

Hinte/Steinhauer (Hrsg.)

**Die Digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind
der Informationsgesellschaft?**

Die Digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind der Informationsgesellschaft?

Kulturwissenschaftliche Aspekte, technische
Hintergründe und rechtliche Herausforderungen
des digitalen kulturellen Speichergedächtnisses

Herausgegeben von
Oliver Hinte
und
Eric W. Steinhauer



MV WISSENSCHAFT

Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Buch ist zugleich der **Tagungsband** zu der Veranstaltung „Die digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind der Informationsgesellschaft?“, die am 6. und 7. September 2012 im Marriott Hotel in Köln stattgefunden hat und von der Universität zu Köln, der Ausbildungsstiftung für Rechts- und Gesellschaftswissenschaften an der Universität zu Köln und dem Hochschulbibliothekszentrum des Landes Nordrhein-Westfalen gemeinsam veranstaltet wurde.

Die Drucklegung des Buches hat die Ausbildungsstiftung für Rechts- und Gesellschaftswissenschaften an der Universität zu Köln gefördert.

1. Auflage 2014

ISBN 978-3-95645-161-4

Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

Druck und Bindung: MV-Verlag

Inhaltsverzeichnis

Die Digitale Bibliothek und ihr Recht –
ein Stiefkind der Informationsgesellschaft?

Einleitung und Begrüßung

Karl-Nikolaus Peifer

7

Grußwort der Prorektorin der Universität zu Köln

Anja Steinbeck

9

Keynote

Digitalisierung und Bibliotheken – Die schwierige Überführung
eines Erfolgsmodells in die neue Informationswelt

Thomas Dreier

11

Layoutschutz von Verlagsprodukten – Ernsthaftige Gefahr für
Digitalisierungsprojekte oder Scheinproblem?

Michael Kauert

23

Volltextsuche in Digitalisaten - eine Selbstverständlichkeit?

Jörn Heckmann

33

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der
digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch
Bibliotheken und Archive

Martin Diesterhöft

51

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Wolfgang Ernst

85

Inhaltsverzeichnis

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter – Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf? <i>Ellen Euler und Eric W. Steinbauer</i>	109
Digitale Langzeitarchivierung - Risikoebenen und Lösungsstrategien im nachhaltigen Umgang mit digitalen Ressourcen <i>Martin Iordanidis</i>	141
Web-Harvesting, Refreshment & Co. – rechtliche Probleme der Langzeitarchivierung und ihre Lösungen <i>Katharina de la Durantaye</i>	161
Zusammenfassung der Podiumsdiskussion vom 6. September 2012 <i>Oliver Hinte</i>	189
Autorenverzeichnis	199

Die Digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind der Informationsgesellschaft?

Einleitung und Begrüßung

von Karl-Nikolaus Peifer

Meine sehr verehrten Damen und Herren,
als Direktor des Instituts für Medienrecht und Kommunikationsrecht der Universität zu Köln befaße ich mich in Forschung und Lehre mit Fragen des Urheber- und Persönlichkeitsschutzes in der digitalen Welt. Zugleich im Namen der Mitorganisatoren dieser Veranstaltung begrüße ich Sie sehr herzlich. Die Veranstaltung ist eine „Kooperation“ der Universität zu Köln, vertreten durch das Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, des Hochschulbibliothekenzentrums des Landes NRW, der Universitäts- und Stadtbibliothek Köln sowie der Ausbildungsstiftung für Rechts- und Gesellschaftswissenschaften an der Universität zu Köln. Die Idee zu der Tagung geht auf Anregungen von Oliver Hinte, Zentrales Rechtswissenschaftliches Seminar der Universität zu Köln und Dr. Eric Steinhauer, Fernuniversität Hagen, zurück.

Es ist naheliegend, dass sich die für Bibliotheken Verantwortlich einerseits Sorgen um die Zukunft des Zugangs zu wissenschaftlicher Literatur machen, andererseits mit Faszination die Möglichkeiten betrachten, die ihnen die digitale technische Entwicklung lässt.

Die Chancen und neuen Möglichkeiten des digitalen Zugangs werden durch Unternehmen wie Google vorgeführt. Nicht nur die klassische Suchmaschine, auch die Google-Buchsuche zeigen, was bei der Anzeige von Literatur möglich ist. Das Mitglied der Monopolkommission, der Wirtschaftswissenschaftler Justus Haucap, hat kürzlich darauf hingewiesen, dass die Bündelung von Inhalten weniger wichtig wird als der Zugang zu den verstreuten Inhalten. Das lässt befürchten, dass Bibliotheken als Hort von Büchern, die in die Hand genommen werden, kein Zukunftsmodell sind. Heißt das, dass Unternehmen wie Google künftig die Aufgaben von Bibliotheken übernehmen? Das Unternehmen selbst versteht sich durchaus so. Heißt das aber auch, dass die Aufgabe damit gut gelöst ist? Welche Auswahl- und Anzeigekriterien benutzt ein Informationsbroker, der wegen

Grußworte und Einführung in die Tagung

seiner Werbefinanzierung darauf angewiesen ist, Informationen prominent anzuzeigen, die eine Verbindung zu Waren und Dienstleistungen erhalten. Wird ein Buch nur deshalb gefunden, weil es auch im Handel erhältlich ist? Ist die Relevanz von Inhalten allein dadurch zu erklären, dass sie in einem werbefinanzierten Netz möglichst häufig verlinkt werden?

Benötigen wir gar eine öffentlich-rechtlich finanzierte Suchmaschine, um hier ein Gegengewicht zu schaffen, wie es in der vergangenen Woche der Berliner Medienaufseher Hans Hege in der FAZ vorgeschlagen hat?

Und könnten Bibliotheken, wenn man ihnen Vernetzung und digitale Handwerksmittel an die Hand gäbe, genau diese Funktion erfüllen? Damit betreten wir das Feld der Risiken. Sie sind zahlreich und vor allem rechtlicher Natur:

- Die Schranken zugunsten von Bibliotheksnutzungen sind bekanntlich eng, sie bevorzugen Verlagsangebote und werden auch dort, wo sie existieren, eng ausgelegt. Wie in dem danach verbleibenden Feld operiert werden kann, ist ein Hauptthema dieser Tagung, das insbesondere am morgigen Tag diskutiert wird.
- Die Frage, welchen Zugriff auf digitale Inhalte Recht und Technik erlauben, steht im Zentrum des heutigen Tages. Ein wichtiges Thema ist der Zugriff auf vergriffene und verwaiste Werke, der vor eine partiellen Regelung auf EU- und nationaler Ebene steht. Für den Zugang zu freien Inhalten im Netz hat der Bundesgerichtshof wichtige Weichen gestellt. Wie aber ist es mit dem Zugang zu Bezahlinhalten durch Suchinstrumente? Wie blättert man in den Inhalten kommerzieller Datenbanken, um herauszufinden, ob die dort lagernden Schätze Antworten auf eine bestimmte Suchanfrage geben? Welche Gefahren drohen durch Leistungs- und Layoutschutz im Presse- und Verlagsbereich? Mit diesen Fragen werden wir uns heute befassen.

Grußworte und Einführung in die Tagung

- Eingerahmt werden beide Veranstaltungen durch eine themenübergreifende Keynote eines der führenden deutschen Urheberrechtlers, Thomas Dreier, den ich Ihnen noch gesondert vorstellen werde, und durch eine Podiumsdiskussion zum Schluss der zweitägigen Veranstaltung, die vor allem Akteure aus dem Bereich der Politik auf die Bühne bringt.

Ich werde Sie durch den heutigen Tag moderieren und Ihnen Redner und Ablauf der Veranstaltung jeweils erläutern. Bevor ich Ihnen unseren Keynote-Speaker vorstelle, möchte ich das Mikrophon an unsere Prorektorin, Frau Prof. Dr. Anja Steinbeck, übergeben, die an der hiesigen Universität nicht nur für Planung, Finanzen und Gender, sondern auch für Fragen des Rechtsschutzes geistiger Güter zuständig ist.

Grußwort der Prorektorin der Universität zu Köln

von Anja Steinbeck

Meine sehr verehrten Damen und Herren,
als Prorektorin für Planung, Finanzen und Gender der Universität zu Köln begrüße ich Sie sehr herzlich zu dieser Veranstaltung.

Die Universität zu Köln ist eine der forschungsstarken Universitäten Deutschlands. Sie ist in besonderem Maße darauf angewiesen, dass Wissen verfügbar ist, aber auch bezahlbar bleibt. Studierende, Lehrende und Forschende sind gerade wegen der Größe der Einrichtung auf effiziente Strukturen der Literaturversorgung angewiesen. Angesichts der Fülle des digital vorhandenen Wissens sind Bibliothekare als Informationsvermittler besonders gefragt. Es freut mich daher sehr, dass Sie die Schwierigkeiten und Handlungsspielräume der digitalen Bibliothek hier in Köln gemeinsam diskutieren. Ich darf hinzufügen, dass mich die Ergebnisse dieser Tagung auch als Direktorin des Instituts für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht besonders interessieren.

Bibliotheken und Bibliothekare sind in der digitalen Welt einerseits unendlich begünstigt, andererseits in erheblichem Maße benachteiligt. Begünstigt, weil die bis vor kurzem noch utopische Vorstellung von der umfassenden Literaturversorgung an jedem Arbeitsplatz technisch vor der

Grußworte und Einführung in die Tagung

Vollendung steht. Benachteiligungen resultieren daraus, dass die Bibliothekare nicht immer dürfen, was sie technisch und fachlich können. Der Verwirklichung der Utopie vom jederzeit und an jedem Ort verfügbaren Wissen im Wege stehen urheberrechtliche, persönlichkeitsrechtliche, oft auch finanzielle Barrieren. Aber auch in kulturwissenschaftlicher Hinsicht leben wir in einer Zeit, in der zentrale Bibliotheken angesichts der Einsatzmöglichkeiten von Laptops, Tablets und Mobiltelefonen scheinbar erheblich an Bedeutung eingebüßt haben. Sie müssen ihre Aufgaben neu bestimmen. Ich bin zuversichtlich, dass es den Veranstaltern gelungen ist, Sie mit einem ebenso anspruchsvollen wie abwechslungsreichen Programm, das die wesentlichen Fragen der digitalen Bibliothek abbildet, über die Zukunft der Wissensvermittlung in Ihrem Bereich zu unterrichten.

Diese Tagung dient der Unterrichtung und Information, aber auch dem individuellen Gedankenaustausch und auch das Gesellige soll nicht zu kurz kommen. Ich wünsche Ihnen anregende Vorträge, gute Gespräche und eine schöne Zeit hier in Köln.

Keynote

Digitalisierung und Bibliotheken – Die schwierige Überführung eines Erfolgsmodells in die neue Informationswelt

von Thomas Dreier

I.

Eine „Keynote“ – der gute alte „Eröffnungsvortrag“ – hat zunächst den unschätzbaren Vorteil der formalen wie inhaltlichen Freiheit. Als „Opening“ oder „Impuls-Statement“ hat sie zugleich die Funktion die Bühne zu bereiten, einen ersten Anstoß zu geben und mithin durchaus auch zu provozieren; provozieren gemeint im Sinne von „*provocare*“, also Stimmen hervorzurufen.

II.

