

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 30. August 2023

1015. Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Vernehmlassung)

Mit Schreiben vom 24. Mai 2023 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) eröffnet. Mit der Gesetzesänderung soll ein Vergütungsanspruch für Medienunternehmen geschaffen werden, wenn grosse Dienste der Informationsgesellschaft gewerbmässig journalistische Veröffentlichungen zugänglich machen, beispielsweise durch das Anzeigen kurzer Auszüge (sogenannte Snippets). Die Urheberschaft der in den journalistischen Veröffentlichungen enthaltenen Werke (Journalistinnen und Journalisten) soll an diesem Vergütungsanspruch angemessen beteiligt werden. Der Vergütungsanspruch soll zwingend kollektiv wahrgenommen werden. Die Vernehmlassungsvorlage sieht zum Umfang der Vergütungspflicht zwei Varianten vor: Im Gegensatz zu Variante 1 wird für grosse Dienste der Informationsgesellschaft in Variante 2 auch dann eine Vergütungspflicht begründet, wenn es die Nutzerinnen und Nutzer eines Dienstes sind, welche die journalistischen Veröffentlichungen zugänglich machen. Variante 2 führte folglich dazu, dass insbesondere auch Soziale Medien als Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne dieser Vorlage qualifiziert würden.

Die Schaffung eines monetären Ausgleichsmechanismus zwischen grossen Diensten der Informationsgesellschaft und Medienunternehmen ist durch den Abfluss von Werbeeinnahmen aus dem Schweizer Medienmarkt motiviert, der auf eine Marktineffizienz in diesem Bereich zurückzuführen sein könnte. Es bestehen indessen zahlreiche Unsicherheiten und Risiken. Insbesondere lässt sich nicht verlässlich prognostizieren, wie die grossen Dienste der Informationsgesellschaft auf die Gesetzesänderung reagieren werden oder wie hoch die Vergütung letztlich ausfallen wird. Möglich erscheint ferner, dass die Verteilung der Vergütung zu unerwünschten Anreizveränderungen oder Bevorteilungen führt. Die Erfahrungen im Ausland mit ähnlichen Vorhaben sind durchwachsen. Aus diesen Gründen kann die Vorlage nicht vorbehaltlos unterstützt werden.

Das EJPD erwägt zudem die Möglichkeit, die Vorlage um einen Vergütungsanspruch für die Nutzung journalistischer Veröffentlichungen durch Anwendungen von Künstlicher Intelligenz zu ergänzen und hat in diesem Zusammenhang vier Fragen an die Vernehmlassungsadressatinnen und -adressaten gerichtet. Dazu wird in allgemeiner Weise Stellung genommen, eine Ergänzung der Vernehmlassungsvorlage ist jedoch abzulehnen.

Auf Antrag der Direktion der Justiz und des Innern

b e s c h l i e s s t d e r R e g i e r u n g s r a t :

I. Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, 3003 Bern (Zustellung auch per E-Mail als PDF- und als Word-Version an rechtsetzung@ipi.ch):

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, E-URG; SR 231.1) und äussern uns wie folgt:

A. Allgemeine Bemerkungen

Die rasch fortschreitende Digitalisierung hat die Schweizer Medienlandschaft in den letzten Jahren stark verändert. Schwindende Auflagenzahlen und Werbeeinnahmen setzen die traditionellen Presseangebote unter Druck und haben mutmasslich dazu geführt, dass seit 2003 über 70 Zeitungen eingestellt worden sind (vgl. Bundesamt für Statistik, Auflage- und Leserzahlen ausgewählter Tages- und Sonntagszeitungen, nach Sprachregionen – Bern 2022; Erläuterungen des Bundesrates, Volksabstimmung vom 13. Februar 2022, S. 47 mit Hinweisen). Während die Digitalisierung gleichzeitig neuen Medienformen und Informationsangeboten Vorschub geleistet hat, könnte die Marktdynamik gesamthaft betrachtet tendenziell zu einer Unterversorgung mit professionellen journalistischen Inhalten führen (vgl. erläuternder Bericht, S. 6; relativierend: Swiss Economics, Einführung eines rechtlichen Schutzes für journalistische Inhalte im Internet, Regulierungsfolgenabschätzung, 2022, Ziff. 2.3.3 mit Hinweisen). Da die Informationsmedien für die politische Meinungsbildung, den gesellschaftlichen Zusammenhalt und den politischen Prozess von zentraler Bedeutung sind, anerkennen wir grundsätzlich den Bedarf und die Notwendigkeit, dieser Entwicklung durch angemessene gesetzgeberische Massnahmen entgegenzuwirken.

