wenn sie ihre Rechte abgetreten haben, die Zustimmung zur Nutzung ihrer Darbietung nach deutschem Recht selbst erteilen können. Diese Regelung wirke auch für Verwertungsgesellschaften in Österreich. Nach § 1 Abs 1 IPR-G sei an die deutsche Rechtsordnung anzuknüpfen, weil dort die Hauptverwertung geschehe. Wäre man anderer Ansicht, würde der aus-

übende Künstler, für den die Antragsgegnerin Ansprüche geltend machen wollte, gerade wegen dieser Geltendmachung gegenüber der von ihm berechtigten Sendeanstalt ersatzpflichtig, was wohl nicht der Sinn der Wahrnehmungstätigkeit sein könne.

### **5.8. Unwirksamkeit der Betriebsgenehmigung**

Schließlich wandte die Antragstellerin ein, daß die Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin unwirksam sei, weil sie im BGBI nicht kundgemacht wurde. Diese Kundmachung sei im Hinblick auf die Außenwirkung Voraussetzung des Inkrafttretens des Bescheides.

## **6. Vorbereitender Schriftsatz der Antragsgegnerin**

Die Antragsgegnerin replizierte in ihrem vorbereitenden Schriftsatz auf die Darlegungen der Antragstellerin.

### **6.1. Mitteilungen diverser Rundfunkanstalten**

Sie wandte sich zum einen gegen die von einer Reihe von Sendeanstalten an den Antragstellerin gerichteten Schreiben, die sich gegen die von der Antragsgegnerin beantragte Einstweilige Verfügung aussprachen.

### **6.2. Zur Höhe der Ansprüche**

Zur Höhe des geltend gemachten Anspruches führte die Antragsgegnerin aus, daß eine Ablehnung jedweder rechtlichen Grundlage dieser Ansprüche den Satzungsantrag erübrigen würde.

### **6.3. Darlegungs- und Beweislast**

Was die Frage der Darlegungs- und Beweislast betreffe, so habe die Bekanntmachung des Tarifes den Beweis des ersten Anscheins für sich. Wer die Unangemessenheit des Tarifes behaupte, habe die entsprechenden Gegenargumente darzutun. Weshalb die Antragstellerin das Entgelt mit 0,22 Groschen für gerechtfertigt erachte, werde jedoch nicht begründet. Was hingegen den seitens der An-

tragsgegnerin geforderten Tarif betreffe, so habe die Antragsgegnerin in ihrer Gegenschrift die entsprechenden Begründungen vorgebracht.

Ergänzend werde dargetan, daß der Anteil der Talkshows an den einzelnen Programmen für das Jahr 1997 beim ARD 5,7 %, beim ZDF 3,6 %, bei RTL 15,3 %, bei SAT 1 13,2 % und bei PRO7 4,5 % betrage. Während sich für 1996 ein Durchschnittssatz von 8,42 % ergebe, so gelange man für 1997 auf einen Schnitt von 8,46 %.

Betrachte man ferner den Bestandteil „Kulturelle Info-Sendungen“, so betrage der durchschnittliche Anteil dieser Sendungen im Jahre 1996 bei ARD, ZDF und RTL 1,47 %. Ziehe man hingegen die neueste Statistik für das Jahr 1997 für diese drei Sender heran, so ergebe sich ein Anteil von 2,03 %. Daraus erhelle, daß die für die Antragsgegnerin maßgeblichen Sendeelemente in ihrem Anteil zur Gesamtsendezeit weiterhin im Wachsen begriffen sei.

#### **6.4. Amateurfilme**

Was die „Autorenfilme“ betreffe, so sei zusätzlich auf die Sendung solcher Filme unter dem Titel „Die lange Nacht der Kurzfilme“ am 13. August 1998 in ORF 1 zu verweisen. Von den darin genannten Filmemachern seien sieben Mitglieder verschiedener Verwertungsgesellschaften und hätten diesen ihre Rechte (unter anderem zur Kabelverbreitung) eingeräumt. Dies ergebe sich aus dem sogenannten CAE-Verzeichnis, einer Datenbank in CD-ROM-Form, die der gegenseitigen Abrechnung der Verwertungsgesellschaften diene.

#### **6.5. Geänderte Rechtslage**

Bezüglich des Hinweises, daß die künftigen Entgeltansprüche höher als die bisher ausbezahlten zu sein hätten, verweist die Antragsgegnerin erneut auf die geänderte Rechtslage. Die bisherigen gesamtvertraglichen Vergütungssätze würden daher eine „unterste Grenze“ darstellen. Dies habe die Antragstellerin de facto auch selbst anerkannt, wenn sie vor kurzer Zeit mit der AKM einen Ge-

samtvertrag geschlossen habe, der einen höheren als den bisherigen Entgeltsatz enthalte. Dabei sei gerade diese Erhöhung überraschend, weil die AKM einen Anteil von 30 % am Gesamtentgelt erhalte, während der europäische Durchschnitt vergleichbarer Verwertungsgesellschaften bei 13,28 % liege.

Im übrigen betonte die Antragsgegnerin nochmals, daß es im gegebenen Zusammenhang keine „empirisch-mathematische“ Antwort auf die Frage nach der Entgelthöhe geben könne, sondern nur eine solche, die auf „qualifizierter Schätzung“ beruhe.

#### **6.6. „Außenseiterproblem“**

Zu den rechtlichen Ausführungen der Antragstellerin führte die Antragsgegnerin bezüglich der Außenseiterfrage aus, daß der Gesetzgeber sehr wohl eine „gesetzliche Treuhand von Verwertungsgesellschaften“ normiert habe. Eingehobene Beträge, die den Außenseitern innerhalb der Verjährungsfrist nicht zugute kommen könnten, stünden den Verwertungsgesellschaften zu und seien sozialen und kulturellen Zwecken zuzuführen. Es sei keineswegs die Absicht des Gesetzgebers, solche Beträge den Nutzern zukommen zu lassen, welche sehr wohl auch die Rechte außenstehender Urheber und sonstiger Berechtigter tatsächlich genutzt und hierfür auch eine Nutzungsbewilligung erhalten hätten.

#### **6.7. Rechteerwerb durch Rundfunkanstalten**

Denkbar sei allerdings, daß in Einzelfällen Rundfunkunternehmer Rechte an „Autorenfilmen“ und „Live-Darbietungen“ ausübender Künstler erworben haben. Dies treffe aber auf „Autorenfilme“ so gut wie niemals zu. Auch für Live-Darbietungen gelte dies nur in Einzelfällen. Wirksam seien solche Rechtseinräumungen nur, wenn sie zeitlich vor der entsprechenden Rechtseinräumung an die Verwertungsgesellschaft erfolgen. Die diesbezügliche Behauptungs- und Beweislast treffe denjenigen, der sich hierauf berufe, im vorliegenden Fall also die Antragstellerin.

### **6.8. Gegenseitigkeitsverträge**

Was die von der Antragsgegnerin geschlossenen Gegenseitigkeitsverträge betreffe, so habe die Antragsgegnerin die Liste der von ihr abgeschlossenen Gegenseitigkeitsverträge vorgelegt. Die in der Liste angeführten ausländischen Schwestergesellschaften würden auch die Rechte der Kabelweiterleitung von Rundfunksendungen wahrnehmen. Soweit dies in Einzelfällen nicht zutreffen sollte, sei dies für die gegenständliche Auseinandersetzung irrelevant.

### **6.9. Abgrenzung der Wahrnehmungsbereiche**

Die Ausführungen der Antragstellerin zur Abgrenzung des Wahrnehmungsbereiches der Antragsgegnerin von den Wahrnehmungsbereichen anderer Verwertungsgesellschaften gehe schon deshalb ins Leere, weil es im gegenständlichen Verfahren nicht um gewerbsmäßig hergestellte Filmwerke gehe, an welchen die Verwertungsrechte kraft Gesetzes (§ 38 Abs 1 erster Satz UrhG) dem Filmhersteller zustehen. Diesbezüglich bestehe eine gültige Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der VAM und werde beim HG Wien ein Rechtsstreit mit der VGR über die entsprechenden Anteile geführt. Darum gehe es aber im gegenständlichen Schiedskommissionsverfahren nicht. Die der Antragsgegnerin erteilte Betriebsgenehmigung sei klar und bedürfe bezüglich ihrer Auslegung keiner Beweisaufnahme. Wer „Filmhersteller“ sei, ergebe sich im übrigen aus dem Gesetz.

### **6.10. „Autoren“- und „Amateurfilme“**

Die Ausführungen der Antragstellerin zum Begriff des „Autorenfilmes“ seien verfehlt. An gewerbsmäßig hergestellten Filmwerken mache die Antragsgegnerin keine Rechte geltend. „Autorenfilme“ seien schon deshalb keine „gewerbsmäßig hergestellten Filmwerke“, weil bei solchen Filmen das künstlerische Anliegen, nicht aber ein finanzieller Ertrag im Vordergrund steht. Bei richtiger Rechtsansicht komme es darauf auch gar nicht an, weil die *cessio legis* des § 38 Abs 1 erster Satz UrhG voraussetze, daß ein dritter – vom Urheber oder den Miturhebern verschiedener – gewerbsmäßiger

Filmhersteller vorhanden sei, was bei Autorenfilmen nicht zutrefte. Die *cessio legis* solle den Rechtsübergang auf Dritte sichern, nicht aber das im UrhG verankerte Schöpferprinzip in Bezug auf den Urheber oder mehrere Miturheber verändern. Die Rechte an „Autorenfilmen“ stehen deshalb auch nach österreichischem Recht ohne Zweifel dem (einzigen) Filmurheber oder den (mehreren) Miturhebern eines solchen Filmwerkes zu, an dem kein dritter gewerbsmäßiger Filmhersteller beteiligt sei.

Unrichtig sei ferner, daß „Amateurfilme“ nicht zum Repertoire der Antragsgegnerin gehören. Vielmehr ergebe sich diese Zugehörigkeit bereits aus der „gesetzlichen Legitimation“ der Antragsgegnerin nach § 59 Abs 2 UrhG 1996. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang meine, Sendeanstalten würden sich an solchen Filmen alle Rechte einräumen lassen, so sei dies nach Erfahrung der Antragsgegnerin unrichtig, weil es hier meist nicht um eine wiederholte Auswertung, sondern vielmehr um einmalige Ausstrahlungen gehe.

Der Anteil an reinen „Amateurfilmen“ am Gesamtprogramm der Sendeanstalten sei zwar gering, dürfe deshalb aber nicht vernachlässigt werden. Überdies sei dieser Anteil durchaus im Wachsen begriffen.

### **6.11. Live-Sendungen**

Auch die Ausführungen der Antragstellerin zu den Live-Darbietungen ausübender Künstler (Filmdarsteller) vermögen nicht zu überzeugen. Ob Live-Shows Filmwerke bzw kinematographische Erzeugnisse seien, sei umstritten. Ohne Zweifel liege aber bei Vorliegen der erforderlichen Gestaltung (Originalität) ein Filmwerk als geistiges (immaterielles) auch dann vor, wenn es nicht auf einem Träger festgehalten sei. Im Unterschied zum US-amerikanischen Urheberrecht sei eine Materialisierung von Werken nicht erforderlich; geschützt sei vielmehr das Werk als geistige Schöpfung.

Die Auffassung, daß eine Festlegung auch für den Licht- und Laufbildschutz nicht erforderlich sei, lasse sich insbesondere im

Hinblick auf Fernseh-Live-Reportagen mit guten Gründen vertreten. Diese Frage sei hier aber nicht relevant, weil sich der Tätigkeitsbereich der Antragsgegnerin bei vernünftiger Auslegung ohne jeden Zweifel auf jede Mitwirkung ausübender Künstler in Filmwerken oder – nicht originell gestalteten – kinematographischen Erzeugnissen erstrecke, gleichviel, ob diese auf einem Träger festgehalten werden und gleichviel auch, ob diese als Filmwerke oder Laufbilder urheber- oder leistungsschutzrechtlichen Schutz genießen.

Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang meine, daß die Rechte, soweit es sich um Filmwerke handle, nach § 38 Abs 1 UrhG den Rundfunkanstalten als Filmhersteller zustünden, so unterliege diese Vorstellung einem Irrtum. Es gehe hier um die Rechte ausübender Künstler, nicht aber um die Rechte von Filmurhebern, weshalb ausschließlich die Vorschrift des § 70 Abs 2 UrhG anwendbar ist. Danach komme es lediglich darauf an, ob die Sendung (oder Weitersendung) mit Hilfe eines (rechtmäßig hergestellten) Bild- oder Schallträgers bewirkt werde.

Gleichfalls irrig sei die Ansicht, daß die Mitglieder der Antragsgegnerin den (ausländischen) Rundfunkanstalten diesen auch die Rechte an ihren Live-Auftritten zur Kabelweiterverbreitung im Ausland einräumen würden. Dieser Annahme stehe insbesondere die Vorabtretung der Rechte an die Antragsgegnerin entgegen.

Verfehlt sei auch die Ansicht, ausübende Künstler würden bei Talkshows und ähnlichen Veranstaltungen keine Sprachwerke vortragen oder aufführen. An die hierfür erforderliche Originalität dürfe kein strenger Maßstab angelegt werden, zumal die jüngere Rechtsprechung das Erfordernis der Werkhöhe längst aufgegeben habe. Sowohl dem Interviewer als auch dem Interviewten stünden bei allen – bloß nicht völlig banalen – Gesprächen und Interviews Rechte an den von ihnen geschaffenen Sprachwerken zu. Dementsprechend stünden auch Leistungsschutzrechte zu.

Daß Live-Sendungen regelmäßig zu Dokumentationszwecken parallel aufgezeichnet werden, sei im gegebenen Zusammenhang

rechtlich irrelevant. Nicht auf irgendeine Aufzeichnung komme es an, sondern allein darauf, ob die Sendung „mit Hilfe von Bild- oder Schallträgern“ bewirkt werde. Für eine analoge Anwendung des § 70 Abs 2 UrhG auch auf Fälle, in welchen solche parallele Aufzeichnungen (aufgrund rundfunkrechtlicher Vorschriften) hergestellt würden, bestehe kein Raum. § 70 Abs 2 UrhG finde im übrigen gegenüber Kabelbetreibern keine Anwendung, weil diese die Weiterleitung mit Hilfe von Rundfunksendungen und nicht mit Hilfe von Bild- und Schallträgern bewerkstelligen.

### **6.12. Zur deutschen Rechtslage**

Die Antragsgegnerin wendet sich ferner gegen die Ansicht der Antragstellerin zur deutschen Rechtslage. § 78 dUrhG beziehe sich heute nur mehr auf den Bereich der Erstsending nach § 76 Abs 1 dUrhG. Im übrigen entscheide die Priorität darüber, ob ein Sendeunternehmen Rechte überhaupt erworben hat.

### **6.13. Anhängige Fälle**

Was die Bezugnahme der Antragstellerin auf einige streitanhängige Fälle betrifft, so sei darauf hingewiesen, daß der Vertrag des Herrn Mular mit dem ZDF zeitlich nach der Rechtseinräumung an die Antragsgegnerin liege; Entsprechendes gelte für den vorgelegten Vertrag der J.B.K. TV-Production GmbH & Co KG mit Frau Julia Stemberger. Der Vertrag mit Herrn Moik liege nicht vor; aus der Bestätigung des ORF ergebe sich lediglich die subjektive Ansicht des ORF.

### **6.14. Rechtswirksamkeit der Betriebsgenehmigung**

Der Genehmigungsbescheid sei zwar nicht im BGBl veröffentlicht worden, daraus folge aber nicht seine Unwirksamkeit. § 4 Abs 3 VerwGesG sei eine reine Formalvorschrift, die an der Rechtskraft des Bescheides nichts ändere. Auf die Kundmachung im BGBl werde vom zuständigen Bundesministerium seit Jahren verzichtet; diese jahrzehntelange Praxis sei von allen Beteiligten einschließlich der Antragstellerin akzeptiert. Auch in den zahlreichen, über Kla-

gen von Verwertungsgesellschaften ergangenen Gerichtsentscheidungen sei daran kein Anstoß genommen worden. Dies gelte im übrigen auch für die Genehmigung der Antragsgegnerin.