Unter den zahlreichen Heilsversprechen, die das Internet bereit hält, findet sich auch jenes der globalen, jedermann zu jeder Zeit und von jedem Ort aus frei zugänglichen Bibliothek aller jemals verfassten Bücher. Diese Utopie – im doppelten Sinn einer für nicht realisierbar gehaltenen Vision wie eines Un-Ortes, an dem das gesamte Wissen der Menschheit im Netz virtuell gespeichert ist – schreibt den uralten Menschheits Traum von der umfassenden Sammlung menschlichen Wissens fort. Die Realisierung dieses Traums hat mit der Errichtung der Bibliothek von Alexandria in der Hauptstadt des Ptolemäerreiches begonnen und in der „Bibliothek von Babel“ des argentinischen Schriftstellers Jorge Louis Borges ihre sprach- und kulturphilosophische Umschreibung erfahren. In seiner 1941 veröffentlichten Erzählung, die auf einen zwei Jahre zuvor veröffentlichten Essay zurückgeht, der auch die literarischen Vorläufer benennt, skizziert Borges eine Bibliothek, die sämtliche Bücher in allen Kombinationen des Alphabets, mithin alle möglichen Bücher enthält. Es ging Borges also um eine Formel für die Gesamtheit aller potentiellen, gegenwärtig noch nicht geschriebenen Bücher, anhand derer er die unendliche Totalität denkbarer Inhalte ebenso darzulegen vermochte wie deren zyklische Wiederkehr.

Bei der Netzbibliothek geht es dagegen um eine Formel für die Gesamtheit aller bereits geschriebenen, aber noch nicht gefundenen Bücher. Die gegenwärtige Diskussion greift also schon im Ansatz kürzer, entspricht damit aber auch der Befindlichkeit der Informationsgesellschaft: Es wird

weniger als Problem wahrgenommen, dass etwas noch nicht geschrieben sein könnte, als vielmehr, dass es in der Fülle des Geschriebenen nicht gefunden oder darauf nicht frei zugegriffen werden kann. Aber auch dies hat Borges vorausgesehen, ist es in der von ihm erdachten Universalbibliothek für deren Benutzer doch ein großes Glück, angesichts der überwältigenden Menge für sie nicht sinnvoller Bücher ein Buch mit auch nur einem für sie sinnvollen Satz zu finden. Trotzdem ist der Gedanke der Kombinatorik auch für die digitale Bibliothek von Bedeutung, zwar nicht als charakterisierendes Merkmal, so doch immerhin als motivierende Kraft: Denn hinter der Vision der globalen, jedermann zu jeder Zeit und von jedem Ort aus frei zugänglichen Bibliothek aller jemals verfassten Bücher, die – das wäre zu ergänzen – im Wege des Open Access Publishing kontinuierlich um neu verfasste Publikationen erweitert würde, steht der unerschütterliche Glaube, dass sich durch die unendliche Kombination der bereits veröffentlichten Inhalte unendliches neues potentielles Wissen erzeugen lässt.

III.

„Jedermann zu jeder Zeit und von jedem Ort aus frei zugänglich“: Bei der Realisierung der virtuellen digitalen Bibliothek im Netz geht es nicht nur um eine einzige Frage. Wenigstens drei Themen- und Problemkreise lassen sich unterscheiden und absichten:

1.

Zunächst geht es um die Frage der *technischen Realisierbarkeit*, die sich wiederum in die technische Durchführung des eigentlichen Digitalisierungsvorgangs, der nachhaltigen Speicherung und des Offenhaltens für den digitalen Zugriff auffächert. Von der Lösung dieser technischen Probleme hängt nicht nur unsere heutige Informationsversorgung ab, sondern auch – und vor allem – ob die gegenwärtigen Jahrzehnte in Zukunft als Zeitalter des Vergessens oder aber des beginnenden umfassenden Aufbewahrens in die Geschichte eingehen werden. Konzeptionell meist simpel zu beantworten, steckt der Teufel bei diesen Problemen doch vor allem im Detail der praktischen technischen Umsetzung.

Die rechtliche wie auch die kulturwissenschaftliche Debatte tendieren dazu, diesen Aspekt meist mehr oder minder vollständig auszublenden.

Digitalisierung und Bibliotheken – Die schwierige Überführung eines Erfolgsmodells in die neue Informationswelt

Damit wird der Bedeutung von „code as law“ (Lessig) zu geringe Aufmerksamkeit beigemessen, der Tatsache also, dass im digitalen Kontext Kodierung und Systemarchitektur – das technische Design – die Freiheitsgrade definieren und die Nutzungsmöglichkeiten eröffnen aber eben auch beschränken. Das gilt nicht nur für das zugrunde gelegte Datenformat und die zugrundegelegte Datenstruktur, sondern auch – und gerade – für die Gestaltung der Benutzeroberfläche. Soll das System den Zugriff auf das Gesamtdokument ermöglichen oder nur auf ausgewählte Teile? Soll es nur auf einer, oder aber eben auf „meiner“, also der Plattform des Nutzers zugänglich sein? Soll es den Zugriff nur über stationäre Rechner erlauben oder auch auf mobilen Endgeräten laufen, denen fraglos die Zukunft gehört? Wem dies zu wenig konkret erscheint, der möge sich nur den Vergleich zwischen der komfortablen Benutzeroberfläche von Google Books mit der Webseite der Europeana vor Augen führen, die die Suchmaschinen der einzeln verlinkten Repositorien nicht vereinheitlicht und damit die Nutzbarkeit erheblich einschränkt.

Zu diesen technischen Fragen, denen ja auch im Rahmen dieser Tagung allenfalls am Rande nachgegangen werden soll, nur noch zwei kleine Anmerkungen. Erstens: dass die Technik verhaltensbeschränkende Vorgaben macht, lässt sich nicht vermeiden. Entscheidend ist vielmehr, wer die verhaltensregulierenden und damit eben auch beschränkenden Parameter festsetzt. Allzu oft bleibt dies den in der Entwicklung vorauseilenden Technikern vorbehalten. Nichts spricht jedoch dagegen, dieses Terrain für normative Vorgaben zurück zu gewinnen. Das setzt freilich voraus, dass das Recht der Technik nicht hinterherhinkt, sondern ihr vorausschauend den Rahmen des normativ Gewünschten vorgibt. Kurzum, es kann nicht einfach bestehendes Recht auf neue Sachverhalte angewandt werden, sondern es hat der zukunftsweisende Rechtsrahmen technische Entwicklungen nach Möglichkeit bereits zu antizipieren. Dabei stehen Recht und Technik freilich in einem Wechselverhältnis: soweit es um den Schutz menschlicher Rechte geht, sieht Recht einerseits zu Recht von technischen Einzelheiten ab. Andererseits greift Recht, das technische Besonderheiten nicht berücksichtigt, zu kurz. Damit zusammen hängt auch die Frage, ob und inwieweit das Recht die Technik in sich aufnehmen sollte, oder ob bzw. wieweit es umgekehrt gelingen kann, das Recht in die Technik zu importieren („smarter privacy“). Zweitens: Letzteres erweist sich freilich

schon deshalb als schwierig, weil sich die Rahmenbedingungen der technischen Entwicklung mit zunehmender Geschwindigkeit ändern. Zweifellos skalieren die Probleme insbesondere der Retrodigitalisierung mit der Zahl zu digitalisierender Objekte. Die Zeiten, in denen Google als einziges Unternehmen Scanner zum Einsatz zu bringen vermochte, mit denen sich die Aufgabe in annehmbarer Zeit und zu realisierbaren Kosten erledigen ließ, sind jedenfalls schon jetzt vorbei. Wenn sich daraus eines Lernen lässt, so dass der Zeitpunkt für den Einstieg in die Digitalisierung und die Konzeption des Systems nicht nur nicht zu früh gewählt werden darf, sondern dass neben der technischen auch die wirtschaftliche Entwicklung genauestens zu berücksichtigen ist, sollen tragfähige, erfolgreiche und vor allem nachhaltige Konzepte entwickelt werden.

2.

Zum zweiten geht es um die Frage des *Zugänglichmachens*.

Der Begriff spielt nicht auf den Zugang selbst an, sondern nur auf die Möglichkeit des Zugangs. In der Tat vermag die digitale Bibliothek ja nicht mehr, als einen Zugang zu eröffnen, ob dieser dann tatsächlich genutzt wird, bleibt der Entscheidung des Nutzers überlassen. Ihn zum Zugang zu zwingen ist nicht Sache der Bibliothek. Mit dem Anspruch eines Zugangszwangs vermögen allenfalls andere Instanzen (Schule, Universität) aufzutreten.

Doch wann genau ist die „Möglichkeit des Zugangs“ eröffnet? Wieweit muss die Hilfestellung für den tatsächlichen Zugang reichen? Der bloße Verweis auf den Standort eines Printexemplars eines konkreten Buches mag für den Zugang zu dessen Inhalt zweifellos nützlich und meist sogar notwendig sein. Unter „digitaler Bibliothek“ wird meist jedoch etwas anderes verstanden, eine Institution, die über einen online gestellten Bibliothekskatalog ebenso hinaus geht wie über eine auf die Räume physischer Bibliotheken beschränkte Möglichkeit der Online-Konsultierung von Büchern, die in der betreffenden Bibliothek ohnehin physisch vorhanden sind. Setzt „Zugang“ aber zugleich voraus, dass jeder Teil eines Dokuments nur gesondert oder das Dokument gar als Ganzes aufgerufen werden kann? Der Streit um Reichweite und Umfang zulässiger „Snippets“ im Rahmen der Google Book Search ist für diese Frage

Digitalisierung und Bibliotheken – Die schwierige Überführung eines Erfolgsmodells in die neue Informationswelt

anschauliches Beispiel, wengleich er vor allem unter der rechtlichen Perspektive und weniger unter der Frage diskutiert wurde, was denn nun eigentlich genau unter „Zugänglichmachen“ zu verstehen ist. Gehören zum Zugänglichmachen auch die Möglichkeit des maschinellen Durchsuchens, des Abspeicherns und des Ausdrucks seitens des Nutzers? Dass es hierbei nicht lediglich um semantische Feinessen und auch nicht um eine rein rechtliche Problematik geht, sondern um grundsätzliche Fragen der digitalen Informationspolitik, ist wohl jedem klar geworden, der die insoweit teils absurd restriktive Rechtsprechung der Stuttgarter Gerichte zur öffentlichen Zugänglichmachung geschützter (kleiner) Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelner Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften für die Zwecke von Unterricht und Forschung verfolgt hat.

Kulturhistorisch bedeutsam ist darüber hinaus die Frage nach dem „Was“ des Zugänglichmachens, also nach dem Objekt bzw. den Objekten, die digital zugänglich gemacht werden sollen. Taugt hier der klassische Bibliotheks-begriff mit den von ihm gesammelten Objekten noch als orientierungsgebende Metapher? Müssten mit den in ihren Funktionen weitgehend vergleichbaren Museen und Archiven nicht auch die übrigen Gedächtnisinstitutionen in den Blick genommen werden? Und wie sieht es mit sonstigen Institutionen aus, die Werke sammeln oder gar selbst Daten produzieren? Geht es überhaupt noch um das „Buch“ und das „Dokument“ als im Digitalen gespeicherter Einheit? Und was ist schließlich mit dem Internet als weltweit größter Bibliothek, zu der traditionelle Bücher bald nur noch eine Spezialbibliothek darstellen dürften? Diese Fragen sollen hier nicht weiter vertieft werden, hat die Tagung doch das Thema Recht und Bibliotheken und ihren Fokus mithin vornehmlich auf damit verbundenen urheberrechtlichen, also auf den Werkbegriff begrenzten Fragenstellungen, ergänzt um persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Aspekte. Dennoch bleibt zu fragen, ob sich insoweit überhaupt isolierte Richtlinien für das Zugänglichmachen formulieren lassen, oder ob es nicht zumindest des Abgleichs mit parallelen Strategien der anderen Gedächtnisinstitutionen bedarf.

