

Constanze Semmelmann

Die Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft im Rahmen einer erweiterten Kollektivlizenz

Mit der Einführung von erweiterten Kollektivlizenzen 2020 sind Hoffnungen verbunden, Digitalisierungsvorhaben zu erleichtern. Es ist sowohl im Interesse von Rechteinhabern und Nutzern wie auch der Allgemeinheit, Nutzungen zu ermöglichen. Grundlegend für eine rechtlich korrekte und rechtspolitisch sinnvolle Anwendung des Art. 43a URG ist es, die Rolle erweiterter Kollektivlizenzen jenseits von obligatorischer und freiwilliger Kollektivverwertung einzuordnen. Ziel des folgenden Artikels ist es, dazu einen kleinen Beitrag zu leisten.

L'introduction des licences collectives étendues en 2020 suscite l'espoir d'une facilitation des projets de numérisation. Il est dans l'intérêt non seulement des titulaires de droits et des utilisateurs, mais aussi du public, de rendre les utilisations possibles. Pour une application juridiquement correcte et politiquement judicieuse de l'art. 43a LDA, il est essentiel de définir le rôle des licences collectives étendues au-delà de la gestion collective obligatoire et de la gestion collective facultative. L'objectif de l'article suivant est d'apporter une petite contribution à cet égard.

-
- I. Einleitung
 - II. Rechtlicher Rahmen einer erweiterten Kollektivlizenz unter dem URG
 - III. Art. 12 DSM-Richtlinie der EU und Tendenzen zur Repräsentativität in der EU
 - IV. Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft unter Art. 43a URG
 - 1. Enge Auslegung
 - 2. Weite Auslegung
 - V. Vertiefte Analyse und Stellungnahme
 - 1. Keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung
 - 2. «Kann-Vorschrift»
 - VI. Ergebnis und Schluss

I. Einleitung

Kann ProLitteris das Zugänglichmachen von historischen Fotografien in Bilddatenbanken für die Schweiz über Art. 43a URG lizenzieren? Können SUIISA und Swissperform Musik auf YouTube für die Abrufbarkeit in der Schweiz im Rahmen einer erweiterten Kollektivlizenz erlauben? Ist eine erweiterte Kollektivlizenz durch SUISSIMAGE oder die SSA

CONSTANZE SEMMELMANN, Dr. iur., Head of Legal & Internationale Beziehungen, Geschäftsleitung, ProLitteris. Lehrbeauftragte HSG für Europäisches und Internationales Immaterialgüterrecht.

Die Autorin dankt für Diskussion oder Kommentare Andrea Voser, Mario Minder, Michael Egli, Jürg Ruchti, Philip Kübler, Salome Horber, Sandra Gerber, Valentin Blank und Vincent Salvadé.

möglich für Filme auf einer Online-Datenbank für das audiovisuelle kulturelle Erbe der Schweiz?

Eine entscheidende Vorfrage ist, ob die jeweilige Verwertungsgesellschaft repräsentativ ist (Art. 43a Abs. 1 lit. b URG). Der folgende Beitrag beleuchtet die gesetzlichen Grundlagen, die Erläuterungen des Gesetzgebers sowie als formell nicht bindendes, rechtsvergleichendes Material zur Reflexion die Rechtslage und Tendenzen in der Europäischen Union (EU). Eine weite und eine enge Auslegung der Repräsentativität werden zunächst einander gegenübergestellt. Zur Ermittlung einer rechtlich korrekten und rechtspolitisch sinnvollen Auslegung der Repräsentativität wird das Zusammenspiel der Repräsentativität mit Art. 43a Abs. 1 lit. a URG und mit dem Opting-out-Risiko («Kann-Vorschrift») vertieft untersucht.