### **6.15. Änderungen des Satzungstextes**

Schließlich beantragte die Antragsgegnerin einige Änderungen im Text des Satzungsantrages betreffend die Wertsicherung, Mitteilungs- und Kontrollpflichten der Antragstellerin sowie Persönlichkeitsrechte (§§ 19-21 UrhG).

## **7. Verhandlung vom 24. 9. 1998**

In der Verhandlung vom 24. September 1998 berief sich die Antragstellerin auf das in ihren bisherigen Schriftsätzen Vorgebrachte und ging insbesondere auf den vorbereitenden Schriftsatz der Antragsgegnerin ein.

### **7.1. Mitteilungen diverser Rundfunkanstalten**

Die Antragstellerin wies die kritischen Hinweise der Antragsgegnerin zu den von der Antragstellerin vorgelegten Briefen ausländischer Rundfunkanstalten, eine von der Antragsgegnerin beantragten einstweiligen Verfügung betreffend, zurück und legte ein weiteres Schreiben (RAI, Beilage ./F) vor.

### **7.2. „Autorenfilme“**

Das von der Antragsgegnerin genannte weitere Beispiel für „Autorenfilme“ entstamme dem ORF-Programm und unterliege gemäß § 17 Abs 2 UrhG nicht dem Senderecht, dies sei somit nicht abzugelten. Ferner wies die Antragstellerin darauf hin, daß einige von der Antragsgegnerin genannte Beispiele für Live-Sendungen Aufzeichnungen gewesen seien.

Ferner wurde darauf hingewiesen, daß in anderen europäischen Ländern die Kategorie des „Autorenfilmes“ unbekannt sei.

Dem hielt die Antragsgegnerin entgegen, daß das Phänomen der „Autorenfilme“ als solches unabhängig davon sei, ob und inwieweit sie gesendet würden; dies sei nicht zu bestreiten.

### **7.3. Höhe der Ansprüche**

Was die Höhe der seitens der Antragsgegnerin geforderten Entgelte betreffe, so könne nach Ansicht der Antragstellerin das Bewertungssystem nicht „nach oben hin offen“ sein, sondern bedürfe der „Deckelung“ durch einen Gesamtbetrag. Dieser sei bisher ATS 14.- pro Teilnehmer und Monat gewesen. Die Aufteilung dieses Betrages zwischen den Verwertungsgesellschaften sei durch diese vorgenommen worden. Der Gesamtbetrag sei auch nach Ende dieses internen Aufteilungsmodus zu beachten. Die Verwertungsgesellschaften dürften nicht allein an die Interessen der Urheber denken, sondern hätten auch die Aufgabe, das Gesamtinteresse zu wahren. Den Veranstaltern müsse die Erlangung der notwendigen Vortrags-, Aufführungs- oder Sendebewilligungen tunlichst erleichtert werden und die Tarife dürfen nicht überspannt werden, sondern seien in einer nach der gesamten Wirtschaftslage als angemessen zu bezeichnenden Höhe zu halten.

Die Annahme der Antragsgegnerin, in absehbarer Zukunft sei mit einer Verdoppelung des derzeitigen Gesamtbetrages auf ATS 28.- pro Teilnehmer und Monat zu rechnen, sei ökonomisch völlig unrealistisch. Die Kabelbetreiber könnten ihre Teilnehmergebühren nicht nach Belieben erhöhen. Sie unterlägen der strengen Preisaufsicht durch die Paritätische Kommission. Auch sei die massive Konkurrenz durch das Satellitenschüssel-System zu beachten. Die gebührenfrei arbeitenden Schüsselanbieter hätten die Kabelbetreiber bereits überholt (34,6 % Satellitenempfang; 32,8 % Kabelanschluß).

Dem hielt die Antragsgegnerin entgegen, daß der Umstand, daß die Kabelbetreiber im Satellitenschüssel-System einen beachtlichen Konkurrenten hätten, die Rechte jener, welche die Antragsgegnerin vertrete, nicht schmälern dürfe. Vielmehr stehe lediglich eine faire Tarifgestaltung zur Diskussion.

Ferner verwies die Antragsgegnerin darauf, daß sie nicht dafür verantwortlich sei, daß derzeit nicht von einem Gesamtbetrag ausgegangen werden könne, den die Kabelbetreiber insgesamt allen Verwertungsgesellschaften zwecks interner Verteilung zur Verfügung stellen. Diese interne Verteilung sei mangels eines umfassenden Gesamtvertrages zumindest derzeit nicht möglich. Dies aber könne der Antragsgegnerin seitens der Antragstellerin nicht entgegengehalten werden.

Vor allem könne es der Antragsgegnerin nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Antragstellerin aus welchem Grunde immer anderen Verwertungsgesellschaften mehr zugesprochen hätte, als diesen Verwertungsgesellschaften bei ausgewogener Betrachtung gebühren würde. Daß die bisherige interne Aufteilung des Gesamtbetrages zu einer Bevorzugung dieser anderen Verwertungsgesellschaften geführt habe, dürfe die Antragstellerin nicht veranlassen, sich ohne eigene Reflexion an diesem bisherigen Verteilungsschlüssel zu orientieren.

#### **7.4. Begriff des „Filmwerkes“**

Die Antragsgegnerin nahm ferner erneut zur Frage des Begriffes „Filmwerk“ und die Festlegungsproblematik Stellung und wiederholte die Ansicht, daß es auf eine materielle Festlegung nicht ankomme.

#### **7.5. Verhältnis von Wahrnehmungsbereichen**

Erörtert wurde ferner die Frage, ob und inwieweit der Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin jenem der OESTIG entspreche. Die Antragstellerin führte aus, daß der Wahrnehmungsbereich der Antragstellerin zum größten Teil aus jenem der OESTIG stammen würde. Die OESTIG habe 1,3 %, also 18,2 Groschen pro Teilnehmer und Monat, erhalten. Die Antragsgegnerin mache nunmehr Rechte geltend, die aus dem Wahrnehmungsbereich der OESTIG stammen; sie könne daher bestenfalls einen Bruchteil des OESTIG-Anteils beanspruchen.

Dies wurde seitens der Antragsgegnerin bestritten. Soweit es Überschneidungen mit der OESTIG gebe, werde mit ihr das Einvernehmen hergestellt. Jedenfalls originär stünde der Antragsgegnerin jedoch der Bereich der „Autorenfilme“ und der Live-Darbietungen zu.

Diese Diskussion führte schließlich zum Beschluß, Auskunftspersonen zu befragen.

### **7.6. Feststellung der Höhe der Ansprüche**

Was die Bestimmung der Höhe etwaiger Ansprüche der Antragsgegnerin betreffe, so wurde Einvernehmen darüber erzielt, daß die Bestimmungselemente zweckmäßigerweise nur im Wege einer qualifizierten Schätzung erarbeitet werden könnten, weil ein anderes Verfahren zu langwierig und kostenintensiv sei. Es könne insoweit also nur ein „Annäherungsverfahren“ geben. Umstritten blieb dessen ungeachtet, wieweit welche Seite behauptungs- und beweispflichtig sei.

Die Antragstellerin erklärte, sie sehe in ihrem Vorschlag, 0,22 Groschen pro Teilnehmer und Monat zu bezahlen, eine Art Anerkennungsbetrag, stehe aber im übrigen auf dem Standpunkt, daß die Antragsgegnerin weder dem Grunde noch der Höhe nach überhaupt relevante Rechte habe. Eben deshalb tendiere der angebotene Anerkennungsbetrag in Richtung null. Die Gründe hierfür habe die Antragstellerin hinreichend dargetan. Wenn die Antragsgegnerin anderer Ansicht sei, obliege es ihr, dies darzutun.

Die Antragsgegnerin berief sich auf die von ihr bereits dargelegten Denkansätze. Die Parteien sind sich darüber einig, daß der Anteil der Autorenfilme am gesamten Sendeumfang sehr gering ist. Beweisführende Nachforschungen seien diesbezüglich nicht erforderlich. Von größerer Bedeutung sei daher die Bestimmung des Umfanges der Live-Darbietungen. Dabei dürfe an deren Werkhöhe keine überspannten Anforderungen gestellt werden.

Als Ansatzpunkt betonte die Antragsgegnerin erneut die Angaben deutscher Fernschender und verwies auf die in der Gegenschrift gemachten Angaben auf den Seiten 7 und 8. Insgesamt sei die Annahme, daß etwa 5 % der Sendungen einschlägige Live-Sendungen wären, eine realistische Annahme. Davon könne man jedenfalls ausgehen, auch wenn Abstriche zu machen seien, weil in diesen 5 % nicht nur von der Antragsgegnerin vertretene Rechte stecken.

Auch wenn es unterschiedliche Vorstellungen darüber gab, inwieweit der den Verwertungsgesellschaften von den Kabelbetreibern bezahlte Gesamtbetrag im gegebenen Zusammenhang eine Rolle spielt, so wurde doch darüber Einigkeit erzielt, daß dieser Gesamtbetrag als mittelbare Orientierungshilfe nicht unbedeutend ist.

Zwecks näherer Klärung der Frage, welche Rolle der OESTIG-Anteil für die Bestimmung des Anteils der Antragsgegnerin spiele und zwecks Verschaffung eines besseren Einblickes in das Verhältnis des Anteils der Live-Sendungen am Gesamtprogramm insbesondere des ORF wurde die Einvernahme von Herrn Prof. Paul W. Fürst als informierten Vertreter der OESTIG und von Herrn Dr. Rainer Fischer-See als informierten Vertreter der VGR beschlossen.

## **8. Verhandlung vom 12. 10. 1998**

### **8.1. Prof. Paul W. Fürst**

Die Einvernahme der Auskunftsperson Prof. Paul W. Fürst ergab, daß der OESTIG-Anteil am seitens der Kabelbetreiber an die Verwertungsgesellschaften ausgeschütteten Gesamtentgelt aufgrund der internen Aufteilung 1,3 % betrug, was von den Betroffenen als zu gering empfunden wurde; der dreifache Betrag wäre nach Ansicht von Prof. Fürst durchaus gerechtfertigt gewesen, sei jedoch angesichts der zwischen den Verwertungsgesellschaften herrschenden Kräfteverhältnisse nicht durchsetzbar gewesen.

Der OESTIG-Anteil sei nicht aufgrund einer Analyse des Rechtsbestandes ermittelt worden, sondern sei das Ergebnis von Verhandlungen gewesen, bei denen die Stellung der Industrietonträger, der

LSG und des ORF bestimmend war. In erster Linie hatte man die Musik im Auge und zwar nicht nur für den Bereich des Kabels.

Aus dem Aspekt der Schad- und Klagloshaltung (§§ 59a, 59b UrhG aF) sei die OESTIG nach Erinnerung der Auskunftsperson nie in Anspruch genommen worden.

Das Verhältnis OESTIG – Antragsgegnerin ergebe sich aus der Gegenüberstellung von Schauspielern und Filmdarstellern, doch sei das Verhältnis dieser beiden Gruppen im Rahmen der OESTIG nicht bestimmt worden, weil man davon ausgegangen sei, daß Filmdarsteller wegen der Cessio-legis-Regel nicht zu berücksichtigen seien. Daher sei an eine Mitvertretung von Filmschauspielern seitens der OESTIG nicht gedacht gewesen.

Auf die Rechteinhaber der OESTIG entfielen etwa 2/3 auf Musiker und Instrumentalisten, 16 % auf Sänger im Popbereich sowie insgesamt 18 % auf den Bereich sonstige Sänger, Chöre und Schauspieler. Auf Schauspieler würden bestenfalls 6 % entfallen.

Prof. Fürst vertrat die Auffassung, daß auch aufgezeichnete Konzerte, Opern, Gesangsdarbietungen udgl keine Filmwerke darstellen. Würden Lieder, sonstige Musikvorführungen udgl in Shows geboten, so unterfielen diese Werke dem Repertoire der OESTIG. Wer in Shows oder sonstigen Live-Sendungen aufträte, sei deshalb nach Ansicht von Prof. Fürst nicht schon Filmschauspieler. Showmaster wie Karl Moik seien es nicht, Herr Muliar und Frau Julia Stemberger wohl, bei Dagmar Koller sei er im Zweifel.

Eine individuelle Registrierung von Live-Auftritten finde im Bereich der OESTIG nicht statt.

Im Bereich des Leerkassettenbereiches habe die Antragsgegnerin Ansprüche in Höhe von ATS 1,2 Mio gestellt; die OESTIG habe eine Abschlagszahlung von ATS 400.000.- angeboten für den bis zur Erteilung der Betriebsgenehmigung an die Antragsgegnerin zurückgerechneten Zeitraum. Dies, obwohl die OESTIG für Film-

schauspieler nichts kassiert hatte. Die diesbezüglichen Verhandlungen seien zwischenzeitlich nicht fortgeführt worden.

## **8.2. Dr. Fischer-See**

Die Auskunftsperson Dr. Fischer-See führte aus, daß ORF 1 und ORF 2 einen Anteil an Live-Sendungen an der Gesamtsendezeit von 19,6 % habe. In diesem Prozentsatz seien tatsächliche, „echte“ Live-Sendungen erfaßt, weiters Live-Aufzeichnungen sowie gemischte Live-Sendungen, welche Zuspielungen bzw zugelieferte Filmbestandteile aufweisen. Von diesen 19,6 % seien das vollautomatische Wetterfernsehen abzuziehen, welches keine Moderation oder Live-Gäste kenne. Damit betrage der restliche Live-Anteil am Gesamtprogramm 15,8 %. Davon sei nach den Erfahrungen der Praxis etwa 1/3 als echte Live-Sendungen anzusehen, sodaß etwa 5 % der Gesamtsendezeit als echte Live-Sendungen übrigbleiben. Der Abzug von 2/3 stelle einen Durchschnittswert dar. Bei den verschiedenen Abteilungen seien unterschiedliche Abzüge angebracht.

Live-Sendungen finden sich vor allem im Bereich Sport (68 %), Aktueller Bereich (26,8 %), Religion (25 %), Show und Unterhaltung (15,2 %) und Theater und Musik (8,8 %).

Die Gesamtsendezeit der ORF-Programme belaufe sich pro Jahr auf 1.227.390 Minuten. Auf den Sport entfielen dabei 68.271 Minuten, auf Show und Unterhaltung 49.818 Minuten, auf Theater und Musik 37.476 Minuten, auf Religion 8.162 Minuten.

## **9. Verhandlung vom 3. 11. 1998**

In der Verhandlung vom 3. November 1998 wurde seitens der Antragstellerin nochmals das Problem der „Deckelung“ und der Angemessenheit des von der Antragsgegnerin geforderten Entgelts erörtert. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, daß die Urheberrechtsvergütungen seit 1991 um 24,3 % gestiegen seien, die Teilnehmergebühren hingegen nur um 14,6 %, im ländlichen Bereich

nur um 10 %. Die Antragstellerin unterliege überdies der strengen Preiskontrolle durch die Paritätische Kommission.

ARD, ZDF und die dritten Programme seien mit dem ORF in ihrer Struktur und in ihrem Live-Anteil im wesentlichen vergleichbar. Auch SAT 1 nähere sich bezüglich seines Live-Anteils den öffentlich-rechtlichen Programmen an. Bei den privaten Vollprogrammen, also insbesondere bei der RTL-Gruppe und bei PRO7 zeige sich sonst, daß der Live-Anteil geringer als beim ORF sei, weil die privaten Programme einen erhöhten Filmanteil aufweisen, insbesondere wegen diverser Fernsehserien. Auch RAI weise einen höheren Live-Anteil auf. CNN habe zum einen einen hohen Anteil an Live-Moderationen, zum anderen einen großen Anteil an Wiederholungen und Zuspieldungen. TV 5 und RAI seien öffentlich-rechtlich und hätten daher eine ähnliche Struktur wie der ORF.