Eine weitere, kulturhistorisch wichtige Fragestellung, der auch im Rahmen der gegenwärtigen Tagung Bedeutung zukommt, zielt schließlich dahin,

„für wen“ die Bücher in der digitalen Online-Bibliothek vorrätig gehalten werden sollen. Auf die Gegenwart bezogen geht es – so mag es den Anschein haben – zunächst selbstverständlich um die menschlichen Zeitgenossen. Die eingangs angesprochene Erzeugung neuen, bislang nur potentiellen Wissens aus der unendlichen Kombination bereits veröffentlichter Inhalte wird zunehmend jedoch nicht mehr vom Menschen, sondern von Suchmaschinen und Computern vorgenommen. Auch wenn noch nicht abzusehen ist, wohin diese Entwicklung die Menschheit führen wird, so sollte nicht vergessen werden, dass künftig vor allem die Computer – und mithin diejenigen, die über sie die Macht haben – von Digitalisierungsstrategien profitieren werden. Bei der Vision der digitalen Universalbibliothek geht es jedenfalls nicht nur um Probleme bei der Überführung analoger Bücher in digitale Datensätze, auch nicht um Fragen, wie deren Zugänglichmachung technisch und rechtlich am besten zu organisieren sind. Auch die all dies überwölbende Frage „cui bono?“ ist zu beantworten. Auf die Zukunft – aus unserer heutigen Sicht also auf die Nachwelt – bezogen, geht es um die Frage, was genau wir in welcher Form unseren Nachfahren zugänglich hinterlassen wollen. Wäre angesichts der exponentiell zunehmenden Informationsfülle die bisherige Strategie des Bewahrens analoger Dokumente nicht aufzugeben und stattdessen durch eine Strategie des Vergessens zu ersetzen, wie ich es vor einigen Jahren im Rahmen einer Karlsruher Tagung zum digitalen Gedächtnis einmal postuliert habe? Oder können wir umgekehrt ruhigen Gewissens darauf vertrauen, dass die sicherlich noch mächtigeren Suchmaschinen künftiger Generationen problemlos mit den von uns hinterlassenen Info-Müllbergen fertig werden? Eines jedenfalls ist sicher: Informationen für die Nachwelt zugänglich zu erhalten setzt auf jeden Fall voraus, dass die hinterlassenen Daten auch in Zukunft überhaupt noch lesbar sind. Mag sonst vieles unklar sein: Strategien einer wirklich nachhaltigen Datensicherung sind jedenfalls unverzichtbar. Dabei gilt es nicht lediglich die Daten selbst vor dem Verlust ihrer Lesbarkeit zu schützen. Auch die Software zu ihrer Lesbarkeit muss ebenso gesichert werden wie deren Unterstützung durch die Betriebssysteme der Rechner. All dies sind Fragen der Gedächtniskultur und der diese unterstützenden Politik.

Digitalisierung und Bibliotheken – Die schwierige Überführung eines Erfolgsmodells in die neue Informationswelt

3.

Schließlich geht es drittens um die Frage der *Freiheit* des Zugangs. Mit anderen Worten: ist die Vision der digitalen Bibliothek bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn ihre Inhalte kostenpflichtig zugänglich sind? Oder erst dann, wenn der Zugriff den Nutzer nichts kostet?

Diese Frage wird in der jüngsten Zeit vorwiegend in Zusammenhang mit anderen Bewegungen der Offenheit und des Teilens (open access; open content) diskutiert. Dabei spielt die Technikern eigene und in Zeiten sofortiger Bedürfnisbefriedigung auch generell verbreitete Erwartung eine große Rolle, dass erlaubt sein und realisiert werden sollte, was sich technisch realisieren lässt. Zumeist ist diese Erwartung durch einen romantisch beseelten Blick auf den Freiraum des Netzes geprägt, den man sich durch keine Hindernisse begrenzt ersehnt, so etwa wenn ganz allgemein von einer Tendenz der „Entfesselung der Daten“ gesprochen wird, oder davon, dass Informationen „von Natur aus frei sein wollen“ (Kostenlosigkeit als gleichsam naturgegebene Folge). Das ist aber doch zu nebulös und hilft ebenso wenig weiter, wie – mit tendenziell umgekehrter Zielrichtung – das Kostenlose durch die Metapher des „Freibiers“ zu veranschaulichen (jeder weiß, dass Bier auf Dauer nicht frei zu haben ist).

Ausgangspunkt sollte vielmehr die wohl unbestrittene Tatsache sein, dass Digitalisierung und Zugänglichmachung – ebenso wie im Übrigen die Aufrechterhaltung der den Zugriff überhaupt erst ermöglichenden Infrastruktur – ohne Kosten nicht zu haben sind. Die Frage kann dann nur lauten: Wer soll die hierzu erforderlichen Kosten tragen? So gefragt wird deutlich, weshalb der Standardhinweis der Rechteinhaber, der Zugriff könne schon deshalb nicht kostenlos erfolgen, weil die Herstellung der Inhalte etwas koste, am Kern des Problems vorbei geht. Denn er zielt auf die Empfängerseite (Amortisation von Aufwendungen) und nicht auf die Geberseite (Frage der Kostentragung).

Erinnern wir uns: als es im 19. Jahrhundert darum ging, Zugangsdefizite ärmerer oder ländlicher Bevölkerungsschichten zu gedruckten Büchern zu verringern, sorgten der Staat und einige karitative Einrichtungen aus ihren Mitteln für die flächendeckende Errichtung von Leihbüchereien. Soweit Leser statt des Kaufs auf die Ausleihe eines Buches ausgewichen sind,

haben sich auch die Verleger und Autoren – stillschweigend – an den Kosten dieser für die Nutzer bis auf Gebühren kostenlosen Informationsversorgung beteiligt. Erinnern wir uns ebenfalls: Auch im gegenwärtigen Urheberrecht haben wir teilweise ein ähnliches Modell verwirklicht, so etwa wenn der Staat für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Unterricht und Forschung zahlt (oder nach dem Wortlaut des Gesetzes zumindest zahlen sollte), oder wenn er die Literaturversorgung von Hochschulen über die Bereitstellung von Bibliotheksetats (so gut es geht) garantiert.

Das soll nun nicht heißen, dass der Staat unbesehen die Kosten der für ihre Nutzer kostenlos nutzbaren digitalen Bibliothek tragen sollte. Der entscheidende Punkt des Vergleichs ist weniger, dass in den genannten Beispielen der Staat jeweils die Finanzlast trägt, sondern dass dem offensichtlich jeweils das Verständnis zugrunde liegt, bei der Gewähr des kostenlosen Zugangs handle es sich um eine – aus welchen Gründen auch immer – notwendige Infrastrukturleistung. Versteht man auch die digitale Bibliothek als eine solche notwendige Infrastruktureinrichtung (was freilich im globalen Wissenswettbewerb noch der genaueren Begründung bedürfte), so ist das Augenmerk – von dem letztlich auch die Frage, ob der Zugriff für die Nutzer kostenfrei sein soll, abhängt – auf die Finanzierung von Infrastruktureinrichtungen gerichtet. Für die Finanzierung von Infrastruktureinrichtungen steht nun aber ein ganzes Spektrum von Modellen bereit, von einer staatlichen Finanzierung aus Steuergeldern ohne Nutzungsentgelt (Beispiel: Autobahnen) über eine staatliche Finanzierung in Kombination mit einer – überdies hochgradig ausdifferenzierten – nutzungsabhängigen Kostentragung durch den Nutzer (Beispiel: Bahn) bis hin zu werbefinanzierten Diensten, deren Kosten die Nutzer verbrauchs-unabhängig letztlich über die beworbenen Produkte tragen (Beispiel: Suchmaschinen), um nur die wichtigsten dieser Modelle zu nennen. Hier wäre also nach einer sachadäquaten Lösung zu suchen und von dort aus das Urheberrecht entsprechend auszugestalten und nicht umgekehrt.

Digitalisierung und Bibliotheken – Die schwierige Überführung eines Erfolgsmodells in die neue Informationswelt

IV.

Rechteinhaber – allen voran die Verlage, aber auch einige Autoren – werden sicherlich einwenden, dem Urheberrecht gehe es doch gar nicht um Blockade, sondern ebenfalls um Eröffnung des Zugangs auf informative Inhalte; das Ausschließlichkeitsrecht sei nur das Mittel, um eine angemessene Vergütung der Autoren und Verlage sicherzustellen, die ihrerseits als Voraussetzung für das Nichtversiegen neuer Werke erscheint. Das trifft freilich ebenso zu wie die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen als – verfassungsrechtlich gesprochen – Grenzbestimmung des Eigentums die Einbruchsstelle für das Gemeinwohl in die Rechte der Individuen darstellen.

Dennoch erweist sich das Urheberrecht in der Praxis der massenhaften und weitgehend automatisierten Nutzung geschützter Werke für die Schaffung der digitalen Bibliothek angesichts des begrenzten Schrankenkatalogs der Informationsgesellschaftenrichtlinie – und nicht zuletzt aufgrund der vorherrschenden engen Auslegung der Schrankenbestimmungen, die die Schranken unter Ausblendung von deren Funktion als Ausgleich widerstreitender Interessen lediglich als Ausnahme zur Regel der Ausschließlichkeitsrechte sehen – wenn auch vielleicht nicht auf internationaler, so jedenfalls auf europäischer und mithin auch auf nationaler Ebene als allzu enges Korsett. Das beginnt mit der Problematik der verwaisten Werke und setzt sich bei den Schrankenbestimmungen, die eine öffentliche Zugänglichmachung in den meisten Fällen wenn überhaupt, so nur eingeschränkt erlauben, fort. Die flächendeckende Langzeitarchivierung steht rechtlich auf gänzlich unsicheren Füßen. Hinzu kommt, dass das Urheberrecht als ein auf einzelne Rechtspositionen zugeschnittenes Individualrecht schon von seiner Konzeption her schlecht zu einem auf die Totalität der Inhalte wie der Benutzer ausgerichteten und überdies automatisierten Großprojekt wie der digitalen Bibliothek passt. Eher geeignet erscheinen da schon die urheberrechtlichen Ergänzungen einer kollektiven Rechtswahrnehmung.