II. Rechtlicher Rahmen einer erweiterten Kollektivlizenz unter dem URG

Art. 43a URG ermöglicht den Abschluss von erweiterten Kollektivlizenzen ausserhalb der obligatorischen Kollektivverwertung und auch für Werke und Leistungen von Rechteinhabern, die von der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft vertraglich nicht vertreten werden. Von der Lizenz erfasste Rechteinhaber können über eine Opting-out-Erklärung ihre Werke und Leistungen von der Lizenz ausnehmen lassen. Neben der Einschätzung, wann die normale Verwertung beeinträchtigt wird und eine erweiterte Kollektivlizenz daher nicht möglich ist (Art. 43a Abs. 1 lit. a), ist es insbesondere das Kriterium der Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft (Art. 43a Abs. 1 lit. b), das in der Praxis wichtige Auslegungsfragen aufwirft. Vorliegend geht es aus Gründen der analytischen Klarheit nur um die Anknüpfungspunkte und Kriterien für die Repräsentativität für eine erweiterte Kollektivlizenz nach Art. 43a URG. Die Frage, wann eine Ver-

wertungsgesellschaft für ausländisches Repertoire oder gar für die Erteilung multiterritorialer erweiterter Kollektivlizenzen repräsentativ ist, soll hier ausgeklammert werden.¹

Der Gesetzeswortlaut definiert die Repräsentativität wie folgt: «Die Verwertungsgesellschaft vertritt im Anwendungsbereich der Lizenz eine massgebende Anzahl von Rechteinhabern und -inhaberinnen.»

In der Botschaft finden sich folgende Erläuterungen,² wann Verwertungsgesellschaften vertraglich nicht vertretene Rechteinhaber, Rechte und Werke bzw. Leistungen in die Lizenz integrieren dürfen: «Sie [die Verwertungsgesellschaften] dürfen dies allerdings nur tun, wenn sie für den entsprechenden *Nutzungsbereich* repräsentativ sind, wenn sich also unter ihren Mitgliedern eine massgebende Zahl *direkt betroffener* Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber findet. [...] Die Verwertungsgesellschaft muss ausserdem gemäss Absatz 1 Buchstabe b im *Anwendungsbereich der Lizenz* eine massgebende Anzahl Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber vertreten. Mit anderen Worten muss sie im Hinblick auf die *von der Lizenz betroffene Kategorie von Werken und Leistungen* und auf deren *Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber* repräsentativ sein. In der Praxis dürfte es für die Anerkennung der Repräsentativität genügen, dass ihre eigenen Mitglieder *in der betroffenen Kategorie von Werken und Leistungen* tätig sind und dass Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Schwester-gesellschaften bestehen, deren Mitglieder Werke und Leistungen hervorbringen, die im *Anwendungsbereich der Lizenz* potenziell genutzt werden. So wird gewährleistet, dass die Verwertungsgesellschaften, die auf der Grundlage von Artikel 43a Vereinbarungen abschliessen, ausreichend *legitimiert* sind, um Vereinbarungen auf Nicht-Mitglieder ausdehnen zu können.» [Hervorhebungen durch CS]

In der Literatur zu Art. 43a URG finden sich über Verweise auf die Botschaft hinaus Hinweise zu einer zurückhaltenden Auslegung der Repräsentativität³ sowie Anhaltspunkte für die quantitative Dimension, wie die «massgebende Anzahl» vertraglich vertretener Rechteinhaber ausgelegt werden kann.⁴ Ausserdem wird thematisiert und meist bejaht, ob im betroffenen Bereich Rechte im Sinne der freiwilligen Kollektivverwertung übertragen sein müssen.⁵ Insgesamt kann der Kommentarliteratur damit durchwegs eine gewisse Hürde für die Repräsentativität entnommen werden.

III. Art. 12 DSM-Richtlinie der EU⁶ und Tendenzen zur Repräsentativität in der EU

Die DSM-Richtlinie der EU ist für die Schweiz nicht bindend. Jedoch hat auch der schweizerische Gesetzgeber vor Verlassen des Art. 43a URG mit Botschaft die EU-Neuerungen gekannt und zitiert,⁷ wenn auch nicht die finale Fassung, die erst im Frühjahr 2019 verabschiedet wurde.

