



Bern, 17. Dezember 2021

Revision des Urheberrechtsgesetzes. Überprüfung der Wirksamkeit

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulates 19.3421, Kommis-
sion für Wissenschaft, Bildung und Kultur des
Ständerates, 29. April 2019

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	3
2	Ergebnis der Untersuchung	3
2.1	Wirksamkeit der Revision des URG	3
2.2	Schutz von journalistischen Inhalten	5
Teil A – Wirksamkeit der Revision des Urheberrechtsgesetzes		5
3	Ziele der aktuellen Urheberrechtsentwicklung	5
3.1	Ziele der am 1. April 2020 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechts	5
3.2	Entwicklungen auf europäischer Ebene	6
4	Die Ergebnisse im Einzelnen	6
4.1	Rechtsdurchsetzung im digitalen Umfeld	7
4.1.1	Neuerungen im Schweizer Recht	7
4.1.2	Neuerungen im EU-Recht	8
4.1.3	Wirksamkeit der Neuerungen im Schweizer Recht	8
4.2	Verbesserung des Zugangs zu Werken	11
4.2.1	Neuerungen im Schweizer Recht	11
4.2.2	Neuerungen im EU-Recht	12
4.2.3	Wirksamkeit der Neuerungen im Schweizer Recht	13
4.3	Korrektur des Missverhältnisses zwischen der Online-Nutzung von Werken und den daraus resultierenden Vergütungen der Kulturschaffenden	16
4.3.1	Neuerungen im Schweizer Recht	16
4.3.2	Neuerungen im EU-Recht	16
4.3.3	Wirksamkeit der Neuerungen im Schweizer Recht	18
4.4	Zwischenfazit	19
Teil B - Schutz von journalistischen Inhalten		19
5	Diskussion im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens zur Teilrevision	19
6	Situation auf internationaler Ebene	19
6.1	Situation in der EU	19
6.2	Länderanalyse	21
6.2.1	Deutschland	22
6.2.2	Frankreich	22
6.2.3	Italien	23
6.2.4	Österreich	23
6.2.5	Niederlande	24
6.2.6	Luxemburg	24
6.2.7	Vereinigtes Königreich	24
6.2.8	Australien	25
6.3	Würdigung	25
6.3.1	Leistungsschutzrecht gemäss EU-Richtlinie	25
6.3.2	Alternative Ansätze	26
6.3.3	Fazit	28

1 Ausgangslage

Der Bundesrat wurde mit dem Postulat 19.3421 «Revision des Urheberrechtsgesetzes. Überprüfung der Wirksamkeit» der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates (WBK-S) beauftragt, nach der Umsetzung der Revision des Urheberrechtsgesetzes (URG; SR 231.1) in einem Bericht die Entwicklung in den vom Urheberrecht betroffenen Bereichen aufzuzeigen. In diesem Bericht soll die Wirksamkeit der Revision unter Berücksichtigung der Entwicklung des einschlägigen Rechts auf europäischer Ebene überprüft werden. Schwerpunkt soll die Situation der Verleger und Medien-schaffenden sein.

2 Ergebnis der Untersuchung

Der vorliegende Bericht besteht aus zwei Teilen. Teil A geht auf die Wirksamkeit der Revision des URG ein. In diesem Zusammenhang werden neben den Neuerungen im Schweizer Recht auch die Entwicklungen auf EU-Ebene vorgestellt. Teil B befasst sich mit der Sicherung des Qualitätsjournalismus und einer freien und pluralistischen Presse – mit Blick auf die mögliche Einführung eines Leistungsschutzrechts in der Schweiz.

2.1 Wirksamkeit der Revision des URG

Der erste Schwerpunkt der Revision zielte darauf ab, die Rechtsdurchsetzung im digitalen Umfeld effizienter zu gestalten. Zu diesem Zweck wurden zwei Regelungen eingeführt: eine Stay-down-Pflicht für Hosting-Provider, deren Dienste Urheberrechtsverletzungen begünstigen, und eine Regelung für die Bearbeitung von Personendaten zum Zweck der Strafantragsstellung oder der Strafanzeigeerstattung. Aus der Befragung der Betroffenen geht hervor, dass die neuen Bestimmungen zu keiner Zunahme gerichtlicher Verfahren geführt haben. Die Rückmeldungen der kantonalen Staatsanwaltschaften bestätigen dieses Bild. Gleichzeitig hat aber die Kritik der Betroffenen abgenommen. Diese Entwicklung lässt folgern, dass die Möglichkeit einer effizienten Rechtsdurchsetzung bereits eine gewisse Abschreckungswirkung entwickelt hat. Die Neuregelung dämmt so Urheberrechtsverletzungen ein und erweist sich damit als zielführend.

Im Vergleich zur EU sind die Schweizer Regelungen etwas restriktiver ausgestaltet. Einerseits bezieht sich die Stay-down-Pflicht nur auf Geschäftsmodelle, die Urheberrechtspiraterie fördern. Andererseits bleibt bei der Bearbeitung von Personendaten das Fernmeldegeheimnis geschützt. Die restriktivere Ausgestaltung hat sich für die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber jedoch nicht negativ ausgewirkt. Zudem vermeidet die Schweizer Regelung die nachteiligen Auswirkungen einer allgemeinen Stay-down-Pflicht auf die Meinungsäusserungsfreiheit.

Was die Bearbeitung von Personendaten anbelangt, dürfte in der EU mit Blick auf die Durchsetzungsrichtlinie¹ eine Verwendung von Personendaten in Zivilverfahren zwar ebenfalls zulässig, jedoch nicht zwingend sein. Die Beschränkung der Bearbeitung von Personendaten ausschliesslich für Strafverfahren im schweizerischen Recht führt damit nicht zu einem niedrigeren Schutzniveau, als dasjenige, welches die EU für ihre Mitgliedstaaten vorsieht.

Der zweite Schwerpunkt der Revision betraf die Verbesserung des Zugangs zu Werken. Zu diesem Zweck wurden eine neue Schranke für die Verwendung von verwaisten Werken, eine Wissenschaftsschranke, eine Schranke für Bestandesverzeichnisse und die Möglichkeit der Beantragung erweiterter Kollektivlizenzen (ECL) eingeführt.

¹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45, in der aktuellen Fassung.

Die neue Schranke für die Verwendung von verwaisten Werken ermöglicht Nutzungen, wenn die Rechteinhaberin oder der Rechteinhaber unbekannt oder unauffindbar ist und deshalb von ihr bzw. ihm keine Lizenz zur Nutzung des betreffenden Werks eingeholt werden kann. Diese Schranke wird rege genutzt; zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Berichts konnten bereits 32 Lizenzen erteilt werden. Das Ziel, den Zugang zu historisch und kulturell interessanten verwaisten Werken zu ermöglichen, ist für Nutzerinnen und Nutzer in der Schweiz erreicht.

Auch die Schranke für Bestandesverzeichnisse erfüllt ihr Ziel, dass Werke in bereits bestehenden Katalogen und Verzeichnissen besser erschlossen und vermittelt werden.

Die Wissenschaftsschranke soll verhindern, dass das Urheberrecht die wissenschaftliche Forschung unnötig behindert. Die Schranke findet Anwendung und eignet sich in der Praxis vor allem zur Erschliessung umfangreicher, online verfügbarer Textinhalte. Demgegenüber verzichten Forscherinnen und Forscher derzeit noch auf eine Inanspruchnahme der Wissenschaftsschranke, wenn es um Inhalte grosser ausländischer Wissenschaftsverlage geht. Solche Verlage sehen in ihren Nutzungsverträgen technische Kriterien vor, wie die Inhalte abzurufen sind. Aus Sicht der Forscherinnen und Forscher birgt dies das Risiko eines Rechtsstreits, mit der Folge, allfällige Forschungsergebnisse nicht publizieren zu können. Dennoch wird die Wissenschaftsschranke grundsätzlich positiv und als der EU-Regelung überlegen beurteilt.

Hingegen wurden erweiterte Kollektivlizenzen bislang nur in geringem Umfang beantragt und erteilt. Der relativ kurze Beobachtungszeitraum lässt jedoch noch keine Schlüsse zu, warum dieses neu geschaffene Instrument sein Potenzial noch nicht entfalten konnte. Hier muss die weitere Entwicklung aktiv verfolgt werden.

Auch die Bestimmungen zur Verbesserung des Zugangs zu Werken zeigen damit erste Erfolge. Gleichzeitig kann aber festgestellt werden, dass der Wunsch nach grenzüberschreitenden Nutzungen besteht. Um diesem Wunsch nachzukommen, bräuchte es international vereinbarte Schrankenbestimmungen. Die Schweiz verfolgt aktiv entsprechende Diskussionen auf internationaler Ebene.

Der dritte Schwerpunkt der Revision schliesslich zielte auf die Stärkung der Kulturschaffenden und auf eine Korrektur des Missverhältnisses zwischen der Online-Nutzung von Werken und den daraus resultierenden Vergütungen der Kulturschaffenden.

Der in diesem Zusammenhang neu eingeführte VoD-Vergütungsanspruch wird als ein erster Schritt in die richtige Richtung angesehen, auch wenn mehrere Fragen noch gerichtlich geklärt werden müssen. Der erweiterte Fotografienschutz hat die Rechtsdurchsetzung in diesem Bereich vereinfacht und die Fotografinnen und Fotografen in ihrer Stellung gestärkt. Gleichzeitig sind die befürchteten «Abmahnwellen» bisher ausgeblieben.

Des Weiteren wurde zur Korrektur des erwähnten Missverhältnisses der Schutz von Interpretinnen und Produzenten für ihre Darbietungen bzw. Produktionen verlängert. Weil bei Darbietungen und Produktionen, deren Schutz bereits abgelaufen ist, die Schutzfrist nicht wieder auflebt, wird die Verlängerung ihre volle Wirkung erst in zwanzig Jahren entfalten.

Die EU hat zur Stärkung der Kulturschaffenden Transparenzpflichten geschaffen. Die Schweiz hat hier mit der Schaffung des VoD-Vergütungsanspruchs einen anderen Weg beschritten. Statt eines aufwändigen Reportings zur Sicherung der Transparenz und einer allfälligen nachträglichen Korrektur, werden die Lizenzeinnahmen der Kulturschaffenden über die kollektive Wahrnehmung direkt gesichert. Da beide Systeme erst beginnen, ihre Wirkung zu entfalten, ist es zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht möglich, Bilanz zu ziehen. Allerdings ist beim schweizerischen Ansatz bereits absehbar, dass sich die Regelung für die Kulturschaffenden positiv auswirken wird, während der Ansatz der EU noch keinerlei Prognose zulässt.

Die Überprüfung zeigt, dass die Revision des URG die gesteckten Ziele «Effizienz», «Zugang» und «Stärkung der Kulturschaffenden» erreicht hat. Im Bereich «Verbesserung des Zugangs zu Werken» besteht allerdings noch Handlungsbedarf. Zum einen ist zu prüfen, ob auf internationaler Ebene Massnahmen ergriffen werden können, um den Zugang auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu verbessern. Zum anderen sind die Erfahrungen aus der Praxis mit den «erweiterte Kollektivlizenzen»

aktiv weiterzuverfolgen, um die Möglichkeiten und Grenzen dieses neugeschaffenen Instruments klarer abschätzen zu können.

2.2 Schutz von journalistischen Inhalten

In der Teilrevision des Urheberrechts hat der Gesetzgeber vorerst auf die Einführung eines Leistungsschutzrechts nach europäischem Vorbild verzichtet. Der vorliegende Bericht analysiert in Bezug auf die Situation der Verleger und Medienschaffenden die Situation in der EU, in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten, im Vereinigten Königreich und in Australien. Während der frühe Alleingang von Spanien und Deutschland zunächst noch zu keinen Vergütungen für die journalistischen Medien geführt hatte (Abschaltung von Google News in Spanien und Erteilung von Gratislizenzen durch die Verleger in Deutschland), scheint nun das koordinierte Vorgehen auf EU-Ebene Wirkung zu zeigen. Konkret hat die EU 2019 eine Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL)² mit Umsetzungsfrist bis am 7. Juni 2021 erlassen, die ein Leistungsschutzrecht enthält. Die Richtlinie bezweckt, dass die Hersteller von journalistischen Veröffentlichungen³ ihre Interessen bei der Online-Nutzung durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft durchsetzen können, nicht zuletzt im Sinne eines Beitrags an den Erhalt einer freien und pluralistischen Presse. Es ist zwar noch zu früh, um abschliessende Aussagen über die daraus resultierenden Geldflüsse und die damit einhergehende Verbesserung der Situation der journalistischen Medien machen zu können. Insbesondere in Frankreich und Deutschland kam es inzwischen jedoch zum Abschluss diverser Verträge zwischen Internet-Plattformen und Medienverlagen.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass für diese positive Entwicklung unter Umständen nicht allein das Leistungsschutzrecht ursächlich ist, sondern allenfalls auch drohende Sanktionen wettbewerbsrechtlicher Natur. So musste in Frankreich auf Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden, um der Regelung zum Durchbruch zu verhelfen. Ob das Wettbewerbsrecht auch in der Schweiz hierfür genügend Hilfestellung böte, ist offen. Vor der Einführung einer Regulierung zum Schutz journalistischer Inhalte, wird das EJPD daher zu prüfen haben, ob eine unveränderte Übernahme der europäischen Lösung durch die Schweiz tatsächlich zielführend wäre. Denkbar wären auch andere Lösungsansätze im Urheberrecht oder bspw. im Lauterkeitsrecht. Auch diese sollen vertieft geprüft werden.