Ein wirksamer Schutz von Persönlichkeitsrechten und datenschutzrechtlichen Belangen – deren Verhältnis zueinander im Digitalen ohnehin noch näher zu ermitteln wäre – stößt sich schließlich vor allem an der raumzeitlichen Charakteristik des Internet. Denn anders als der analoge

Raum und die analoge Zeit kennt das Netz kein Hier und kein Dort, und es kennt – obwohl jeder Speichervorgang Zeit benötigt – keine Vergangenheit. Im Netz enthaltene Inhalte sind von jedem Ort aus einsehbar und werden bei jedem Aufruf erneut präsent. Das ist in der Umschreibung als „virtueller Raum“, dem „Cyberspace“, in dem sich beliebig navigieren lässt, zwar einigermaßen aufgehoben, angesichts neuer Speichertechnologien dann aber doch wiederum so unheimlich, dass der Raum inzwischen buchstäblich nebulös in einer „Cloud“, einer Wolke, als verortet gesehen wird. Für die verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsgarantien wirft der fehlende Zeitbezug die Frage auf, wie mit zeitlich zurückliegenden, das Persönlichkeitsrecht tangierenden Berichten – etwa über Straftaten – zu verfahren ist, die im Netz zu jedem Zeitpunkt ganz aktuell auf den Bildschirm gerufen werden können? Die Unterscheidung zwischen Archivierung und erneuter Berichterstattung, die das Verfassungsgericht seinerzeit im Lebach-Urteil vorgenommen hat, greift hier allenfalls bedingt. Welches Grundrecht aber hat Vorrang? Dasjenige der Pressefreiheit oder der Schutz der Persönlichkeit? Interessanterweise unterscheidet die Rechtsprechung in derartigen Fällen bis hin zum Verfassungsgericht, ob das Persönlichkeitsrecht oder aber fremde Urheberrechte tangiert sind und räumt dem eigentumsrechtlichen Urheberrecht einen höheren Stellenwert ein (erfolgreich war ein Urheber mit seinem Begehren, Bilder, die im Zuge einer aktuellen Berichterstattung ohne seine Zustimmung ins Netz gestellt worden waren, nach Ablauf einer gewissen Zeit aus dem Online-Archiv der berichtenden Zeitung zu entfernen), als dem immerhin aus der Menschenwürde abgeleiteten Persönlichkeitsrecht (es suchte der Mörder des Schauspielers Sedlmayr vergeblich seinen Namen aus Online-Archiven zu tilgen).

Inwieweit es hier dann insgesamt tatsächlich der rechtlichen Steuerung bedarf und inwieweit nicht doch auf marktgetriebene Initiativen vertraut werden kann, wird in den nachfolgenden Beiträgen näher zu erörtern sein. Von der Antwort auf diese Frage hängt auch ab, inwieweit gesetzlichen Schrankenbestimmungen oder vertraglichen Lösungen der Vorzug zu geben ist. Dabei ist auch darauf zu achten, dass es weder zu einer Privatisierung der Gewinne und einer Sozialisierung der Verluste, noch zu einer Vermachtung des Zugangs und der Ressourcen in den Händen einiger weniger Anbieter kommt. Dabei stellt sich auch die Frage, inwieweit

Digitalisierung und Bibliotheken – Die schwierige Überführung eines Erfolgsmodells in die neue Informationswelt

Aufgaben der digitalen Bibliothek tatsächlich noch mit den Mitteln klassisch öffentlich-rechtlich organisierter Organisationen zu bewältigen sind, oder ob die Netzakteure in ihrer Gesamtheit nicht selbst eigenständige Formen digitaler Netzarchive aufzubauen in der Lage sind, wie dies vereinzelt (Stichwort „Youtube“) in Teilen bereits geschehen ist.

Und schließlich noch ein letzter Gedanke: Geht man mit dem Verfassungsgericht davon aus, dass die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes eine der fundamentalen Sicherungen individueller Freiheit darstellt, und ist man mit Jeremy Rifkin – der dies schon vor gut einem Jahrzehnt formuliert hat – darin einig, dass wir nicht mehr im Zeitalter des Habens, sondern vielmehr im Zeitalter des Zugangs leben: Könnte oder vielleicht gar müsste dann die Eigentumsgarantie nicht im Sinne einer Garantie des Zugangs umgedeutet, oder doch zumindest erweitert werden?

Jedenfalls sollte die Ausgestaltung der Wissensordnung nicht von den Gefahren, sondern von den Möglichkeiten her gedacht werden.

Layoutschutz von Verlagsprodukten – Ernsthafte Gefahr für Digitalisierungsprojekte oder Scheinproblem?

von Michael Kauert

I.

Der verlegerische Leistungsschutz und damit verbunden als Teilaspekt auch der Layoutschutz von Verlagsprodukten im deutschen Urheberrecht ist ein rechtliches Problem, welches im Laufe der letzten 60 Jahre in regelmäßigen Abständen immer wieder rege diskutiert und im Anschluss auch wieder fallen gelassen wurde.¹ Die Diskussion flammte zuletzt aufgrund des medialen Wandels weg von den Printmedien hin zu den Online-Diensten auf und führte im Jahr 2013 zur Aufnahme eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger in die §§ 87f ff. des Urhebergesetzes. Das Thema Layoutschutz von Verlagsprodukten spielte für viele Tagungsteilnehmer gerade deshalb eine besondere Rolle, weil Verlage – insbesondere Wissenschaftsverlage – sich gern auf den Schutz des Layouts ihrer Printausgaben berufen. Wie der folgende Beitrag zeigen wird, stützt sich dieser „Layoutschutz“ nicht auf absolute Immaterialgüterrechte sondern allenfalls auf schuldrechtliche Vereinbarungen in Nutzungsverträgen.

II.

Mit der Diskussion über ein allgemeines Leistungsschutzrecht der Verleger stets verbunden ist neben der Frage der Reichweite eines solchen Rechtes gerade auch immer der Gegenstand und Anknüpfungspunkt dieses Schutzrechts. Dieser ist auch nach der Einführung des neuen Leistungsschutzrechts für Presseverleger ebenso unklar und heftig umstritten wie davor.²

¹ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Kauert, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, 2008, S. 229f.

² Kreutzer, irights.info/userfiles/Analyse_Leistungsschutzrecht_Kreutzer.pdf.

Die Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte hat den urheberrechtlichen Schutz und den Schutzgegenstand von Texten gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UrhG als Sprachwerke in seinen Konturen recht klar herausgearbeitet. Bei Texten wie auch den übrigen Sprachwerken muss der geistige Gehalt durch die Mittel der Sprache zum Ausdruck kommen. An die Individualität werden grundsätzlich geringe Anforderungen gestellt, da die sog. Kleine Münze auch für Sprachwerke gilt. Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes ist der geistige Gehalt, der in der Regel in einem körperlichen Werkstück konkretisiert festgehalten wird.

Der urheberrechtliche Schutz für Sprachwerke und Texte erfasst also nicht lückenlos jedes bedruckte Papier. Der Grund dafür findet sich in der Tatbestandsvoraussetzung der notwendigen schöpferischen Individualität. Diese fehlt bei zahlreichen, vor allem bei kurzen Texten.³ Somit genießen kleinste Textteile aus Nachrichten (Snippets) grundsätzlich keinen urheberrechtlichen Schutz im engeren Sinn.⁴

Der (potenzielle) Schutzgegenstand des Layouts erscheint auf den ersten Blick klar. Schnell wird man die grafische Anordnung von Text, Textbestandteilen und Bildern als Bezugspunkt sehen. In Abgrenzung zum Text mit seinem gedanklichen Inhalt wird das visuell wahrnehmbare Druckbild als das Layout bezeichnet. Bei näherer Betrachtung ergeben sich die Abgrenzungsschwierigkeiten im Detail. Der Begriff des Layouts ist weder im Urhebergesetz noch an einer anderen Stelle im deutschen Recht definiert. Angelehnt an das englische Recht könnte man den Schutzgegenstand im konkreten Druckbild eines Textes sehen.⁵ Nach verlagstechnischem Verständnis handelt es sich beim Layout um die über

³ Vgl. Kauert, S. 119ff., OLG Hamburg ZUM-RD 2010, 467; OLG Brandenburg GRUR-RR 2010, 273; OLG Düsseldorf ZUM 2003, 496; LG Stuttgart ZUM-RD 2011, 649; LG München I ZUM 2007, 164; LG Düsseldorf ZUM-RD 2007, 367; OLG Düsseldorf ZUM 2003, 496.

⁴ Vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei Schippan ZUM 2013, 538.

⁵ Vgl. Hierzu näher Kauert aaO, S. 263 f.

Layoutschutz von Verlagsprodukten – Ernsthafte Gefahr für Digitalisierungsprojekte oder Scheinproblem?

abstrakte Elemente definierten Eigenschaften, die das Erscheinungsbild eines optisch wahrnehmbaren Mediums prägen. Dazu gehören Format, Satzspiegel, Schrift (Größe, Art, Typografie, Fluss), der Weißraum (Platzierung, Abstände, Bildergrößen), Abbildungsverhältnisse von Text, Bild und Grafik. Weiterhin spielen Farbklima bzw. -spektrum, Schriftfarbe, Hintergrundgestaltung, grafische (Standard)Elemente wie Informationskästen, Tabellen, Zwischenüberschriften, Hinweiszeichen uvm. eine Rolle. Zu betrachten sind daher Gesamtbild bzw. -gestaltung als das Erscheinungsbild eines visuell wahrnehmbaren Produkts. Dieses Produkt muss nicht (mehr) zwangsläufig nur ein Printwerk sein. Dieselben Kriterien zur Beschreibung eines Layouts treffen selbstverständlich auch auf eine Webseite oder E-Book zu. Nicht nur technisch auch rechtlich müssen daher Inhalt und Aussehen (Layout) eines Produkts getrennt bewertet werden.

Zum Schutz des Layouts lassen sich zwei urheberrechtliche Grundsätze aufstellen. Ein Layout ist grundsätzlich urheberrechtlich geschützt schutzfähig. Es erreicht in aller Regel nicht die Grenzen für eine urheberrechtliche Schutzfähigkeit, kann jedoch im Einzelfall geschützt sein. Beispiele für urheberrechtlich geschützte Layout-Werke aus der gerichtlichen Praxis finden sich erstaunlich selten. In einem Urteil aus dem Jahr 1996 bestätigte das Kammergericht die bereits zuvor in der Literatur herrschende Auffassung, dass das Layout einer Zeitschrift urheberrechtlich als Werk der angewandten Kunst geschützt sein kann.⁶ Zwar hat sich das Kammergericht nicht mit der Definition des Layoutbegriffs auseinander gesetzt. Die Beurteilung der Schutzfähigkeit richte sich jedoch – wie üblich – nach der konkreten Individualität des Werks, § 2 UrhG. Einen Schutz der kleinen Münze schloss das Gericht aus, da ein Geschmacksmusterschutz möglich sei und es eines sehr weit herunterreichenden urheberrechtlichen Schutzes bei angewandter Kunst nicht bedürfe. Dies gelte auch und gerade für professionelles Layout, welches zwar durchaus

⁶ KG ZUM-RD 1997, 466.

anspruchsvoll sei, aber vorwiegend technisch geprägt und bedingt sei. Das urheberrechtsschutzbegründende Merkmal der Individualität sei daher besonders kritisch zu prüfen. Die erforderliche Individualität wird daher kaum ein Layout eines Verlagsprodukts erreichen. Dies betrifft insbesondere wissenschaftliche Literatur, in der regelmäßig nicht mit kreativen und frischen Layouts experimentiert wird.

Diese urheberrechtliche Bewertung des Kammergerichts teilt das OLG Hamburg hinsichtlich der Schutzfähigkeit einer (gewerblichen) Webseite.⁷ Zur Erfüllung der Schutzuntergrenze müsse eine Webseite eine persönlich-geistige Schöpfung von individueller Prägung darstellen, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht habe, dass nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise von einer „künstlerischen“ Leistung gesprochen werden könne. Eine Webseite sei nur Ausdruck des durchschnittlichen handwerklichen Könnens eines Webseitengestalters, wenn die benutzte Schrifttype einer Standardschrift entspreche, die Aufteilung in unterschiedlich farbige Bereiche bei zahlreichen anderen Webseiten zu finden sei und integrierte Anfahrtsskizzen, Kalender und Fotos durchschnittlich angeordnet sind und eher ergonomischen Erfordernissen entsprechen.