Neben Lizenzierungsinstrumenten für vergriffene Werke, die auch Werke von vertraglich nicht vertretenen Rechteinhabern erfassen können (Art. 8 DSM-RL), hat Art. 12 DSM-RL in der EU eine allgemeine Vorschrift zu erweiterten Kollektivlizenzen eingeführt. Auch dort wird als

Voraussetzung die Repräsentativität der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft verlangt, was sowohl im Richtlinien-text wie auch in den Erläuterungen präzisiert wird. Erforderlich ist nach dem Richtlinien-text des Art. 12 Abs. 3 lit. a), dass die Verwertungsgesellschaft «[...] aufgrund ihrer Mandate ausreichend repräsentativ [ist] für die Rechteinhaber der einschlägigen Art von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen *sowie* für die *Rechte*, die Gegenstand der Lizenz für den jeweiligen Mitgliedstaat sind;»

In den erläuternden Erwägungsgründen der DSM-RL finden sich folgende Hinweise:

«Der mit dieser Richtlinie vorgegebene Rechtsrahmen sollte den Mitgliedstaaten einen *Handlungsspielraum* einräumen, entsprechend ihrer Rechtstradition, ihrer gängigen Praxis oder ihren Gegebenheiten ein spezifisches Lizenzvergabeverfahren, etwa die erweiterte kollektive Lizenzvergabe oder Vermutungen für die Vertretung, für die Nutzung vergriffener Werke oder sonstiger Schutzgegenstände durch Einrichtungen des Kulturerbes festzulegen. Die Mitgliedstaaten sollten überdies bei der Festlegung *flexibel sein, welche Anforderungen die Verwertungsgesellschaften erfüllen müssen, um als hinreichend repräsentativ* zu gelten, solange als Grundlage für diese Festlegung herangezogen wird, ob eine beträchtliche Zahl von Rechteinhabern *im Bereich der einschlägigen Arten* von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen ein *Mandat* zur Lizenzerteilung für die entsprechende Nutzungsart erteilt hat. Die Mitgliedstaaten sollten besondere Regeln für Fälle, in denen mehr als eine Verwertungsgesellschaft für die jeweiligen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände repräsentativ ist,

- 1 Dazu betreffend die EU-Rechtslage z.B. M. SUTTERER, Erweiterte kollektive Lizenzen im Kontext grenzüberschreitender Werknutzungen. Ein Versuch zur Bestimmung der territorialen Bezugspunkte der Tatbestandsvoraussetzungen innerhalb der europäischen Regelungen zur ECL und zu den vergriffenen Werken, GRUR International 05/2021, 662–670; N. RAUER/A. BIBI, Extended Collective Licencing in the DSM Directive – An Opportunity to Make Art. 17 DSM Directive Work? GRUR International 09/2021, 113–122; Study on emerging issues on collective licensing practices in the digital environment, Final report, 167 f., <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8768f709-4c15-11ec-91ac-01aa75ed71a1/language-en>>, 30. September 2022.
- 2 Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung, BBl 2018 591, 640 f.
- 3 In diese Richtung C. GASSER/T. BURNENS, Erweiterte Kollektivlizenzen, in: Peter Mosimann (Hg.), Das revidierte Urheberrecht, Basel 2020, 131–168, Rn. 340; R. M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rn. 772, der die abstrakte Mitgliederzahl im Bereich der obligatorischen Kollektivverwertung nicht als ausreichend erachtet, sondern die Repräsentativität aus der Vertretung relevanter Rechte in der fakultativen Kollektivverwertung ableitet.
- 4 GASSER/BURNENS (Fn. 3), Rn. 341 unter Verweis auf die Praxis unter Art. 46 Abs. 2 und 56 Abs. 2 URG zur Vertretung von Nutzern durch einen Nutzerverband im Rahmen der Tarifverhandlungen («massgebende Nutzerverbände»).
- 5 HILTY (Fn. 3), Rn. 772, bejahend. D. BARRELET/M. HEINZMANN/S. KÜNZI/D. MEIER/C. RIEDO/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020, URG 43a N 10, bejahend.
- 6 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, OJ L 130, 17.5.2019, S. 92–125, «Digital Single Market-Richtlinie» (DSM-RL).
- 7 BBl 2018 591, 614.

festlegen und zum Beispiel gemeinsame Lizenzen oder eine Vereinbarung zwischen den einschlägigen Gesellschaften vorschreiben dürfen.»⁸