Bezüglich des Prozentsatzes der in echten Live-Sendungen auftretenden Personen, die den Filmschaffenden zuzuordnen seien, könnten keine Angaben gemacht werden, weil kein Datenmaterial vorhanden sei. Der Anteil sei jedoch sehr gering. Auch könne man darüber streiten, wer nun als Filmschaffender anzusehen sei. Fernsehmoderatoren wie zB *Karl Moik* zählen nach Ansicht von *Dr. Fischer-See* nicht zu den Filmdarstellern, wohl aber Personen wie *Dagmar Koller*, *Julia Stemberger*, *Maximilian Schell* oder *Fritz Muliar*. Eventuell könne man aufgrund des Karriereverlaufes eine Einordnung treffen. Zu beachten sei ferner, daß zahlreiche Auftritte Prominenter „for charity“ oder für Anliegen von genereller Bedeutung, zB Wahlwerbung oder zwecks Werbung im eigenen Interesse, erfolgen. In der Regel erwerbe der ORF die zustehenden Rechte von den betreffenden Personen direkt. Inwieweit diese Personen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits über ihre Rechte verfügt hätten, könne der ORF nicht wissen.

Amateurfilme seien äußerst selten, bei Privatsendern fast null.

In der Verhandlung vom 3. November 1998 wurde erneut die Problematik der „Deckelung“ und der Angemessenheit des Entgelts erörtert, insbesondere auf die Unausgewogenheit der Aufteilung

des Gesamtentgelts auf die einzelnen Verwertungsgesellschaften hingewiesen sowie ergänzend auf den Umstand, daß die Urheberrechtsvergütungen von 1991 bis zum 31. Dezember 1997 um 24,3 % gestiegen seien, während sich die monatlichen Teilnehmergebühren nur um 14,6 %, im ländlichen Bereich nur um 10 % erhöht hätten. Die Antragstellerin unterliege ferner der strengen Preiskontrolle der Paritätischen Kommission, daher sei jeder 10-Groschen-Sprung erheblich. Dazu komme, daß sich die Zuwachsraten verflachen. Seit 1991 habe sich trotz Erschließung neuer Gebiete die Zuwachsraten halbiert, auch wenn die absoluten Abschlußzahlen weiterhin gestiegen seien. Nochmals wurde auf die Konkurrenz durch die Satellitenschüsseln hingewiesen und daß beim Satellitenempfang keine Urheberrechtsabgaben zu zahlen seien. Bei der Festsetzung des Entgelts seien nicht nur rechtliche, sondern auch ökonomische Erwägungen zu berücksichtigen.

Die Verhandlungen mit den einzelnen Verwertungsgesellschaften über neue Gesamtverträge seien hinsichtlich etwa 70 % des Rechtebestandes abgeschlossen; offen seien vor allem Verträge mit solchen Verwertungsgesellschaften, die ihre Ansprüche gegenüber früher vervielfacht haben. Bisher wurde eine Entgelterhöhung von 5 % gegenüber früher und eine Wertsicherung vorgesehen.

*Mag. Schmid* brachte vor, daß die Antragsgegnerin lediglich als „Anhängsel“ der OESTIG zu sehen sei, ein etwaiger Entgeltanspruch daher nur einen Bruchteil des der OESTIG zukommenden Entgelts ausmachen könne. Sehe man dies anders, bestünde die Gefahr, daß auch andere Verwertungsgesellschaften unter Berufung auf die Entscheidung des anhängigen Falles weitere Ansprüche anmelden könnten.

## **II. Erwägungen**

Aufgrund der Vorbringen und festgestellten Umstände ließ sich die Schiedskommission bei Aufstellung der Satzung von folgenden Erwägungen leiten:

## 1. Wirksamkeit der Betriebsgenehmigung

Die Ansicht der Antragstellerin, der Bescheid über die Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin sei Dritten gegenüber unwirksam, weil er nicht im BGBl kundgemacht worden ist, wird von der Schiedskommission nicht geteilt.

Die Schiedskommission geht vielmehr davon aus, daß die Nichtveröffentlichung dieses Bescheides weder seine Rechtskraft tangiert noch seine Beachtlichkeit für Dritte:

Zum einen sieht das BG über das Bundesgesetzblatt, BGBl 1996/660, generell keine Publikationspflicht für Bescheide vor und kennt schon deshalb auch keine Vorschrift darüber, daß Bescheide Dritten gegenüber erst nach Kundmachung im Bundesgesetzblatt beachtlich wären.

Auf die Frage, ob das BGBIG 1996 als späteres, grundsätzliches Gesetz der besonderen Vorschrift des § 4 Abs 3 VerwGesG materiell derogiert hat, braucht nicht näher eingegangen werden, weil auch § 4 Abs 3 VerwGesG keine Aussage darüber trifft, welche Rechtsfolgen es für die Rechtswirkung des Bescheides hat, wenn dieser im Bundesgesetzblatt nicht kundgemacht wird. Denn das VerwGesG sagt weder über die Rechtskraft des Bescheides noch über seine Beachtlichkeit für Dritte etwas aus.

Die teleologischen Ausführungen der Antragstellerin hält die Schiedskommission nicht für zwingend. Die Kundmachung des Bescheides im BGBl dient zwar ohne Zweifel der Publizität; doch überzeugt der daraus gezogene Schluß nicht, daß eine Unterlassung der Kundmachung den Bescheid Dritten gegenüber unbeachtlich mache und ihm damit letztlich auch die rechtliche Wirkung gegenüber der unmittelbar betroffenen Verwertungsgesellschaft nähme. Denn was sollte die Verwertungsgesellschaft von einem Bewilligungsbescheid haben, dessen Inhalt für Dritte unbeachtlich wäre?

Die allgemeinen Vorschriften des AVG über die Rechtskraft von Bescheiden sehen keine Publikationserfordernisse vor.

Auch die bisherige Praxis, Bescheide über die Betriebsbewilligung von Verwertungsgesellschaften nicht im BGBl zu veröffentlichen, hat bisher nicht zur Annahme geführt, daß die nicht veröffentlichten Bescheide Dritten gegenüber unbeachtlich wären.

## **2. Der strittige Wahrnehmungsbereich**

Die Schiedskommission geht davon aus, daß Satzungsgegenstand das von den Mitgliedern der Berufsgruppe „Kabel-TV“ des Fachverbandes des Verkehrs an die Antragsgegnerin zu zahlende Entgelt für das Wahrnehmbarmachen von Werken und Gegenständen der verwandten Schutzrechte mit Hilfe von Leitungen im Inland ist, die durch Rundfunk (Hörrundfunk und Fernsehen, einschließlich Rundfunksendungen über Satellit) gesendet worden sind (Weiter-sendung im Sinne der §§ 17 Abs 2, 59a Abs 1 UrhG). Dies umfaßt auch einen allenfalls notwendigen Signaltransport durch welches technische Mittel immer (also insbesondere auch durch eine Richtfunkstrecke).

Die Antragsgegnerin erhebt im vorliegenden Verfahren konkret Vergütungsansprüche für „Autoren“- und „Amateurfilme“ sowie für „die Rechte der ausübenden Künstler, die in Werken der Filmkunst und/oder Laufbildern (kinematographischen Erzeugnissen) mitwirken und Sprachwerke oder Werke der in § 2 Z 2 UrhG bezeichneten Art (choreographische und pantomimische Werke) in Verbindung mit Werken der Tonkunst oder ohne solche vortragen oder aufführen, und soweit es sich nicht um (festgehaltene und/oder übertragene) Theater- oder Konzertaufführungen oder um ‚Musikvideos‘ handelt (Filmdarsteller)“.

Die Antragstellerin bestreitet aufgrund der von ihr angestellten rechtlichen Erwägungen schon dem Grunde nach, daß der Antragsgegnerin derartige Rechte zustünden.

Im übrigen ist die Antragstellerin der Ansicht, daß selbst dann, wenn der Antragsgegnerin solche Rechte dem Grunde nach zustehen sollten, diese der Höhe nach so gut wie keine Entgeltansprüche hätte, weil die behaupteten Rechte de facto nur in Spurenelementen aufspürbar wären. Das beantragte Entgelt von 0,22 Groschen pro Teilnehmer und Monat stellt daher aus der Sicht der Antragstellerin lediglich eine Art „Erinnerungs“- oder „Symbolwert“ dar; eigentlich ist sie der Ansicht, daß der Antragsgegnerin überhaupt kein Entgelt zustehe.

Die Schiedskommission teilt weder die Ansicht der Antragstellerin, daß es die behaupteten Rechte der Antragsgegnerin schon dem Grunde nach nicht gebe, noch hält es die Schiedskommission für gerechtfertigt, das Entgelt lediglich mit 0,22 Groschen pro Teilnehmer und Monat festzusetzen.

### **3. „Autoren“- und „Amateurfilme“**

Zum einen ist die Antragstellerin der Ansicht, daß „Autorenfilme“ der Antragsgegnerin keine Entgeltansprüche ermöglichen.

#### **3.1. Allgemeines**

Der Antragsgegnerin wurde die Betriebsgenehmigung erteilt „hinichtlich von Werken der Filmkunst und Laufbildern, soweit nicht ein Filmhersteller oder ein Rundfunkunternehmer Berechtigter ist.“ Dies deshalb, weil die Wahrnehmung der Rechte, die bei Filmherstellern liegen, in den Wahrnehmungsbereich der VAM fällt, während die Rechte der Rundfunkunternehmer von der VGR wahrgenommen werden (vgl. *Dittrich*, *UrhR*<sup>3</sup> [1998] 1378, 1446).

Die Antragstellerin ist nun der Meinung, daß „Autorenfilme“ Filmwerke seien, die entweder einen gewerblichen Filmhersteller haben, weshalb dieser aufgrund der *cessio legis* Berechtigter sei, oder einen nicht gewerblichen, was dazu führe, daß sich der Rundfunkunternehmer die Rechte der Filmurheber übertragen lasse, wobei ihm in der Regel gegenüber der Verwertungsgesellschaft Priorität zukomme, weil nicht gewerbliche Filmhersteller („Amateure“) in der

Regel keine Mitglieder der Antragsgegnerin seien, welcher die Herstellerrechte vorweg eingeräumt würden.

### **3.2. Ansprüche für „Autorenfilme“**

„Autorenfilme“ sind in der Tat entweder Filme, die jemand zwar ohne Zuziehung eines (weiteren) gewerbsmäßigen Filmherstellers produziert, sehr wohl aber um Professionalität bemüht ist und mit Hilfe des hergestellten Filmes Geld verdienen will oder zumindest seinen einschlägigen, (künftigen) beruflichen Werdegang fördern will, was zur Gewerbsmäßigkeit reiche. Das Verständnis der Gewerbsmäßigkeit ist nach hM weit (vgl OGH 9. 12. 1997, 4 Ob 341/97v – Kunststücke – MR 1998, 66 ff mit Anm *M. Walter* 70 ff). Die Rechte gewerblicher Filmhersteller, welche diesen im Wege der *cessio legis* zustehe, dürfe die Antragsgegnerin jedoch nicht wahrnehmen.

Die Schiedskommission geht im gegebenen Zusammenhang davon aus, daß vom Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin nur solche Filmwerke ausgenommen sind, die von gewerbsmäßigen Filmherstellern im Sinne des § 38 Abs 1 UrhG produziert werden. § 38 Abs 1 UrhG betrifft jedoch nur solche gewerblichen Filmproduzenten, die nicht zugleich auch Filmurheber sind.

Das weitergehende Begriffsverständnis der Antragstellerin übersieht, daß im Falle der Herstellung des Filmes durch den Filmurheber *selbst* die *cessio legis* auch dann nicht anzuwenden ist, wenn der Filmurheber einen Erwerb anstrebt (OGH MR 1998, 66 ff). Der OGH geht zu Recht davon aus, daß im Falle der Herstellung des Filmes durch den bzw die Filmurheber selbst keine „Auslagerung“ der dem (den) Urheber(n) zustehenden Rechte erfolgt und somit lediglich die allgemeinen Regeln über die Miturheberschaft anzuwenden sind (*Walter aaO* 71). Der Filmurheber ist auch dann kein Filmhersteller im Sinne des § 38 Abs 1 UrhG, wenn er den Film selbst herstellt. In diesem Falle bedarf es keiner *cessio legis*; vielmehr stehen die Urheberrechte dem Filmurheber von vornherein originär zu.

Die Antragstellerin geht davon aus, daß auch die originären Filmurheberrechte des Filmurhebers, der seinen Film selbst herstellt, von der Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin nicht umfaßt sei (also wohl zum Wahrnehmungsbereich der VAM gehöre).

Wollte man den Ausführungen der Antragstellerin folgen, wonach somit *jeder* Film zwangsläufig einen „Hersteller“ hat und wonach dessen Rechte, sie mögen aufgrund der *cessio legis* oder als originäre Urheberrechte dem Filmhersteller zustehen, von der Antragsgegnerin nicht wahrgenommen werden dürften, dann gäbe es für die Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin, was „Werke der Filmkunst“ betrifft, „soweit nicht ein Filmhersteller“ „Berechtigter ist“, überhaupt keinen Anwendungsfall. Die erteilte Betriebsgenehmigung wäre diesbezüglich im Ergebnis also unsinnig. Der Genehmigungsbescheid kann vernünftigerweise nicht so verstanden werden, daß er der Antragsgegnerin im gegebenen Zusammenhang *keine* Rechte einräumen will.

Die Schiedskommission geht davon aus, daß die dem Filmurheber zustehenden, von der *cessio legis* nicht erfaßten Rechte am selbst hergestellten Film auch dann zum Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin gehören, wenn der Filmurheber mit Hilfe dieses Filmes seinen Erwerb fördern will. Bei mehreren Filmurhebern kommen in diesem Zusammenhang die Regeln über die Miturheberschaft zum Tragen (§ 11 UrhG).

Die zum Thema „Autorenfilm“ angestellten Erwägungen gelten auch für solche Filme, die lediglich zu privaten Zwecken von Privaten, Hobby- oder Amateurfilmern, hergestellt werden und keine Aspekte der Gewerblichkeit aufweisen.

Sofern ein „Autorenfilm“ als „Werk der bildenden Künste“ anzusehen ist, fällt er nicht in den Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin, weil die Betriebsgenehmigung solche Filme ausdrücklich ausnimmt (vgl Pkt 14 Betriebsgenehmigung).

### 3.3. Ausmaß der Ansprüche für „Autorenfilme“

Die Schiedskommission teilt die Ansicht, daß „Autorenfilme“, ob sie nun nach Professionalität streben oder ob es sich um bloße Hobbyaufnahmen handelt, die mehr oder weniger zufällig etwa tragische Unglücksfälle (die in den Nachrichten gezeigt werden) oder erheiternde Zwischenfälle meist im Familienkreis betreffen (wie sie zB in „Bitte lächeln“ gebracht werden), nur höchst selten gesendet werden.

Daher können auch die hierfür zustehenden Entgeltansprüche nur einen äußerst geringen Anteil am Gesamtentgelt ausmachen, das von den Kabelbetreibern den Urhebern bezahlt wird.

Die Darlegungen der angefragten ausländischen Sendeanstalten über die äußerst geringe Bedeutung der „Autorenfilme“ im Gesamtprogramm sind trotz der an diesen Schreiben geübten Kritik seitens der Antragsgegnerin durchaus glaubwürdig. Derartige Auskünfte schließen zwar nicht aus, daß in Zukunft „Autorenfilme“ häufiger als bisher gesendet werden könnten. Es ist aber weder Aufgabe der Schiedskommission, darüber Spekulationen anzustellen, noch Pflicht der Kabelbetreiber, Entgelt für derlei künftige Eventualitäten zu bezahlen.