Wie das Kammergericht und das Oberlandesgericht Hamburg es ihren rechtlichen Überlegungen zur Untergrenze der Schutzfähigkeit zu Grunde legen, ist der Schutz eines Layouts grundsätzlich über das über das Designgesetz (früher: Geschmacksmustergesetz) möglich. Der Schutz nach diesem Gesetz begründet ein Registerrecht, welches aber in der Praxis derzeit nicht zum Schutz von Layouts in Anspruch genommen wird.

Weitere Rechtsschutzmöglichkeiten ergeben sich über das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Rechtssichere, verallgemeinerungsfähige Aussagen sind hier hinsichtlich des Layoutschutzes kaum möglich.

⁷ OLG Hamburg ZUM-RD 2012, 664.

Layoutschutz von Verlagsprodukten – Ernsthafte Gefahr für Digitalisierungsprojekte oder Scheinproblem?

In jedem Einzelfall ist stets genau zu prüfen, ob die hohen wettbewerbsrechtlichen Anforderungen für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz erfüllt sind. Während das für einen Anspruch aus dem Unlauterkeitsrecht notwendige Wettbewerbsverhältnis von der Rechtsprechung in der Regel angenommen wird⁸, sind die Gerichte bei dem Erfordernis des besonderen Unlauterkeitstatbestandes sehr kritisch. Dies gilt auch und sogar dann, wenn Handlungen vorliegen⁹, die gegen das Urheberrecht im engeren Sinn verstoßen. Ein entscheidender Unterschied zwischen dem lauterkeitsrechtlichen Schutz und dem Schutz über ein Immaterialgüterrecht liegt in dem spezifisch lauterkeitsrechtlichen Ansatz. Das Wettbewerbsrecht schützt gerade nicht die Leistungsergebnisse als solche. Es soll nur die redlichen Marktteilnehmer gegen unlautere Nachahmungen, Verwechslungsgefahren, absichtliche Täuschungen oder gezielte Behinderungen schützen. Es dient seiner Intention nach der Steuerung des Verhaltens der Wettbewerber am Markt und nicht dem Schutz von bestimmten Leistungsergebnissen – unabhängig vom Verhalten. Der wettbewerbsrechtliche Schutz ist daher immer nur ein reflexartiger Schutz, dessen Bestand und Reichweite in jedem Einzelfall von der Art und Weise der konkreten Rechtsverletzung beeinflusst werden.

III.

Mit dem Achten Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 7.5.2013 führte der Gesetzgeber das von Anfang an umstrittene Leistungsschutzrecht des Presseverlegers in den §§ 87f UrhG ein. Hinsichtlich der Frage des Layoutschutzes betrifft dieses neue Recht nur einen kleinen Teilbereich der potenziell schutzwürdigen bzw. -fähigen Veröffentlichungen, da es sich auf den Schutz von Presseerzeugnissen in Form redaktionell-technischer Festlegung journalistischer Beiträge beschränkt. Auch der Schutzzumfang dieses Rechts ist gegenüber anderen

⁸ BGH ZUM 1999, 566 – Kopienversanddienst.

⁹ BGH ZUM 1999, 240 – Elektronische Pressearchive.

Leistungsschutzrechten oder gar dem Recht des Urhebers stark beschränkt, denn es umfasst nur die öffentliche Zugänglichmachung und insbesondere gerade nicht die Vervielfältigung. Ein umfassender Layoutschutz ist demnach schon von der Intention dieses Rechts offenbar nicht beabsichtigt. Ein allgemeines Leistungsschutzrecht für Verleger¹⁰ ähnlich dem Leistungsschutzrecht der Tonträgerhersteller wird gerade angesichts der aktuellen und im Vorfeld sehr umstrittenen Gesetzesänderung auf absehbare Zeit nicht eingeführt werden. Auch ein allgemeines Layoutschutzrecht wird es demnach in absehbarer Zeit nicht geben. Es verbleibt bei den oben skizzierten Schutzmöglichkeiten, deren Voraussetzungen ein konkretes Layout aus der Praxis in aller Regel nicht erreichen wird.

1.

Einer der Hauptkritikpunkte am Leistungsschutzrecht für Presseverleger war und ist der Schutzgegenstand. Weder das Gesetz noch die Begründung definieren diesen. Auch die großen Kommentare zum Urheberrecht finden kaum einen Ansatzpunkt dieses Recht zu beschreiben. Nach dem Regierungsentwurf schützt das Leistungsschutzrecht das Presseerzeugnis in seiner konkreten Festlegung. Damit kann nicht der Text oder der Inhalt an sich gemeint sein, wie z.B. beim urheberrechtlichen Schutz der Sprach- und Schriftwerke. Unklar ist, ob und inwieweit dabei auch sonstige Elemente von Presserzeugnissen wie Grafiken oder Lichtbilder in Bezug genommen werden müssen. Ist die konkrete Festlegung nur das Layout, nur der Text oder der Text in konkretem Layout. Nach Dreier/Schulze handelt es sich bei dem neuen Recht gerade nicht um einen Schutz des Layouts, sondern vielmehr um einen Schutz der redaktionellen verlegerischen Leistung als solcher.¹¹ Schutzgegenstand des neuen Leistungsschutzrechts sei deshalb das Presseerzeugnis, gem. § 87f Abs. 2 S. 1 UrhG definiert als die redaktionell-technische Festlegung journalistischer

¹⁰ Hierzu umfassend Kauert aaO, S. 226 ff.

¹¹ Dreier/Schulze 4. Aufl. 2013, Nachtrag §§ 87f – h UrhG Rn. 3, ähnlich auch Alexander, WRP 2013, 1122, 1124.

Layoutschutz von Verlagsprodukten – Ernsthafte Gefahr für Digitalisierungsprojekte oder Scheinproblem?

Beiträge im Rahmen einer unter einem Titel auf beliebigen Trägern periodisch veröffentlichten Sammlung, die bei Würdigung der Gesamtumstände als überwiegend verlagstypisch anzusehen ist und die nicht überwiegend der Eigenwerbung dient.¹² Auch in der übrigen Literatur findet sich keine griffige Beschreibung des Schutzgegenstandes. Rechtsprechung ist zu diesem Themenkomplex noch nicht ergangen. Mit dieser dürfte absehbarer Zeit auch kaum zu rechnen sein.

2.

Nach Dreier/Schulze besteht das Leistungsschutzrecht im Ergebnis nur gegenüber gewerblichen Anbietern von Suchmaschinen sowie gewerblichen Anbietern von Diensten, die Inhalte entsprechend wie die Anbieter von Suchmaschinen aufbereiten. Wer im Einzelfall als gewerblicher Anbieter von solchen Diensten anzusehen ist, führt das Gesetz allerdings nicht auf. Besonderer inhaltlicher Schwerpunkt der Tagung war die rechtliche Stellung der (digitalen) Bibliotheken. So erlaubte sich der Verfasser eine provokative These hinsichtlich der Anwendbarkeit des neuen Leistungsschutzrechts auf die Nutzung von Presseerzeugnissen durch die Bibliotheken in Deutschland. Zwar ist das neue Leistungsschutzrecht stark eingeschränkt auf Geltendmachung gegenüber Suchmaschinen und „entsprechenden“ Diensten. Das Gesetz definiert diese Dienste aber nicht. Nach der Gesetzesbegründung sollen davon vor allem sogenannte News-Aggregatoren als entsprechende Dienste erfasst sein. Im Hinblick auf das Tagungsthema fragte der Verfasser nach der Einordnung einer Bibliothek als „entsprechender Dienst“ im Sinne der Norm. Angesichts der extremen Unschärfe des Wortlauts der neuen Vorschriften erscheint die Subsumtion von Bibliotheken und ihren Dienstleistungen unter die Voraussetzung „entsprechender Dienst“ zwar nicht als unmittelbar naheliegend, jedoch auch nicht als gänzlich ausgeschlossen.

¹² Dreier/Schulze 4. Aufl. 2013, Nachtrag §§ 87f – h UrhG Rn. 5.

Der Wortlaut von § 87f UrhG legt nahe, dass nur automatische Vorrichtungen („-maschinen“) unter den Anwendungsbereich dieser Norm fallen. Allerdings erfassen auch Bibliotheken ihre Inhalte zunehmend automatisch und ohne eine eigene Wertung eines Mitarbeiters. Sie setzen seit Jahrzehnten Suchmaschinen (z.B. OPAC) zum Auffinden der Literatur ein. Bibliotheken betreiben daher durchaus Suchmaschinen.

Fraglich ist dagegen, ob Bibliotheken als gewerbliche Anbieter im Sinne der Vorschrift anzusehen wären. Eine Definition findet sich hierzu in den neuen Vorschriften nicht.

Der Begriff des Gewerbes bzw. des gewerblichen Handelns taucht in vielen Vorschriften mit jeweils unterschiedlicher Zielrichtung auf. Nach der Gesetzesbegründung zum Presseverlegerleistungsschutzrecht ist der Blog eines freiberuflichen Journalisten zu seinem Schwerpunktthema als gewerblich einzustufen. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschl. v. 19.4.2012 - I ZB 80/11 – „Alles kann besser werden“ das Merkmal „gewerblich“ als Abgrenzungskriterium dagegen scheinbar schlicht ignoriert. Gerade im urheberrechtlichen Kontext stellt das Tatbestandsmerkmal „gewerblich“ keine spezifisch qualitativen Anforderungen wie beispielsweise im Handelsrecht. Es dient vielmehr i.d.R. der Ausgrenzung von Handlungen im privaten, wissenschaftlichen und schulischen Umfeld. Zwar arbeiten Bibliotheken nicht gewinnorientiert. Sie sind aber in einem Umfang auf dem relevanten Markt tätig, der nach der Rechtsprechung zu anderen urheberrechtlichen Normen unabhängig vom Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht durchaus als gewerblich angesehen werden könnte.¹³

Die Bibliotheken müssten weiterhin die erfassten Presseerzeugnisse öffentlich zugänglich machen. Im Rahmen der Dienstleistungen von Einzelbibliotheken ist dieses Merkmal nach Wandtke/Bullinger nicht

¹³ Vgl. hierzu Dreier/Schulze – 4. Aufl. 2013 § 101 Rn. 6 f.

Layoutschutz von Verlagsprodukten – Ernsthafte Gefahr für Digitalisierungsprojekte oder Scheinproblem?

gegeben, da Inhalte im Intranet nicht an „Orten ihrer Wahl“ abrufbar sind.¹⁴ Anders kann dies jedoch bei Bibliotheksverbänden liegen. Auch bei großen Einzelbibliotheken mit vielen potenziellen Abrufplätzen und möglicherweise mehreren Standorten erscheint das Vorliegen der Voraussetzung der öffentlichen Zugänglichmachung dagegen durchaus möglich.

Zu Hilfe kommt den Bibliotheken der eingeschränkte zeitliche Anwendungsbereich des neuen Schutzrechts, denn die Nutzung von Presseerzeugnissen bei Digitalisierung zur Archivierung ist nach Ablauf der Schutzfrist von einem Jahr problemlos möglich, soweit nicht andere Schutzrechte einschlägig sind. Da Bibliotheken weniger auf tagesaktuelle Fragen ausgelegt sind und vielmehr die Langzeitverfügbarkeit sicherstellen sollen und wollen, dürfte im Ergebnis durch die Einführung des Leistungsschutzrechts der Pressverleger in seiner gegenwärtigen Fassung keine ernsthafte Gefahr ausgehen.