«Damit die erweiterte Wirkung der Verfahren zur kollektiven Lizenzvergabe gerechtfertigt ist, sollte eine derartige Organisation insbesondere aufgrund der ihr von den Rechteinhabern erteilten Erlaubnisse ausreichend repräsentativ für die Art von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen sowie für die Rechte sein, die Gegenstand der Lizenz sind. Gemäß der Richtlinie 2014/26/EU sollten die Mitgliedstaaten die Anforderungen festlegen, die erfüllt werden müssen, damit diese Organisationen als ausreichend repräsentativ gelten, wobei die Kategorie der von der Organisation wahrgenommenen Rechte, die Fähigkeit der Organisation, die Rechte wirksam zu verwalten und die Kreativbranche, in der sie tätig ist, sowie die Frage zu berücksichtigen ist, ob der Organisation eine ausreichend große Zahl von Rechteinhabern im Bereich der einschlägigen Arten von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen angehört, die ein Mandat zur Lizenzerteilung für die entsprechende Nutzungsart erteilt haben. Damit Rechtssicherheit geboten und für Vertrauen in die Verfahren gesorgt ist, sollten die Mitgliedstaaten bestimmen dürfen, wer die Verantwortung für durch die Lizenz genehmigten Nutzungen trägt.»⁹

Einerseits suggerieren Wortlaut und Erläuterungen der DSM-RL in der EU zu erweiterten Kollektivlizenzen, dass eine Verwertungsgesellschaft betreffend das relevante Recht eine gewisse Anzahl Rechteinhaber vertraglich vertreten muss. Dies führt konsequenterweise und auch nach den zu vernehmenden Stimmen aus der Praxis¹⁰ zu einer engen Auslegung und restriktiven Anwendung in der Praxis. Möglich wären demnach nur erweiterte Kollektivlizenzen über ein Recht, das die lizenzierende Verwertungsgesellschaft sowieso vertraglich übertragen bekommen hat, aber für eine gewisse Anzahl Rechteinhaber eben nicht.

Andererseits hält die Literatur Vermutungen, Typisierungen und eine gewisse Flexibilität bei der Bestimmung der Repräsentativität für unerlässlich, auch um dem neuen Instrument in der Praxis Relevanz zu verleihen.¹¹ Auch der EU-Gesetzgeber öffnet in den Erwägungsgründen neben der Anforderung des vertraglichen Mandats für das betroffene Recht eine Tür zur Berücksichtigung verschiedener Erwägungen wie allgemeiner Management-Kapazitäten und gesteht den Mitgliedstaaten ausdrücklich eine gewisse Flexibilität zu, die Repräsentativität aufgrund nationaler Gepflogenheiten zu definieren.¹²

IV. Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft unter Art. 43a URG

1. Enge Auslegung

In der Praxis in der Schweiz stellt sich zunehmend die Frage, ob eine erweiterte Kollektivlizenz nur eine quantitative Ausdehnungswirkung auf eine vertraglich unvertretene Menge an Rechteinhabern hat, aber keine nicht sowieso verwerteten Rechte umfassen kann («enge Auslegung»). Grundlage dieser engen Auslegung ist der Gesetzeswortlaut selbst («im Anwendungsbereich der Lizenz») und teilweise – wenn

auch mehrdeutig im Ganzen – die Botschaft sowie – allenfalls als rechtsvergleichende Inspiration – derartige Tendenzen aus dem deutschsprachigen Ausland. Repräsentativität würde also bedeuten, dass eine Verwertungsgesellschaft z.B. Rechte auf Zugänglichmachen im Internet für Fotografien von ihren eigenen Mitgliedern hat, und vertraglich nicht vertretene Rechteinhaber in die Lizenz über das Zugänglichmachen von Fotografien integrieren dürfte. Ausreichend wäre nicht, dass sie z.B. Reprografierechte an Fotos oder das Reproduktionsrecht an bildender Kunst wahrnimmt.