Überdies ist zu beachten, daß Amateurfilmer in der Regel nicht Mitglied der Antragsgegnerin sind. Sie werden ihre Rechte daher in der Regel dem Rundfunkunternehmer übertragen, sodaß die Antragsgegnerin mit der Wahrnehmung der Rechte von Amateurfilmern nicht betraut wird.

Die Schiedskommission hält es angesichts der geringen Bedeutung der „Autorenfilme“ für die Höhe der Entgeltansprüche der Antragsgegnerin nicht für geboten, hierfür einen eigenen, bestimmten Betrag festzulegen, sondern sieht darin lediglich einen bescheidenen Aufrundungsansatz im Zusammenhang mit der Festsetzung des aufgrund anderer Rechte zuzuerkennenden Entgelts.

#### 4. Ansprüche für Live-Sendungen

Von erheblich größerem Gewicht als die Rechte von „Autorenfilmern“ sind die Rechte der „Filmdarsteller“ aus Live-Sendungen. Diese werden in der Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin zwar nicht ausdrücklich genannt, sind aber von Pkt 13 der Betriebsgenehmigung umfaßt.

Pkt 13 der Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin hält fest, daß die erteilte Genehmigung „für die Rechte der ausübenden Künstler“ gilt, „die in Werken der Filmkunst und/oder Laufbildern (kinematographischen Erzeugnissen) mitwirken und Sprachwerke oder Werke der in § 2 Z 2 UrhG bezeichneten Art (choreographische und pantomimische Werke) in Verbindung mit Werken der Tonkunst oder ohne solche vortragen oder aufführen, und soweit es sich nicht um (festgehaltene und/oder übertragene) Theater- oder Konzertaufführungen oder um ‚Musikvideos‘...handelt (Filmdarsteller).“

Die Antragstellerin leitet auch aus diesen Formulierungen ab, daß der Antragsgegnerin schon dem Grunde nach keinerlei Entgeltansprüche gegenüber der Antragstellerin zustünden.

Vorträge und Aufführungen ausübender Künstler dürfen nur mit deren Zustimmung auf Bild- bzw Schallträgern festgehalten bzw gesendet werden. Sofern bereits Festgelegtes gesendet werde, erübrigt sich, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, eine Zustimmung zur Sendung.

Die Antragstellerin versteht nun die Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin dahin, daß die Mitwirkung der ausübenden Künstler „in Werken der Filmkunst und/oder Laufbildern (kinematographischen Erzeugnissen)“ die Festlegung des Vortrages oder der Aufführung voraussetze, somit jedenfalls ein Filmwerk vorliege. Filmhersteller sei im Falle einer Fernsehproduktion die Rundfunkanstalt. Diese verfüge als gewerbsmäßiger Filmhersteller aufgrund der *cessio legis* auch ohne Zustimmung der am Film mitwirkenden Personen über die entsprechenden Rechte; für solche als ausübender Künstler bleibe daher kein Raum.

Sollte die Fernsehproduktion hingegen kein Filmwerk sein, dann sei eine Rechtswahrnehmung durch die Antragsgegnerin nicht gedeckt, weil diese nur die Rechte ausübender Künstler „in Werken der Filmkunst und/oder Laufbildern (kinematographischen Erzeugnissen)“ umfasse.

Wollte man der Ansicht sein, daß ein Filmwerk auch ohne Festlegung vorliegen könne, dann wären auch nicht festgelegte Fernsehproduktionen Filmwerke und damit der produzierende Rundfunkunternehmer für all diese Produktionen gewerbsmäßiger Filmhersteller. Da aus rundfunkrechtlichen Gründen (§ 27 Abs 4 RundfunkG) alle Fernsehproduktionen festgehalten werden, lägen freilich unabhängig von der Ansicht, daß Filmwerke auch ohne Festlegung möglich seien, bei Fernsehproduktionen ohnehin immer Filmwerke vor und es stünden dem Rundfunkunternehmer aufgrund der *cessio legis* und nicht dem Filmdarsteller die einschlägigen Rechte zu.

Überdies sei auf die im gegebenen Zusammenhang interessierenden Fälle § 70 Abs 2 UrhG anwendbar, wonach die Sendeeinwilligung ausübender Künstler (§ 70 Abs 1 UrhG) für eine „Rundfunksendung mit Hilfe von Bild- oder Schallträgern nicht erforderlich“ ist, „es sei denn, daß diese nach § 66 Abs 7 oder § 69 Abs 2 zu einer Rundfunksendung nicht benutzt werden dürfen“.

Im Ergebnis geht die Antragstellerin also davon aus, daß die Betriebsbewilligung auch im gegebenen Zusammenhang der Antragsgegnerin keinen Wahrnehmungsbereich ermögliche, somit die einschlägige Bestimmung der Betriebsbewilligung keinen Anwendungsbereich hätte.

#### **4.1. Sinnhaftigkeit der Betriebsgenehmigung**

Die Betriebsgenehmigung wurde auf Betreiben der Antragsgegnerin erteilt. Es ist schwer vorstellbar, daß die Antragsgegnerin im Hinblick auf Pkt 13 des Genehmigungsbescheides ein sie treffendes Wahrnehmungsverbot beantragen wollte. Ebensowenig sollte un-

terstellt werden, daß das zuständige Bundesministerium der Antragsgegnerin ein rechtliches Nichts genehmigen wollte. Dies spricht dafür, daß man sich bei Deutung der Betriebsgenehmigung darum zu bemühen hat, sie so zu lesen, daß sie einen Sinn ergibt, ebenso wie man dem Gesetzgeber nicht unterstellen darf, Überflüssiges, Inhaltsloses oder Unsinniges zu regeln (vgl OGH Arb 10.447; JBl 1993, 257; VwGH ZfVB 1982/763; 1996/113; 1993/164; SWK 1993/8, 32). Nur wenn ein solcher Sinn mit Sicherheit nicht gefunden werden kann, wäre davon auszugehen, daß die Betriebsgenehmigung in der anstehenden Frage sinnlos ist.

Überdies erscheint ein Satzungsantrag im Lichte der Rechtsmeinung der Antragstellerin inkonsequent:

Wenn die Antragstellerin der Ansicht ist, daß es die zu entgeltenden Rechte der Antragsgegnerin gar nicht gibt, wäre auch die Leistung von 0,22 Groschen pro Teilnehmer und Monat zu viel. Wer keinen Wahrnehmungsbereich dartun kann, kann auch keinen Entgeltanspruch haben; nicht einmal einen auf 0,22 Groschen pro Teilnehmer und Monat.

Zudem wäre, träfe die Ansicht der Antragstellerin zu, ein derartiger Satzungsantrag, der offenbar der Abwehr der einseitigen Tarifverlautbarung der Antragsgegnerin in Höhe von ATS 1,26 pro Teilnehmer und Monat dienen sollte, gar nicht notwendig gewesen. Denn gäbe es in der Tat keinen einschlägigen Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin, wäre schon die einseitige Tarifverlautbarung der Antragsgegnerin ins Leere gelaufen, weil es für den behaupteten Tarif keinen Anwendungsfall gegeben hätte.

Offenbar war sich die Antragstellerin selbst nicht sicher, ob ihre Rechtsmeinung zutrifft, wonach der Antragsgegnerin weder aus „Autorenfilmen“ noch aus Vorträgen und Aufführungen ausübender Künstler in Live-Sendungen ein Wahrnehmungsbereich erwachse.

Einzuräumen ist, daß die Formulierungen des Pkt 13 der Betriebsgenehmigung gewisse Mißverständnisse auslösen können. Die

Schiedskommission ist jedoch der Ansicht, daß dessen ungeachtet eine sinnvolle Deutung dieser Bescheidbestimmung durchaus möglich und deshalb auch geboten ist.

#### **4.2. Rechtfertigung der Leistungsschutzrechte**

Beim Bemühen, dem Pkt 13 der Betriebsgenehmigung einen eigenständigen Wahrnehmungsbereich zu entnehmen, ist davon auszugehen, daß zwischen der Festlegung eines Filmwerkes und dem Vortrag oder der Aufführung eines ausübenden Künstlers sehr wohl auch dann zu unterscheiden ist, wenn beides zeitlich zusammenfällt, was ja immer der Fall ist, wenn die Darbietung des ausübenden Künstlers gefilmt oder auf Tonband aufgenommen wird.

Es kann nicht gesagt werden, daß es die Rechte des ausübenden Künstlers schon deshalb nicht gäbe, weil der Vortrag oder die Aufführung auf einem Bild- und/oder Schallträger festgehalten wird.

Der Vortrag oder die Aufführung eines Sprachwerkes oder eines Werkes der in § 2 Z 2 UrhG bezeichneten Art ist nur dann nichts weiter als eine Mitwirkung in einem Film, wenn der ausübende Künstler ausschließlich wegen und für die Filmaufnahme vorträgt oder aufführt. Dann geht es in Wahrheit aber nicht um den Vortrag oder die Aufführung eines ausübenden Künstlers, sondern um die übliche Arbeit des Filmdarstellers. Der Vortrag oder die Aufführung findet in einem solchen Fall nicht vor einem Publikum statt, dessentwegen die Veranstaltung organisiert wurde, sondern das Dargebrachte bzw die darstellerische Tätigkeit ist lediglich Gegenstand der Dreharbeiten bzw der Tonaufnahme. Es gibt in diesen Fällen also weder ein dem Vortrag oder der Aufführung beiwohnendes, „echtes“ Publikum, noch gibt es das besondere Risiko des Darstellers, daß sein Auftritt coram publico mißlingt. Vielmehr kommt es bei Filmaufnahmen bei derartigem Mißlingen (der Darsteller hat einen „Hänger“ oder ein Black-out, er singt falsch, er stolpert oder stürzt etc) zu oft mehrmaligen Wiederholungen der Aufnahme, zum korrigierenden Eingreifen des Regisseurs udgl.

Die Situation des Auftrittes eines ausübenden Künstlers vor Publikum ist also eine *andere* Arbeit als jene dessen, der „lediglich“ als Filmdarsteller an der Produktion eines Filmwerkes mitwirkt. Personen, die an zum Zweck der Herstellung eines gewerbsmäßig hergestellten Filmwerkes oder eines kinematographischen Erzeugnisses vorgenommenen Vorträgen oder Aufführungen in Kenntnis dieses Zweckes mitwirken, haben kein Recht nach § 66 Abs 1 UrhG auf Einwilligung zur Vervielfältigung und Verbreitung des gewerbsmäßig hergestellten Filmwerkes oder eines anderen kinematographischen Erzeugnisses (§ 69 Abs 1 UrhG). Diese Bestimmung gilt nicht für den ausübenden Künstler, dessen Vortrag oder Aufführung in erster Linie *anderen* Zwecken als dem der Herstellung eines Filmwerkes oder kinematographischen Erzeugnisses dient: etwa der Präsentation vor einem „echten“ Publikum.

Wird eine Fernsehsendung live ausgestrahlt, so bedeutet dies, daß derjenige, der ein Sprachwerk oder ein Werk der in § 2 Z 2 UrhG bezeichneten Art darbietet, dies nicht bloß als Mitwirkender an der Herstellung eines Filmwerkes tut, sondern daß er vor einem Publikum – nämlich dem Fernsehpublikum, das live die Sendung sieht – vorträgt oder aufführt. Insoweit ist der Auftretende also sehr wohl ausübender Künstler im Sinne des § 66 UrhG und nicht bloß jemand, der am Werden eines Filmwerkes mitwirkt, wovon § 69 Abs 1 UrhG ausgeht.

Wer jemanden zu einem Auftritt vor einem „lebenden“ Publikum bewegen will, muß vorerst dessen diesbezügliche Zustimmung einholen. In der Regel wird darüber ein Vertrag geschlossen. Ein Künstler kann freilich „auch so“ bereit sein aufzutreten. Ohne diese Bereitschaft und Einwilligung kommt es zu keinem Auftritt. Das gilt auch für eine Live-Sendung.

Ein Live-Auftritt ist zwangsläufig mit einer Sendung des Vortrages bzw Auftrittes verbunden. Live-Sendungen erfordern keine vorherige Festlegung. Es handelt sich nicht um eine Sendung, die „mit Hilfe von Bild- und Schallträgern erfolgt“, wie dies § 70 Abs 2 UrhG verlangt. Vielmehr wird der Vortrag bzw die Aufführung zum einen

*sogleich und unmittelbar* gesendet und zum anderen (für spätere Sendungen) mit Hilfe von Bild- bzw Schallträgern festgelegt.

Die Zustimmung des ausübenden Künstlers zur Live-Sendung (§ 70 Abs 1 UrhG) erübrigt sich nicht schon deshalb, weil er zugleich auch damit einverstanden ist, daß sein Vortrag mit Hilfe von Bild- bzw Schallträgern festgelegt wird. Vielmehr ist die Einwilligung des ausübenden Künstlers nur für solche Sendungen nicht erforderlich, die *vorher* auf Bild- bzw Schallträger festgehalten und *in der Folge* mit Hilfe dieser Bild- bzw Schallträger gesendet werden (§ 70 Abs 2 UrhG).

Der Zustimmung der ausübenden Künstler bedarf es nur dann nicht, wenn sie „an den zum Zweck der Herstellung des Filmwerkes oder des kinematographischen Erzeugnisses vorgenommenen Vorträgen oder Aufführungen in Kenntnis dieses Zweckes mitgewirkt haben“ (§ 69 Abs 1 UrhG). Dieses Absehen von der Zustimmung des ausübenden Künstlers betrifft aber nicht seine Zustimmung zur unmittelbaren Sendung, sondern seine Zustimmung zur Festhaltung, Vervielfältigung und Verbreitung der gewerbsmäßig hergestellten Filmwerke und anderen kinematographischen Erzeugnisse. Dies betrifft Fälle, in denen die Vorträge und Aufführungen *von vornherein* und *in erster Linie* zum Zweck der Herstellung des Filmwerkes oder des kinematographischen Erzeugnisses und in Kenntnis dieses Zweckes vorgenommen wurden.

Wer jedoch an einer Live-Sendung mitwirkt, tritt *in erster Linie* unmittelbar vor dem Fernsehpublikum auf: Der Umstand der Live-Sendung steht im Vordergrund und *nicht* das letztlich *zusätzliche* Festhalten der Darbietung. Live-Sendungen leben in erheblichem Maße von der gerade mit dem Umstand der Unmittelbarkeit der Sendung verbundenen Spannung; Wiederholungen erübrigen sich meist; bestenfalls kommt es später nur zu Zitaten aus diesen Sendungen im Zuge von Rückblicken udgl. Dies gilt nicht nur für die unmittelbare Live-Sendung, sondern auch für Live-Aufzeichnungen, die später gesendet werden.

Wer an einer Live-Sendung mitwirkt, tut dies also im wesentlichen bzw überwiegend *nicht* zum Zweck der Herstellung eines Filmwerkes oder kinematographischen Erzeugnisses, sondern um sich hier und nun dem Fernsehpublikum zu präsentieren. Insofern ist seine Einwilligung zur Sendung nach § 70 Abs 1 UrhG erforderlich. Auch auf Live-Sendungen § 70 Abs 2 UrhG analog anzuwenden, geht angesichts der dargelegten Unterschiede nicht an.

Es kann im gegebenen Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob die neuere Ansicht, Filmwerke bedürften keiner Festlegung, zutrifft oder nicht (vgl zu dieser Thematik *Dillenz*, Filmwerk und ‚Fernsehwerk‘ im österreichischen Recht, ÖBl 1972, 133 und *Dittrich*, Gedanken zum österreichischen Filmurheberrecht, UFITA Bd 59 [1971] 103). Auch wenn für die Herstellung eines Filmwerkes keine Festlegung notwendig sein sollte (vgl auch *Loewenheim* in *Schriker*, Urheberrecht, § 2 dUrhG Rz 11z; *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht<sup>8</sup> § 2 dUrhG Rz 28 iVm Rz 76; *Rehbinder*, Urheberrecht<sup>9</sup> 109 f), ändert dies nichts daran, daß der in einer Live-Sendung auftretende ausübende Künstler in erster Linie nicht die Mitwirkung an einem Filmwerk, sondern den Live-Auftritt mit all seinen Besonderheiten vor Augen hat.