Teil A – Wirksamkeit der Revision des Urheberrechtsgesetzes

3 Ziele der aktuellen Urheberrechtsentwicklung

3.1 Ziele der am 1. April 2020 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechts

Mit der am 1. April 2020 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechts wurde der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung der letzten Jahre Rechnung getragen. Die Änderungen verfolgen im

² Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.5.2019, S. 92, in der aktuellen Fassung.

³ In der DSM-RL wird hierfür der Begriff «Presseveröffentlichung» verwendet. Davon sind jedoch journalistische Veröffentlichungen unabhängig vom Medium erfasst, bspw. auch Nachrichtenwebsites. Im Folgenden wird deshalb jeweils der umfassendere Begriff der «journalistischen Veröffentlichungen» verwendet.

Wesentlichen drei Ziele: Erstens soll die Pirateriebekämpfung wirksamer und effizienter werden, zweitens soll das Potenzial der Digitalisierung ausgeschöpft werden und drittens soll das von den Kulturschaffenden als «Value-gap» bezeichnete Missverhältnis zwischen der zunehmenden Online-Nutzung ihrer Werke und den daraus resultierenden Vergütungen korrigiert werden.⁴

3.2 Entwicklungen auf europäischer Ebene

Die jüngsten Entwicklungen in der EU mündeten in die DSM-RL. Auch diese Bestimmungen dienen im Wesentlichen der besseren Ausschöpfung des Potenzials der Digitalisierung und der Korrektur des Missverhältnisses zwischen der Online-Nutzung und den daraus resultierenden Vergütungen.

Was die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung betrifft, wurde die EU jedoch früher aktiv. Mit Artikel 8 Absatz 3 der Harmonisierungsrichtlinie⁵ hat sie bereits 2001 eine Grundlage dafür geschaffen, unter gewissen Umständen Internetdiensteanbieter in die Pflicht zu nehmen, so dass hier nur noch eine punktuelle Anpassung⁶ erforderlich war.

Die Weiterentwicklung des Urheberrechts scheint auch in der EU eine Herausforderung zu sein. Die Mitgliedstaaten hatten für die Umsetzung der DSM-RL Zeit vom 17. April 2019 bis am 7. Juni 2021. Für eine der Kernbestimmungen – nämlich die Regelung der Haftung bei der Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten – publizierte die Kommission allerdings erst am 4. Juni 2021 und damit kurz vor Ablauf der Umsetzungsfrist die entsprechenden Leitlinien. Die betreffende Regelung bildet zudem Gegenstand eines laufenden Verfahrens vor dem EuGH, in welchem Polen beantragt, diese für nichtig zu erklären.⁷ Nach Ablauf der Frist vom 7. Juni 2021 hatten 23 der 27 EU-Mitgliedsstaaten⁸ die Kommission noch nicht über die Umsetzung der Richtlinie inklusive Leistungsschutzrecht informiert. Erst vier EU-Mitgliedstaaten hatten die Richtlinie und damit auch das Leistungsschutzrecht in nationales Recht umgesetzt. Die Kommission eröffnete deswegen am 26. Juli 2021 ein Verfahren gegen die säumigen Staaten.⁹

4 Die Ergebnisse im Einzelnen

Obwohl vom Inkrafttreten der Teilrevision bis zum Zeitpunkt der Berichtsverfassung erst etwas mehr als ein Jahr vergangen war, konnten dennoch bereits erste Erkenntnisse gewonnen werden. Zu diesem Zweck wurden die betroffenen Stakeholder¹⁰ und sämtliche kantonalen Staatsanwaltschaften befragt. Bemerkenswert war die hohe Rücklaufquote von mehr als zwei Dritteln.

Der Beobachtungszeitraum erlaubt jedoch noch keine Prognose darüber, wie sich die Bestimmungen zu Korrektur des Missverhältnisses zwischen der Online-Nutzung von Werken und den daraus resultierenden Vergütungen der Kulturschaffenden finanziell auswirken. Der neue VoD-Tarif (GT 14) ist

⁴ Botschaft vom 22.11.2017 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung; BBl 2018 591, hier 593–594.

⁵ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L167 vom 22.6.2001, S. 10.

⁶ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.5.2019, E. 66 S. 106–107.

⁷ Rechtssache C-401/19, Republik Polen gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union, ABl. C 270 vom 12.8.2019, S. 21.

⁸ Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Zypern (Stand: 28.7.2021).

⁹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-calls-member-states-comply-eu-rules-copyright-digital-single-market> (Stand: 28.7.2021).

¹⁰ Für die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber wurden folgende Organisationen befragt: ProLitteris, Schweizer Berufsphotografen und Filmgestalter (SBF), Schweizer FotojournalistInnen, Schweizer Interpretengenossenschaft (SIG), Schweizerische Vereinigung zur Bekämpfung der Piraterie (SAFE), Société Suisse des Auteurs (SSA), SONART – Musikschaffende Schweiz, SUISA, Suisseculture, Suissimage, Swissperfor, Verband Schweizer Medien (VSM).

Für die Nutzerinnen und Nutzer wurden die folgenden Organisationen befragt: Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN), economiesuisse, Schweizer Nationalfonds (SNF), Schweizerischer Gewerbeverband (sgv), Schweizerischer Verband der Streaming Anbieter (Swissstream), Verband der Museen der Schweiz (VMS).

Für die Konsumentinnen und Konsumenten wurden die Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI), die Fédération romande des consommateurs (FRC), das Konsumentenforum (kf) und die Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) befragt.

In Bezug auf den Schutz nicht individueller Fotografien wurden zudem die folgenden Anwaltskanzleien befragt: Meili Pfortmüller Steiger Legal, FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG, Meyerlustenberger Lachenal (MLL), Rutschmann Schwaibold Partner.

noch nicht in Kraft getreten¹¹ und die Schutzfristverlängerung um 20 Jahre lässt den Schutz von bereits gemeinfrei gewordenen Darbietungen und Produktionen nicht wieder aufleben. Das hat zur Folge, dass die Regelung graduell Wirkung zeigt und ihr volles Potenzial erst in zwanzig Jahren entfalten wird.¹²

4.1 Rechtsdurchsetzung im digitalen Umfeld

4.1.1 Neuerungen im Schweizer Recht

4.1.1.1 Stay-down

Das neue Urheberrechtsgesetz umfasst gezielte Massnahmen zur Bekämpfung der Internetpiraterie. Immer wieder werden auf Internetseiten Fotografien oder Musik etc. verwendet, ohne dass diese Verwendung lizenziert worden wäre. In der Regel handelt es sich hierbei nicht um vorsätzliche Urheberrechtsverletzungen. Im Vordergrund steht deshalb weiterhin die Selbstregulierung der Branche. Bei Piraterieplattformen genügt die Selbstregulierung hingegen nicht. Damit einmal entfernte urheberrechtsverletzende Inhalte auch in diesen Fällen nicht umgehend wieder zugänglich gemacht werden, sieht das Urheberrechtsgesetz in Artikel 39d eine Stay-down-Pflicht vor. Hosting-Provider, deren Dienste Urheberrechtsverletzungen begünstigen, müssen sicherstellen, dass von ihren Servern entfernte urheberrechtsverletzende Inhalte beseitigt bleiben. Damit wird der für die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber frustrierende Kreislauf von Entfernen und erneutem Zugänglichmachen durchbrochen.

4.1.1.2 Bearbeitung von Personendaten zum Zweck der Strafantragsstellung oder der Strafanzeigeerstattung

Eine weitere Massnahme zur Pirateriebekämpfung bildet die Grundlage zur Bearbeitung von Personendaten (Art. 77i). Sowohl in der Schweiz als auch in der EU gelten Internet-Protokoll-Adressen (IP-Adressen) als Personendaten, weshalb bei deren Bearbeitung datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten sind. Vor diesem Hintergrund ermöglicht die neue Norm den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern, IP-Adressen zu sammeln und den Strafverfolgungsbehörden zu übergeben.

Personendaten dürfen erstens nur insoweit bearbeitet werden, als dies zum Zweck der Strafantragsstellung oder der Strafanzeigeerstattung notwendig ist. Zweitens dürfen die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber nur diejenigen Personendaten bearbeiten, auf die sie rechtmässig Zugriff haben. Drittens muss die Datenbearbeitung transparent erfolgen (z. B. mittels eines entsprechenden Hinweises auf der Internetseite der Rechteinhaberin oder des Rechteinhabers). Viertens dürfen die bearbeiteten Personendaten nicht mit Daten verknüpft werden, die zu anderen Zwecken als der Strafverfolgung gesammelt wurden.

Mit Artikel 77i klärte der Gesetzgeber, unter welchen Bedingungen IP-Adressen zum Zweck der Urheberrechtsdurchsetzung verwendet werden dürfen, und beseitigte die früher bestehenden Rechtsunsicherheiten.

4.1.1.3 Erweiterter Fotografienschutz

Fotografien ohne individuellen Charakter sind durch den erweiterten Fotografienschutz geschützt. Damit werden in der Schweiz grundsätzlich alle Fotografien urheberrechtlich geschützt. Ein Unterschied zwischen individuellen und nicht-individuellen Fotografien besteht bei der Schutzfrist. Diese ist für

¹¹ 4.3.3.1

¹² 4.3.3.2

nicht-individuelle Fotografien kürzer (analog vergleichbarer ausländischer Regelungen). Zudem können bei nicht-individuellen Fotografien die Persönlichkeitsrechte nur dort ausgeübt werden, wo diese nicht an die Individualität der Fotografie anknüpfen (bspw. das Recht auf Namensnennung). Nutzerinnen und Nutzer müssen aufgrund des erweiterten Fotografienschutzes nicht mehr abwägen, ob eine Fotografie individuell und damit geschützt ist oder nicht. Des Weiteren findet eine Angleichung an die Nachbarländer Deutschland und Österreich statt, welche einen entsprechenden Schutz von Fotografien bereits länger kennen. Die Regelung soll damit Einheitlichkeit und damit Rechtssicherheit schaffen. Schliesslich hat die Regelung zum Ziel, die Rechte der Fotografinnen und Fotografen zu stärken, indem sie eine Verletzung ihrer Rechte einfacher durchsetzen können.

4.1.2 Neuerungen im EU-Recht

4.1.2.1 Stay-down

Die EU sieht in Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c DSM-RL eine allgemeine Stay-down-Pflicht für Hosting-Provider vor. Ausgenommen sind einzig KMU, die seit weniger als drei Jahren bestehen, deren Jahresumsatz 10 Mio. EUR nicht übersteigt und die durchschnittlich weniger als 5 Mio. monatliche Besucher zählen.

4.1.3 Wirksamkeit der Neuerungen im Schweizer Recht

4.1.3.1 Stay-down

Die Stay-down-Pflicht in Artikel 39d ist soweit ersichtlich bisher nicht gerichtlich durchgesetzt worden. Von Seiten der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber wurde die Zurückhaltung damit begründet, dass eine erstmalige zivilprozessuale Durchsetzung wohl zu einem aufwändigen Pilotprozess führen würde, der erhebliche Ressourcen voraussetzt. Jedoch kann festgestellt werden, dass die Schweiz im Bericht (2021) des U.S. Handelsbeauftragten zum weltweiten Immaterialgüterrechtsschutz nicht mehr als Hafen für Piraterieplattformen bezeichnet wird.¹³ Dieser Umstand, verbunden mit der Tatsache, dass seit der Revision die Kritik der Rechteinhaber an den Durchsetzungsmöglichkeiten gesunken ist, führt zum Schluss, dass die Bestimmung eine gewisse abschreckende Wirkung entfaltet und für eine Verbesserung der Situation gesorgt hat.

Die Stay-down-Pflicht ist generell umstritten, weil sie nachteilige Auswirkungen auf die Meinungsäusserungsfreiheit haben kann. So machten sich beispielsweise amerikanische Polizisten die automatischen Uploadfilter zur Umsetzung der Stay-down-Pflicht zunutze, um die Verbreitung von Videos von Politaktivisten zu behindern. Als die Polizisten realisierten, dass ihre Handlungen gefilmt werden, begannen sie urheberrechtsgeschützte Musik abzuspielen, in der Erwartung, dass die so mitaufgezeichnete, geschützte Musik zur Folge hat, dass die auf ein Stay-down ausgerichteten automatischen Uploadfilter ein Hochladen des Videos verhindern.¹⁴

Die Nutzerinnen und Nutzer wiesen darauf hin, dass dieser Negativeffekt in Fällen keine Rolle spielt, wenn ein Webangebot ausschliesslich darauf ausgerichtet ist, unlizenziert Filme und Musik anzubieten. Der Schweizer Ansatz erscheint deshalb zielgerichteter zu sein als der europäische Weg. Im Gegensatz zur Schweiz, welche die Stay-down-Pflicht auf diejenigen Hosting-Provider beschränkt, deren Dienste Urheberrechtsverletzungen begünstigen, sieht die EU eine allgemeine Stay-down-Pflicht für Hosting-Provider vor. Da sich der Schweizer Ansatz auf die Pirateriebekämpfung konzentriert, dürfte er der Meinungsäusserungsfreiheit deshalb besser Rechnung tragen als die weitergehende europäische Stay-down-Pflicht. Gleichzeitig erreicht er aber dennoch das gesetzte Ziel, den Betrieb von Piraterieplattformen auf dem Gebiet der Schweiz zu verhindern.

¹³ [ustr.gov > News > Reports and Publications > 2021 > Special 301 Report on Intellectual Property Protection](https://ustr.gov/News/Reports%20and%20Publications/2021/Special%20301%20Report%20on%20Intellectual%20Property%20Protection) (Stand: 29.7.2021).