Analytisch zu trennen ist die Frage, ob das betroffene Recht überhaupt vertraglich verwertet wird, von der Frage, was «Massgeblichkeit» quantitativ bedeutet. Bei der Massgeblichkeit bieten sich die in der Literatur suggerierten Parallelen zur Vertretungsbefugnis von Nutzerorganisationen im Tarifverfahren¹³ an. Im Ergebnis würde es der erweiterten Kollektivlizenz viel Potenzial nehmen, wenn man eine zu hohe quantitative Hürde wie z.B. mehr als 50% aller relevanten Rechteinhaber verlangen würde. Im Fall von Multi-repertoire-Lizenzen ist die Repräsentativität für jede beteiligte Verwertungsgesellschaft separat zu prüfen.

Mit einer engen Auslegung der Repräsentativität ist sichergestellt, dass die Verwertungsgesellschaft den Bereich der Lizenz von ihren eigenen Mitgliedern her kennt und von den Gremien beschlossene anwendbare Regeln zum Verteilen hat. Der reguläre Lizenzmarkt ausserhalb der obligatorischen Kollektivverwertung bliebe ungestört und Risiken für den Lizenzgeber würden auf ein Minimum reduziert. Opting-outs wären kaum relevant.

2. Weite Auslegung

Auf der anderen Seite ist der Anwendungsbereich des Art. 43a URG so begrenzt. Dies könnte durch eine «weite Auslegung» der Repräsentativität überwunden werden. Im Rahmen einer weiten Auslegung der Repräsentativität ist nicht verlangt, dass die Verwertungsgesellschaft das lizenzgegenständliche Recht bereits vertraglich verwertet, sondern nur, dass sie die lizenzgegenständliche Kategorie von Werken (z.B. Fotografien, Postkarten, Skulpturen, gesprochene Texte, Opernlibretti, audiovisuelle Werke...) und deren Rechteinhaber vertraglich in quantitativer Hinsicht massgebend vertritt. Gewisse Formulierungen der Botschaft weisen in diese Richtung, auch wenn es in der Botschaft und eindeutig im Gesetzeswortlaut Anzeichen auf eine engere Auslegung gibt.

In der Praxis in der Schweiz würde eine weite Auslegung der Repräsentativität bedeuten, dass insbesondere

8 Erwägungsgrund 33 zu Art. 8 DSM-RL.

9 Erwägungsgrund 48 zu Art. 12 DSM-RL.

10 Online-Seminar «Erweiterte Kollektive Lizenzen im Urheberrecht», 11.02.2022, Institut für Urheber- und Medienrecht München, <<https://www.urheberrecht.org/events/20220211.php>>, 30. September 2022.

11 SUTTERER (Fn. 1), 664 und 666 zur EU-Rechtslage.

12 F. TRUMPKE, Exklusivität und Kollektivierung: Das skandinavische Modell der Erweiterten Kollektiven Lizenz, Baden-Baden 2016, 225–239 mit einem rechtsvergleichenden Überblick zur Repräsentativität.

13 Vgl. Fn. 5.

im Online-Bereich erweiterte Kollektivlizenzen vergeben werden könnten, auch wenn für Text, Audiovision oder weite Teile der verwandten Schutzrechte die Verwertungsgesellschaften diese Rechte in der Regel nicht im Rahmen der freiwilligen Kollektivverwertung lizenzieren. Es könnten auf den ersten Blick verschiedene Nutzungen durch eine erweiterte Kollektivlizenz rechtlich ermöglicht werden, sofern die normale Verwertung nicht beeinträchtigt wird. In der Konsequenz hiesse diese weite Auslegung der Repräsentativität, dass es keine von den Gremien beschlossenen Verteilungsregeln gäbe und die Verwertungsgesellschaft mit Opting-outs rechnen müsste, weil die fehlende vertragliche Rechteübertragung a priori «überschrieben» würde.