In diesem Sinne anerkennen wir auch das Bestreben der Vorlage, die zwischen Medienunternehmen und grossen Diensten der Informationsgesellschaft (nachfolgend: Online-Dienste) einen monetären Ausgleichsmechanismus schaffen will. Nach eingehender Prüfung sind wir indessen zur Einschätzung gelangt, dass die Vorlage noch nicht hinreichend ausgereift ist und einer grundsätzlichen Überarbeitung bedarf. Zudem ist zu prüfen, ob mit einer Regulierung nicht zugewartet werden soll, bis substanzielle Erfahrungswerte aus dem Ausland vorliegen. Auf die wichtigsten Aspekte, die zu diesem Beurteilungsergebnis geführt haben, weisen wir im Folgenden hin.

B. Eignung des Regelungsgegenstands

Augenscheinlich ist die schwierige Lage der Medien auch darauf zurückzuführen, dass Werbeeinnahmen von den Medienunternehmen an Online-Dienste abfliessen; mutmasslich aufgrund einer in diesem Bereich bestehenden Marktineffizienz (erläuternder Bericht, S. 6). Die Ursache für diese Entwicklung ist jedoch nicht direkt beim Zugänglichmachen journalistischer Veröffentlichungen durch Online-Dienste bzw. bei der Verwendung von Snippets zu verorten. Zum einen bestätigt dies der erläuternde Bericht mit Verweis auf die Regulierungsfolgenabschätzung (erläuternder Bericht, S. 6). Zum anderen offenbart bereits ein Blick in die Trefferliste grosser Suchmaschinenbetreiber, dass Snippets selten eine Länge von mehr als drei Sätzen und oftmals einen eher mageren Informationsgehalt aufweisen, der kaum zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses der Leserschaft geeignet sein dürfte. Dieser Umstand erstaunt nicht, können die Medienunternehmen den indexierenden Robotern (sogenannte Crawler oder Spider) doch beispielsweise via Robot-Exclusion-Regeln im Stammverzeichnis ihrer Webseiten oder via Meta-Tag in der HTML-Struktur bzw. im HTTP-Header zu verstehen geben, ob und wie sie ihre Inhalte im Angebot der Online-Dienste repräsentiert sehen wollen. Diese Einstellungen werden in der Regel respektiert, zumal die grössten Online-Dienste zur Ausgestaltung der technischen Indikatoren teilweise eigene Dokumentationen publiziert haben (z. B. für Google: <https://developers.google.com/search/docs/crawling-indexing/robots-meta-tag> [abgerufen am 21. Juli 2023], https://developers.google.com/search/docs/crawling-indexing/robots/robots_txt [abgerufen am 24. Juli 2023]; für Bing: <https://www.bing.com/webmasters/help/which-robots-metatags-does-bing-support-5198d240> [abgerufen am 24. Juli 2023]). Zudem stünde es den Medienunternehmen auch frei, ihre Inhalte durch das Errichten einer sogenannten hard Paywall der automatischen Indexierung gänzlich zu entziehen. Dass sie dies mehrheitlich nicht tun, sondern oftmals ihre Online-Angebote – teilweise trotz bestehender Paywall – für bessere Platzierungen in der Trefferliste der Online-Dienste gar noch optimieren (sogenannte Suchmaschinenoptimierung; auf Englisch: «Search Engine Optimization»), ist wohl dem Umstand geschuldet, dass die Beziehung zwischen Medienunternehmen und Online-Diensten eine symbiotische Komponente aufweist, wonach beide Seiten von einer Steigerung der Attraktivität bzw. der Reichweite profitieren (vgl. erläuternder Bericht, S. 6). Inwieweit das mögliche Marktversagen im Bereich der Werbeeinnahmen dennoch auf das Zugänglichmachen journalistischer Veröffentlichungen zurückzuführen sein könnte, geht aus dem erläuternden Bericht nicht unmittelbar hervor. Allerdings liegt