¹⁴ <https://losangeles.cbslocal.com/2021/02/12/instagram-licensed-music-filming-police-copyright/> (Stand: 29.7.2021).

Im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung weist die Schweizerische Interpretengenossenschaft (SIG) darauf hin, dass Anzeichen für eine Diskriminierung der eher unbekannten Musikerinnen und Musiker durch die Musiklabels bei der Auswertung des Streamings ihres Katalogs bestünden. Weil den Musiklabels das Risiko eines kostspieligen Rechtsstreits als vernachlässigbar erscheine, würden sie bei den eher unbekannten Musikerinnen und Musiker die für die Verwertung erforderlichen Rechte nicht sauber abklären. Das habe zur Folge, dass Musikaufnahmen trotz eines entsprechenden Hinweises der Musikerin bzw. des Musikers an die Streaming-Plattform zugänglich bleiben würden, solange die Berechtigung umstritten sei. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum wird die Situation unbekannter Musiker bei Unklarheiten bezüglich der Berechtigung verfolgen und hierzu mit der SIG im Dialog bleiben.

4.1.3.2 Bearbeitung von Personendaten zum Zweck der Strafantragsstellung oder der Strafanzeigeerstattung

Die meisten kantonalen Staatsanwaltschaften können keine Auskunft darüber geben, ob für Strafanzeigen oder Strafanträge betreffend Urheberrechtsverletzungen IP-Adressen bearbeitet wurden oder nicht. Immerhin meldeten zwei kantonale Staatsanwaltschaften einen bzw. zwei entsprechende Fälle. Insgesamt liegen ihnen aber nur wenige urheberrechtliche Verfahren vor.

Aufgrund der Rückmeldungen aus den betroffenen Kreisen kann festgestellt werden, dass in den Strafverfahren teilweise gleichzeitig auch Zivilforderungen geltend gemacht werden. Dies erfolgt aber nicht systematisch. IP-Adressen werden offenbar mit Blick auf eine allfällige Ahndung von Rechtsverstössen im Internet bearbeitet. So sei die Erhebung von IP-Adressen elementar bei der Abklärung möglicher Rechtsverletzungen im virtuellen Raum.

Bis zum jetzigen Zeitpunkt hat die neue Norm zur Datenbearbeitung zwar (noch) nicht in vielen Verfahren eine wichtige Rolle gespielt. Es zeigt sich jedoch, dass die Möglichkeit, IP-Adressen bearbeiten zu können, im Hinblick auf die Verfolgung von Rechtsverstössen als wesentlich erachtet wird.

4.1.3.3 Erweiterter Fotografienschutz

Fotografinnen und Fotografen fühlen sich dank des erweiterten Fotografienschutzes in ihrer Stellung gestärkt. Ihnen ist wichtig, dass sie sich gegen Verletzungen ihrer Rechte wehren können. Auch seitens der Anwaltskanzleien wird festgehalten, dass die Rechtsdurchsetzung mit der neuen Regelung einfacher geworden ist. Wichtig sei dies zum Beispiel im Bereich der Pressefotografie, da die Bilder vor der Revision zum Teil wegen mangelnder Schöpfungshöhe nicht geschützt gewesen seien. Diese Rückmeldungen lassen vermuten, dass das Ziel einer vereinfachten Rechtsdurchsetzung erreicht werden konnte.

Aufgrund der Erfahrungen, die in Deutschland mit dem Schutz nicht-individueller Fotografien gemacht wurden, bestand im Rahmen der Revision die Befürchtung, dass der erweiterte Fotografienschutz in der Schweiz zu ähnlichen «Abmahnwellen» führen könnte. Dabei werden systematisch Personen, die ohne Erlaubnis Fotografien verwendet haben, von Anwaltskanzleien angeschrieben und zur Zahlung einer Entschädigung aufgefordert. Teilweise sind auch Schweizerinnen und Schweizer von solchen Abmahnungen aufgrund des deutschen Rechts betroffen. Mit Blick auf den erweiterten Fotografienschutz sind bei den Verbänden jedoch nur einzelne Rückmeldungen zu allfälligen Bildrechtsverletzungen durch KMU zu verzeichnen (wie bereits vor der Revision). Während bei den Konsumentenschutzverbänden in der Westschweiz Anfragen zu diesem Thema zugenommen haben, blieb es in der Deutschschweiz ein Randthema. Verschiedene Anwaltskanzleien meldeten allerdings, dass etwaige Forderungen gegen ihre Klientinnen und Klienten häufig auf deutschem Recht basieren würden. Zudem würden nur einzelne Fälle auf dem erweiterten Fotografienschutz beruhen; viele Fälle beträfen Handlungen, die noch vor dessen Inkrafttreten vorgenommen wurden.

Die Rückmeldungen lassen vermuten, dass der erweiterte Fotografienschutz bisher nicht zu einem markanten Anstieg an Forderungen geführt hat. Soweit ersichtlich blieb die teilweise befürchtete «Abmahnwelle» aus. Verschiedene betroffene Kreise meldeten jedoch, dass sich aufgrund der kurzen Zeitspanne seit dem Inkrafttreten des revidierten Urheberrechtsgesetzes noch kein klares Bild zum erweiterten Fotografienschutz zeichnen lasse. Die Konsumentenschutzverbände vermuten, dass Nutzerinnen und Nutzer etwaige Forderungen teilweise einfach zahlen würden. Dies wohl auch deshalb, weil sie von Klageandrohungen bei Nichtbezahlung eingeschüchtert seien. Zudem schätzen sie manche Forderungen als (zu) hoch ein. Missbräuche aufgrund des erweiterten Fotografienschutzes konnten gemäss den Rückmeldungen jedoch nicht festgestellt werden.

Sollte sich in der Zukunft zeigen, dass es auch in der Schweiz zu einer Abmahnwelle kommt, die nicht darauf ausgerichtet ist, berechnete Urheberrechte durchzusetzen, sondern einzig die Generierung von Anwaltskosten bezweckt, dürfte ein Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr vorliegen. Insoweit könnte Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹⁵ verletzt sein. Ferner könnte im Einzelfall auch eine Irreführung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b UWG vorliegen, wenn der Anschein geweckt wird, Urheberrechte seien verletzt worden, obwohl dies nicht zutrifft. Diesfalls können sich Betroffene aufgrund der im UWG zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe selbst wehren. Gegen unlautere Geschäftspraktiken kann jede Person, die in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen ist, entweder Zivilklage oder, falls zudem Irreführung vorliegen sollte, einen Strafantrag einreichen (Art. 9 und 23 UWG). Ferner können Verstöße gegen das UWG beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) gemeldet werden. Dieses sammelt Beschwerden gegen UWG-Verstöße und kann gestützt auf sein Klagerecht entsprechend intervenieren, wenn es gegen dieselbe unlautere Geschäftspraktik eine grössere Anzahl von Beschwerden erhalten hat bzw. wenn Kollektivinteressen verletzt sind (Art. 10 Abs. 3 Bst. b UWG i. V. m. der Verordnung vom 12. Oktober 2011 über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb¹⁶).

Der erweiterte Fotografienschutz ist noch nicht allen Nutzerkreisen gleich bekannt. Die Rückmeldungen lassen darauf schliessen, dass gerade im Medienbereich der Schutz von Fotografien geläufig ist. Dort bedurfte es auch keiner grossen Verhaltensumstellung. Dies wohl deshalb, weil bereits bisher vorsichtig mit Bildmaterial umgegangen wurde und teilweise sogar sicherheitshalber Lizenzen eingeholt wurden. Hingegen scheinen insbesondere private Nutzerinnen und Nutzer ihr Verhalten bei Bildverwendungen auf Social Media nur zum Teil angepasst zu haben.

Gemäss den Rückmeldungen ist vielen Personen nach wie vor nicht bewusst, dass Fotografien überhaupt geschützt sein könnten. Es fällt jedoch positiv auf, dass seit der Revision des Urheberrechtsgesetzes von mehreren Seiten umfangreiche Informationsarbeit getätigt wurde bzw. getätigt wird. Diverse Nutzerinnen und Nutzer hätten den erweiterten Fotografienschutz denn auch zum Anlass genommen, ihre Bildrechte allgemein zu überprüfen (z. B. auf ihren Internetseiten). Die Informationen über den neuen Schutz hätten zudem zu einem geschärften Bewusstsein geführt. Es kann davon ausgegangen werden, dass das Wissen um den erweiterten Fotografienschutz mit Blick auf die fortgeführte Information noch zunehmen wird. Auch lassen die Rückmeldungen darauf schliessen, dass der erweiterte Fotografienschutz tatsächlich zu einem sensibilisierteren Verhalten und damit zu mehr Rechtssicherheit führt.

¹⁵ SR 241
¹⁶ SR 241.3

4.2 Verbesserung des Zugangs zu Werken

4.2.1 Neuerungen im Schweizer Recht

4.2.1.1 Verwaiste Werke

Artikel 22b regelt die Verwendung von Werken, deren Urheberinnen und Urheber trotz mit verhältnismässigem Aufwand durchgeführter Recherche unbekannt oder unauffindbar sind. Solche verwaisten Werke dürfen benutzt werden, sofern sie sich in den Beständen von Gedächtnisinstitutionen (öffentliche oder öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Sammlungen und Archive) befinden. Für die Nutzung muss eine Vergütung bezahlt werden, die von der zuständigen Verwertungsgesellschaft eingezogen wird. Tauchen zunächst unbekannte oder nicht auffindbare Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber wieder auf, erhalten diese von der zuständigen Verwertungsgesellschaft die eingezogene Entschädigung für die bereits erfolgte Nutzung ihrer Werke. Mit dieser Regelung wird der Zugang zu kulturell und historisch interessanten Werken ermöglicht, die sonst mangels Nutzungsmöglichkeit in Vergessenheit geraten würden.

4.2.1.2 Verwendung von Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung

Die sogenannte Wissenschaftsschranke (Art. 24d) erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen das Herstellen von Vervielfältigungen zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung. Dies soll unter anderem die digitale und automatische Auswertung von Informationen ermöglichen, wie zum Beispiel das «Text- und Data-Mining». Absatz 1 verdeutlicht, dass die Vervielfältigung im Rahmen eines technischen Verfahrens zur Forschung anfallen muss. Die Vervielfältigungen dürfen aber nicht dazu dienen, Kosten für den Erwerb weiterer Werkexemplare zu verhindern. Erlaubt ist die Vervielfältigung ganzer Werke. Die Forscherinnen und Forscher müssen rechtmässigen Zugang zu den Werken haben. Unerheblich ist, ob die Forschung kommerzieller oder nicht-kommerzieller Natur ist. Die erstellten Vervielfältigungen dürfen zu Archivierungs- und Sicherungszwecken aufbewahrt werden (Abs. 2). Eine über die Auswertung der Informationen hinausgehende Verwendung der erstellten Vervielfältigungen ist nicht vorgesehen. Computerprogramme sind gemäss Absatz 3 nicht von der vorliegenden Schranke erfasst. Es ist keine Vergütung geschuldet, weil letztlich nicht das Werk als solches, sondern die darin enthaltenen Daten verwendet werden (und diese sind nicht vom Urheberrechtsschutz erfasst).

4.2.1.3 Bestandesverzeichnisse

Artikel 24e erlaubt öffentlichen sowie öffentlich zugänglichen Gedächtnisinstituten (z. B. Bibliotheken, Museen oder Archiven) die auszugsweise Wiedergabe von Werken und Werkexemplaren in ihren Bestandesverzeichnissen. Der Begriff «Bestandesverzeichnis» ist technologieneutral zu verstehen und umfasst jede Form eines zugänglichen Verzeichnisses; digital wie analog, online wie offline. Digitale Bestandesverzeichnisse erleichtern die Erschliessung und die Vermittlung der Bestände. Potenzielle Nutzerinnen und Nutzer können so einfacher auf Werke aufmerksam gemacht werden. Art und Umfang der zulässigen Wiedergaben sind in Absatz 2 näher erläutert. So müssen die Werkauszüge kurz sein. Als kurze Auszüge gelten unter anderem Covers als kleinformatige Bilder mit geringer Auflösung oder Inhalts- und Literaturverzeichnisse. Die Beschränkung auf kurze Auszüge soll verhindern, dass ein eigentlicher Werkgenuss möglich ist und die normale Verwertung der Werke beeinträchtigt wird. Es ist keine Vergütung geschuldet.

4.2.1.4 Erweiterte Kollektivlizenzen

Die erweiterten Kollektivlizenzen (Art. 43a) regeln die Möglichkeit, mit vertretbarem Aufwand eine Vielzahl urheberrechtlich geschützter Werke zu nutzen (z. B. beim Erstellen eines Sammelbandes aus einer nicht dokumentierten Fotosammlung). Gegen Bezahlung einer mit den Verwertungsgesellschaften frei auszuhandelnden Vergütung können sich die Nutzerinnen und Nutzer gegen das Risiko versichern, eine Urheberrechtsverletzung zu begehen. Die Verwertungsgesellschaften teilen die Einnahmen aus den Kollektivlizenzen anschliessend unter den Urheberinnen und Urhebern auf. Die erweiterten Kollektivlizenzen sind freiwillig, weshalb davon auszugehen ist, dass sie zu keinen ungewollten Kosten führen werden.

4.2.2 Neuerungen im EU-Recht

4.2.2.1 Nutzung vergriffener Werke

Die Nutzung vergriffener Werke ist in den Artikeln 8–11 DSM-RL geregelt. Begünstigt sind Einrichtungen des Kulturerbes. Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber können jedoch ihre Werke vom Anwendungsbereich der Norm ausschliessen. Aus diesem Grund soll eine öffentliche Online-Datenbank¹⁷ Einsicht in unter anderem die von Lizenzen erfassten vergriffenen Werke gewähren.