V. Vertiefte Analyse und Stellungnahme

Es steht ausser Frage, dass es für Rechteinhaber und Nutzer sowie die Allgemeinheit wünschenswert ist, viele Nutzungen zu ermöglichen. Der Wortlaut von Art. 43a Abs. 1 lit. b URG spricht für eine enge Auslegung der Repräsentativität. Die Botschaft ist mehrdeutig, aber offener. Auf den ersten Blick scheinen Sinn und Zweck des Art. 43a URG für eine weite Auslegung zu sprechen. Das für die Schweiz nicht bindende EU-Recht verlangt eine enge Auslegung in dem Sinn, dass ein Mandat für das betroffene Recht bestehen muss. Es lässt aber daneben auch Raum für nationale Unterschiede und verschiedene Kriterien zur Bestimmung der Repräsentativität. Tendenzen in der Praxis stützen sich auf den Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 lit. a) DSM-RL, dessen Erläuterungen und auf nationaler Ebene z.B. das deutsche Umsetzungsgesetz Art. 51 a und b VGG-DE im Sinn einer engen Auslegung.¹⁴

Auf der Suche nach Klarheit zur Auslegung der Repräsentativität im Rahmen des Art. 43a URG hilft eine systematische Betrachtung der verschiedenen Elemente des Gesetzesartikels. Insbesondere das Zusammenspiel der Repräsentativität mit Art. 43a Abs. 1 lit. a URG (keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung) und mit der Formulierung als «Kann-Vorschrift» soll im Folgenden beleuchtet werden.

1. Keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung

Wie auch in den meisten nationalen Rechtsordnungen mit Erfahrung mit erweiterten Kollektivlizenzen und Art. 12 Abs. 2 DSM-RL¹⁵ sind erweiterte Kollektivlizenzen auch aus Sicht des schweizerischen Gesetzgebers als subsidiäre Instrumente bzw. Lückenfüller konzipiert.¹⁶ Art. 43a Abs. 1 lit. a URG untersagt, die reguläre, kommerzielle Verwertung zu beeinträchtigen. Viele historische Beispiele erweiterter Kollektivlizenzen basieren auf einem öffentlichen Interesse an einer Nutzung und betreffen (öffentlich-rechtliche) Sendunternehmen oder den non-Profit-Bereich (Archivnutzungen im Sendebereich, Digitalisierungsprojekte von Gedächtnisinstitutionen ...).¹⁷

Dies spricht eindeutig dagegen, eine Verwertungsgesellschaft in einem Schritt sehr weitgehend für repräsentativ zu erklären und ihr in einem anderen die Erteilung der Lizenz zu untersagen, weil sie «wildern» würde im kommerziellen

Markt, vielleicht sogar Marktpreise unterbietet, und die Rechte bekanntermassen woanders liegen. Unbestritten ist, dass die beiden Kriterien in Art. 43 a Abs. 1 lit. a und b URG aus analytischer Sicht zu trennen sind. Unter lit. a geht es um Konkurrenz zum kommerziellen Markt und letzten Endes eine wettbewerbsrechtliche Frage. Bei lit. b geht es um Legitimität, auch für sog. «Aussenseiter» in deren a priori vermutetem Interesse lizenzieren zu können. Im Ergebnis muss aber ein vorprogrammierter Widerspruch vermieden werden. Dies ist nur möglich, indem eine weite Auslegung der Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft von vorneherein abgelehnt wird. Eine weite Auslegung der Repräsentativität würde denkbare durch das Kriterium der Beeinträchtigung der normalen Verwertung neutralisiert. Das kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein trotz aller guten Absichten, dem Instrument Flügel zu verleihen.

2. «Kann-Vorschrift»

Auch das systematische Zusammenspiel der Konstruktion als «Kann-Vorschrift» mit der Repräsentativität spricht gegen die weite Auslegung von letzterer: Analog zu den Grundsätzen zum verwaltungsrechtlichen Ermessen fällt die Verwertungsgesellschaft gemäss Wortlaut einen sorgfältigen Ermessensentscheid, ob eine Lizenz erteilt wird. Eine zentrale Rolle wird spielen, ob die Lizenz auf die gewünschte Dauer nachhaltig ist und damit Rechtssicherheit gewährt. Das hängt eng mit der Prognose zum Opting-out zusammen. Das Opting-out kann von geringem Risiko für alle Beteiligten sein, wenn es unwahrscheinlich ist oder trennbare Werke betrifft. Bei verwaisten Werken, die auch häufig Teil erweiterter Kollektivlizenzen sind (Art. 22b Abs. 5 URG), ist die Gefahr von Opting-out-Erklärungen bzw. Komplikationen gering. Das

14 «§ 51a Abs. 1 VGG-DE Die Einräumung von Rechten am Werk eines Außenstehenden ist unter folgenden Voraussetzungen wirksam: 1. die Verwertungsgesellschaft ist repräsentativ (§ 51 b) [...]»