IV.

Interessante Denkanstöße bietet die letzte Änderung des § 38 Abs. 4 UrhG zum 1.1.2014 aufgrund des Gesetzes vom 1. 10. 2013 (BGBl. I S. 3728),¹⁵ die erst nach der Tagung in Kraft trat und daher nicht Gegenstand des Vortrags war.¹⁶ Durch diese Gesetzesänderung wurde ein Zweitverwertungsrecht des Urhebers geschaffen. Dies gilt jedoch nur für die sog. akzeptierte Manuskriptversion. Dadurch soll nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers gerade die veröffentlichte Verlagsversion eines Werkes nicht von dem Zweitverwertungsrecht erfasst sein.¹⁷ Daraus lassen sich zwei Grundaussagen des Gesetzgebers ableiten.

¹⁴ Wandtke/Bullinger - 3. Aufl. 2009 § 19a Rn. 8.

¹⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ vom 8.5.2013.

¹⁶ BT-Drucks. 17/13423.

¹⁷ So auch Dreier/Schulze, 4. Aufl. 2013, Nachtrag zu § 38 Rn. 2a.

Zum einen geht der Gesetzgeber davon aus, dass das Layout als solches gerade nicht geschützt ist, sonst hätte es dieses zusätzlichen Merkmals nicht bedurft. Zum anderen begründet dieses Erfordernis reflexartig einen Layoutschutz für alle Verlagsausgaben, die unter diese Norm fallen. Allerdings richtet sich dieser rechtliche Schutz nicht im Sinne eines absoluten Rechts gegen jedermann. Vielmehr wird nur eine Einschränkung des Urhebers begründet, seinen Text bei Inanspruchnahme des Zweitverwertungsrechts nicht in der Verlagsfassung nutzen zu dürfen. Ungeklärt ist indes, wie weit der reflexartige Schutz der Verlagsausgabe reichen soll. Ist lediglich eine 1:1 Kopie oder täuschend ähnliche Nachahmung inklusive Umbruch, Zeilenabständen und Spaltenmaßen untersagt? Bei einer solchen Auslegung wäre es somit gestattet, jedenfalls den Seitenumbruch des veröffentlichten Artikels zu übernehmen, auch wenn der Text im Übrigen vollkommen anders formatiert wäre. Für eine Zitierfähigkeit würde eine derartig formatierte Fassung in der Regel ausreichen. Ein solches Vorgehen liefe der Intention des Gesetzgebers, die Verlagsversion zu schützen, zuwider. Andererseits begründete der reflexartige Layoutschutz einen alleinigen Schutz des Seitenumbruchs eines Textes. Ein derartiger Schutzgegenstand wäre tatsächlich ein Novum im Immaterialgüterrecht.

V.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Layout eines Printwerks grundsätzlich schutzfähig ist. In den seltensten Fällen werden jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen eines der in Frage kommenden Schutzgesetze erfüllt sein. Die Übernahme eines fremden Layouts in der Praxis ist demnach – von einzelnen Sonderfällen abgesehen – i.d.R. sanktionslos möglich. Der häufig anderslautenden Auffassung von Wissenschaftsverlagen liegt lediglich eine in Rahmen- und Nutzungsverträgen vereinbarte schuldrechtliche Verpflichtung zu Grunde. Der Schutz eines verlegerischen Layouts ist daher zurzeit eher Schein als Sein.

Volltextsuche in Digitalisaten - eine Selbstverständlichkeit?¹

von Jörn Heckmann

Die Schaffung von Online-Archiven zur elektronischen Nutzung digitalisierter Printpublikationen brachte nicht nur eine Vielzahl urheberrechtlicher Fragestellungen mit sich, sondern führte auch zu neuen persönlichkeitsrechtlichen Fragestellungen, welche in anderem Kontext unter dem Begriff „Recht auf Vergessen“ bzw. „digitales Radiergummi“² diskutiert werden.

So sind bei umfangreichen Digitalisierungsvorhaben – insbesondere von Zeitschriften und Zeitungen – Auseinandersetzungen über etwaige Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der von der Berichterstattung Betroffenen durch die (erneute) digitale Veröffentlichung der Publikationen vorprogrammiert – droht doch die Gefahr, dass längst vergessen geglaubte Berichte über zeitlich weit Zurückliegendes aus dem persönlichen oder politischen Bereich einzelner Personen ohne großen Rechercheaufwand der Allgemeinheit zur Kenntnis gebracht werden können und sich damit dem Rehabilitationsinteresse des Betroffenen entgegenstellen.

Noch leicht lässt sich die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer digitalen Zweitveröffentlichung beantworten, wenn bereits die Printpublikation gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht verstößt – verdient doch die Onlinepublikation keine andere Behandlung als die Printpublikation.³

¹ Dieser Beitrag wurde erstmalig (in modifizierter Form) in Heckmann, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien: Peter Lang 2011, S. 375 bis 388 veröffentlicht.

² Zur berechtigten Kritik an diesen technisch ungenügenden Lösungsansätzen vgl. nur <http://www.heise.de/security/artikel/Bitte-vergessen-1167720.html>.

³ v. Petersdorff-Campen, ZUM 2008, 102, 103; Libertus, MMR 2007, 143, 145 f. m.w.N.; Hoecht, AfP 2009, 342; 343; vgl. auch ausführlich zur Frage, ob gegenüber einer Bibliothek ein Unterlassungsanspruch bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht Fälsch, Bibliotheksdienst 2007, 40 ff.

Demgegenüber soll Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung die Frage sein, ob der Betroffene auch dann einen Unterlassungsanspruch gem. § 823 Abs. 1, 1004 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG geltend machen kann, wenn ein ehemals rechtmäßiger Artikel mit voranschreitender Zeit rechtswidrig wird. Von einer derartigen Rechtswidrigkeit einer Bereitstellung in einem Online-Archiv ist insbesondere dann auszugehen, wenn das konkrete Interesse des Einzelnen, mit der konkreten Berichterstattung nicht mehr konfrontiert zu werden, stärker wiegt als das Interesse der Allgemeinheit an einer umfassenden Berichterstattung.⁴

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung beantwortete die Frage eines Unterlassungsanspruchs in Bezug auf die Bereithaltung einer identifizierenden Berichterstattung über Straftaten in einem Online-Archiv bis zur Entscheidung des BGH uneinheitlich: So haben das LG Köln⁵ und das OLG Köln⁶, das LG Frankfurt a.M.⁷ und das OLG Frankfurt a.M.⁸, das OLG München⁹ sowie das KG¹⁰ einen Anspruch auf Löschung eines ursprünglich zulässigen Artikels aus einem Onlinearchiv abgelehnt, während das LG Hamburg¹¹

⁴ v. Petersdorff-Campen, ZUM 2008, 102, 103.

⁵ LG Köln, Beschl. v. 05.09.2005 - 28 O 330/05 (unveröffentlicht).

⁶ OLG Köln, Urt. v. 14.11.2005 - 15 W 60/05, AfP 2007, 126.

⁷ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 05.10.2006 - 2/3 O 358/06, AfP 2006, 584, 585.

⁸ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006, - 16 W 54/06, AfP 2006, 568 f.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006, - 16 W 55/06, AfP 2006, 569 f.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006, - 16 W 57/06, AfP 2006, 570 f.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 56/06, AfP 2006, 571 ff.; OLG Frankfurt, Urt. v. 15.07.2008 - 11 U 6/08, AfP 2008, 621.

⁹ OLG München, Urt. v. 29.04.2008 - 18 U 5645/07, AfP 2008, 618.

¹⁰ KG, Beschl. v. 19.10.2001 - 9 W 132/01, AfP 2006, 561 ff.

¹¹ LG Hamburg, Urt. v. 07.11.2006 - 324 O 521/06, abrufbar über juris; LG Hamburg, Urt. v. 01.06.2007 - 324 O 717/06, MMR 2007, 666 f.; LG Hamburg, Urt. v. 29.02.2008 - 324 O 459/07, abrufbar über juris; LG Hamburg, Urt. v. 29.02.2008 - 324 O 469/07, abrufbar über juris.

und das OLG Hamburg¹² einen Unterlassungsanspruch verschiedentlich bejaht haben.¹³

Der letztgenannten Auffassung erteilte der BGH jedoch – nachdem ihm die Urteile des OLG Hamburg zur Revision vorgelegt worden waren – eine klare Absage und erklärte in diesen und weiteren Urteilen die Online-Archivierung von identifizierender Berichterstattung zumindest über schwerwiegende Straftaten für zulässig.¹⁴ Ende 2012 erweiterte der BGH diese Rechtsprechung sodann und erklärte auch die Bereithaltung einer namentlichen Berichterstattung in einem Online-Archiv für zulässig, obwohl das gegen den klagenden Manager der Firma *Gazprom* eingeleitete Ermittlungsverfahren, welches Gegenstand der Berichterstattung war, zu einem späteren Zeitpunkt nach § 153a StPO eingestellt wurde.¹⁵

Voraussetzung für eine derartige Privilegierung sei allerdings – so der BGH –, dass der Artikel (1.) zum Zeitpunkt seiner Veröffentlichung rechtmäßig war, (2.) als „Altmeldung“ erkennbar und (3.) nur durch eine gezielte Suche auffindbar ist.¹⁶

¹² OLG Hamburg, Beschl. v. 28.03.2007 - 7 W 9/07, MMR 2007, 377; OLG Hamburg, Urst. v. 29.07.2008 - 7 U 19/08, ZUM 2009, 232; OLG Hamburg, Urst. v. 29.07.2008 - 7 U 30/08, abrufbar über Beck-online; OLG Hamburg, Urst. v. 29.07.2008 - 7 U 31/08, abrufbar über Beck-online.

¹³ Vgl. zur Frage der Zulässigkeit der Weitergabe archivierter Fotos durch eine Bildagentur an die Presse auch BGH, Urst. v. 07.12.2010 - VI ZR 30/09, GRUR 2011, 266 ff.

¹⁴ BGH, Urst. v. 15.12.2009 - VI ZR 227/08 sowie VI ZR 228/08, CR 2010, 184; BGH, Urst. v. 9.2.2010 - VI ZR 243/08 sowie VI ZR 244/08, GRUR 2010, 549; BGH, Urst. v. 20.4.2010 - VI ZR 245/08 sowie ZR 246/08, abrufbar über juris; BGH, Urst. v. 22.2.2011 - VI ZR 114/09 sowie VI ZR 115/09, ZUM 2011, 647; BGH, Urst. v. 22.2.2011 - VI ZR 346/09, AfP 2011, 180; BGH, Urst. v. 13.11.2012 - VI ZR 330/11, AfP 2013, 194.

¹⁵ BGH, Urst. v. 30.10.2012 - VI ZR 4/12, K&R 2013, 37 ff.

¹⁶ BGH, Urst. v. 15.12.2009 - VI ZR 227/08, CR 2010, 184, 186; BGH, Urst. v. 9.2.2010 - VI ZR 243/08, GRUR 2010, 549, 551 f.; diese Kriterien als Abgrenzungskriterium bezweifelnd: Ruttig, AfP 2013, 372, 374.