Im schweizerischen Recht ermöglicht das in der Teilrevision neu geschaffene Instrument der erweiterten Kollektivlizenzen entsprechende Nutzungen. Es ist damit kein Handlungsbedarf für den Schweizer Gesetzgeber ersichtlich.

4.2.2.2 Verwendung von Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung

In der EU bestehen zwei Ausnahmen zugunsten des Text- und Data-Mining. Artikel 3 DSM-RL erlaubt das Text- und Data-Mining zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung. Diese Ausnahme ist beschränkt auf spezifische Forschungsorganisationen und öffentlich zugängliche Einrichtungen des Kulturerbes. Nicht erfasst sind Organisationen, die dem bestimmenden Einfluss gewerblicher Unternehmen unterliegen. Die Vervielfältigungen dürfen aufbewahrt werden. Die Norm kann nicht durch anderslautende Nutzungsvereinbarungen übersteuert werden. Eine Vergütung ist nicht vorgesehen. Die Ausnahme in Artikel 4 DSM-RL ist demgegenüber nicht auf den Zweck der wissenschaftlichen Forschung oder auf bestimmte Akteurinnen und Akteure beschränkt. Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber können jedoch ihre Werke vom Anwendungsbereich der Norm ausschliessen. Das vervielfältigte Material darf nur solange aufbewahrt werden, wie dies für die Zwecke des Text- und Data-Mining notwendig ist. Anders als in Artikel 3 DSM-RL ist eine Vergütungspflicht nicht ausgeschlossen.

4.2.2.3 Digitalisierungsschranke

Mit der Digitalisierungsschranke in Artikel 6 DSM-RL erhalten Einrichtungen des Kulturerbes die Möglichkeit, in ihren Sammlungen befindliche Werke zum Zweck ihrer Erhaltung zu vervielfältigen. Damit sollen Digitalisierungsprojekte von Einrichtungen des Kulturerbes erleichtert werden, die sich dafür einsetzen, ihre Sammlungen für zukünftige Generationen zu erhalten. Die Schweiz wurde in dieser Hinsicht bereits früher aktiv und verfügt mit Artikel 24 URG über eine entsprechende Schranke.

4.2.2.4 Erweiterte Kollektivlizenzen

Wie das URG sieht auch die DSM-RL die Möglichkeit zur Vergabe von erweiterten Kollektivlizenzen vor. Die Mitgliedstaaten sind frei, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen oder nicht.

¹⁷ <https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/web/observatory/outofcommerceworks> (Stand: 19.7.2021).

Auch in der EU soll die Vergabe erweiterter Kollektivlizenzen Massennutzungen von Werken ermöglichen, die ansonsten wegen hoher Transaktionskosten fast unmöglich wären. Zugleich sollen Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber eine Vergütung für die Nutzung erhalten. Die Vergabe ist gemäss Artikel 12 DSM-RL in jenen Fällen möglich, in denen die Einholung einer Erlaubnis in jedem Einzelfall normalerweise beschwerlich oder gar praxisfern wäre. Die Lizenzerteilung erfolgt über repräsentative Verwertungsgesellschaften. Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber können ihre Werke vom Anwendungsbereich des vorliegenden Lizenzvergabeverfahrens ausschliessen.

4.2.2.5 Unterrichtsschranke

Mit Artikel 5 DSM-RL führte die EU eine zwingende Ausnahme für digitale und grenzüberschreitende Unterrichts- und Lehrtätigkeiten ein und präziserte damit die freiwillige Schranke für den Unterricht gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a der Harmonisierungsrichtlinie. Unter bestimmten Voraussetzungen dürfen in anerkannten Bildungseinrichtungen Werke und sonstige Schutzgegenstände zur Veranschaulichung des Unterrichts digital genutzt werden. Erfasst ist auch die Nutzung in einer sicheren elektronischen Umgebung. Die Schweiz kennt eine vergleichbare (wenn auch weitergehende) Ausnahme für den Unterricht bereits länger.

Die Richtlinie schafft zudem eine Fiktion: Die Nutzung gilt als in dem Mitgliedstaat erfolgt, in welchem die Bildungseinrichtung ihren Sitz hat. Die Schaffung einer solchen Fiktion für die grenzüberschreitende Nutzung ist in der Schweiz nicht im selben Masse möglich. Die EU regelt damit ihren Binnenmarkt, wohingegen eine für die Schweiz vergleichbare Regelung bilateraler Verhandlungen mit den betreffenden ausländischen Staaten bedürfte. Schweizer Nutzerinnen und Nutzer können sich aber bei grenzüberschreitenden Handlungen auf die jeweilige ausländische Unterrichtsschranke berufen. Wahlweise können die Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich (d. h. eine Vergütung) für die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber vorsehen. In der Schweiz ist die Unterrichtsschranke mit Blick auf ihren weiten Anwendungsbereich vergütungspflichtig.

4.2.2.6 Schutz der Public Domain

Artikel 14 DSM-RL bezieht sich auf Werke der bildenden Kunst, deren Schutzdauer abgelaufen ist. Er stellt sicher, dass an Vervielfältigungsmaterial von gemeinfreien Werken der bildenden Kunst keine Rechte entstehen, ausser die Vervielfältigung hat selber Werkcharakter. Hintergrund der Norm ist gemäss Erwägung 53 DSM-RL die Überlegung, dass die Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen im Interesse der Förderung und des Zugangs zur Kultur und des kulturellen Erbes ist. Artikel 14 DSM-RL kann bedeutsam sein im Hinblick auf Vervielfältigungen, die im Rahmen von Digitalisierungsprojekten von Werken der bildenden Kunst entstehen. Solche Vervielfältigungen sind gemäss der vorliegenden Regelung nicht mehr geschützt, ausser sie haben Werkcharakter. In der Schweiz wird dieser Thematik damit begegnet, dass nicht-individuelle Fotografien und ähnlich hergestellte Erzeugnisse von zweidimensionalen Objekten nicht geschützt sind. Dies hat den Vorteil, dass nicht unterschieden werden muss, ob ein Werk der bildenden Kunst zuzuschreiben ist oder nicht, was zum Beispiel im Hinblick auf alte Handschriften zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann. Eine Sondernorm im Sinne von Artikel 14 DSM-RL ist in der Schweiz deshalb nicht notwendig.

4.2.3 Wirksamkeit der Neuerungen im Schweizer Recht

4.2.3.1 Vorbemerkung zu Schrankenregelungen im grenzüberschreitenden Kontext

Wie vorab dargelegt, hat die Schweiz im Rahmen der Revision verschiedene Schrankenbestimmungen angepasst oder neu eingeführt, so zum Beispiel die Schranke für verwaiste Werke oder die Wissenschaftsschranke. Diese Regelungen wurden gemäss den verschiedenen Rückmeldungen grundsätzlich begrüsst. Es wurde jedoch bedauert, dass sie keine grenzüberschreitende Wirkung entfalten

würden, was gerade im Online-Kontext wünschenswert wäre. Grundsätzlich ist es so, dass Schweizer Recht nur in der Schweiz Wirkung entfaltet, weil die Schweiz nur in ihrem Hoheitsgebiet Recht setzen kann (sog. Territorialitätsprinzip). Für Urheberrechtsschranken, welche über die Landesgrenzen hinaus Wirkung entfalten, bedarf es deshalb eines internationalen Abkommens. Die Urheberrechtsschranken werden derzeit mit Blick auf den Abschluss entsprechender Abkommen in der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) diskutiert. Die Schweiz ist sich der Bedeutung des Themas bewusst und setzt sich in dieser Diskussion dementsprechend für sinnvolle, pragmatische Lösungen ein.

4.2.3.2 Verwaiste Werke

Gemäss Rückmeldung der zuständigen Verwertungsgesellschaft ProLitteris konnten bereits 32 Lizenzen für die Nutzung verwaister Werke vergeben werden; damit wurden 85 % aller Nutzungsanfragen gutgeheissen. Fünf Anfragen mussten abgelehnt werden, weil die in Artikel 22b und dem anwendbaren Tarif (GT 13) vorgegebenen Voraussetzungen für die Nutzung nicht erfüllt waren; zum Beispiel wurde eine Lizenzierung für das Ausland beantragt, es wurden nicht gestattete Änderungen oder Bearbeitungen beabsichtigt oder die Werkexemplare stammten nicht aus dem Bestand einer schweizerischen Gedächtnisinstitution. Gemäss ProLitteris wurden bisher keine grösseren Digitalisierungsprojekte angefragt. Die Zahlen zeigen, dass die Bestimmung bereits den Zugang zu kulturell und historisch interessanten Werken ermöglichte.

Im Gegensatz zur schweizerischen ist die Regelung der EU zur Nutzung verwaister Werke enger gefasst. Die Schranke kann ausschliesslich von Einrichtungen des Kulturerbes in Anspruch genommen werden und erfasst nur bestimmte Werkkategorien. Die Schweizer Regelung bietet damit mehr potentielle Nutzungsmöglichkeiten und kommt dem Wunsch nach verbessertem Zugang mehr entgegen. Die Verwaiste-Werke-Richtlinie¹⁸ führte nur zu einer geringen Anzahl an Eintragungen von Werken in die Datenbank für verwaiste Werke, was auf die im Vergleich zur Schweizer Regelung aufwändigeren Anforderungen an die Suche nach den Berechtigten zurückzuführen sein dürfte. Die Schweizer Regelung erscheint deshalb praxisgerechter und kann folglich insgesamt effizienter dazu beitragen, dass kulturell und historisch interessante Werke nicht in Vergessenheit geraten.

Von den Nutzerinnen und Nutzern wurde bemängelt, dass die Schranke nur für das Territorium der Schweiz gilt. Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber zeigen sich jedoch offen für dieses Anliegen und suchen zusammen mit den Nutzerinnen und Nutzern nach Lösungen für die Verwendung verwaister Werke im Ausland.

4.2.3.3 Verwendung von Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung

Gemäss Rückmeldung der betroffenen Kreise wenden Forscherinnen und Forscher bereits Verfahren des Text- und Data-Mining sowie des Machine Learning an; die Tendenz sei steigend. Forschende sind aufgrund dieser Verfahren darauf angewiesen, Inhalte vervielfältigen und lokal abspeichern zu können. Diese Handlungen werden von der Schranke erlaubt.

Die Schranke eignet sich gemäss Rückmeldung des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) zur Erschliessung umfangreicher, online verfügbarer Textinhalte, wie sie auf Social Media oder den Webseiten nationaler und internationaler Tageszeitungen zu finden sind. Sie beseitigt indessen nicht alle Hürden. Gemäss Rückmeldung der betroffenen Kreise verfügen die internationalen Wissenschaftsverlage (z. B. Elsevier, Springer Nature oder Wiley) über unterschiedliche Nutzungsbestimmungen und definieren oft mehr oder weniger (technische) Kriterien, wie die Inhalte abzurufen sind. Viele Forscherinnen und Forscher fürchten deshalb das Risiko potenzieller Rechtsstreitigkeiten. Die Wissenschafts-

¹⁸ Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. L 299 vom 27.10.2012, S. 5.

Schranke wird gemäss den Rückmeldungen denn auch insbesondere dann genutzt, wenn die Rechtslage für die Forscherinnen und Forscher relativ überschaubar ist und als eindeutig wahrgenommen wird. Daraus lässt sich schliessen, dass die Wissenschaftsschranke insgesamt zu Vereinfachungen in Bezug auf die Forschungsarbeit geführt hat, indem weniger Zeit für rechtliche Abklärungen aufgewendet werden muss.

Die Wissenschaftsschranke scheint vor allem jenen Forscherinnen und Forschern bekannt zu sein, die schon mit technischen Verfahren zur Erschliessung grosser Text- und Datenmengen gearbeitet haben, sowie den Fachpersonen an den Forschungseinrichtungen (bspw. in den Fachbibliotheken). Dies lässt vermuten, dass die Wissenschaftsschranke spätestens dann wahrgenommen wird, wenn Forscherinnen und Forscher mit den vorliegend relevanten Forschungsverfahren und damit zusammenhängenden urheberrechtlichen Fragen in Berührung kommen.

Aus Sicht des SNF ist die Wissenschaftsschranke ein Schritt in die richtige Richtung und ein wichtiges Zeichen dafür, dass die Bedürfnisse der Forschung eine Rolle in der Revision des Urheberrechtsgesetzes gespielt haben. Anders als bei den EU-Regelungen ist die Wissenschaftsschranke nicht auf Verfahren des Text- und Data Mining beschränkt. Dies führt hinsichtlich der erfassten Forschungsverfahren zu mehr Flexibilität als in der EU. Aufgrund der Limitierung auf die wissenschaftliche Forschung ist kein «Opt-out» für Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber vorgesehen. Nutzerinnen und Nutzer werden zudem gleichbehandelt, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Ausrichtung. Dies schafft insofern Rechtssicherheit, als Nutzerinnen und Nutzer nicht abklären müssen, ob einerseits sie selber und andererseits bestimmte Werke von der Norm erfasst sind oder nicht. Der Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) hebt deswegen hervor, dass er die schweizerische Lösung im Vergleich zur europäischen Schranke als gelungenere erachte.