«§ 51b VGG-DE (1) Eine Verwertungsgesellschaft ist repräsentativ, wenn sie für eine ausreichend hohe Zahl von Rechtsinhabern Rechte, die Gegenstand der kollektiven Lizenz sein sollen, auf vertraglicher Grundlage wahrnimmt.

(2) Nimmt nur eine Verwertungsgesellschaft, der eine Erlaubnis (§ 77) erteilt wurde, Rechte nach Absatz 1 wahr, so wird widerleglich vermutet, dass sie repräsentativ ist.»

15 «Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das in Absatz 1 genannte Lizenzvergabeverfahren nur in genau bestimmten Bereichen der Nutzung Anwendung findet, in denen die Einholung der Erlaubnis der Rechteinhaber in jedem Einzelfall normalerweise beschwerlich und in einem Maße praxisfern ist, dass die erforderliche Erteilung der Lizenz aufgrund der Art der Nutzung oder des Typs der jeweiligen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände unwahrscheinlich wird, und sie stellen sicher, dass mit diesem Lizenzvergabeverfahren die berechtigten Interessen der Rechteinhaber geschützt werden.»

16 BBl 591, 639, 642.

17 Dazu z.B. W. EGLOFF, Extended Collective Licenses — ein Modell auch für die Schweiz?, sic! 2014, 671–686; J. Hemmings Schovsbo, Präsentation «Erweiterte Kollektive Lizenzen: Funktion und Erfahrungen», Online-Seminar «Erweiterte Kollektive Lizenzen im Urheberrecht», 11.02.022, Institut für Urheber- und Medienrecht München, <https://www.urheberrecht.org/events/20220211_Schovsbo.pdf>, 30. September 2022.

Opting-out kann aber auch auf sehr schmerzhaft Weise ein ganzes Projekt wegen eines auszunehmenden Werkes lahmlegen, wenn die Werke technisch nicht mehr trennbar sind. Daher ist es nicht verwunderlich, dass international Opting-out-Erklärungen selten sind¹⁸ und wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit drohen, die Lizenz aus guten Gründen präventiv nicht erteilt wird.

Wiederum verlangt ein konsistentes Zusammenspiel der Konstruktion als «Kann-Vorschrift» mit der Repräsentativität, auch wenn sie getrennte Kriterien sind, dass die Repräsentativität notwendigerweise gewissen Hürden unterliegen muss. Eine weite Auslegung der Repräsentativität würde bei hohem Opting-out-Risiko stets in der Abwägung über die Erteilung der Lizenz neutralisiert. Auch eine derartige Inkohärenz kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

VI. Ergebnis und Schluss

Trotz des klaren Wortlauts des Art. 43a Abs. 1 lit. b URG zugunsten einer engen Auslegung der Repräsentativität hat insbesondere die Botschaft zu Diskussionen geführt. Auf den ersten Blick erscheint eine weite Auslegung der Repräsentativität verlockend und nutzungsfördernd. Auf den zweiten Blick und bei vertiefter rechtlicher Analyse insbesondere aus gesetzwissenschaftlicher Sicht ist eine weite Auslegung der Repräsentativität aus zwei Gründen abzulehnen. Erstens beeinträchtigt sie in der Regel die normale Verwertung. Die Verwertungsgesellschaft hat die betroffenen Rechte generell nicht auf vertraglicher Basis. Die Rechteinhaber möchten