II. Kritik an der Rechtsprechung und Entwicklung eines eigenen Lösungsansatzes

Diese Rechtsprechung vermag – soviel sei an dieser Stelle vorweggenommen – nicht zu überzeugen.¹⁷ So geht der BGH zur Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen der Meinungs- und Medienfreiheit einerseits und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits erkennbar von einer „Alles-oder-nichts-Lösung“ aus und lässt in den streitgegenständlichen Verfahren die Meinungs- und Medienfreiheit überwiegen. Ein derartiges Ergebnis scheint jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn es kein mildereres, gleich geeignetes Mittel zur Herstellung der praktischen Konkordanz gibt. Dass ein solches jedoch zur Verfügung steht, soll im Nachfolgenden anhand der Kriterien des *Lebach I*-Urteils des Bundesverfassungsgerichts dargelegt werden.

1. Das Lebach I-Urteil des BVerfG

Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im *Lebach I*-Urteil¹⁸ war der Mord an vier Soldaten im Jahre 1969. Die Haupttäter wurden 1970 zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, ein Mittäter wegen Beihilfe zum Mord zu sechs Jahren Haft. Das ZDF hatte im Februar 1972 ein zweiteiliges Fernsehspiel fertiggestellt, welches in einer Einleitung die Straftat und die beteiligten Täter mit Namen und Bildern vorstellen sollte. Anschließend sollte als Dokumentarspiel mit Schauspielern die Tat rekonstruiert dargestellt werden. Der Antrag des Mittäters, die Ausstrahlung im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, wurde vom LG Mainz¹⁹ sowie vom OLG Koblenz²⁰ abgelehnt. Mit der anschließenden Verfassungsbeschwerde machte der Beschwerdeführer geltend, die angefochtenen Entscheidungen verletzten ihn in seinen Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, da das Fernsehspiel auf seinen *„persönlichsten Intimbereich keine Rücksicht nehme, ihn in beschämender, erniedrigender Weise bloßstelle und ein Klima schaffe, das es [ihm] unmöglich mache, in*

¹⁷ Kritisch auch Himmelbach, K&R 2013, 82 ff.; Reich, K&R 2013, 44 ff.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 25.11.1991 - BvR 348/98, BVerfGE 35, 202 ff.

¹⁹ LG Mainz, Urt. v. 8. Juni 1972 - 1 O 128/72 (unveröffentlicht).

²⁰ OLG Koblenz, Urt. v. 05.10.1972 - 9 U 552/72, GRUR 1973, 42 ff.

der Gesellschaft wieder Fuß zu fassen“. Weiter führte der Beschwerdeführer aus, dass *„das berechnigte Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Wahrheitsfindung im Prozess und an der Wiederherstellung des Rechtsfriedens spätestens mit der rechtskräftigen Verurteilung [...] oder jedenfalls im engen zeitlichen Zusammenhang damit entfalle.“*²¹

Das Bundesverfassungsgericht gab der Verfassungsbeschwerde statt: Zwar muss sich derjenige, der den Rechtsfrieden bricht, nicht nur den strafrechtlichen Sanktionen beugen, sondern es auch grundsätzlich erdulden, dass das von ihm selbst durch seine Tat erregte Informationsinteresse der Öffentlichkeit in einer nach dem Prinzip freier Kommunikation lebenden Gemeinschaft auf den dafür üblichen Wegen befriedigt wird, doch gilt dieses Informationsinteresse der Öffentlichkeit nicht unbeschränkt.

Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht weiter aus: *„Die Ausstrahlungswirkung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit lässt es jedoch nicht zu, dass die Kommunikationsmedien sich über die aktuelle Berichterstattung hinaus zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befassen. Vielmehr gewinnt nach Befriedigung des aktuellen Informationsinteresses grundsätzlich sein Recht darauf, „allein gelassen zu werden“, zunehmende Bedeutung und setzt dem Wunsch der Massenmedien und einem Bedürfnis des Publikums, seinen individuellen Lebensbereich zum Gegenstand der Erörterung oder gar der Unterhaltung zu machen, Grenzen. [...] Hat die das öffentliche Interesse veranlassende Tat mit der Strafverfolgung und strafgerichtlichen Verurteilung die im Interesse des öffentlichen Wohls gebotene gerechte Reaktion der Gemeinschaft erfahren und ist die Öffentlichkeit hierüber hinreichend informiert worden, so lassen sich darüber hinausgehende fortgesetzte oder wiederholte Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich des Täters in der Regel nicht rechtfertigen. [...] Die zeitliche Grenze zwischen der grundsätzlich zulässigen aktuellen Berichterstattung und einer unzulässigen späteren Darstellung oder Erörterung lässt sich nicht allgemein, jedenfalls nicht mit einer nach Monaten und Jahren für alle Fälle fest umrissenen Frist fixieren. Das entscheidende Kriterium liegt darin, ob die betreffende Berichterstattung gegenüber der aktuellen*

²¹ BVerfG, Urt. v. 25.11.1991 - BvR 348/98, BVerfGE 35, 202, 209.

Information eine erhebliche neue oder zusätzliche Beeinträchtigung des Täters zu bewirken geeignet ist.“²²

a) Anwendbarkeit der Lebach I-Rechtsprechung

Mit diesen Ausführungen erfasst das Bundesverfassungsgericht auch das in Rede stehende Kernproblem zwischen der Abwägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Gleichwohl lehnte der BGH unter Verweis auf den unterschiedlichen Medienbezug (Fernsehen/Internet) die Anwendbarkeit dieser Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung auf Fälle der retrospektiven Digitalisierung ab und führte zur Begründung aus, dass der Archivierung eines Printartikels in einem Online-Archiv nur eine geringe Breitenwirkung zukomme, da das Auffinden des Artikels eine gezielte Suche des Nutzers voraussetze und nicht an eine Vielzahl von Personen „zur besten Sendezeit“ (so der BGH wörtlich) gerichtet sei.²³ Aus diesem Grund fehle es schon an einer Vergleichbarkeit der Situationen.²⁴

Diese Auffassung vermag jedoch nicht zu überzeugen: So weist *Kaufmann* zutreffend darauf hin, dass eine Fernsehsendung in aller Regel lediglich einmal ausgestrahlt werde, während ein Artikel im Internet dauerhaft zum Abruf bereitstehe. Erschwerend komme hinzu, dass sich in das Internet eingestellte Informationen – seien sie wahr oder unwahr – kaum wieder entfernen ließen. Insofern könne keine Rede davon sein, dass Aussagen in einer Fernsehsendung *per se* eine größere Breitenwirkung als Informationen in einem Online-Archiv haben.²⁵

²² BVerfG, Urt. v. 25.11.1991 - BvR 348/98, BVerfGE 35, 202, 233 f.

²³ BGH, Urt. v. 15.12.2009 - VI ZR 227/08, CR 2010, 184, 186; BGH, Urt. v. 9.2.2010 - VI ZR 243/08, GRUR 2010, 549, 551; vgl. auch die ähnliche Argumentation des OLG Hamm in Bezug auf eine identifizierende Berichterstattung durch auf YouTube hochgeladene Videos, welches trotz 10.000 Abrufen lediglich von einer geringen Breitenwirkung ausging: OLG Hamm, Urt. v. 7.8.2013 – I-3 U 71/13, 3 U 71/13, abrufbar über juris.

²⁴ BGH, Urt. v. 15.12.2009 - VI ZR 227/08, CR 2010, 184, 186; BGH, Urt. v. 9.2.2010 - VI ZR 243/08, GRUR 2010, 549, 551.

²⁵ Kaufmann, CR 2010, 187, 188.

Auch gilt es in diesem Zusammenhang, sich ändernde Nutzungsgewohnheiten zu berücksichtigen – ist es in Zeiten sozialer Netzwerke und Suchmaschinen wie Google doch zumindest in der jüngeren Generation bereits gesellschaftlich anerkannt (und sogar üblich), selbst flüchtige Bekanntschaften zu googeln, um sich einen Überblick über deren gesellschaftliche und soziale Aktivitäten zu verschaffen.²⁶ Auch dies spricht gegen eine geringe Breitenwirkung.

Damit steht jedoch – anders als vom BGH postuliert – einer Heranziehung der durch das Bundesverfassungsgerichts in der Lebach I-Entscheidung gefunden Kriterien nichts im Wege. Dies entspricht im Übrigen auch der Intention des Bundesverfassungsgerichts – hat dieses in seinem Lebach I-Urteil doch bereits ausdrücklich darauf hingewiesen, dass an Beeinträchtigungen durch Wort-Bild-Berichterstattungen in aller Regel höhere Anforderungen zu stellen sein werden als an Beeinträchtigungen durch Fernsehfilme. Ein solcher Hinweis macht jedoch nur dann Sinn, wenn das Gericht auch von der generellen Anwendbarkeit auf andere Publikationsformen ausging.²⁷

Dementsprechend ist die Zulässigkeit der retrospektiven Digitalisierung anhand der vom Bundesverfassungsgericht in der Lebach I-Entscheidung aufgestellten Kriterien, nämlich der Frage, ob es sich (1.) um eine spätere Berichterstattung (im Gegensatz zur ursprünglich zulässigen aktuellen Berichterstattung) handelt, sowie ob (2.) hierdurch erhebliche neue oder zusätzliche Beeinträchtigungen entstehen, zu messen.

aa) Das digitale Archiv: unzulässige spätere Darstellung oder bloße Wiederholung einer bereits früher zulässigen aktuellen Berichterstattung?

Insbesondere die Beantwortung der erstgenannten Frage bereitet allerdings erhebliche praktische Probleme: So lässt sich für die Anerkennung als bloße (verfassungsrechtlich zulässige) Wiederholung einer früher bereits erfolgten

²⁶ So auch Diesterhöft, ZJS 2010, 251, 254.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 25.11.1991 - BvR 348/98, BVerfGE 35, 202, 214; vgl. hierzu auch Verweyen/Schulz, AfP 2008, 133, 138.

Berichterstattung anführen, dass lediglich Altbekanntes in eine neue Wahrnehmungsform übertragen wird – es sich somit faktisch lediglich um den viel zitierten „alten Wein in neuen Schläuchen“ handelt. Deshalb spreche – so die Vertreter dieser Auffassung – viel dafür, den Fall einer retrospektiven Digitalisierung als bloße Wiederholung einer bereits früher zulässigen Berichterstattung anzusehen.²⁸

Dieser Auffassung wird verschiedentlich entgegen gehalten, dass es bereits das neue Medium „Internet“ mit seinen weitreichenden Zugriffsmöglichkeiten naheliegend erscheinen lässt, die Veröffentlichung als unzulässige spätere Darstellung der Tat anzusehen.²⁹

Betrachtet man die Situation jedoch genauer, so stellt man schnell fest, dass es sich bei der digitalen Veröffentlichung eines bereits zuvor als Printartikel erschienenen Berichts letztlich um einen Fall handelt, der genau zwischen den beiden Fallgruppen angesiedelt ist: Während der erstgenannten Auffassung zuzugestehen ist, dass es dem Digitalisat an einer neuen geistigen Auseinandersetzung des Autors mit dem Geschehen mangelt, muss den Vertretern der letztgenannten Auffassung zugestanden werden, dass durch die *erstmalige* Nutzung eines neuen (Massen-)Mediums eine Situation geschaffen wird, welche zumindest in ihrer Eingriffsintensität einer unzulässigen späteren Berichterstattung sehr nahe kommt. Vor diesem Hintergrund gilt es festzuhalten, dass sich das genannte Kriterium zur Bestimmung der Rechtmäßigkeit als ungeeignet erweist.

bb) Das digitale Archiv: neue oder zusätzliche Beeinträchtigungen?