es auf der Hand, dass die Online-Dienste aufgrund der grossen Zahl an Nutzerinnen und Nutzern und der immensen Mengen an aggregierten Daten grundsätzlich effizienter und effektiver Werbung einbinden können, als es den Medienunternehmen in ihren eigenen Angeboten je möglich sein dürfte. Dazu tragen die Medienunternehmen – zum eigenen Nachteil – zwar in gewissem Umfang selbst bei, wenn sie ihre Inhalte bei den grossen Online-Diensten inkludieren lassen und damit deren Attraktivität weiter steigern. Aufgrund der unstreitigen Marktmacht der Online-Dienste und der Wichtigkeit einer Präsenz in deren Angebot besteht für dieses Verhalten jedoch in gewisser Weise branchenweit ein kollektiver Zwang (vgl. auch Swiss Economics, S. 40). Es scheint somit denkbar, dass das Zugänglichmachen journalistischer Veröffentlichungen gesamthaft in einem Ungleichgewicht zuungunsten der Medienunternehmen resultiert, was sich letztlich im Abfluss von Werbeeinnahmen an die Online-Dienste manifestiert. Ob dieser indirekte Zusammenhang und die damit verbundene Eignung des eigentlichen Regelungsgegenstandes zum jetzigen Zeitpunkt hinreichend erwiesen sind, lässt sich gestützt auf den erläuternden Bericht aus unserer Sicht jedoch nicht klarerweise bejahen.

C. Kantonale Betroffenheit und Risiken

Gemäss dem erläuternden Bericht sind die Kantone durch die Vorlage nicht direkt betroffen, zumal kein Mehraufwand zu erwarten ist (erläuternder Bericht, S. 15). Die prognostizierten (positiven) Auswirkungen sind insoweit lediglich indirekter Natur, als die Kantone vom beabsichtigten Erhalt einer pluralistischen Medienlandschaft profitieren sollen (erläuternder Bericht, S. 23). Dafür ist jedoch vorauszusetzen, dass sich die Auswirkungen der Vorlage tatsächlich wie erwartet einstellen (vgl. erläuternder Bericht, S. 23f.), dass also die Verwertungsgesellschaften mit den Online-Diensten in erfolgreiche und einträgliche Verhandlungen treten und die daraus resultierenden Mehreinnahmen einerseits substanziell sind und andererseits zweckmässig auf die Medienunternehmen und die Urheberschaft der journalistischen Inhalte verteilt werden.

Demgegenüber bestehen jedoch auch Risiken, deren Verwirklichung sich negativ auf die Schweizer Medienlandschaft und somit indirekt negativ auf die Kantone auswirken könnte. Es ist insbesondere auf die folgenden möglichen negativen Auswirkungen hinzuweisen:

- Es besteht das Risiko, dass Online-Dienste journalistische Inhalte von ihren Plattformen ganz oder punktuell entfernen (sogenanntes Delisting) oder weniger prominent aufführen (sogenanntes Deranking; vgl. erläuternder Bericht, S. 23). Die in diesem Fall zu erwartende

Verminderung der Reichweite anerkannter journalistischer Veröffentlichungen brächte die Medienunternehmen unter noch grösseren Druck und könnte technischen und gesellschaftlichen Raum für die Weiterverbreitung qualitativ bedenklicher Inhalte anstelle der wegfallenden bisherigen Inhalte bieten. Die gleiche Gefahr besteht, sollten sich Online-Dienste zwecks Umgehung der Vergütungspflicht auf die reine Verlinkung journalistischer Inhalte ohne weitere inhaltliche Bestandteile beschränken (vgl. erläuternder Bericht, S. 23), da für diesen Fall zu erwarten wäre, dass sich das Ranking solcher Inhalte aufgrund deren verminderter Attraktivität automatisch verschlechtert.