Zusammenfassung

Die Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft im Rahmen des Art. 43a URG ist eine wichtige Vorbedingung zur Erteilung einer erweiterten Kollektivlizenz. Der Gesetzeswortlaut spricht für eine enge Auslegung, anknüpfend an den Anwendungsbereich der Lizenz und insbesondere an das lizenzgegenständliche Recht. Die Botschaft ist mehrdeutig, aber offener, und Sinn und Zweck der neuen Vorschrift scheinen auf den ersten Blick eine weite Auslegung der Repräsentativität zu stützen. Demnach wäre eine Verwertungsgesellschaft auch dann repräsentativ, wenn sie das lizenzgegenständliche Recht vertraglich nicht verwertet. In der EU zeichnet sich schon aufgrund des konkreteren Wortlauts eine enge Auslegung der Repräsentativität unter Art. 12 DSM-RL ab. Dieser Beitrag nimmt eine systematische Auslegung verschiedener Elemente von Art. 43a URG ins Visier. Sowohl Art. 43a Abs. 1 lit. a URG als auch die hinter der «Kann-Konstruktion» stehende Risikoabwägung insbesondere zum Opting-out entziehen einer weiten Auslegung der Repräsentativität die Grundlage und sprechen im Ergebnis für die enge Auslegung.

Nutzungen in diesen Bereichen selbst lizenzieren. Damit ist die inhärente Vermutung, dass die Rechteinhaber a priori mit einer erweiterten Kollektivlizenz einverstanden sind, gerade widerlegt. Zweitens würde eine Abwägung («Kann-Vorschrift») tendenziell und insbesondere ausserhalb der verwaisten Werke eine Lizenzerteilung verhindern. Im Ergebnis erweist sich die weite Auslegung der Repräsentativität damit als logisch und rechtlich problematisch, lizenzverhindernd bzw. einer nachhaltigen Lizenzerteilung nicht förderlich. Damit ist sie auch rechtspolitisch kontraproduktiv.

Können die in der Einleitung genannten Lizenzen also erteilt werden? Nach der hier vertretenen Meinung ist eine Verwertungsgesellschaft repräsentativ, wenn sie die lizenzgegenständlichen Rechte in massgebender Anzahl aufgrund vertraglicher Rechteübertragung verwertet. Um das herauszufinden, kann ein Nutzer www.swisscopyright.ch/de/taetigkeiten/rechte.html konsultieren und die Verwertungsgesellschaft fragen. Wenn das nicht der Fall ist, kann eine Verwertungsgesellschaft eine Lizenz nicht auf «Aussenseiter» erweitern, weil es am Material für die Erweiterung fehlt.

So ist sichergestellt, dass erweiterte Kollektivlizenzen subsidiär bleiben, wie dies auch in der EU der Fall ist. Ausserdem wird erreicht, dass die Verwertungsgesellschaft den relevanten Markt kennt, legitimierte Verteilungsregeln hat und die Lizenzierung mit Blick auf potenzielle Opting-out-Erklärungen nachhaltig ist. Rechtlich korrekt und praktisch sinnvoll ist damit, was auf den zweiten Blick und nach vertiefter Analyse zutage getreten ist.

Résumé

La représentativité d'une société de gestion dans le cadre de l'art. 43a LDA est une condition préalable importante à l'octroi d'une licence collective étendue. Le texte de la loi plaide en faveur d'une interprétation étroite, fondée sur le champ d'application de la licence, et en particulier sur le droit faisant l'objet de la licence. Le message est ambigu, mais plus ouvert, et l'objectif de la nouvelle disposition semble à première vue soutenir une interprétation large de la représentativité. Selon cette interprétation, une société de gestion collective serait représentative même si elle ne représente pas contractuellement le droit qui fait l'objet de la licence. Au sein de l'UE, une interprétation étroite de la représentativité au sens de l'art. 12 de la directive 2019/790 se manifeste déjà en raison du texte plus concret. La présente contribution vise une interprétation systématique de différents éléments de l'art. 43a LDA. Tant l'art. 43a al. 1 let. a LDA que la pesée des risques qui sous-tend la forme potestative (Kann-Konstruktion), notamment en ce qui concerne l'opting-out, éliminent le fondement d'une interprétation large de la représentativité et plaident, en fin de compte, en faveur d'une interprétation étroite.

18 Study/Final Report (Fn. 1), 11 Executive Summary.