4.2.3.4 Bestandesverzeichnisse

Die betroffenen Kreise bestätigten, dass seit dem Inkrafttreten der Bestimmung bereits Buchcover, Fotografien und Plakate – jeweils kleinformatig und in niedriger Auflösung – in bestehende Kataloge integriert worden seien. Weitere Integrationen würden sukzessive erfolgen, womit auch nach und nach eine bessere Erschliessung der Bestände erreicht werde. Die Bestimmung würde jedoch eher nicht dazu führen, dass neue Bestandesverzeichnisse erstellt würden. Es sei zudem noch zu früh, um feststellen zu können, ob die durch die Schranke erlaubten Kataloganreicherungen zu einem veränderten Nutzerverhalten führen würden; das könne erst beurteilt werden, wenn die Umsetzung abgeschlossen sei. Dennoch kann bereits jetzt festgehalten werden, dass die Regelung die gewünschte Wirkung hat.

4.2.3.5 Erweiterte Kollektivlizenzen

Gemäss Rückmeldung der Verwertungsgesellschaften wurden gesamthaft erst sieben ECL angefragt, davon sechs bei ProLitteris und eine bei Swissperform.

Bei ProLitteris kamen die Anfragen aus den Bereichen Wissenschaft, Kulturgewerbe, Politik und Geschichte. Bislang erteilte sie zwei ECL, eine weitere Anfrage ist noch pendent. Die Ablehnungen waren unter anderem auf folgende Gründe zurückzuführen: die zu lizenzierenden Handlungen gingen mit Persönlichkeitsverletzungen einher, vergangene Rechtsverletzungen konnten mit einer ECL nicht geheilt werden, eine Lizenzierung für das Ausland wurde als rechtlich nicht möglich erachtet, einer Anfragerin stand kein ausreichendes Budget zur Verfügung.

Die noch in Abklärung befindliche ECL-Anfrage bei Swissperform betrifft ein Musikfestival, das sein Archiv mit rund 140 Stunden Musik und 2500 Titeln auf einer Webseite zur Verfügung stellen möchte.

Gestützt auf die bisherigen Rückmeldungen scheint die Regelung noch nicht wunschgemäss zu funktionieren. Kritisiert wurde die aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer zu restriktive Haltung der ProLit-

teris bei der Erteilung der ECL. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) als Aufsichtsbehörde wird die weitere Entwicklung verfolgen und nötigenfalls Massnahmen ergreifen, damit das Potenzial der ECL voll ausgeschöpft werden kann.

Bereits heute lässt sich feststellen, dass die Unsicherheiten betreffend die Möglichkeit grenzüberschreitender Lizenzierungen dazu führen, dass die ECL für Internetnutzungen wenig attraktiv ist. Hierzu muss auf internationaler Ebene eine Lösung gesucht werden (vgl. Ziff. 4.2.3.1).

4.3 Korrektur des Missverhältnisses zwischen der Online-Nutzung von Werken und den daraus resultierenden Vergütungen der Kulturschaffenden

4.3.1 Neuerungen im Schweizer Recht

4.3.1.1 Video-on-Demand-Vergütung (VoD)

Konsumentinnen und Konsumenten beziehen Filme und Serien heute in digitaler Form über Plattformen im Internet (Video-on-Demand). Obwohl die Video-on-Demand-Nutzungen zunehmen, bleibt es für die Urheberinnen und Urheber von audiovisuellen Werken sowie für die ausübenden Künstlerinnen und Künstler schwierig, aus dieser Verwertung Einnahmen zu generieren. Den Urheberinnen und Urhebern steht für die Verwertung der von ihnen geschaffenen audiovisuellen Werke über Online-Plattformen neu ein unverzichtbarer und unübertragbarer Vergütungsanspruch zu, welcher der kollektiven Verwertung unterstellt ist (Art. 13a). Die geschuldete Vergütung richtet sich damit nach einem Tarif, welcher der Angemessenheitskontrolle untersteht. Hierdurch soll eine angemessene Entschädigung der Urheberinnen und Urheber für die Online-Nutzung ihrer Werke sichergestellt werden. Die neue Video-on-Demand-Vergütung soll Nachteile korrigieren, die den Urheberinnen und Urhebern aus den in diesem Bereich existierenden langen Verwertungsketten mit für sie nicht einsehbaren Verträgen entstehen. Dies führt zu einer Verringerung des Ungleichgewichts zwischen der zunehmenden Online-Nutzung von Werken und den bisher daraus erzielten geringen Erlösen. Eine entsprechende Regelung für die ausübenden Künstlerinnen und Künstler findet sich in Artikel 35a.

4.3.1.2 Schutzdauer

Mit der Teilrevision wurde die Schutzdauer für Interpretinnen und Produzenten für ihre Darbietungen und Produktionen von 50 auf 70 Jahre verlängert. Der verlängerte Schutz soll dazu beitragen, Einkommenslücken zu vermeiden und Investitionen in neue Talente aufrechtzuerhalten.¹⁹ Einnahmen auch in späteren Lebensjahren sind für die Kulturschaffenden essenziell, weil ihnen oftmals keine angemessenen Rückstellungen für diese Zeit möglich sind.²⁰

4.3.2 Neuerungen im EU-Recht

4.3.2.1 Lizenzen für Video-on-Demand

Artikel 13 DSM-RL soll den Abschluss von Lizenzvereinbarungen für die Video-on-Demand-Verbreitung von audiovisuellen Werken erleichtern. Die Mitgliedstaaten müssen eine unparteiische Instanz oder eine Mediatorin bzw. einen Mediator zur Verfügung stellen, an die bzw. den sich die Vertragspar-

¹⁹ Botschaft vom 22.11.2017 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung; BBl **2018** 591, hier 603.

²⁰ Vgl. Ecoplan (Hrsg.) (2021): Soziale Absicherung von Kulturschaffenden, Schlussbericht vom 23.6.2021. Bern. Kann abgerufen werden unter: https://visarte.ch/wp-content/uploads/2021/07/Absicherung_Kulturschaffende_Bericht_Schlussbericht_210624_de.pdf (Stand: 9.7.2021).

teien zur Unterstützung wenden können. Die Bestimmung soll sich positiv auf das Verhandlungsgleichgewicht zwischen Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern einerseits sowie den Video-on-Demand-Plattform andererseits auswirken (ähnlich wie die Schweizer Regelung in Artikel 13a URG), was letztlich auch dazu beitragen könnte, dass mehr europäische Filme auf den grossen Video-on-Demand-Plattformen verfügbar gemacht werden.²¹

4.3.2.2 Lizenzen für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten

Mit der DSM-RL sollen Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten dazu gebracht werden, mit den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern Lizenzen zu schliessen, wenn sie der Öffentlichkeit Zugang zu von ihren Nutzerinnen und Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschaffen. Die Regelung zielt auf Unternehmen wie Facebook, YouTube oder Tiktok ab. Nicht erfasst sind nicht-gewinnorientierte Einrichtungen wie Wikipedia. Hierzu wurde die Regelung der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für den Bereich des Urheberrechts nachjustiert. Neu können Diensteanbieter nicht mehr von der Beschränkung der Verantwortlichkeit nach der E-Commerce-Richtlinie²² profitieren; das heisst, sie werden grundsätzlich für die Nutzung von geschützten Inhalten über ihre Dienste haftbar gemacht, sofern sie nicht über eine entsprechende Lizenz verfügen oder belegen können, dass sie alle Anstrengungen unternommen haben, um die Erlaubnis einzuholen. Unternehmen, die seit mehr als drei Jahren bestehen, einen 10 Mio. EUR übersteigenden Jahresumsatz aufweisen sowie mehr als 5 Mio. monatliche Besucherinnen und Besucher zählen, müssen zudem über ein Stay-down-System verfügen.

Die Schweiz geht hier insofern weiter, als sie keine Beschränkung der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten kennt. Zudem können diese weder die Einrede geltend machen, dass sie alle Anstrengungen unternommen haben, um die Erlaubnis einzuholen, noch gibt es eine Sonderregelung bezüglich kleiner Unternehmen. Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten sollten damit bereits heute für das unerlaubte Zugänglichmachen von geschützten Inhalten durch ihre Nutzerinnen und Nutzer haftbar gemacht werden können, wenn sie über eine Urheberrechtsverletzung informiert wurden und untätig bleiben. Damit besteht auch in der Schweiz grundsätzlich ein vergleichbarer Anreiz zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen mit den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern. Ein gesetzlicher Handlungsbedarf erscheint damit nicht angezeigt.

4.3.2.3 Massnahmen zur Sicherung angemessener Lizenzeinnahmen

Artikel 18–23 DSM-RL sehen Massnahmen vor, die den Kulturschaffenden angemessene Lizenzeinnahmen garantieren sollen. Transparenzpflichten sollen es den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern ermöglichen, den wirtschaftlichen Wert ihrer Rechte zu bestimmen. So können sie nachträglich eine zusätzliche angemessene und faire Vergütung für die Verwertung ihrer Rechte verlangen, wenn sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung als unverhältnismässig niedrig erweist. Zudem erhalten sie das Recht, eine Lizenzvereinbarung ganz oder teilweise zu widerrufen, wenn das Werk oder ein anderer Schutzgegenstand nicht verwertet wird.

Die Schweiz wählte einen direkteren Weg. Statt eines aufwändigen Reportings zur Sicherung der Transparenz und einer allfälligen nachträglichen Korrektur, werden die Lizenzeinnahmen der Kulturschaffenden über die kollektive Wahrnehmung direkt gesichert. Für ausübende Künstlerinnen und Urheber audiovisueller Werke erfolgt dies über die Video-on-Demand-Vergütung und für Urheberinnen und Urheber im Musikbereich auf der Basis der freiwilligen Kollektivverwertung. Der Erfahrungszeitraum ist noch zu kurz, um bereits Aussagen über die Wirksamkeit der unterschiedlichen Ansätze zu

²¹ Vgl. Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.5.2019, E. 51–52 S. 103.

²² Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

machen. Allerdings zeichnet sich beim schweizerischen Ansatz bereits heute ab, dass sich die Regelung für die Kulturschaffenden positiv auswirken wird, während der Ansatz der EU noch keinerlei Prognose zulässt.

4.3.3 Wirksamkeit der Neuerungen im Schweizer Recht

4.3.3.1 Video-on-Demand-Vergütung (VoD)

Die Genehmigung des neuen VoD-Tarifs (GT 14) wird von den Verwertungsgesellschaften per 1. Januar 2022 erwartet. Bereiche, bei welchen sie schon heute Probleme bei der Umsetzung des neuen Anspruchs erwarten, sehen sie keine. Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber werten den VoD-Vergütungsanspruch als einen ersten Schritt in die richtige Richtung. Es ist deshalb anzunehmen, dass die Regelung helfen wird, den Value-Gap zugunsten der Kreativen zu schliessen.

Der DUN kritisiert nicht den VoD-Vergütungsanspruch als solchen, sondern dessen Umsetzung. Zwar habe man sich auf einen VoD-Tarif einigen können, mehrere Fragen müssten allerdings noch durch die zuständigen Zivilgerichte geklärt werden. Zudem sei man mit den Gesetzesartikeln über das Ziel hinausgeschossen. Der Zweck der Regelung sei die Erfassung von Anbietern der klassischen Video-on-Demand-Dienste, die damit ein Geschäftsmodell betreiben würden. Gemäss Wortlaut der Norm könne nun aber quasi jedes Bewegtbild auf einer Homepage darunterfallen. Auch Gedächtnisinstitutionen, die im Rahmen ihrer Archivierungspflicht Videos zugänglich machen, würden davon erfasst. Solche Nutzungen seien beim Erlass der Bestimmungen nicht gemeint gewesen. In diesem Zusammenhang könne beispielsweise auf das Votum Markwalder anlässlich der Debatten zu den Artikeln 13a und 35a verwiesen werden: «Die Video-on-Demand-Vergütung soll jedoch den Urheberinnen und Urhebern sowie den Interpretinnen und Interpreten einen Anteil am Umsatz, insbesondere gegenüber den grossen internationalen Plattformen, generieren.»²³. Der Sinn einer Gesetzesbestimmung ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Bestimmung selbst, sondern auch aus den Materialien. Es wird deshalb Sache der Zivilgerichte sein, den Anwendungsbereich der Norm genauer zu bestimmen.

4.3.3.2 Schutzdauer

Die Schutzfristverlängerung um 20 Jahre lässt den Schutz von bereits gemeinfrei gewordenen Darbietungen und Produktionen nicht wieder aufleben. Das hat zur Folge, dass die Regelung graduell Wirkung zeigen und ihr volles Potenzial erst in zwanzig Jahren entfalten wird. Dementsprechend sind derzeit noch keine Mehreinnahmen zu verzeichnen. Die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber gehen jedoch davon aus, dass mittelfristig Mehreinnahmen generiert werden können. Die zuständige Verwertungsgesellschaft Swissperform nimmt allerdings an, dass die Regelung eher zu einer Neuverteilung unter den Berechtigten führen wird.

Die Nutzerinnen und Nutzer bestätigen dieses Bild. Bis dato haben sie keine Mehrkosten festgestellt, die auf diese Regelung zurückzuführen wären. Economiesuisse sieht die Relevanz dieser Regelung in erster Linie bei den Verhandlungen zwischen den Interpretenorganisationen und den Streaming-Plattformen. Letztere hätten ihrerseits zu einer Erhöhung der Kosten (aber auch des Nutzens) bei den Nutzerinnen und Nutzern geführt.

Die EU gewährt eine Schutzdauer von 70 Jahren nur den Tonkünstlerinnen und Musikproduzenten. Eine Ausdehnung auf Schauspielerinnen und Filmproduzenten ist nicht geplant. Ein Kommissionsbericht lehnt eine entsprechende Ausdehnung sogar ab, weil diesbezügliche Konsultationen keine Notwendigkeit einer Ausdehnung haben erkennen lassen. Die Kommission bestätigt, dass hier eine Ungleichbehandlung vorliegt, weist aber darauf hin, dass die internationalen Vorgaben erfüllt seien bzw.