- Es besteht zudem das Risiko, dass einzelne Medienunternehmen unter dem neuen Vergütungssystem eine unerwünschte Bevorteilung erfahren oder dass sich gewisse Ausprägungen von journalistischen Inhalten entgegen der ursprünglichen Regelungsabsicht als besonders lohnenswert erweisen. Nach unserer Lesart besteht diese Gefahr primär bei der Festlegung des Vergütungsanspruchs gemäss Art. 60a E-URG, sekundär aber auch bei der Anwendung der in den Verteilreglementen der zuständigen Verwertungsgesellschaften vorgesehenen Allokationsschlüssel gemäss Art. 49 Abs. 2^{bis} E-URG.
- Schliesslich besteht das Risiko, dass sich die Abhängigkeit der Medienunternehmen von den Online-Diensten – je nach Ausgestaltung bzw. Verteilung der Vergütung – durch die Einführung eines finanziellen Ausgleichs weiter verfestigt. Die Anreize, sich mittels Innovation aus dieser Abhängigkeit zu lösen, könnten dadurch weitere Schwächung erfahren.

Wir halten es für wichtig, dass diese Risiken – deren Eintrittswahrscheinlichkeit im öffentlichen Diskurs umstritten ist – bei der Ausgestaltung eines Leistungsschutzrechts so weit wie möglich reduziert werden und die erlangte Vergütung auch tatsächlich und im grösstmöglichen Umfang dem Qualitätsjournalismus zugutekommt, wobei gerade kleinere Medienunternehmen und die Urheberschaft angemessen zu berücksichtigen sein werden. Die Vorlage setzt in dieser Hinsicht begrüssenswerte Akzente. Insbesondere die kollektive Wahrnehmung des Vergütungsanspruchs durch die Verwertungsgesellschaften (Art. 37a Abs. 3 E-URG), die Berücksichtigung des Aufwands bei der Festlegung der Vergütung (Art. 60a E-URG) und die Bestimmung, wonach die Reichweite der journalistischen Inhalte im Rahmen der Verteilung des Verwertungserlöses keine Berücksichtigung finden soll (Art. 49 Abs. 2^{bis} E-URG; vgl. erläuternder Bericht, S. 21), bewerten wir in dieser Hinsicht als bedeutend. Ob die Vorlage aber gesamthaft geeignet ist, das angestrebte Regelungsziel ohne gewichtige nachteilige Begleiterscheinungen

zu erreichen, lässt sich nach unserem Dafürhalten nicht abschliessend beurteilen. Auch wenn stets eine gewisse Restunsicherheit verbleiben wird, regen wir an, mit der Einführung eines schweizerischen Leistungsschutzrechts zuzuwarten, bis die EU-Mitgliedstaaten aus der mehrheitlich erst kürzlich erfolgten innerstaatlichen Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/790 (vgl. Swiss Economics, S. 29) weitere Erkenntnisse haben gewinnen können. Weshalb damit, wie es im erläuternden Bericht heisst, der richtige Zeitpunkt für ein gesetzgeberisches Handeln verpasst werden könnte, ist für uns nicht ersichtlich, zumal die bisherigen ausländischen Erfahrungen eher durchwachsen sind und die Situation auf dem Schweizer Medienmarkt wohl nicht nach sofortiger staatlicher Intervention verlangt (vgl. Swiss Economics, S. 27 ff. und 41 ff.).

D. Bemerkungen zu Art. 37a Abs. 2 E-URG

Die Vernehmlassungsvorlage sieht in Art. 37a Abs. 2 E-URG zwei Varianten vor, wobei Variante 2 zusätzlich für die Online-Dienste auch dann eine Vergütungspflicht schafft, wenn das Zugänglichmachen journalistischer Veröffentlichungen durch die Nutzerinnen und Nutzer der Online-Dienste erfolgt. Variante 2 führte folglich dazu, dass insbesondere auch Soziale Medien als Online-Dienste im Sinne dieser Vorlage qualifiziert würden (vgl. erläuternder Bericht, S. 18).