Die Leistungsschutzrechte ausübender Künstler, seine Darbietung zu senden oder festzuhalten, zählen jedenfalls nicht zu jenen Rechten, die dem gewerbsmäßigen Filmhersteller aufgrund der *cessio legis* des § 38 Abs 1 UrhG zustehen. Denn die Leistungsschutzrechte darstellende Künstler sind keine Filmurheberrechte Mitwirkender. Vielmehr geht es um die Einwilligung des darstellenden Künstlers, daß sein Auftritt festgehalten bzw gesendet werden darf.

Wer allerdings meint, daß § 38 Abs 1 UrhG dessen ungeachtet auf Fälle von Live-Sendungen analog anzuwenden sei, weil auch Live-Sendungen einer besonderen Vorbereitung und Organisation bedürfen und überdies an solchen Sendungen eine Mehrzahl von urheberrechtlich Berechtigten teilnehmen, sodaß es auch in diesem Fall geboten erscheine, die Rechte der Mitwirkenden vorweg beim Produzenten – also der Rundfunkanstalt – im Sinne des § 38 Abs 1

UrhG angesichts der Erfordernisse der Rechtssicherheit zu bündeln, hat diesbezüglich eine Regelungslücke des UrhG nachzuweisen.

Das UrhG hat die *cessio legis* ausschließlich bezüglich der Filmurheberrechte festgeschrieben, nicht jedoch auch bezüglich der Leistungsschutzrechte. Im Umstand, daß bei Vorträgen und Aufführungen dann, wenn diese im Rahmen einer mehrere Vorträge und Aufführungen und sonstige Darbietungen umfassenden, organisierten Veranstaltung abgehalten werden, eine Mehrzahl von Urheberrechten zusammenwirken bzw eine Mehrzahl von Leistungsschutzrechten entstehen, liegt nach Ansicht der Schiedskommission noch kein zwingender Grund, eine Analogie zu § 38 Abs 1 UrhG anzunehmen. Wollte man im Grundgedanken des § 38 Abs 1 UrhG keine spezielle Ausnahme für die gewerbsmäßige Filmherstellung sehen, sondern den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips zur Lösung der Anspruchsproblematik in Fällen des Zusammentreffens miteinander verflochtener Urheber- und Leistungsschutzrechte, müßte man generell in all jenen Fällen, in denen mehrere Urheber und ausübende Künstler zusammenwirken, um ein „Gesamtwerk“ zu erstellen, jenem die *cessio legis* einräumen, der das Entstehen dieses „Gesamtwerkes“ organisiert und leitet.

Angesichts des Umstandes, daß die *cessio legis* ausdrücklich nur für die gewerbsmäßige Herstellung von Filmwerken vorgesehen ist und die *cessio legis* überdies die individuellen Rechte der Filmurheber erheblich beschneidet (vgl OGH MR 1990, 189 mit Anm *M. Walter* = SZ 63/76; MR 1991, 109 = GRURInt 1991, 821; ÖBl 1995, 131 = MR 1995, 101 mit Anm *M. Walter* = SZ 67/172), sollte nicht angenommen werden, daß diese Regelung auf alle Fälle organisierter Verknüpfung unterschiedlicher Urheber- und Leistungsschutzrechte anzuwenden ist und UrhG von einer solchen Grundkonzeption ausgeht. Zum einen gilt § 38 Abs 1 UrhG nicht für den Leistungsschutz, sondern nur für Urheberrechte; zum anderen sieht aber § 69 Abs 1 UrhG Besonderes für Leistungsschutzrechte vor, wenn ausübende Künstler zum Zweck der Herstellung eines Filmwerkes oder eines kinematographischen Erzeugnisses in Kenntnis dieses Zweckes etwas vortragen oder aufführen. In sol-

chen Fällen ist vorweg die Zustimmung des ausübenden Künstlers nach § 66 Abs 1 UrhG für Vervielfältigung und Verbreitung nicht erforderlich. Daraus folgt aber, daß in allen *anderen* Fällen – das heißt insbesondere in all jenen Fällen, in denen der Vortrag oder die Aufführung *nicht* den (primären) Zweck der Herstellung eines Filmwerkes oder eines kinematographischen Erzeugnisses verfolgt, sondern den eines *unmittelbaren* Auftritts vor einem Publikum, der Leistungsschutz so aufrecht bleibt, wie ihn das Gesetz vorsieht, mag dies auch für den Rechtsverkehr gewisse Erschwernisse mit sich bringen. Im übrigen steht den ausübenden Künstlern ein Senderecht nach § 70 Abs 2 UrhG nicht zu, wenn die Sendung mit Bild- oder Schallträgern vorgenommen wird. Soweit es sich aber um die Weitersendung von Live-Sendungen handelt, liegt eine bloße Zweitverwertung vor, für welche die Sonderregeln der §§ 59a, 59b UhrG gelten.

Eine analoge Anwendung des § 38 Abs 1 UrhG erscheint der Schiedskommission in diesen Fällen mangels Vorliegens einer Gesetzeslücke unangebracht (aA ohne überzeugende Begründung OLG Wien 15. 10. 1998, 15 R 95/98w).

Daß im Falle eines Auftrittes im Rahmen einer Veranstaltung auch der Veranstalter selbst der Festhaltung auf Bild- und Schallträgern zustimmen muß, ändert nichts am diesbezüglichen Zustimmungsrecht des ausübenden Künstlers.

Es liegt allerdings nicht zuletzt angesichts des Fehlens einer Cessio-legis-Regel für ausübende Künstler bei Veranstaltungen, die einer Filmherstellung vergleichbar sind, nahe, daß sich der Veranstalter vorweg die Zustimmung des ausübenden Künstlers sichert und mit ihm auch seine Ansprüche daraus direkt regelt, soweit der ausübende Künstler über diese Rechte nicht bereits zugunsten der für ihn zuständigen Verwertungsgesellschaft disponiert hat.

Alles in allem sind die von der Antragsgegnerin behaupteten Rechte ausübender Künstler aus Live-Sendungen dem Grunde nach gerechtfertigt und fallen in den Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin. Bei Nichtbezugsberechtigten der Antragsgegnerin

ist es allerdings nicht nur denkbar, sondern wird sehr häufig vorkommen, daß der ausübende Künstler auf das Einwilligungsrecht bzw auf ein Entgelt für seine Einwilligung vorweg verzichtet.

#### 4.3. Ausübende Künstler – „Filmdarsteller“

Pkt 13 der Betriebsgenehmigung der Antragstellerin nennt die dort beschriebenen „ausübenden Künstler“ – abschließend in Klammer gesetzt: – „Filmdarsteller“. Dies führt zur Frage, ob dieser Ausdruck ein vom allgemeinen abweichendes Verständnis des Begriffes „ausübender Künstler“ signalisieren will, etwa in dem Sinne, daß der in Pkt 13 beschriebene Teil des Wahrnehmungsbereiches der Antragsgegnerin nicht *alle* bzw *jedwede* „ausübenden Künstler“ meint, sondern nur solche, die – unabhängig von den Umständen des konkreten Vortrages oder der konkreten Aufführung – aufgrund ihrer *sonstigen beruflichen Tätigkeit* als „Filmdarsteller“ angesehen werden können. So ist im Sinne einer derartigen „Berufskategorisierung“ zB *Elisabeth Taylor* oder *Robert Redford* „Filmdarsteller“, nicht aber zB ein Politiker oder schlicht ein Passant. Bei Bühnenschauspielern, die *mitunter auch* in Filmen mitwirken, tut man sich bei einer derartigen Kategorisierung bereits schwer; im übrigen auch bei Fernsehmoderatoren.

Daß die Betriebsgenehmigung zumindest prima facie nicht jedweden ausübenden Künstler meine, weil die Satzung der Antragsgegnerin den Kreis der Mitglieder erheblich einschränke, kann nicht gesagt werden:

Zwar ist richtig, daß Mitglieder der Antragsgegnerin nur „eigenberechtigte physische Personen“ werden können, „denen Urheberrechte und/oder Leistungsschutzrechte im Sinne des § 2 Abs 1 lit a) zustehen, die aufgrund ihrer hauptberuflich erbrachten künstlerischen Leistungen für das Filmschaffen von Bedeutung sind.“ Die Urheberrechte und/oder Leistungsschutzrechte im Sinne des § 2 Abs 1 lit a sind „Urheber- und/oder Leistungsschutzrechte (Ausschlußrechte, Vergütungsansprüche, Beteiligungsansprüche etc) an Filmwerken und/oder Laufbildern oder an Vorträgen und/oder Aufführungen, die darin eingebracht werden, im In- und Ausland“.

Mitglieder der Antragsgegnerin sind somit nur Personen, die *hauptberuflich* künstlerische Leistungen für das Filmschaffen erbringen. Doch ist zwischen Mitgliedern und Bezugsberechtigten zu unterscheiden. Bezugsberechtigte der Antragsgegnerin müssen keineswegs Personen sein, die hauptberuflich künstlerische Leistungen für das Filmschaffen erbringen.

Pkt 1 des Musterwahrnehmungsvertrages beschreibt den Berechtigten als jemanden, dem „im In- und Ausland als Urheber, ausübender Künstler (Filmschauspieler), Veranstalter oder Laufbildhersteller an seinen Werken (vor allem Filmwerken) oder Leistungen Urheber- und/oder Leistungsschutzrechte zustehen“. „Diese Rechte stehen dem Berechtigten entweder zu, weil er diese Werke und/oder Leistungen selbst geschaffen (erbracht) hat, oder weil er Rechtsnachfolger (Erbe) nach einem Urheber oder Leistungsschutzberechtigten ist.“ Die ausübenden Künstler werden im Musterwahrnehmungsvertrag „Filmschauspieler“ genannt (im Bewilligungsbescheid heißen sie demgegenüber „Filmdarsteller“). Der Musterwahrnehmungsvertrag schränkt demnach den Kreis der Bezugsberechtigten nicht auf hauptberuflich Filmschaffende ein.

Eine exakte Grenzziehung zwischen der Berufsgruppe der Filmschaffenden und anderen ausübenden Künstlern bereitet in mancher Hinsicht Schwierigkeiten. Der allgemeine Sprachgebrauch und die in solchen Fällen mobilisierbare Verkehrsauffassung gibt hier mitunter Steine statt Brot. (Zum Begriff des „ausübenden Künstlers“ vgl zB *Hodik*, Der Begriff ‚ausübender Künstler‘ im österreichischen Urheberrecht, ÖBl 1990, 49 ff; *derselbe*, Der Begriff des ‚ausübenden Künstlers‘ im österreichischen Recht, ÖS-GRUM Bd 17 [1995] 102 ff; *M. Walter*, Zum Begriff des ausübenden Künstlers im österreichischen Urheberrecht – Regisseure, Bühnenbildner und Choreographen als ausübende Künstler und Urheber, ÖS-GRUM Bd 17 [1995] 106 ff).

Die literarischen Erörterungen des Begriffes „ausübender Künstler“ zeigen, daß mitunter an ganz andere Probleme gedacht wird als an die, ob in Live-Sendungen auftretende dem künstlerischen Beruf gänzlich fremde Personen „ausübende Künstler“ sein können.

Vielmehr geht es um Fragen des Leistungsschutzes zB für a) Regisseure, Dirigenten, Regieassistenten, Korrepetitoren, Chorleiter, Abendsregisseure und Inspizienten, Souffleure, Ballettmeister, Dance-Captains, Schauspieler, Musiker, Sänger, Tänzer, Akrobaten (bei all diesen werden Leistungsschutzrechte bejaht; *M. Walter* ÖSGRUM Bd 17, 115 ff), b) Tonmeister, Tonregisseure, Sound Designer, Lightning Designer, Statisten, Komparsen, Statistenführer, Maskenbildner, Friseure (bei diesen kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an; *M. Walter* aaO 117 f); c) technisches Personal, Werkstättenpersonal, Requisiteure, künstlerisches Betriebsbüro, Dramaturgen, sonstiges Betriebspersonal (bei diesen wird der Leistungsschutz verneint; *M. Walter* aaO 115).

Im gegebenen Zusammenhang steht hingegen vor allem zur Diskussion, wieweit Personen, die keinen filmbranchebezogenen Beruf haben, ausübende Künstler im Sinne der Betriebsgenehmigung der Antragstellerin sein können. Genießt unter der Voraussetzung, daß überhaupt ein Vortrag oder eine Aufführung vorliegt, auch ein in einer Live-Sendung auftretender Politiker, Bischof, Wissenschaftler, Redakteur, Nachrichtensprecher, Arzt, Pferdezüchter, Rennfahrer, Tennisspieler, Obdachloser, Passant etc jenen Leistungsschutz, den die Antragsgegnerin wahrzunehmen hat?

Hier ist zum einen zu klären, von welchem diesbezüglichen Verständnis der Gesetzgeber selbst ausgeht; zum anderen interessiert, ob und inwieweit die Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin von diesem Verständnis abweicht.

Entscheidend ist, ob der Begriff des ausübenden Künstlers allein von der Beurteilung lediglich jener jeweiligen Tätigkeit abhängt, für die im konkreten Fall Leistungsschutz beansprucht wird, oder ob der im übrigen ausgeübte Beruf des Betreffenden zu beachten ist.

Ob jemand eine schutzwürdige Leistung erbringt, sollte wohl nicht davon abhängen, was er sonst beruflich tut. Es erscheint auch wenig sinnvoll, jemandem erst dann Leistungsschutz zu gewähren, wenn er bereits durch wiederholtes Vortragen und Aufführen erkennen ließ, daß sein künstlerisches Wirken keine „Eintagsfliege“

ist, sondern daß sich hier ein Künstler entpuppt. Es kann also nicht darauf ankommen, ob jemand „in seinem sonstigen Leben“ Künstler ist: Entscheidend ist vielmehr, ob die zu beurteilende Darbietung als Werk der Literatur oder Tonkunst qualifiziert werden kann oder nicht. Nicht alles, was ein Künstler sagt oder tut, ist schon ein Werk der Literatur oder Tonkunst; umgekehrt ist es durchaus möglich, daß jemand, der keinen einschlägigen künstlerischen Beruf ausübt, etwas vorträgt oder aufführt, was leistungsschutzwert ist. Es versteht sich freilich von selbst, daß jemand, der einmal in seinem Leben im Fernsehen Schillers Glocke deklamiert, um sein Merkvermögen zu demonstrieren, urheberrechtlich wohl kaum bemerkenswert ist. Für eine Verwertungsgesellschaft wird ein solcher Interpret als Mitglied wohl kaum in Frage kommen; auch seine Bedeutung als einmaliger „Außenseiter“ ist höchst bescheiden.

Die Schiedskommission geht dessen ungeachtet davon aus, daß es bei der Frage, ob eine schutzwerte Leistung eines ausübenden Künstlers vorliegt, auf die zu beurteilende Leistung und nicht auf den sonstigen Beruf des Vortragenden bzw Aufführenden ankommt.