²³ AB 2018 N 2189–2190

sogar darüber hinausgegangen werde.²⁴ Im Vergleich zur EU geht die schweizerische Regelung weiter und vermeidet so die in der EU bestehende Ungleichbehandlung.

4.4 Zwischenfazit

Erste Ergebnisse deuten darauf hin, dass die Revision in Richtung der gesteckten Ziele wirkt. Im Bereich «Verbesserung des Zugangs zu Werken» soll die internationale Dimension in den entsprechenden Gremien weiterverfolgt werden und im Bereich «erweiterte Kollektivlizenzen» müssen die Erfahrungen aus der Praxis aktiv verfolgt werden.

Teil B - Schutz von journalistischen Inhalten

5 Diskussion im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens zur Teilrevision

Es ist unbestritten, dass sich die Medien in einer schwierigen Situation befinden. In seiner Botschaft vom 29. April 2020 zum Massnahmenpaket zugunsten der Medien hielt der Bundesrat fest: «Unabhängige, vielfältige Medien erfüllen eine wichtige staats- und demokratiepolitische Funktion. Die wirtschaftliche Situation der Medien verschlechtert sich aber zunehmend: Die Zeitungen verlieren kontinuierlich Werbe- und Abonnementseinnahmen. Die Online-Werbeinnahmen steigen, davon profitieren aber nicht die einheimischen Online-Medien.»²⁵. Anlässlich der parlamentarischen Beratungen zu der am 1. April 2020 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechts hat die WBK-S deshalb zunächst auch zwei Anträge zur Verbesserung der Situation der Medienunternehmen und der Medienschaffenden eingereicht²⁶: Erstens für einen neuen Artikel 13b «Zugänglichmachen von journalistischen Werken» und zweitens für einen neuen Artikel 73a «Leistungsschutzrecht für Medienverlage». Die entsprechenden Neuerungen fanden dann jedoch noch keinen Eingang in das revidierte Gesetz. Zum einen war offen, ob die vorgeschlagene Regelung tatsächlich zielführend ist. Zum anderen war damals noch unklar, wie die EU-Mitgliedstaaten die eben erst beschlossene EU-Richtlinie umsetzen würden. Das Parlament hat deshalb entschieden, den Anträgen nicht Folge zu leisten und stattdessen den Bundesrat mit dem vorliegenden Bericht zu beauftragen.²⁷

6 Situation auf internationaler Ebene

6.1 Situation in der EU

Die journalistischen Medien kämpfen seit längerer Zeit mit der Finanzierung ihrer Angebote, insbesondere mit sinkenden Werbeeinnahmen. Diese sind zumindest teilweise auch darauf zurückzuführen, dass im Zuge der Digitalisierung mit Online-Diensten neue und attraktive Werbeplattformen entstanden

²⁴ Commission Staff Working Document (Brussels, 9.12.2020): Assessment of the possible need for an extension of the term of protection of rights of performers and producers in the audiovisual sector, S. 18. Kann abgerufen werden unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13870-2020-INIT/en/pdf> (Stand: 4.8.2021).

²⁵ Botschaft vom 29.4.2020 zum Massnahmenpaket zugunsten der Medien; BBl 2020 4485.

²⁶ Anträge der WBK-S für einen Art. 13b (neu) «Zugänglichmachen von journalistischen Werken» und für einen Art. 73a (neu) «Leistungsschutzrecht für Medienverlage».

²⁷ Point de Presse WBK-S (29.4.2019): Urheberrecht – Ständeratskommission verzichtet auf Leistungsschutzrecht. Keystone SDA-ATS AG. Kann abgerufen werden unter: <https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/sda-2019-04-29.aspx> (Stand: 13.7.2021).

den sind. Einerseits konkurrieren die journalistischen Medien und die Online-Dienste miteinander. Andererseits besteht zwischen ihnen auch eine enge Verbindung, indem sie komplementäre Dienstleistungen anbieten.

Verschiedene Online-Dienste haben sich zunutze gemacht, dass journalistische Veröffentlichungen inzwischen in grosser Zahl im Internet verfügbar sind, indem sie u. a. Zugang zu journalistischen Veröffentlichungen über Links bzw. über sogenannte Snippets (Textvorschauen) vermitteln. Diese werden von der Plattform automatisiert gesammelt (Google News) oder von den Nutzerinnen und Nutzern der Plattform bzw. von den journalistischen Medien selbst gepostet (Facebook, Twitter etc.). Ihre Dienstleistung besteht also im Erstellen einer Übersicht über Newsmeldungen und im einfachen Zugriff auf diese Meldungen über einen Link. Davon profitieren einerseits die Nutzerinnen und Nutzer, indem sich ihre Such- und Informationskosten reduzieren, und die journalistischen Medien dadurch, dass ihr Angebot frequentiert wird. Die Online-Dienste andererseits leben massgeblich von fremdproduzierten Inhalten wie journalistischen Veröffentlichungen. Indem sie journalistische Inhalte, die von journalistischen Medien relativ kostspielig produziert werden, einfach zugänglich machen, können sie ihre Attraktivität steigern und so zusätzliche Werbeeinnahmen generieren. Wenn sie die bereitgestellten Links mit einer Vorschau auf den Inhalt der journalistischen Medien dokumentieren (Snippets), dann ist zudem das Informationsbedürfnis mancher Nutzerinnen und Nutzer unter Umständen bereits erfüllt, so dass diese das Angebot der journalistischen Medien gar nicht (mehr) aufrufen.

Vor diesem Hintergrund hat die EU mit Artikel 15 DSM-RL im April 2019 eine urheberrechtliche Regelung zum Schutz von journalistischen Veröffentlichungen im Hinblick auf deren Online-Nutzung eingeführt. Diese soll die Verlage als Rechteinhaber an journalistischen Veröffentlichungen würdigen sowie zum Erhalt von freien und pluralistischen Medien, die für Qualitätsjournalismus und den Zugang zu Informationen für Bürgerinnen und Bürger unabdingbar seien, beitragen. Um journalistische Veröffentlichungen zu produzieren, würden die Verlage sowohl organisatorische als auch finanzielle Investitionen tätigen. Das Leistungsschutzrecht soll die Amortisierung dieser Investitionen erleichtern, indem es die Lizenzvergabe und die Durchsetzung der Rechte an journalistischen Veröffentlichungen bei der Online-Nutzung durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft im digitalen Umfeld ermögliche.²⁸

Zwar lassen sich die journalistischen Medien die Urheberrechte an den journalistischen Veröffentlichungen von den Journalistinnen und Journalisten abtreten, tatsächlich können sie daraus im Falle der erwähnten Online-Dienste in der Regel aber keinen direkten Nutzen ziehen. Denn anders als zum Beispiel beim Weiterverwenden ganzer Artikel, liegt beim Anzeigen von Snippets heute nicht zwingend eine urheberrechtlich relevante Übernahme der von den journalistischen Medien geschaffenen Inhalte durch die Online-Dienste vor, weil Snippets so kurz sein können, dass sie nicht mehr als individuell anzusehen und damit nicht urheberrechtlich geschützt sind. Indem Artikel 15 DSM-RL nun den Schutz auf ebendiese kurzen Textauszüge ausdehnt, sollen die journalistischen Medien in die Lage versetzt werden, die Verhandlungen mit den Online-Diensten effizient zu gestalten und ihre Inhalte zu lizenzieren.

Zu diesem Zweck nimmt die Richtlinie die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft in die Pflicht. Als Dienstleistung der Informationsgesellschaft ist jede Datenübertragungsmöglichkeit über das Internet zu verstehen, die dazu führt, dass Personen die Daten von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl abrufen können. Artikel 15 DSM-RL schränkt den Kreis der Verpflichteten allerdings ein auf Anbieter, die ihre Dienstleistung in der Regel gegen Entgelt erbringen. Aufgrund der Zielsetzung der Regelung dürften damit neben Abonnementsdiensten auch werbefinanzierte Dienste erfasst sein. Als Berechtigte gelten einerseits die journalistischen Medien. An den Einnahmen sollen andererseits aber auch die Urheber und Urheberinnen und sonstigen Rechteinhaber der in einer journalistischen Veröffentlichung enthaltenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände beteiligt werden. Da an der

²⁸ Vgl. Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.5.2019, E. 54–60 S. 103–104.

Urheberbereignschaft angeknüpft wird, kommt die Bestimmung nicht nur auf Journalisten und Journalistinnen im Arbeitsverhältnis, sondern auch auf freie Journalisten und Journalistinnen zur Anwendung. Rechtsobjekt von Artikel 15 DSM-RL sind die «Presseveröffentlichungen». Nach Erwägung 56²⁹ muss der Begriff der «Presseveröffentlichung» so definiert werden, dass er «nur journalistische Veröffentlichungen umfasst, die, unabhängig vom Medium, also auch in Papierform, im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die im Sinne des Unionsrechts eine Dienstleistungserbringung darstellt, veröffentlicht werden. Dazu sollten «beispielsweise Tageszeitungen oder wöchentlich bzw. monatlich erscheinende, einschliesslich abonnierte Zeitschriften von allgemeinem oder besonderem Interesse, sowie Nachrichtenwebseiten» gehören. Inhalt solcher journalistischen Veröffentlichungen sind vorwiegend Textbeiträge, aber auch Fotografien und Videos. Periodika wie beispielsweise Wissenschaftsjournale, die für wissenschaftliche oder akademische Zwecke verlegt werden sowie Informationen für Internetseiten wie etwa Blogs zu Verfügung stellen, die im Rahmen einer Tätigkeit, die nicht auf Initiative sowie unter der redaktionellen Verantwortung und der Aufsicht eines Dienstleisters wie etwa eines journalistischen Mediums stattfindet, sollten demgegenüber nicht unter den auf der Grundlage der Richtlinie gewährten Schutz für journalistische Veröffentlichungen fallen.

Gemäss Artikel 15 Absatz 1 DSM-RL legen die Mitgliedstaaten Bestimmungen fest, mit denen die journalistischen Medien das Vervielfältigungsrecht, das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände für die Online-Nutzung ihrer journalistischen Veröffentlichungen durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft erhalten. Die vorgesehenen Rechte sollen nicht gelten für die Nutzung einzelner Wörter oder sehr kurzer Auszüge aus einer journalistischen Veröffentlichung und für das Setzen von Links. Nicht erfasst ist auch die private oder nicht-kommerzielle Nutzung von journalistischen Veröffentlichungen durch einzelne Nutzerinnen und Nutzer.

Wie in Kapitel 3.2 bereits dargelegt, haben bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist am 7. Juni 2021 erst vier der 27 EU-Mitgliedstaaten die DSM-RL und in diesem Zusammenhang auch das Leistungsschutzrecht in nationales Recht umgesetzt.³⁰ Spanien und Deutschland hatten zuvor bereits unabhängig von der Richtlinie ein Leistungsschutzrecht eingeführt. Frankreich zog im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie die Einführung des Leistungsschutzrechtes vor. Die geringe Umsetzungsquote ist sicher auch darauf zurückzuführen, dass die Kommission die Leitlinien für die Regelung der Lizenzen für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten erst am 4. Juni 2021 und damit kurz vor Ablauf der Umsetzungsfrist der DSM-RL publiziert hat.

6.2 Länderanalyse

Beispielhaft für die bereits erfolgte Umsetzung des Leistungsschutzrechtes skizziert der vorliegende Bericht die Umsetzung in Nachbarstaaten der Schweiz, den Niederlanden, in Luxemburg, im ehemaligen EU-Mitgliedstaat Grossbritannien und in Australien.

Allen Länderanalysen ist gemein, dass sich die Frage nach den genauen Erträgen aus dem Leistungsschutzrecht zum aktuellen Zeitpunkt nicht beantworten lässt. Soweit Länder eine individuelle Lizenzierung vorsehen, werden diese Erträge nicht zu beziffern sein, weil die individuellen Lizenzverträge nicht einsehbar sind.

²⁹ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.5.2019, S. 104.

³⁰ Deutschland, Malta, Niederlande und Ungarn (Stand: 28.7.2021). Frankreich hat zwar das Leistungsschutzrecht eingeführt, aber die Richtlinie noch nicht vollständig umgesetzt.

6.2.1 Deutschland

Deutschland hatte bereits 2013 ein Leistungsschutzrecht eingeführt. Die Bestimmungen im Urheberrechtsgesetz (UrhG) erwiesen sich damals jedoch als wirkungslos. So weigerte sich eine Internetplattform beispielsweise, Lizenzen für die Nutzung der Snippets zu bezahlen. Die journalistischen Medien gestatteten diesem die Nutzung der Snippets daraufhin ohne Gegenleistung; sie wollten weiterhin in den Trefferlisten erscheinen, um so den notwendigen Datenverkehr auf die eigenen Seiten zu lenken.³¹ 2019 wurde dem deutschen Leistungsschutzrecht vom EuGH schliesslich ein Formfehler (fehlende Notifizierung an die EU-Kommission) attestiert, aufgrund dessen im Rechtsstreit zwischen Privaten die Unanwendbarkeit des Leistungsschutzrechts geltend gemacht werden konnte.³²

Am 7. Juni 2021 sind infolge der DSM-RL der EU mit dem Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes³³ die neuen Bestimmungen zum Schutz der journalistischen Medien in Kraft getreten. Diese Bestimmungen ähneln inhaltlich stark dem Leistungsschutzrecht von 2013. Geregelt werden unter anderem die Rechte der journalistischen Medien und deren Ausübung, die Dauer der Rechte und die Vergütung der an der journalistischen Veröffentlichung beteiligten Kreativen wie beispielsweise Journalisten und Journalistinnen sowie Fotojournalisten und Fotojournalistinnen. Gestützt auf diese Bestimmungen wurden in Deutschland inzwischen nun erste Vereinbarungen zwischen Google und einzelnen journalistischen Medien geschlossen.