Wie bereits ausgeführt, erscheinen uns automatisiert erstellte Snippets angesichts der Gestaltungsmöglichkeiten der Medienunternehmen zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses kaum geeignet. Dies gilt nicht nur für durch Crawler aufgespürte Inhalte, sondern auch für Verlinkungen in Sozialen Medien, bei denen die Betreiberin aus einem manuell eingefügten Hyperlink automatisiert ein Snippet generiert. Anders verhält es sich jedoch dann, wenn Nutzerinnen und Nutzer in den Sozialen Medien aus journalistischen Veröffentlichungen direkt jene Auszüge teilen, die ihnen – und damit wohl auch einem breiteren Publikum – am relevantesten erscheinen. Dies geschieht oftmals in der Form eines Bildschirmfotos oder als Textzitat ohne Verlinkung, womit anderen Nutzerinnen und Nutzern die Möglichkeit fehlt, einfach und schnell auf die Originalquelle zuzugreifen. Solche Snippets sind dem technischen Einfluss der Medienunternehmen weitestgehend entzogen und weisen ein erhöhtes Potenzial auf, die Reichweite des Originalangebots zu beeinträchtigen. Dies führt zur Situation, dass bei solchen Snippets (erfasst in Variante 2) aufgrund des mutmasslich verminderten Symbioseeffekts grundsätzlich ein geeigneterer Regelungsgegenstand erblickt werden kann als bei der Verwendung von Snippets durch Online-Dienste, die nicht als Soziale Medien qualifiziert werden (erfasst in Varianten 1 und 2). Da im

Übrigen das möglicherweise bestehende Marktversagen im Bereich der Werbeeinnahmen auch die Sozialen Medien betreffen dürfte, wäre es nach dem Gesagten nicht stringent, die Sozialen Medien vom Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Leistungsschutzrechts auszuklammern. Unter der Prämisse, dass der Bundesrat an der Vorlage in ihrer derzeitigen Form festhält, wäre Variante 2 demnach aus den genannten Gründen der Vorzug zu geben.

Ergänzend sei noch angemerkt:

- Das Zugänglichmachen journalistischer Veröffentlichungen im urheberrechtlich geschützten Umfang als Bildschirmfoto, Fotografie, Scan oder als kopierter Text ist gerade in Sozialen Medien regelmässig zu beobachten. Auch dieser Umstand spricht eher für den Einbezug Sozialer Medien im Geltungsbereich eines Leistungsschutzrechts, wie es vorliegend zur Diskussion steht.
- Gemäss erläuterndem Bericht soll das Teilen von Snippets durch die Nutzerinnen und Nutzer eines Online-Dienstes nur unter Variante 2 einen Vergütungsanspruch auslösen (erläuternder Bericht, S. 18). Diese Regelungsabsicht ist im Gesetzeswortlaut von Variante 2 direkt ersichtlich. Träte die Vernehmlassungsvorlage jedoch mit Variante 1 in Kraft, fehlte es an der entsprechenden Präzisierung. Entsprechend wäre in diesem Fall nach unserer Einschätzung ohne Konsultation der Gesetzgebungsmaterialien nicht erkennbar, dass nicht bereits das Hosten entsprechender Nutzerbeiträge durch die Online-Dienste als das Zugänglichmachen journalistischer Veröffentlichungen gemäss Art. 37a Abs. 1 E-URG qualifiziert wird und einen Vergütungsanspruch auslöst. Entsprechend regen wir für Variante 1 an, den Wortlaut entsprechend zu präzisieren bzw. ausdrücklich festzuhalten, dass das Zugänglichmachen journalistischer Veröffentlichungen durch die Nutzerinnen und Nutzer eines Online-Dienstes zu keinem Vergütungsanspruch führt.