Dies gilt im Ergebnis auch für die Umschreibung des Wahrnehmungsbereiches der Antragsgegnerin. Wenn § 3 Abs 1 Z 1 der Satzung der Antragsgegnerin dennoch von „hauptberuflich erbrachten künstlerischen Leistungen“ spricht, so ist dies nach Ansicht der Schiedskommission so zu verstehen, daß es weder für die Antragsgegnerin noch für einen Vortragenden bzw Aufführenden sinnvoll sein kann, der Antragsgegnerin als Bezugsberechtigter anzugehören, wenn der Betreffende nicht immer wieder als ausübender Künstler der Filmbranche auftritt, sondern ihm diese Möglichkeit nur ein- oder zweimal im Leben geboten wurde. Es leuchtet ein, daß weder die Antragsgegnerin noch eine solche Person etwas von einer Mitgliedschaft hätte; die Interessenwahrung seitens der Antragsgegnerin ginge ins Leere. Jemand dieses Schlages kommt nicht einmal als erforschenswerter „Außenseiter“ in Betracht.

Wer hingegen zum Kreise jener Personen zählt, die immer wieder in den Medien Werke der Literatur oder Tonkunst vorträgt oder aufführt, darf auch dann ausübender Künstler im Sinne des § 66 Abs 1 UrhG genannt werden, wenn er im übrigen keinen künstlerischen Beruf ausübt. Die gebotene Leistung entscheidet und nicht die sonstige Profession. Es kann also vom Beruf nicht auf die schätzenswerte Leistung geschlossen werden.

#### **4.4. Vortrag oder Aufführung eines Werkes der Literatur oder Tonkunst**

Somit bleibt zu fragen, wann im Bereich von Live-Sendungen der Vortrag oder die Aufführung eines Werkes der Literatur oder Tonkunst vorliegt, wobei im Hinblick auf Pkt 13 der Betriebsgenehmigung der Antragstellerin zusätzlich zu beachten ist, daß diese Darbietungen „in Verbindung mit Werken der Tonkunst oder ohne solche“ zu stehen haben. Ausgeklammert sind „(festgehaltene und/oder übertragene) Theater- oder Konzertaufführungen“ und „Musikvideos“ im Sinne des Punktes II dieses Bescheides“.

In diesem Zusammenhang ist der Begriff „Konzertaufführung“ in der Betriebsgenehmigung der VDFS dahin zu verstehen, daß die Wiedergabe von Werken der Tonkunst (mit verbundenem Text) in Shows und ähnlichen Live-Sendungen keine „Konzertaufführung“ darstellt. Der Begriff „Konzertaufführung“ ist im gegebenen Zusammenhang im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauches des täglichen Lebens zu verstehen.

In Live-Sendungen werden bekanntlich nicht nur literarische Werke rezitiert oder Lieder gesungen; meist werden teils mit „Prominenten“, teils mit unbekannten Personen Gespräche über vergangene politische, berufliche, wissenschaftliche, kulturelle, künstlerische, familiäre, private oder sonstige Fragen geführt; mitunter geht es bloß um „small talk“ oder aber auch um unterhaltende Ereignisse, Spiele, Wetten, Geschicklichkeitsleistungen und vieles mehr.

Auch wenn zutrifft, daß letztlich jede Sendeminute den Kabelbetreibern sowohl Geld kostet als auch Geld bringt, somit jedwede

Art von Sendung einen wirtschaftlichen Wert hat, so bedeutet dies noch nicht, daß schon jedes gesprochene Wort Teil eines urheberrechtlich entgeltpflichtigen Werkes der Literatur und jeder gesendete Ton Teil eines urheberrechtlich entgeltpflichtigen Werkes der Tonkunst wäre.

Es ist hier nicht erforderlich, Lehre und Rechtsprechung zur Frage der Qualifikation einer Emanation als urheberrechtlich geschütztes Werk im einzelnen darzutun. Nur einige allgemeine Hinweise sind erforderlich.

Sprachwerke sind alle Werke, deren Ausdrucksmittel die Sprache ist (Nw bei *Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 2 E 2), doch liegt ein urheberrechtlich geschütztes Sprachwerk nur dann vor, wenn es eine eigentümliche geistige Schöpfung im Sinne des § 1 UrhG ist (Nw bei *Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 2 E 1). Sprachwerke sind sowohl Schriftwerke als auch Reden, Vorlesungen, Vorträge, all dies ohne Rücksicht darauf, ob sie überhaupt festgehalten oder durch Schallaufnahmen wörtlich wiederholbar gemacht worden sind (Nw bei *Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 2 E 3). Der Inhalt solcher Sprachwerke muß keineswegs literarischer Art sein; auch Sachverständigengutachten, wissenschaftliche Arbeiten und sonstige Darstellungen, Reportagen, Berichte und Beschreibungen reichen aus (vgl. *Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 2 E 4 bis 7; § 1 E 80).

Um urheberrechtlich geschützt zu sein, ist ein abgeschlossener Gedankengang oder Vorstellungsinhalt in eigenpersönlicher Form erforderlich (OGH ÖBl 1978, 54). Einzelne Worte sind grundsätzlich nicht geschützt. Auch kürzere Formulierungen von eigentümlicher Prägung können Urheberrechtsschutz genießen (*Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 1 E 40); ihre statistische Einmaligkeit darf aber nicht losgelöst von der Individualität als Schutzmerkmal herangezogen werden (*Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 1 E 41). Jedoch wird bei einer wenig individuellen Alltagssprache nicht „irgendwo zwischen drei und dreißig Wörtern“ das Begriffsmerkmal der Eigentümlichkeit deshalb erreicht, weil sich eben verschiedene Personen typischerweise unterschiedlich ausdrücken (*Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 1 E 42); es sind also „individuelle, originelle Züge“ des Textes erforderlich (*Dittrich* UrhG<sup>3</sup> § 1

E 43), es müssen beim Werkschaffenden „persönliche Züge“ zur Geltung kommen (*Dittrich UrhG*<sup>3</sup> § 1 E 23 bis 28).

Ein besonderes „Leistungsniveau“ ist nicht erforderlich. Die Anforderungen an die Originalität im Sinne des § 1 Abs 1 UrhG sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht streng. Auch die „kleine Münze“ ist urheberrechtlich geschützt (*M. Walter ÖS-GRUM* Bd 17 [1995] 111).

Für den Vortrag oder die Aufführung eines ausübenden Künstlers ist nicht wesentlich, ob das dargebotene Werk noch urheberrechtlich geschützt oder sonst gemeinfrei ist. Der Vortrag einfachster, urheberrechtlich nicht geschützter Texte ist aber – ohne Rücksicht auf die interpretatorische Leistung des Vortragenden – nicht als geschützte Darbietung anzusehen (*M. Walter ÖS-GRUM* Bd 17 [1995] 111). Dies gilt zB für das Verlesen einfachster Nachrichtentexte (zB Verkehrsdurchsagen, Programminweise, manche Sportberichte, Kurzmeldungen verschiedenster Art) oder Werbetexte. Insofern ist der künstlerische Leistungsschutz mittelbar vom Werkbegriff mitbestimmt und scheidet die Darbietung urheberrechtlich nicht geschützten Materials auch aus leistungsschutzrechtlicher Sicht aus (*M. Walter aaO*). Das gilt insbesondere für artistische und sportliche Leistungen, was allerdings nicht bedeutet, daß manche Leistungen von Varieté- oder Zirkuskünstlern nicht auch als Vorträge bzw Aufführungen literarischer oder musikalischer Werke angesehen werden können (zB Auftritte von Musikclowns oder artistische Einlagen mit tänzerischem oder pantomimischem Einschlag). Dennoch besteht nach geltendem Recht für Leistungen von Varieté- oder Zirkuskünstlern eine gewisse Schutzlücke (*M. Walter aaO*).

Unbeachtlich ist, ob der Vortrag oder die Aufführung des ausübenden Künstlers als „gut“ oder „schlecht“ zu bewerten ist. Insbesondere ist nicht geboten, daß die Darbietung zu einem „Rollen- oder Identitätswechsel“ führt (*M. Walter aaO* 113 f gegen *Dünnwald*, FS Roerber 1982, 73, 80 f).

Vor dem Hintergrund der herrschenden Meinung zu den urheberrechtlichen Tatbestandsmerkmalen des „Sprachwerkes“ und des „Vortrages“ und der „Aufführung ausübender Künstler“ kann nach Ansicht der Schiedskommission nicht gesagt werden, daß Interviews in Live-Sendungen mit „Prominenten“ oder sonstigen Personen *grundsätzlich nicht* unter den Leistungsschutz nach § 66 UrhG fielen (so aber OLG Wien 15. 10. 1998, 15 R 95/98w: „Ein Auftritt als Talk-Show-Gast oder sonstiger Interviewpartner kann daher – auch wenn es sich bei der betreffenden Person um einen Schauspieler handelt – nicht als Vortrag oder Aufführung eines Werkes der Literatur im Sinne des § 66 Abs 1 UrhG angesehen werden.“) Ebenso wenig kann aber gesagt werden, daß *grundsätzlich alles*, was im Rahmen von Live-Sendungen gesprochen wird, urheberrechtliche Relevanz hätte. Man wird vielmehr von Fall zu Fall die Originalität des Dargebotenen zu beurteilen haben, was freilich die konkrete Feststellung des Ausmaßes leistungsschutzrechtlich relevanter Auftritte erheblich erschwert. Dieses Quantifizierungsproblem läßt sich aber nicht dadurch aus der Welt schaffen, daß man entweder jedwede Urheberrechtsrelevanz von Interviews oder sonstiger Gespräche in Live-Sendungen undifferenziert leugnet oder umgekehrt undifferenziert bejaht.

Auf das Motiv eines Live-Auftrittes kommt es bei der Beurteilung, ob ein Sprachwerk zum Vortrag oder zur Aufführung gelangt, nicht an. Ob jemand auftritt, um zB den eigenen Ruhm zu mehren oder anderen Menschen zu helfen, kann bei der Beurteilung, ob ein Sprachwerk vorliegt, ebensowenig eine Rolle spielen wie die Frage, was der Darbietende ansonst für einen Beruf ausübt.

Interessant kann das Motiv eines derartigen Auftrittes nur im Hinblick darauf sein, ob der Auftretende seine eventuell bestehenden Leistungsschutzrechte ausüben will oder nicht; insbesondere: ob er diese Leistungsschutzrechte wirtschaftlich nützen will oder nicht.

Sofern diese Rechte bereits vorweg einer Verwertungsgesellschaft abgetreten worden sind, liegt es nicht mehr beim Auftretenden, darüber zu disponieren, weil er über diese Rechte nicht mehr ver-

fügt. Ist der Auftretende hingegen nach wie vor Herr seiner Leistungsschutzrechte, steht es ihm frei, zugunsten des Rundfunkunternehmens auf diese Rechte zu verzichten bzw diesem ihre Nutzung ohne Entgeltforderung freizugeben.

Soweit es sich um die „kleine Münze“ handelt, liegt nahe, daß diese trotz anerkannten Leistungsschutzes nur einen höchst bescheidenen Nutzungswert hat.

#### **4.5. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der Antragsgegnerin sehr wohl gegenüber der Antragstellerin abzugeltende Rechte zustehen. Es handelt sich um Weitersenderechte, die seit 1. Jänner 1998 Ausschlußrechte sind, die Filmurhebern an nicht gewerbsmäßig hergestellten Filmwerken („Autorenfilmen“) und ausübenden Künstlern zustehen, die in Live-Sendungen unter Beachtung der Einschränkungen des Pkt 13 der Betriebsgenehmigung der Antragsgegnerin mitwirken.

### **5. Angemessenes Entgelt**

Weiters ist das für die in den Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin fallenden, gegenüber der Antragstellerin geltendzumachenden Rechte zustehende „angemessene Entgelt“ zu bestimmen.

#### **5.1. Behauptungs- und Beweislast**

Diesbezüglich stellt sich vorerst die Frage, welche Partei Argumente für die Festlegung der Entgelthöhe darzutun hat und auf welche Weise die Entgelthöhe überhaupt bestimmt werden kann.

§ 19 Abs 1 SKV schreibt vor, daß die Parteien in der mündlichen Verhandlung ihre Anträge vorzubringen und zu begründen haben. Die notwendigen Beweise sind nach Feststellung der Streitpunkte aufzunehmen. Nach § 19 Abs 2 SKV hat die Schiedskommission auf alle für die Entscheidung der Streitpunkte wichtigen Tatsachen und Verhältnisse von Amts wegen Bedacht zu nehmen und sie

durch Vornahme zweckdienlicher Erhebungen und Beweisaufnahmen klarzustellen. Insofern wird das Verfahren vor der Schiedskommission vom Grundsatz der amtswegigen Sachverhaltsfeststellung beherrscht. Die SKV steht spätestens seit dem Inkrafttreten des Art II Abs 1 UrhGNov 1980 auf der Stufe eines einfachen Bundesgesetzes.

Der Grundsatz der amtswegigen Sachverhaltsfeststellung bedeutet nicht, daß sich die Parteien mit bloßen Behauptungen begnügen dürfen und jedwede Prüfung, ob und inwieweit diese Behauptungen zutreffen, der Schiedskommission überlassen bleibe.

Denn nach zutreffender Rechtsprechung sind die Parteien auch in einem Verfahren, das vom Untersuchungsgrundsatz geprägt ist, nicht von jeder Beweislast frei. Vielmehr wird die subjektive Beweislast, also die Verpflichtung der Parteien, den Beweis der für sie günstigen Tatsachen zu erbringen, lediglich durch die Verpflichtung der zur Entscheidung berufenen Einrichtung ergänzt, auch ohne Parteienbehauptungen die zur Entscheidung erforderlichen Tatsachen zu erheben (OGH SZ 53/54; ÖA 1996, 63). Trotz Amtswegigkeit des Verfahrens besteht für die zur Entscheidung berufene Einrichtung ohne konkrete Anhaltspunkte keine Verpflichtung, von sich aus alle nur irgendwie denkbaren Erhebungen durchzuführen (LGZ Wien EF 56.592; 71.624 ua). Dies stellt im gegebenen Zusammenhang auch die Bestimmung des § 19 Abs 1 SKV klar, wonach die Parteien ihre Anträge vorzubringen „und zu begründen“ haben.

Zur Begründung des Antrages der Antragstellerin wurde von dieser zum einen dargetan, daß aus rechtlichen Gründen kein einschlägiger Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin bestehe, worüber sich die Schiedskommission bereits oben geäußert hat, und zur beantragten Entgelthöhe von 0,22 Groschen pro Teilnehmer und Monat lediglich ausgeführt, daß dieser Ansatz lediglich einen Symbolwert darstelle, weil die Antragstellerin keine entgeltwerten Leistungen auf Seite der von der Antragsgegnerin vertretenen Urheber und darstellenden Künstler erkennen könne.

Da die Antragsgegnerin einen Gegenantrag auf Zahlung eines Entgelts in Höhe von ATS 1,26 pro Teilnehmer und Monat stellte, oblag es vor allem der Antragsgegnerin darzulegen, worin sie die Gründe für diese Entgelthöhe sieht. Die diesbezüglichen Darlegungen der Antragsgegnerin brachten keine exakten Daten zutage.

Die Parteien des Verfahrens stimmten jedoch letztlich darin überein, daß es im vorliegenden Fall ohne angesichts des erforderlichen Zeit- und Mittelaufwandes unzumutbare sachverständige Untersuchungen gar nicht möglich ist, exakte Daten zu erarbeiten.

Die Schiedskommission ist der Meinung, daß darin dann kein Grund zur Abweisung eines Entgeltanspruches gesehen werden darf, wenn es immerhin im Wege einer qualifizierten Schätzung möglich ist, ein vertretbares Ergebnis zu erzielen.

## **5.2. Faktoren der qualifizierten Schätzung**

Festzulegen war, an welchen Angaben und Werten sich eine derartige qualifizierte Schätzung (im Sinne des § 273 ZPO) zu orientieren hat.

Dabei ist davon auszugehen, daß das Entgelt „angemessen“ zu sein hat (§ 3 Abs 2 VerwGesG; vgl auch § 86 UrhG). Angemessen ist der tatsächliche Marktpreis; fehlt ein solcher, so indizieren vergleichbare vereinbarte Preise eine geeignete Grundlage für eine Entgeltfestsetzung (OGH MR 1986, 20 = GRURInt 1987, 434 = RfR 1987, 42). Angemessen ist, was üblicherweise bezahlt zu werden pflegt (*Dittrich UrhG*<sup>3</sup> § 86 E 5).