6.2.2 Frankreich

Frankreich kennt ein ausschliessliches Leistungsschutzrecht. Verankert ist dieses Leistungsschutzrecht im Gesetz n°2019-775 vom 24. Juli 2019 zur Schaffung eines Leistungsschutzrechts zugunsten der journalistischen Medien³⁴ und im Gesetz zum Immaterialgüterrecht (CPI)³⁵. Geregelt werden die Modalitäten der Online-Nutzung von journalistischen Veröffentlichungen durch sogenannte Online-Kommunikationsdienste. Journalistische Medien können im Falle einer Übernahme ihrer journalistischen Veröffentlichungen mit den Online-Kommunikationsdiensten eine Vergütung aushandeln, die sich nach dem erzielten Umsatz oder einer Pauschale bemisst. Bei den Preisverhandlungen sollen unter anderem die personellen, materiellen und finanziellen Investitionen der journalistischen Medien sowie das Ausmass der Nutzung der journalistischen Veröffentlichungen durch die Online-Kommunikationsdienste berücksichtigt werden (L218-4 CPI). Journalistinnen und Journalisten haben ein Anrecht auf einen angemessenen und gerechten Anteil an den Vergütungen der journalistischen Medien (L218-5 CPI). Ausnahmen zum Leistungsschutzrecht, wie zum Beispiel das Setzen von Hyperlinks, sind in Artikel L211-3-1 CPI aufgeführt.

Bereits kurz nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen wurde die französische Wettbewerbsbehörde von mehreren Parteien (u. a. Agence France-Presse und Syndicat des Éditeurs de la Presse Magazine) wegen wettbewerbsbeschränkender Praktiken durch Google-Unternehmen (nachfolgend: Google) angerufen. Google wurde insbesondere vorgeworfen, dass es die journalistischen Medien zwingen würde, ohne entsprechende Vergütung die Übernahme ihrer Inhalte zu akzeptieren.³⁶ Die Wettbewerbsbehörde kam zum Schluss, dass Google in Frankreich eine marktbeherrschende Stellung einnimmt³⁷ und sich deshalb im vorliegenden Fall wettbewerbsmissbräuchlich verhalten hatte.³⁸ Google zog den Entscheid der Wettbewerbsbehörden an das Berufungsgericht weiter. Dieses bestätigte in seinem Urteil vom 8. Oktober 2020³⁹ den Entscheid der Wettbewerbsbehörde. Demnach

³¹ <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/macht-im-internet/leistungsschutzrecht-presseverlage-erteilen-google-recht-zur-gratisnutzung-13225088.html> (Stand: 9.7.2021).

³² EuGH, Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2019, Rs. C-299/17, *VG Media/Google*, ECLI:EU:C:2019:716.

³³ Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 27, ausgegeben zu Bonn am 4.6.2021.

³⁴ Loi n°2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse (1)

³⁵ Code de la propriété intellectuelle, Chapitre VIII : Droits des éditeurs de presse et des agences de presse.

³⁶ Décision de l'Autorité de la concurrence n°20-MC-01 du 9 avril 2020, Rz. 2, 5, 8 und 91–95 S. 8–9 und 28–29

³⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence n°20-MC-01 du 9 avril 2020, Rz. 172 S. 41

³⁸ Vgl. Décision de l'Autorité de la concurrence n°20-MC-01 du 9 avril 2020, unter anderem Rz. 237, 241 und 254 S. 55, 56 und 58

³⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020

nehme Google eine marktbeherrschende Stellung ein.⁴⁰ Das Gericht stellte weiter fest, dass Google unter anderem seine marktbeherrschende Stellung missbraucht habe, indem es den journalistischen Medien jegliche Möglichkeit genommen habe, über eine Vergütung im Zusammenhang mit der auszugsweisen Wiedergabe ihrer journalistischen Veröffentlichungen zu verhandeln.⁴¹

Bereits während der noch laufenden Berufung eröffnete die Wettbewerbsbehörde ein weiteres Verfahren, welches wie in Deutschland⁴² die Verträge in Zusammenhang mit *Google News Showcase* zum Gegenstand hatte. Am 12. Juli 2021 stellte die Wettbewerbsbehörde in einem weiteren Entscheid fest, dass Google bösgläubig handelte, indem es ablehnte, spezifisch über eine Vergütung für die auszugsweise Wiedergabe der journalistischen Veröffentlichungen zu verhandeln und nicht zwischen den Lizenzgebühren für Inhalte für seinen Dienst *Google News Showcase* und der Vergütung für die auszugsweise Wiedergabe der journalistischen Veröffentlichungen unterschied.⁴³ Der Ausgang dieser Verfahren ist noch offen. In einem Fall konnte jedoch eine erste Einigung erzielt werden.⁴⁴

6.2.3 Italien

Im April 2021 verabschiedete der italienische Senat das sogenannte Europadelegationsgesetz 2019–2020.⁴⁵ Dieses bildet den Rahmen für das Durchführungsdekret, welches die DSM-RL in italienisches Recht umsetzt. Der Entwurf des Durchführungsdekrets⁴⁶ sieht ein ausschliessliches Recht für journalistische Medien vor, ihre journalistischen Veröffentlichungen zu vervielfältigen oder zugänglich zu machen. In diesem Sinne benötigen die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft eine Erlaubnis von den journalistischen Medien für die Nutzung journalistischer Veröffentlichungen.⁴⁷ Die Urheberinnen und Urheber der Publikationen haben Anrecht auf einen angemessenen, tariflich festzulegenden Anteil an den Einnahmen, welche die journalistischen Medien für die Nutzung der journalistischen Veröffentlichungen von den Anbietern der Dienste der Informationsgesellschaft erhalten.⁴⁸ Da die Regelung zum Zeitpunkt der Berichtsverfassung noch nicht in Kraft war, lässt sich zu deren Wirksamkeit momentan nichts sagen.

6.2.4 Österreich

Österreich befindet sich noch in der Phase der politischen Abstimmung. Am 3. September 2021 wurde der Entwurf zu einer Urheberrechts-Novelle 2021 zur allgemeinen Begutachtung versandt. Die Frist zur Begutachtung des Entwurfs dauerte bis zum 13. Oktober 2021.

Im Gesetzesentwurf hatte Österreich eine Pflicht zur kollektiven Verwertung vorgesehen. Begründet wurde diese Pflicht mit den bisherigen Entwicklungen, wie etwa jüngst in Frankreich, welches das Leistungsschutzrecht vorgezogen umgesetzt hat. Dabei habe sich gezeigt, dass das Leistungsschutzrecht möglicherweise nur in kollektiver Form effizient gegen marktbeherrschende Online-Plattformen und Suchmaschinen umgesetzt werden könne.

Eine kollektive Verwertung des Leistungsschutzrechtes kann unter Umständen auch der Medienvielfalt dienen. So können die Transaktionskosten tiefer gehalten werden, da in der Regel eine einzige Verwertungsgesellschaft als Anlaufstelle für die Online-Plattformen und Suchmaschinen fungiert. Von deren erteilten Lizenzen wären dann auch kleinere journalistische Medien erfasst, welche sonst möglicherweise nicht um eine Lizenz angefragt worden wären.

⁴⁰ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020, E. 82 S. 15

⁴¹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020, E. 108 S. 18–19

⁴² vgl. Ziff. 6.2.1.

⁴³ Décision de l'Autorité de la concurrence n°21-D-17 du 12 juillet 2021, Rz. 230–234 S. 59–60

⁴⁴ <https://www.tagesanzeiger.ch/afp-schliesst-verguetungsvereinbarung-mit-google-ab-694923919919> (Stand: 26.11.2021).

⁴⁵ www.politicheeuropee.gov.it > Normativa > Legge di delegazione europea > Legge di delegazione europea 2019–2020 (Stand: 4.8.2021).

⁴⁶ <https://meiweb.it/2021/07/13/schema-di-decreto-legislativo-recante-attuazione-della-direttiva-ue-direttiva-ue-2019790-del-parlamento-europeo-e-del-consiglio-sul-diritto-d'autore-e-sui-diritti-connessi-nel-mercato-unico-di/> (Stand: 9.8.2021)

⁴⁷ Entwurf Durchführungsdekret, Art. 5 betreffend Art. 43-bis Abs. 1

⁴⁸ Entwurf Durchführungsdekret, Art. 5 betreffend Art. 43-bis Abs. 12

Weil eine *Pflicht* zur kollektiven Verwertung von der EU-Kommission als nicht konform mit der EU-Richtlinie beurteilt wird, muss diese Bestimmung der EU allerdings notifiziert werden. In der Regierungsvorlage, die derzeit im Parlament hängig ist, wurde daher auf die Verwertungsgesellschaftenpflicht vorerst noch verzichtet.

6.2.5 Niederlande

Bei den Verhandlungen über die DSM-RL waren die Niederlande dem neuen Leistungsschutzrecht gegenüber kritisch eingestellt und zählten zu denjenigen Ländern⁴⁹, die 2019 gegen die Richtlinie stimmten. Trotzdem waren die Niederlande der erste Mitgliedstaat, welcher die DSM-RL auf nationaler Ebene umsetzte. Das Umsetzungsgesetz⁵⁰ wurde bereits am 16. Dezember 2020 verabschiedet und ist am 7. Juni 2021 in Kraft getreten. Das Umsetzungsgesetz orientiert sich eng an der Richtlinie. Wie bereits in Frankreich hat Google auch mit diversen journalistischen Medien in den Niederlanden Verhandlungen zur Erteilung der nötigen Lizenzen aufgenommen. Facebook scheint indessen weiter einen anderen Ansatz zu verfolgen und verlangt von den journalistischen Medien die Zustimmung zur kostenlosen Nutzung ihrer journalistischen Veröffentlichungen. Wenn ein journalistisches Medium seine Inhalte selbst auf Facebook teilt, soll weiterhin eine Vorschau auf diesen Beitrag hinweisen. Werden aber journalistische Veröffentlichungen von journalistischen Medien, die keine Zustimmung erteilt haben, von Facebook-Nutzerinnen und -Nutzern geteilt, soll künftig nur noch die URL und keine Vorschau mehr erscheinen. Ob dieser Weg erfolgreich sein wird, lässt sich derzeit noch nicht sagen. Er dürfte allerdings Sinn und Zweck des Leistungsschutzrechts zuwiderlaufen, weil Facebook damit vermeiden könnte, den journalistischen Medien Vergütungszahlungen zu entrichten.

6.2.6 Luxemburg

Am 11. Juni 2021 verabschiedete der luxemburgische Regierungsrat den Entwurf⁵¹ zur Umsetzung der DSM-RL. Der Entwurf wird 2022 im Parlament beraten, ein Datum für das Inkrafttreten ist noch offen. Er orientiert sich eng an der DSM-RL. So wird beispielsweise die Definition der «Presseveröffentlichung»⁵² wörtlich übernommen, während für die Begründung der Ausnahmen auf die Erwägungen 55, 57 und 58 der DSM-RL hingewiesen wird. Des Weiteren berücksichtigt die Vorlage das belgische Umsetzungsgesetz⁵³ und das französische Gesetz vom 24. Juli 2019⁵⁴ zur Schaffung eines Leistungsschutzrechts. Damit soll so weit wie möglich eine Kohärenz von Gesetzgebung und Rechtsprechung gewährleistet werden.⁵⁵

6.2.7 Vereinigtes Königreich

Das Vereinigte Königreich trat am 31. Januar 2020 aus der EU aus. Es hat deshalb mitgeteilt, dass es weder verpflichtet sei noch beabsichtige, die DSM-RL umzusetzen.⁵⁶ Im geltenden nationalen Urheberrecht des Vereinigten Königreichs gibt es keine Regelung für den Schutz von journalistischen Veröffentlichungen im Hinblick auf ihre Online-Nutzung. Nach Auskunft des nationalen Amts für geistiges

⁴⁹ Die anderen Mitgliedstaaten, welche gegen die DSM-RL stimmten, waren: Luxemburg, Polen, Italien und Finnland.

⁵⁰ Gesetz vom 16.12.2020 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, des Nachbarrechtsgesetzes, des Datenbankgesetzes und des Gesetzes über die Überwachung und Streitbeilegung von Verwertungsgesellschaften in Bezug auf die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG. Kann abgerufen werden unter: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2020-558.html> (Stand: 4.8.2021).

⁵¹ Projet de loi n°7847 portant transposition de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, et modifiant :
1° la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins, et les bases de données ;
2° la loi du 3 décembre 2015 relative à certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines ;
3° la loi du 25 avril 2018 relative à la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

⁵² Vgl. Art. 2 Ziff. 4 DSM-RL.

⁵³ Le projet de loi de transposition belge n'a pas encore été déposé à la Chambre des représentants de Belgique et la rédaction du projet de loi luxembourgeois se base sur une version non-officielle.

⁵⁴ Loi n°2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse (1)

⁵⁵ Avant-Projet de loi portant transposition de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, S. 13.

⁵⁶ <https://questions-statements.parliament.uk/written-questions/detail/2020-01-16/4371> (Stand: 22.6.2021).