E. Bemerkungen zu Art. 49 Abs. 2^{bis} E-URG

Gemäss dem erläuternden Bericht sollen die Urheberschaft (Journalistinnen und Journalisten) sowie kleinere Medienunternehmen im Rahmen der Vergütungsbemessung bzw. der Verteilung des Verwertungserlöses angemessen berücksichtigt werden (erläuternder Bericht, S. 5, 12 und 23). Die Verteilung der Vergütung soll sich überdies nicht nach der Reichweite der journalistischen Veröffentlichungen richten (erläuternder Bericht, S. 21). Diese Bestrebungen bewerten wir als wesentlich für ein Leistungsschutzrecht, das dem Qualitätsjournalismus zugutekommen soll (vgl. erläuternder Bericht, S. 5 und 12).

Allerdings steht infrage, ob der Wortlaut von Art. 49 Abs. 2^{bis} E-URG hinreichend eng gefasst ist, um unerwünschte Vergütungsallokationen und die damit zusammenhängenden Anreizveränderungen wirksam zu verhindern. Gemäss dieser Bestimmung müssen die Verwertungsgesellschaften den Verwertungserlös nach Massgabe des durch die Medienunternehmen getätigten Aufwands und des Beitrags der journalistischen Veröffentlichungen zur Erfüllung des Informationsbedürfnisses verteilen. Dass die Reichweite nicht als Messgrösse dafür dienen können soll, welchen Beitrag eine konkrete journalistische Veröffentlichung zur Erfüllung des Informationsbedürfnisses leistet, geht indessen nur aus dem erläuternden Bericht hervor. Wir regen deshalb in dieser Hinsicht eine Präzisierung des Wortlauts an. Zu prüfen wäre etwa, die Reichweite der journalistischen Veröffentlichungen als Negativkriterium ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.

F. Fragenkatalog Künstliche Intelligenz

In Ihrem Schreiben vom 24. Mai 2023 bitten Sie um die Beantwortung einiger Fragen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI), wobei Sie insbesondere eine entsprechende Ergänzung dieser Vernehmlassungsvorlage zur Diskussion stellen (Frage 1). Wir gehen davon aus, dass damit insbesondere die generative KI anvisiert werden soll, bei der sogenannte grosse generative Sprachmodelle (Large Language Model) aus Trainingsdaten neue Inhalte erzeugen.

Die Entwicklungen der letzten Monate im Bereich der KI waren von grosser Dynamik geprägt, und die weiteren Entwicklungen sind noch nicht absehbar. Es lässt sich deshalb kaum in allgemeiner Weise sagen, welche Möglichkeiten für den Einsatz von KI künftig bestehen und welche Änderungen der Marktstruktur noch zu erwarten sind. Da selbst von Fachleuten nicht verlässlich nachvollzogen werden kann, auf welchem Weg grosse generative Sprachmodelle gewisse Resultate generieren (sogenanntes Blackbox-Problem) und – zumindest für Aussenstehende – kaum feststellbar ist, auf welcher Datengrundlage insbesondere grosse Anbieter ihre generativen Sprachmodelle (z. B. OpenAI GPT-4, Google Bard oder Anthropic Claude) trainieren, erscheint es zum jetzigen Zeitpunkt kaum möglich, einen allfälligen Entschädigungsanspruch der korrekten Urheberschaft zuzuordnen. Es besteht deshalb die Befürchtung, dass Finanzströme geschaffen werden, die kaum nachvollziehbar sind und damit willkürlich wirken. KI ist überdies ein komplexes und umfangreiches Themengebiet. Weder national noch international besteht bisher ein Konsens darüber, ob und gegebenenfalls auf welche Weise diese Technologie in ihren verschiedenen Erscheinungsformen, einschliesslich

der generativen Sprachmodelle, reguliert werden soll. In der EU findet sich mit der geplanten Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für KI (AI-Act; COM/2021/206) ein entsprechendes Vorhaben, das allerdings noch Gegenstand der Entscheidfindung ist. In der Schweiz sind noch keine konkreten Regulierungsprojekte bekannt. Vor diesem Hintergrund erscheint es verfrüht und wenig sachdienlich, einer allfälligen technologiespezifischen Gesetzgebung mit einer Änderung des Urheberrechtsgesetzes vorzugreifen.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Direktion der Justiz und des Innern.



Vor dem Regierungsrat
Die Staatsschreiberin:

Kathrin Arioli