Was bisher bzw derzeit die Kabelbetreiber den Verwertungsgesellschaften insgesamt bezahlen, stellt einen tauglichen Ansatz für die Angemessenheitsprüfung dar. Dieses Gesamtentgelt zeigt, wieviel die von den Verwertungsgesellschaften wahrzunehmenden Rechte den Kabelbetreibern insgesamt sowohl absolut als auch im Verhältnis zum Gesamtumsatz der Kabelbetreiber wert sind.

Zu klären bleibt allerdings, welcher Anteil an diesem Gesamtentgelt auf jene Rechte entfällt, die dem speziellen Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin zugehören, und ob bzw inwieweit diese Rechte schon bisher von anderen Verwertungsgesellschaften wahrgenommen wurden und fortan der Antragsgegnerin zufallen (wodurch die Wahrnehmungsbereiche anderer Verwertungsgesellschaften entsprechend geschmälert würden) – oder ob und inwieweit die von der Antragsgegnerin wahrgenommenen Rechte gleichsam „neu“ sind, somit zu den bisher von den anderen Verwertungsgesellschaften wahrgenommenen Rechten hinzukommen.

Sofern die von der Antragsgegnerin im gegebenen Zusammenhang wahrzunehmenden Rechte dem bisherigen Repertoire anderer Verwertungsgesellschaften entstammen und von diesen auch wahrgenommen wurden, würde dies das von den Kabelbetreibern bisher bezahlte Gesamtentgelt grundsätzlich nicht tangieren; es ginge vielmehr „nur“ um eine neue Umverteilung innerhalb der Verwertungsgesellschaften. Sollten die von der Antragsgegnerin wahrzunehmenden Rechte hingegen „neu“ sein, kämen sie zum bisher bezahlten Gesamtentgelt der Kabelbetreiber hinzu.

Das UrhG hat keine neuen Rechte geschaffen, für deren Wahrnehmung die Antragsgegnerin zusätzlich zu den bereits bestehenden Verwertungsgesellschaften gegründet worden wäre. (Daß die §§ 59a und 59b UrhG mit 1. 1. 1998 novelliert wurden, betrifft die hier angestellten Erwägungen nicht.) Man darf also davon ausgehen, daß die Antragsgegnerin ihren Wahrnehmungsbereich aus Bereichen rekrutierte, die jedenfalls *de iure* bereits anderen Verwertungsgesellschaften zustanden.

Dennoch läßt sich noch nicht ohne weiteres sagen, daß deshalb das der Antragsgegnerin zustehende angemessene Entgelt notwendig ein Teil jenes Gesamtentgelts ist, welches die Kabelbetreiber bisher an alle Verwertungsgesellschaften insgesamt bezahlt haben. Denn es ist immerhin möglich, daß die der Antragsgegnerin eingeräumten Rechte bislang – trotz formeller Wahrnehmungszuständigkeit anderer Verwertungsgesellschaften – von diesen *de facto*

nicht oder nicht hinreichend wahrgenommen und eben deshalb auch nicht entsprechend entgolten wurden.

Insofern mag zwar zutreffen, daß es die Kabelbetreiber nichts angehe, wenn die Verwertungsgesellschaften ihre Rechts- und Verhandlungsposition nicht entsprechend genützt haben. Es geht aber nicht an, derartige frühere Versäumnisse als Argument für die Angemessenheit des Entgelts zu verwenden. Es steht vielmehr den Verwertungsgesellschaften im Zuge neuer Verhandlungen zu, darauf hinzuweisen, daß sie bisher gewisse Rechte, obwohl sie ihnen formell zustanden, de facto nicht wahrgenommen und insofern auch nicht hinreichend in Rechnung gestellt haben. In diesem Falle müßte das bisher bezahlte Gesamtentgelt um den entsprechenden Betrag angehoben werden.

Die Schiedskommission geht dessen ungeachtet von jenem Gesamtentgelt aus, welches zum 31. 12. 1997 von den Kabelbetreibern an die Verwertungsgesellschaften bezahlt wurde. Es ist dies der Betrag von ATS 13,9816 pro Teilnehmer und Monat.

Seitens der Antragsgegnerin wurde darauf hingewiesen, daß dieser Betrag anzuheben sei, weil dieses Gesamtentgelt auf der Grundlage der §§ 59a und 59b UrhG idF 1980/89 beruhe, die für die Weiterleitung ausländischer Rundfunksendungen und (vom Ausland ausgestrahlter) Satellitenprogramme nur eine angemessene Vergütung, nicht aber ein Verbotsrecht gewährten und überdies von einem besonders mäßigen Vergütungssatz ausgegangen seien.

Die Antragsgegnerin verwies auf die nunmehr geänderte Rechtslage (Stichwort: Abschaffung der „Preisbremse“) und die damit verbundene Erwartung, daß sich das Gesamtentgelt erhöhen werde, wobei die Antragsgegnerin zum Ergebnis kam, daß mit einem Gesamtentgelt von ATS 19,80 zu rechnen sei.

Dieser Betrag decke sich etwa mit der durchschnittlichen Lizenzgebühr von 10 % der üblichen Teilnehmerentgelte österreichischer Kabelbetreiber. Die geltende Abonnementgebühr der Telekabel Wien betrage bei vierteljährlicher Zahlung ATS 207.- pro Teilneh-

mer und Monat, bei halbjährlicher Zahlung ATS 198.- und bei jährlicher Zahlung ATS 190.-. Dies ergebe einen Mittelwert von ATS 198.-; davon 10 % ergäben ein Gesamtentgelt von ATS 19,80.

Die Schiedskommission berücksichtigt diese „Hochrechnungen“ der Antragsgegnerin nicht, sondern anerkennt lediglich, daß die bisherigen Verhandlungen der Antragstellerin mit anderen Verwertungsgesellschaften eine Entgelterhöhung von 5 % vereinbart hat. Sie geht daher auch bezüglich des anzusetzenden Gesamtentgelts von einer Aufstockung der ATS 13,9816 um 5 % aus und setzt somit das Gesamtentgelt mit ATS 14,68 an.

### **5.3. Bestimmung des Entgeltanteils der Antragsgegnerin am Gesamtentgeltanspruch aller Verwertungsgesellschaften gegenüber den Mitgliedern der Antragstellerin**

Nunmehr ist zu fragen, welcher Anteil an diesem Gesamtentgelt der Antragsgegnerin zukommt.

**5.3.1. Zur Orientierung am OESTIG-Anteil.** Seitens der Antragstellerin wurde dargetan, daß der Entgeltanteil der Antragsgegnerin im gegebenen Zusammenhang in engem Zusammenhang mit dem Gesamtentgeltanteil der OESTIG stehe, weil die von der Antragsgegnerin wahrzunehmenden Rechte vom Wahrnehmungsbe- reich der OESTIG abgespalten seien.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die OESTIG, wie *Prof. Paul W. Fürst* dargetan hat, die von der Antragsgegnerin wahrgenommenen Rechte nicht oder nicht hinreichend vertreten hat. Es geht daher nicht an, die von der Antragsgegnerin zu vertretenden Rechte lediglich als einen Anteil des bisher der OESTIG zuerkannten Anteils von 1,3 % des Gesamtentgelts zu sehen. Denn zum einen war der auf die OESTIG entfallende Anteil schon bisher offensichtlich zu gering bemessen, was auf die schwächere Verhandlungsposition dieser Verwertungsgesellschaft im Vergleich zu den traditionellen Urhebergesellschaften und der VGR zurückzuführen ist. Der Vertreter der OESTIG vertrat die Ansicht, daß anstelle der 1,3 % Ge-

samtentgeltanteil wohl das Dreifache durchaus gerechtfertigt gewesen wäre.

Dabei ist man aber davon ausgegangen, daß ausübende Künstler, die an Filmwerken oder kinematographischen Erzeugnissen mitwirken, im Hinblick auf die *cessio legis* keine Rechte im Zusammenhang mit der Kabelweiterverbreitung hätten. Die OESTIG hat für diesen Rechtebestand nach eigenen Angaben deshalb in der Vergangenheit weder einen Anteil begehrt noch erhalten, geschweige denn an die Berechtigten ausgeschüttet.

Die Schiedskommission ist daher der Ansicht, daß der an die OESTIG bezahlte Gesamtentgeltanteil im Ergebnis kein ausreichend geeigneter Berechnungsansatz für die Feststellung des Gesamtentgeltanteils der Antragsgegnerin ist.

**5.3.2. Programmanteil.** Ein anderer Ansatz für die Errechnung des Gesamtentgelts der Antragsgegnerin ist der Anteil jener Fernsehsendungen, in denen die von der Antragsgegnerin vertretenen Rechte eine Rolle spielen, am Gesamtprogramm.

Dabei geht es zum einen um den (verschwindenden) Anteil der „Autorenfilme“, worüber bereits gesprochen wurde, und zum anderen um den Anteil der Live-Sendungen.

Gemeint sind hier nicht die *aufgezeichneten, zeitlich versetzt* gesendeten Live-Darbietungen, sondern ausschließlich jene Sendungen, die *unmittelbar und direkt*, ohne zeitliche Versetzung, gesendet werden: also die „echten“ Live-Sendungen.

Aus den vorgelegten statistischen Unterlagen ergibt sich, daß man *cum grano salis* und bei eher restriktiven Durchschnittsansätzen davon ausgehen darf, daß in etwa 5 % aller von Kabelbetreibern weitergeleiteten Fernsehsendungen „echte“ Live-Sendungen sind.

Versucht man den Anteil an Talkshows, kulturellen Info-Sendungen udgl zu quantifizieren, gelangt man nach den Sendestatistiken (siehe Beilage ./12) allein für Talkshows zu einem durchschnittli-

chen Prozentsatz von 8,42 % (1996) bzw 8,46 % (1997). Solche Talkshows sind typische Live-Sendungen. Dessen ungeachtet mag auch ein Anteil voraufgezeichneter Sendungen in Abzug zu bringen sein. Berücksichtigt man, daß eine Reihe weiterer hier relevanter Sendungen hinzukommen, die in der Kategorie Talkshows nicht berücksichtigt sind, wie etwa kulturelle Info-Sendungen mit einem Anteil von immerhin 1,47 % (1996) bzw 2,03 % (1997), erscheint ein Abzug von etwas mehr als 3 % gerechtfertigt, sodaß sich ein Sendeanteil von rund 5 % ergibt.

Dies deckt sich auch mit den Angaben der Auskunftsperson *Dr. Fischer-See* (Prot. 12. 10. 1998, 6 f), der einen Anteil echter Live-Sendungen mit einem Drittel von 15,8 % angab, wobei sich diese Prozentsätze aus einer Computerauswertung auf der Grundlage einer Kostenstellenrechnung ergeben. Da sich die Programme des ORF von denjenigen anderer – von österreichischen Kabelbetreibern weitergeleiteten – öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen nicht wesentlich unterscheiden, können diese ORF-Daten durchaus zum Vergleich herangezogen werden.

Die vorgelegten einschlägigen Angaben über ausländische Fernsehanstalten einerseits und die Ausführungen, die insbesondere *Dr. Fischer-See* über die ORF-Programme gemacht hat, andererseits führen also zum Ergebnis, daß die im gegebenen Zusammenhang beachtlichen Rechte im Bereich von 5 % des Gesamtprogrammes der Fernsehanstalten relevant sind. Diese Annahme beruht auf Durchschnittsüberlegungen. Sie ist nach dem Vorsichtsprinzip im unteren Bereich angesiedelt. Es gibt eine Reihe von Rundfunkunternehmen, die einen höheren Anteil an Live-Sendungen haben. Dies ermöglicht leichte Aufrundungen.

**5.3.3. Reduktionen des Programmanteils.** Der Umstand, daß in etwa 5 % aller Fernsehsendungen live sind, bedeutet allerdings nicht, daß der Gesamtentgeltanteil der Antragsgegnerin unbeschadet einen Anteil am Gesamtentgelt von 5 %, somit – ausgehend von einem Gesamtentgelt von ATS 14,68 – 73,40 Groschen pro Teilnehmer und Monat betrage.

Denn die 5 % Live-Sendungen enthalten naheliegenderweise keineswegs nur Darbietungen, an denen die von der Antragsgegnerin wahrgenommenen Rechte bestehen. Vielmehr sind erhebliche Abstriche zu machen.

Somit ist nunmehr zu prüfen, worin diese Abstriche bestehen und inwieweit sie gerechtfertigt erscheinen.

**5.3.3.1. Keine Vorträge oder Aufführungen.** Zum einen ist zu beachten, daß ein guter Teil der Live-Auftritte keine Vorträge oder Aufführungen ausübender Künstler von Sprachwerken und allenfalls damit verbundenen Werken der Tonkunst oder von Werken der in § 2 Z 2 UrhG bezeichneten Art (choreographische und pantomimische Werke) sind.

Ein erheblicher Anteil der Live-Sendungen entfällt zB auf den Sport bzw auf das Gebiet Theater und Musik. Folgt man den Angaben, die *Dr. Fischer-See* zum ORF gemacht hat, so ergibt sich etwa folgendes Bild (das freilich nur ein Annäherungsbeispiel sein kann, weil es im vorliegenden Zusammenhang weniger um den ORF als um zahlreiche andere Fernsehanstalten geht):

Der Bereich Sport umfaßt beim ORF 5,562 % der Gesamtsendezeit. Davon sind 68,8 % Live-Sendungen, dies bedeutet, daß etwa 3,8 % der Gesamtsendezeit Live-Sendungen im Sportbereich sind. Im Rahmen dieser Live-Sendungen finden sich immer wieder Gastreportagen, Talkshows und Interviewsendungen. Ein Anteil davon darf wohl als Vorträge und Aufführungen im hier relevanten Sinne angesetzt werden.

Der Bereich Theater und Musik erfaßt 3,0 % der Gesamtsendezeit. Davon sind 8,8 % Live-Sendungen. Folgt man dieser Angabe, so beträgt der Live-Sendeanteil im Bereich Theater und Musik lediglich 0,2 % aller Live-Sendungen. Theater- und Konzertaufführungen fallen nach Pkt 13 der Betriebsgenehmigung nicht in den Wahrnehmungsbereich der Antragsgegnerin. Der Anteil an für die Antragsgegnerin in Frage kommenden Live-Sendungen wird dadurch kaum geschmälert.

Der Bereich Show und Unterhaltung nimmt im ORF insgesamt 4,05885 % der Sendezeit in Anspruch; Live-Sendungen sind davon 15,2 %, haben also an der Gesamtsendezeit 0,61694 %. Hier findet sich ein beachtlicher Anteil an im gegebenen Zusammenhang relevanten Live-Sendungen.

Weitere einschlägige Live-Sendungen finden sich im Bereich der aktuellen Dienste, Kultur und Politik. Der aktuelle Bereich bietet 26,8 % Live-Sendungen. Auch im Bereich Religion gibt es einen Live-Anteil von 25 %. Zieht man die bisher genannten Prozentsätze an Live-Sendungen von den oben genannten 5 % Gesamtsendezeit ab, verbleiben für aktuelle Dienste, Kultur und Politik sowie Religion und weitere Bereiche nochmals etwa 0,4 % Gesamtsendezeit für Live-Sendungen übrig.

Setzt man im Bereich Sport (unter Berücksichtigung des Umstandes, daß im Vergleich mit anderen Sendern die Sportinformation und die Sportdarbietungen sich in etwa die Waage halten) bei vorsichtiger Schätzung etwa ein Drittel der Live-Sendezeit für einschlägige Interviews, Talkshows udgl an (also 1,26 % der Gesamtsendezeit) und rechnet man die weiteren 0,6 % Live-Sendungen im Bereich Show und Unterhaltung sowie die weiteren 0,4 % sonstige Live-Sendungen hinzu, ergibt sich ein grundsätzlich einschlägiger Gesamtsendeanteil von 2,26 %.