Eigentum (UK IPO) werde die Umsetzung von Artikel 15 DSM-RL in den EU-Mitgliedstaaten abgewartet und beobachtet, ob diese Auswirkungen auf die nationalen journalistischen Medien haben wird. Mögliche zukünftige Anpassungen des nationalen Rechts würden im Rahmen des normalen nationalen Gesetzgebungsverfahrens stattfinden.

6.2.8 Australien

Am 25. Februar 2021 verabschiedete das australische Parlament den News Media Bargaining Code (NMBC)⁵⁷. Der am 2. März 2021 in Kraft getretene Kodex soll sicherstellen, dass die journalistischen Medien für die von ihnen erstellten Inhalte angemessen vergütet werden.

Um an den Werbeeinnahmen der Plattformen beteiligt zu werden, müssen sich die journalistischen Medien zunächst online registrieren. Der NMBC sieht hierfür eine Reihe von Bedingungen vor. So müssen die Unternehmen ein Nachrichtengeschäft betreiben oder kontrollieren, um unter dem NMBC registriert zu werden, müssen die journalistischen Medien zudem eine Reihe von Eignungsprüfungen bestehen. Eine ausdrückliche Zahlungsverpflichtung der Plattformen enthält der NMBC nicht. Vielmehr müssen die Plattformen auf Antrag der journalistischen Medien mit diesen Verhandlungen über die zu leistende Vergütung aufnehmen. Wenn sich die Parteien nicht einigen können, findet ein Schlichtungsverfahren statt. Ausnahmen für beispielsweise die unentgeltliche Verbreitung einzelner Wörter oder kurzer Auszüge aus journalistischen Veröffentlichungen (Snippets) sieht der NMBC ebenso wenig vor, wie eine Beteiligung der Journalistinnen und Journalisten. Als Reaktion auf den geplanten NMBC verzichtete Facebook zunächst auf das Verbreiten von News. In der Folge wurden am NMBC noch Anpassungen vorgenommen, welche den Plattformen und den journalistischen Medien mehr Flexibilität einräumen. Gemäss Medienberichten haben Google und Facebook in der Zwischenzeit mit einer Reihe von journalistischen Medien Vereinbarungen über die Lizenzierung von journalistischen Inhalten getroffen. Nach Aussage der australischen Wettbewerbs- und Verbraucherkommission finde der Kodex – und damit beispielsweise die Durchführung eines vorgeschriebenen Schlichtungsverfahrens im Falle einer fehlenden Einigung – auf Facebook und Google keine Anwendung, solange diese weiterhin eigene Vereinbarungen mit genügend journalistischen Medien in Australien treffen. Der NMBC fungiert somit als eine Auffanggesetzgebung, falls Google und Co. die Vergütungen nicht privatwirtschaftlich regeln.

6.3 Würdigung

6.3.1 Leistungsschutzrecht gemäss EU-Richtlinie

Während die früheren nationalen Regelungen in Spanien und in Deutschland nicht die erwünschte Wirkung gezeigt hatten, änderte sich die Situation mit der Umsetzung eines Leistungsschutzrechts in der EU und auch in Australien. In verschiedenen Ländern kam es zu Einigungen zwischen Online-Diensten und journalistischen Medien und wird die Nutzung journalistischer Veröffentlichungen neuerdings vergütet.

Es stellen sich hingegen gewisse Fragen in rechtstechnischer Hinsicht. Ohne Leistungsschutzrecht können die zusammen mit dem Link übernommenen Textteile (Snippets) journalistischer Veröffentlichungen unter Umständen so kurz sein, dass sie nicht urheberrechtlich geschützt sind. In diesen Fällen stellt deren Verwendung folglich keine urheberrechtlich relevante Handlung dar und damit ist auch keine Lizenzierung erforderlich. Das galt bisher auch in der EU. Die EU hat deshalb in der DSM-RL ein Leistungsschutzrecht eingeführt, damit auch das Verwenden der Snippets eine rechtlich relevante Handlung darstellt. Zugleich hält die DSM-RL der EU in Artikel 15 Absatz 1 aber fest, dass dieses Leistungsschutzrecht für das Setzen von Hyperlinks und auch für die Nutzung einzelner Wörter oder

⁵⁷ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00021> (Stand: 25.7.2021).

sehr kurzer Auszüge aus einer journalistischen Veröffentlichung nicht gilt. Mit diesem Konstrukt konnte die Schwelle, ab wann die Verwendung eines Textteils eine Lizenz erfordert, gesenkt werden, sie wurde im Interesse der Informationsfreiheit und eines weiterhin funktionierenden Internets aber nicht abgeschafft. Das führt dazu, dass sich Online-Dienste durch eine Verkürzung der Snippets dem Anwendungsbereich des Leistungsschutzrechtes und damit einer Vergütungspflicht entziehen können, wenn die gekürzten Snippets nur noch «sehr kurze Auszüge» darstellen, die explizit vom Leistungsschutzrecht ausgenommen sind. In Frankreich hat daher vermutlich erst ein Entscheid des Berufungsgerichts vom 20. Oktober 2020⁵⁸ dem Leistungsschutzrecht auch im Falle der Verwendung sehr kurzer Snippets zum Durchbruch verholfen. Das Berufungsgericht entschied jedenfalls, dass Google mit dem Versuch, nur noch sehr kurze Snippets zu verwenden und damit unter der leistungsschutzrechtlichen Schwelle zu bleiben, das Ziel des Leistungsschutzrechtes zu unterlaufen versucht habe. Bei seiner Begründung legte der Gerichtshof allerdings nicht dar, worin genau die Wettbewerbsrechtsverletzung bestanden hatte, sondern argumentierte, dass das Leistungsschutzrecht seinen Zweck verfehlen würde, wenn sich Google mit seinem Verhalten dem Abschluss von Lizenzverträgen entziehen kann.

Das Leistungsschutzrecht nach dem Vorbild der EU funktioniert unter Umständen und je nach konkreter Ausgestaltung folglich nur dann, wenn marktmächtige Online-Dienste zum Abschluss von Verträgen verpflichtet werden. Dies könnte darauf hindeuten, dass sich die urheberrechtliche Norm der EU unter Umständen nur bedingt eignet und eine Lösung allenfalls auch im Bereich des Wettbewerbsrechts zu suchen wäre. Es ist offen, ob in der Schweiz eine Fallkonstellation wie in Frankreich gleich beurteilt würde. Nach schweizerischem Recht und bundesgerichtlicher Rechtsprechung fehlt es vermutlich an der verlangten Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens und dem gegebenenfalls beanstandeten missbräuchlichen Verhalten (Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen gem. Art. 7 Abs. 2 Bst. c Kartellgesetz⁵⁹). Theoretisch möglich wäre zwar eine ergänzende Regelung im Sinne eines «Mediensonderschutzes» direkt im Kartellgesetz, diese wäre allerdings systemfremd. Das Kartellgesetz bezweckt, den wirksamen Wettbewerb «im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern»⁶⁰. Struktur- und Bestandsschutz, erst recht mit Bezug auf einen bestimmten Wirtschaftssektor, sind ihm fremd.

Es ist daher vertieft zu prüfen, wie in der Schweiz eine Regelung konkret aussehen müsste, damit sie die gewünschte Schutzwirkung für journalistische Veröffentlichungen erzielt. Einer allenfalls befürchteten Marktkonzentration könnte zudem entgegengewirkt werden, indem das Leistungsschutzrecht durch eine Verwertungsgesellschaft kollektiv wahrgenommen würde. Das Ziel einer vielfältigen Medienlandschaft würde jedenfalls verfehlt, wenn sich Online-Dienste darauf beschränken würden, Verträge lediglich mit ausgewählten internationalen journalistischen Medien zu schliessen (und dabei möglicherweise sogar kleinere, nationale oder regionale journalistische Medien von einer Suchresultatsanzeige ausschliessen würden). Während verschiedenen Bedenken im Rahmen der Regulierung Rechnung getragen werden kann, gibt es keine Alternative zu einer Plattformregulierung, um die grossen Online-Dienste an den Verhandlungstisch zu bringen und die journalistischen Medien für die Nutzung ihrer Inhalte angemessen zu entschädigen.

6.3.2 Alternative Ansätze

Aufgrund der Beobachtungen in anderen Ländern und möglichen rechtstechnischen Herausforderungen eines Leistungsschutzrechtes nach dem Vorbild der EU wären allenfalls auch alternative Wege denkbar, wie journalistische Medien für ihre Leistungen von den Online-Diensten vergütet werden können. Diese seien im Folgenden kurz skizziert. Auch sie sollen weiter vertieft werden.

⁵⁸ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020

⁵⁹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251

⁶⁰ Artikel 1 Kartellgesetz

6.3.2.1 Leistungsschutzrechtlicher Vergütungsanspruch

Der nachbarrechtliche Leistungsschutz im URG sieht nicht nur ausschliessliche Rechte vor, sondern verknüpft gewisse Handlungen mit einem Vergütungsanspruch (vgl. Art. 35 URG). Ein Vergütungsanspruch statt eines ausschliesslichen Leistungsschutzrechtes hätte den Vorteil, dass der Rechteinhaber und dem Rechteinhaber kein Verbotsrecht in die Hand gegeben wird. Damit entfielen die Notwendigkeit, wie in der DSM-RL zur Sicherung des Funktionierens des Internets die Nutzung einzelner Wörter oder sehr kurzer Auszüge aus einer journalistischen Veröffentlichung vom Anwendungsbereich der Norm auszunehmen. Diese Ausgestaltung würde es den Online-Diensten verunmöglichen, journalistische Veröffentlichungen zu nutzen und dabei ausserhalb des Anwendungsbereichs der Norm zu bleiben. Dies würde eine kartellrechtliche Intervention verzichtbar machen. Diese Lösung wäre in ihrer Ausgestaltung zwar nicht EU-kompatibel, würde aber zu einem vergleichbaren Ergebnis führen. Zudem sieht das EU-Recht keine Gegenrechtsbestimmung vor, weshalb sich eine Differenz zur Regelung in der EU für die Schweiz nicht nachteilig auswirken dürfte.

6.3.2.2 Lauterkeitsrechtlicher Ansatz

Anstelle einer Regelung wie in der EU könnte eine Lösung im Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁶¹ geprüft werden. Dies ausgehend von der Annahme, dass zwischen journalistischen Medien und Online-Diensten eine Symbiose besteht. Ohne journalistische Medien gäbe es keine Inhalte, auf die verlinkt werden könnte, und ohne Online-Dienste würden die Inhalte der journalistischen Medien weniger häufig gefunden. Die journalistischen Medien und die Online-Dienste erbringen damit an sich komplementäre Leistungen. Das System führt jedoch zu einem unerwünschten Ergebnis, weil Online-Dienste mit den Inhalten der journalistischen Medien ihre Attraktivität steigern und so zusätzliche Werbeeinnahmen auf Kosten der journalistischen Medien generieren können. Zudem stillen Internetnutzerinnen und Internetnutzer ihr Informationsbedürfnis unter Umständen bereits mit der Länge eines Tweets bzw. Snippets und wechseln folglich gar nie auf die Webseite der journalistischen Medien. Mit Letzterem entfällt die Komplementarität der Leistungen und es entsteht eine Substitution, indem sich Internetnutzerinnen und Internetnutzer ausschliesslich über das Suchergebnis orientieren und auf das Anklicken der weiterführenden Links verzichten. Diese Sachlage weist eine gewisse Nähe zur Verwertung fremder Leistungen und damit zum UWG auf.

Auch eine Regelung im UWG würde eine Differenz zur Regelung in der EU schaffen. Zudem wäre das Vorgehen der Online-Dienste automatisch unlauter, wenn sie die journalistischen Veröffentlichungen unentgeltlich nutzen. Ein derart eng umschriebener Tatbestand, dessen Lauterkeit einzig von der Bezahlung bzw. Nichtzahlung einer Leistung im Einzelfall abhängig gemacht wird, wäre im UWG ein Novum. Mit der Beschränkung auf die Nutzung von journalistischen Veröffentlichungen würde ein dem UWG fremder Branchenschutz geschaffen. Mit einer spezifischen Regelung zum Schutz der journalistischen Medien im UWG würde folglich ein Systembruch erfolgen.

6.3.2.3 Branchenlösung

Fernsehshowformate sind in der Regel nicht urheberrechtlich geschützt. Dennoch werden sie lizenziert, weil die Fernsehsender auf funktionierende Fernsehproduktions- und Entwicklungsunternehmen angewiesen sind. Wie bei Fernsehsendern und Fernsehproduktions- und Entwicklungsunternehmen, besteht auch zwischen den journalistischen Medien und den Online-Diensten ein symbiotisches Verhältnis, das allenfalls die Möglichkeit einer Branchenlösung eröffnet.

⁶¹ SR 241

6.3.3 Fazit

Der Bundesrat anerkennt das Recht auf Schutz journalistischer Leistungen und die Bedeutung freier und vielfältiger Medien für die direkte Demokratie. Online-Plattformen profitieren in hohem Mass von Leistungen der journalistischen Medien. Der Bundesrat erachtet daher eine Abgeltung der journalistischen Medien für deren Leistungen grundsätzlich als berechtigt. Zudem zeigt die bisherige internationale Entwicklung, dass ein Leistungsschutzrecht zur Vergütung fremdproduzierter Leistungen führen und damit auch finanzielle Beiträge für journalistische Medien generieren kann. Er ist darum bereit, die verschiedenen Ansätze zur Regelung eines Leistungsschutzrechtes zu vertiefen und bis Ende 2022 eine Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass von der gewählten Regelung auch kleinere Medienverlage sowie die Medienschaffenden profitieren sollen.