**5.3.3.2. „Kleine Münze“.** Soweit Urheberrechte bestehen, ist davon auszugehen, daß es sich wohl oft um Fälle der „kleinen Münze“ handelt, somit auch ein diesbezüglicher Entgeltanspruch ausübender Künstler eher gering ist. Bezüglich der Bejahung der „kleinen Münze“ sollte man jedoch angesichts der Grundhaltung von Lehre und Rechtsprechung eher eine gewisse Großzügigkeit walten lassen.

**5.3.3.3. An Rundfunkunternehmer abgetretene Rechte.** Ferner ist zu beachten, daß in gewissem Ausmaß bestehende Rechte an den Rundfunkunternehmer abgetreten werden, weil berechnigte Darsteller (noch) keine Mitglieder der Antragsgegnerin sind und die

Rundfunkunternehmer Interesse daran haben, die zwischen den Beteiligten bestehende Rechtslage vorab zu klären. Solche „Außenseiter“ werden daher ihre Rechte dem Rundfunkunternehmer – je nach den gegebenen Umständen entweder gegen Entgelt oder auch unentgeltlich – einräumen.

**5.3.3.4. „Außenseiterproblematik“.** Im Rahmen der Erörterung der Entgelthöhe wurde seitens der Antragstellerin darauf hingewiesen, daß die Antragsgegnerin auch die Entgelte von „Außenseitern“ für sich in Anspruch nehme; die Zahl dieser „Außenseiter“ jedoch gerade im vorliegenden Zusammenhang wohl recht hoch sei; überdies viele „Außenseiter“ – insbesondere die „einmaligen“ – ihre Entgeltansprüche gegenüber der Antragsgegnerin wohl kaum geltend machen würden, was dazu führen müsse, daß für die nicht behobenen Entgelte ein entsprechender Abstrich zu machen sei.

Die Schiedskommission hält grundsätzlich fest, daß § 59a Abs 2 UrhG den Verwertungsgesellschaften auch jenen Personen, die mit der Verwertungsgesellschaft keinen Wahrnehmungsvertrag geschlossen haben und deren Rechte auch nicht aufgrund eines Gegenseitigkeitsvertrages mit einer ausländischen Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden, dieselben Rechte und Pflichten wie Bezugsberechtigten der Verwertungsgesellschaft zukommen. Daraus folgt, daß die Antragsgegnerin befugt ist, auch für diese „Außenseiter“ von den Kabelbetreibern Entgelte einzuheben.

Da Bezugsberechtigte und „Außenseiter“ grundsätzlich das Recht auf Gleichbehandlung haben, stehen der Verwertungsgesellschaft für die „Außenseiter“ die gleichen Entgeltansprüche wie für die Bezugsberechtigten zu. Diese Ansicht ist zwischen den Parteien nicht bestritten.

Die Antragstellerin wendet jedoch ein, daß sich die Antragsgegnerin insoweit Abstriche gefallen lassen müsse, als von vornherein klar sei, daß ein erheblicher Teil der „Außenseiter“ die ihnen gebührenden Entgelte von der Antragsgegnerin nicht einfordern werden. Wenn jedoch der Gläubiger seine Ansprüche nicht geltend mache, brauche der Schuldner nicht zu leisten. Daher sei nicht

einzusehen, warum die Verwertungsgesellschaft behalten solle, was von den berechtigten „Außenseitern“ gar nicht in Anspruch genommen werde.

Die Antragsgegnerin steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß diesbezügliche Gelder der Gruppe der Bezugsberechtigten zuzuweisen wären, weil der Antragstellerin immerhin die Nutzungen zugekommen seien und es nicht einzusehen sei, warum sie das dafür zu zahlende Entgelt behalten sollte. Es könnte besser zum allgemeinen Wohle der Bezugsberechtigten verwendet werden.

Überdies ziele die Antragstellerin daraus einen Vorteil, daß sie aufgrund der Monopolstellung der Antragsgegnerin nicht mit der Geltendmachung von Ansprüchen von anderer Seite zu rechnen brauche. Der Preis für diese Vereinfachung sei die Pflicht, der Antragsgegnerin auch das Entgelt für alle „Außenseiter“ herauszugeben.

Diesem Argument hält die Antragstellerin entgegen, daß Urheberrechte Individualrechte seien und unverständlich wäre, die Vorteile aus diesen Rechten *sich selbst* bzw. *anderen* Bezugsberechtigten zukommen zu lassen, welche das Außenseiterentgelt ebensowenig verdient hätten wie die Antragsgegnerin selbst. Es liege daher näher, dem Schuldner zu belassen, was der wahre Gläubiger nicht einfordere.

Die „Außenseiterproblematik“ ist umso akuter, je geringer die Organisationsdichte der Verwertungsgesellschaft ist. Die Schiedskommission ist sich dessen bewußt, daß die Antragsgegnerin zum einen als junge Verwertungsgesellschaft noch im Aufbau ihrer Infrastruktur ist und zum anderen angesichts der an Live-Sendungen Mitwirkenden in erheblichem Maße mit „Außenseitern“ zu rechnen ist; insbesondere wohl auch mit solchen, die wohl kaum den Weg zur Antragsgegnerin suchen werden.

Wer lediglich als „Eintagsfliege“ in einer Live-Sendung leistungsschutzrechtsrelevant auftritt, hat zwar einen Entgeltanspruch, es liegt aber nahe, daß er sich dessentwegen nicht bei der Antragsgegnerin melden wird. In solchen Fällen ist es der Antragsgegnerin

auch nicht möglich, solche Personen auszuforschen. Überdies liegt nahe, daß diese Personen ihre Rechte dem Rundfunkunternehmen übertragen bzw auf deren Geltendmachung verzichten. Hier wird es sich also kaum um „Außenseiter“ handeln, für welche die Antragsgegnerin Entgeltansprüche geltend machen kann.

Soweit jemand hingegen immer wieder in Live-Sendungen einschlägige Werke vorträgt und aufführt und insoweit der Antragsgegnerin auffällt, kommt ein Entgeltanspruch durchaus in Frage, sofern es nicht vorweg zu einer Rechteübertragung an die Rundfunkanstalt gekommen ist.

All dies spricht dafür, im gegebenen Zusammenhang die Ansprüche der Antragsgegnerin für „Außenseiter“ eher bescheiden anzusetzen, auch wenn die Schiedskommission grundsätzlich die Ansicht teilt, daß „Außenseiter“ denselben Entgeltanspruch wie Bezugsberechtigte haben und Verwertungsgesellschaften berechtigt sind, auch die „Außenseitern“ zustehenden Entgelte einzuheben. Dabei sollte aber nicht übersehen werden, daß die Vorstellung nicht unbedenklich ist, der Verwertungsgesellschaft auch solche Entgelte endgültig zuzuerkennen, von denen von vornherein klar ist, daß sie von den „Außenseitern“ nie behoben werden.

Im Hinblick auf Personen, die mit Sicherheit die Verwertungsgesellschaft von sich aus nicht ansprechen werden und bei welchen es der Verwertungsgesellschaft unzumutbar ist, sie auszuforschen, erscheint ein angemessener Abstrich vom seitens der Verwertungsgesellschaft eingehobenen Entgeltanspruch gerechtfertigt. Nur für jene schätzbare Zahl von „Außenseitern“, die der Verwertungsgesellschaft aufgrund ihrer Auftritte aller Voraussicht nach hinreichend auffallen und von ihr auf zumutbare Weise ansprechbar sind, ist das gleiche Entgelt wie für Bezugsberechtigte einzuheben. Insofern ist allerdings eine entsprechende Großzügigkeit in der Einschätzung geboten.

**5.3.3.5. „Rechtetiefe“?** Die Frage der „Rechtetiefe“ einer Produktion spielt hingegen nach Ansicht der Schiedskommission für das angemessene Entgelt nur eine untergeordnete Rolle. Denn der Wert

einer Sendung hängt weniger davon ab, wieviele Urheber ein Werk kreieren und wieviele ausübende Künstler es darbieten, als vielmehr davon, welchen Marktwert das zustandegebrachte Produkt hat. Eine Sendung, die keine hinreichenden Einschaltquoten bietet, ist auch dann wenig wert, wenn viele Urheber und ausübende Künstler mitgewirkt haben. Umgekehrt können wenige Urheber eine Produktion mit hohem Marktwert liefern. Die Schiedskommission anerkennt zwar, daß im gegebenen Zusammenhang nicht jede Sendeminute gleich viel wert ist, ist aber deshalb nicht schon der Auffassung, daß insbesondere die „Rechtstiefe“ den Wert der Sendeminute bestimmt. Entscheidend ist vielmehr der Marktwert des jeweiligen gesamten Programmanteiles.

Für die Frage der Bestimmung eines Gesamtentgeltanteiles ist daher schon aus Gründen der notwendigen Pauschalierung die Frage der Rechtstiefe der einzelnen Produktion kein entscheidendes bzw. tragendes Kriterium der Entgeltfestlegung.

**5.3.3.6. Zur deutschen Rechtslage.** Strittig ist schließlich die Frage, ob und inwieweit die neue deutsche Rechtslage Entgeltansprüche der Antragsgegnerin beeinflusst. Vorabtretungen an Verwertungsgesellschaften sind auch nach der neuen deutschen Rechtslage zulässig. Soweit sie vorliegen, bestehen also keine Probleme.

Die Antragsgegnerin meint, daß die neue deutsche Rechtslage Rechteabtretungen auf angemessene Vergütung gegenüber dem Kabelbetreiber unterbinde. Die Schiedskommission ist demgegenüber der Ansicht, daß die nunmehr in § 20b dUrG festgehaltene Unverzichtbarkeit der Ansprüche von Urhebern auf angemessene Vergütung gegenüber dem Kabelunternehmer im Falle einer Kabelweitersendung nur einen Verzicht oder eine allgemeine *Voraus-*abtretung an das Rundfunkunternehmen hintanhält, nicht aber eine Ad-hoc-Abtretung konkreter Rechte bezüglich einer ganz bestimmten Sendung.

Wurden in Deutschland rechtswirksam Vergütungsansprüche an das deutsche Rundfunkunternehmen abgetreten, so ist diese Ab-

tretung sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht zulässig und anzuerkennen.

Daß Rechteabtretungen an Rundfunkunternehmen manchmal unter Umständen stattfinden, welche die Frage etwaiger Sittenwidrigkeit aufwerfen, kann nicht ausgeschlossen werden und ist der Schiedskommission bewußt.

**5.3.3.7. Abwägung.** In Abwägung all jener Elemente, die gegen eine uneingeschränkte Orientierung der anstehenden Entgeltfestlegung an den genannten 5 % Live-Sendeanteil und damit an 5 % des errechneten Gesamtentgelts sprechen, kommt die Schiedskommission zum Ergebnis, daß unter Heranziehung der Grundsätze des § 273 ZPO eine Reduktion dieses Anteils um etwa drei Viertel gerechtfertigt erscheint.

Etwa die Hälfte der durchschnittlichen Live-Sendezeiten wurde dabei als im gegebenen Zusammenhang nicht relevant eingeschätzt. Darüber hinaus hält es die Schiedskommission für gerechtfertigt, auch vom verbleibenden Restbereich nochmals die Hälfte im Hinblick auf die Entgeltreduktion wegen kleiner Münze und wegen an Rundfunkanstalten abgetretener Rechte von „Außenseitern“ zu streichen.

Geht man von einem Gesamtentgelt von ATS 14,68 pro Teilnehmer und Monat aus, so sind 5 % davon 73,40 Groschen pro Teilnehmer und Monat. Streicht man davon drei Viertel, verbleibt als Rest ein Betrag in der Höhe von 18,35 Groschen.

Angesichts der im Hinblick auf die „Autorenfilme“ in Aussicht genommenen Aufrundung entschloß sich die Schiedskommission, den Entgeltbetrag mit 19 Groschen pro Teilnehmer und Monat festzusetzen und damit für „Autorenfilme“ einen Zusatzbetrag von 0,65 Groschen zu gewähren.

## **6. Satzungstext**

### **6.1. Wertsicherung**

Die von der Antragsgegnerin beantragten Änderungen im Text der von der Antragstellerin beantragten Satzung wurden von der Antragstellerin zum einen bezüglich der beantragten Änderung der Wertsicherungsklausel kritisiert. Die Antragstellerin monierte, daß die von der Antragsgegnerin vorgeschlagene Wertsicherungsklausel nicht jener Klausel entspreche, die mit der größten Verwertungsgesellschaft AKM gesamtvertraglich vereinbart worden sei. Die Antragstellerin legte den AKM-Vertrag vor und beantragte, die Wertsicherungsklausel diesem Vertrag entsprechend zu fassen.

Die Schiedskommission kam diesem Antrag nach und faßte die Wertsicherungsklausel der Satzung entsprechend dem Pkt 6 des AKM-Vertrages.

### **6.2. Mitteilung der Teilnehmerzahl**

Der Antrag der Antragsgegnerin, bezüglich der Mitteilung der Teilnehmerzahl eine im Satzungsvorschlag der Antragstellerin nicht enthaltene Zusatzregelung aufzunehmen (Vorbereitender Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 16. 9. 1998, Seite 15 Pkt IV Z 2), wird auf Antrag der Antragstellerin vom 3. 11. 1998 (Urkundenvorlage Seite 5) aus den von der Antragstellerin dargelegten Gründen abgelehnt.

### **6.3. Kontrolle**

Die Antragsgegnerin nahm ferner gegen die von der Antragstellerin vorgeschlagene Kontrollregelung Stellung und schlug einen anderen Text vor. Die Antragstellerin sprach sich dafür aus, die Regelung des AKM-Vertrages (Pkt 9 des Einzelvertrages) zu übernehmen. Die Schiedskommission folgte diesem Vorschlag, weil kein Argument gegen eine gleiche Satzungsregelung spricht.

#### **6.4. Persönlichkeitsrechte**

Gegen den Vorschlag der Antragsgegnerin, die Bestimmung des Pkt 13 in die Satzung aufzunehmen, wurde seitens der Antragstellerin kein substantieller Einwand erhoben. Die Schiedskommission nahm daher diese Bestimmung in die Satzung auf.

### **III. Kostenentscheidung**

#### **1. Die Kosten des Kommissionsverfahrens tragen die Parteien zu gleichen Teilen.**

Die Höhe der angefallenen Honorare wird in den Honorarnoten ausgewiesen und den Parteien vom Vorsitzenden der Schiedskommission vorweg mitgeteilt.

Jedes Mitglied der Schiedskommission wird jeder Partei eine Honorarnote über jeweils die Hälfte des zustehenden Honoraranspruches einschließlich des allfälligen Umsatzsteuerbetrages legen. Gleiches gilt für die Honorarnote des Schriftführers.

Die Parteien werden die Honorarnoten begleichen und erhalten nach Bestätigung die auf das Konto der Schiedskommission einbezahlten Beträge zurück.

#### **2. Die Kosten der eigenen anwaltlichen Vertretung trägt jede Partei selbst.**

Das Kostenverzeichnis des Rechtsvertreters der Antragstellerin lautet auf die Summe von ATS 87.032.- zuzüglich ATS 17.406,40 USt, somit insgesamt ATS 104.438,40.

Das Kostenverzeichnis des Rechtsvertreters der Antragsgegnerin lautet auf die Summe von ATS 75.164.- zuzüglich ATS 15.032,80 USt, somit insgesamt ATS 90.196,80.

Wien, am 3. November 1998

Die Schiedskommission:



Dr. Krejci (Vorsitzender)



Dr. Dillenz



DDr. Dittrich,



Dr. Strebinger



Dr. Walter.