Zur Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen der durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Informationsfreiheit der Allgemeinheit sowie der nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Pressefreiheit des Berichtenden auf der einen Seite und dem ebenfalls Verfassungsrang genießenden Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des von der Berichterstattung Betroffenen

²⁸ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 54/06, AfP 2006, 568 f.; v. Petersdorff-Campen, ZUM 2008, 102, 107; wohl auch Hoecht, AfP 2009, 342, 343.

²⁹ Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 28.03.2007 - 7 W 9/07, MMR 2007, 377.

aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG andererseits bedarf es vielmehr einer umso genaueren Betrachtung der Frage, ob die Gefahr einer zusätzlichen oder neuen Beeinträchtigung besteht. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann der Fall, wenn der Täter erneut „ins Licht der Öffentlichkeit“ gezerrt werden würde.

Auch wenn grundsätzlich eine Einzelfallabwägung zwischen den betroffenen Rechtsgütern vorzunehmen ist, gilt es hierbei doch insbesondere zwischen den unterschiedlichen technischen Ausgestaltungen zu unterscheiden. Hierbei handelt es sich um Überlegungen, welche der BGH bedauerlicherweise in seinen Urteilen vermissen lässt:

(1) Möglichkeit einer Volltextrecherche

So wird oftmals zumindest dann eine neue bzw. zusätzliche Beeinträchtigung zu bejahen sein, wenn das Digitalisat auch mittels einer Volltextrecherche erschlossen wird – ist es doch gerade die digitale Technik, die es erlaubt, Recherche nach einzelnen Personen von jedem Ort der Welt zu beliebigen Zeiten vorzunehmen, während die Nutzung eines Archivs stets eine Nutzung zu vorgegebenen Öffnungszeiten vor Ort voraussetzt, so dass dementsprechend der Nutzerkreis zumindest praktisch beschränkt bleibt.

Eine derartige Recherche kann auf der Internetseite des jeweiligen Archivs stattfinden, darüber hinaus werden entsprechende Archive aber in aller Regel auch durch herkömmliche Suchmaschinen indexiert.³⁰ Mit einer Indexierung geht zugleich eine wesentlich größere Gefährdung der Interessen des Einzelnen sowie eine Erhöhung des Missbrauchspotentials einher,³¹ wie auch anhand der veränderten Nutzungsgewohnheiten der

³⁰ Verweyen/Schulz, AfP 2008, 133, 134 f.

³¹ LG Hamburg, Urte. v. 30.11.2007 - 324 O 662/07 (unveröffentlicht), LG Hamburg, Urte. v. 26.04.2002 - 324 O 598/01 (unveröffentlicht); OLG Hamburg, Beschl. v. 28.03.2007 - 7 W 9/07, MMR 2007, 377; LG Hamburg, Urte. v. 01.06.2007 - 324 O 717/06, MMR 2007, 666; Verweyen/Schulz, AfP 2008, 133, 138; Verweyen/Schulz, AfP 2012, 442, 444 f.; a.A. OLG Köln, Urte. v. 14.11.2005 - 15 W 60/05, AfP 2007, 126, 127; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 54/06, AfP 2006, 568, 569; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16

jüngeren Generation durch das „ergoogeln“ von Freunden und Bekannten bereits dargelegt worden ist.³² Aber auch die Nutzung derartiger Suchtechniken durch potentielle Arbeitgeber lässt die Gefahr begründet erscheinen, dass trotz der Tilgung einer Vorstrafe aus dem Bundeszentralregister gem. §§ 45 ff. BZRG eine Wiedereingliederung in die Gesellschaft erschwert wird.³³ Schlussendlich besteht auch die nicht geringe Gefahr, dass selbst bei einer umgehenden Löschung der Volltext durch Caching-Techniken noch sehr langfristig auf anderen Wegen zum Abruf bereitsteht.

Anders vermag sich dieser Sachverhalt hingegen darstellen, wenn die Nutzung der Volltextrecherche kostenpflichtig ist³⁴ oder eine vorherige Registrierung beim Diensteanbieter voraussetzt und der Volltext insbesondere nicht durch bloße „Zufallstreffer“ bei gängigen Standardsuchmaschinen auffindbar ist.

Im Rahmen der einzelfallbezogenen Abwägung gilt es weiter zu berücksichtigen, ob für den flüchtigen Leser ersichtlich ist, dass es sich um eine weit zurückliegende Tat handelt.³⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn aus der Aufmachung der Digitalisierung klar hervorgeht, dass es sich um einen Archivbeitrag handelt (so beispielsweise, wenn der Beitrag in eine eigene „Archiv-Rubrik“ eingestellt wird).³⁶ Ob jedoch die bloße Angabe des

W 55/06, AfP 2006, 569, 570; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 57/06, AfP 2006, 570, 571; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006, - 16 W 56/06, AfP 2006, 572; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 05.10.2006 - 2/3 O 358/06, MMR 2006, 59, 60; Libertus, MMR 2007, 143, 148; Hoecht, AfP 2009, 342, 343.

³² Vgl. A.II.1.a).

³³ Ähnlich auch OLG Hamburg, Urt. v. 29.07.2008, ZUM 2009, 232, 233.

³⁴ BGH, Urt. v. 09.02.2010 - VI ZR 243/08, GRUR 2010, 549, 552; Diesterhöft, ZJS 2010, 251, 255.

³⁵ Kritisch zu diesem Kriterium: Diesterhöft, ZJS 2010, 251, 255.

³⁶ So auch KG, Beschl. v. 15.03.2007 - 10 W 26/07, AfP 2008, 75 f.; nach Auffassung des OLG Frankfurt soll für eine Erkennbarkeit hingegen sogar die URL ausreichen, vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 55/06, AfP 2006, 569, 570; Hoecht, AfP 2009, 342, 347.

Veröffentlichungsdatums ohne weitere Hinweise auf das Archiv ausreicht, erscheint zweifelhaft.³⁷

Bejaht man vor diesem Hintergrund im Einzelfall einen Unterlassungsanspruch, so droht auch nicht die Gefahr einer *Verfälschung historischer Zusammenhänge* oder einer *Geschichtsklitterung*,³⁸ ist doch einerseits eine Berichterstattung auch weiterhin statthaft, sofern zum Zeitpunkt der Online-Veröffentlichung das Interesse der Allgemeinheit gegenüber dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des von der Berichterstattung Betroffenen überwiegt und ist es einem an der Berichterstattung Interessierten darüber hinaus auch unbenommen, ein analoges Archiv zur Recherche aufzusuchen. Auch besteht der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – in Bezug auf Online-Archive in einem bloßen Verbot der vollständigen (volltextrecherchierbaren) Namensnennung, nicht jedoch in einem Verbot der generellen digitalen Archivierung des Artikels.³⁹

(2) Bloße Bereitstellung eines Image-Scans

Bei einer bloßen Bereitstellung eines Image-Scans⁴⁰ besteht hingegen gerade nicht die Gefahr, dass durch bloße „routinemäßige“ Abfragen unterschiedlicher Portale eine Verknüpfung zu den vorangegangenen Taten erfolgen kann. Vielmehr erfordert die Recherche, dass sich der Nutzer (wie bei einem analogen Archiv) zuvor zumindest ein grobes Bild davon macht, welche Artikel für ihn von Relevanz sind. Vor diesem Hintergrund sind keine wesentlichen Aspekte ersichtlich, die eine Schlechterstellung von digitalen Archiven im Vergleich zu grundsätzlich

³⁷ So aber Kaufmann, CR 2010, 187, 188; Nieland, K&R 2010, 179, 181.

³⁸ So aber BGH, Urt. v. 15.12.2009 - VI ZR 227/08, CR 2010, 184, 187; BGH, Urt. v. 9.2.2010 - VI ZR 243/08, GRUR 2010, 549, 552; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 54/06, AfP 2006, 568, 569; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 55/06, AfP 2006, 569, 570; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 56/06, AfP 2006, 570, 571; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006, - 16 W 56/06, AfP 2006, 572.

³⁹ So auch LG Hamburg, Urt. v. 07.11.2006 - 324 O 521/06, abrufbar über juris; LG Hamburg, Urt. v. 01.06.2007 - 324 O 717/06, MMR 2007, 666.

⁴⁰ Der Image-Scan der analogen Vorlage führt zu einem 1:1 Abbild in digitaler Form (z.B. jpeg-Datei). Damit ist der Image-Scan das elektronische Äquivalent einer Fotokopie.

zulässigen analogen Archiven⁴¹ interessengerecht erscheinen lassen, wird Letztgenannten doch auch oftmals ein presserechtliches Archivprivileg zugesprochen, da die Archivierung von Druckwerken gerade dazu diene, jedem Interessierten einen vollständigen und unverfälschten historischen und kulturellen Überblick zu verschaffen.⁴²

b) Umfang des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs

Sofern man die Möglichkeit einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zumindest bei Bereithaltung einer Volltext-Recherchemöglichkeit bejaht, stellt sich die Frage, ob (und in welchem Umfang) der Betroffene Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend machen kann.

Der Unterlassungsanspruch beinhaltet die Verpflichtung, bestimmte näher bezeichnete Äußerungen nicht oder nicht mehr zu veröffentlichen.⁴³ Ansprüche auf Unterlassen oder Beseitigung sind verschuldensunabhängig und können sich grundsätzlich gegen jeden richten, der adäquat-kausal zu einer Rechtsverletzung beiträgt.⁴⁴ Zur Begrenzung einer ausufernden Haftung findet jedoch nach ständiger Rechtsprechung bei bloßen mittelbaren Rechtsverletzungen eine Beschränkung dahingehend statt, dass zumutbare Prüfpflichten verletzt worden sein müssen.⁴⁵

⁴¹ LG Berlin, Urt. v. 12.04.2001 - 27 O 103/01, AfP 2001, 337, 338; KG, Beschl. v. 19.10.2001 - 9 W 132/01, AfP 2006, 561, 563; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 05.10.2006 - 2/3 O 358/06, AfP 2006, 584, 585.

⁴² OLG Köln, Urt. v. 14.11.2005 - 15 W 60/05, AfP 2007, 126 f.; vgl. kritisch hierzu LG Hamburg, Urt. v. 07.11.2006 - 324 O 521/06, abrufbar über juris; LG Hamburg, Urt. v. 01.06.2007 - 324 O 717/06, MMR 2007, 666 sowie Verweyen/Schulze, AfP 2008, 133, 138 f.

⁴³ Fechner, Medienrecht, 8. Aufl. 2007, Rn. 302; v.Hutten, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 47 Rn. 1 ff.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 03.02.1976 - VI ZR 23/72, NJW 1976, 799, 800; BGH, Urt. v. 15.01.1957 - I ZR 56/55, GRUR 1957, 352, 353; BGH, Urt. v. 05.12.1975 - I ZR 122/74, GRUR 1976, 257; BGH, Urt. v. 07.07.1988 - I ZR 36/87, GRUR 1988, 829, 830; BGH, Urt. v. 15.10.1998 - I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 419; BGH, Urt. v. 03.02.1994 - I ZR 321/91, GRUR 1994, 441, 443; BGH, Urt. v. 10.04.1997 - I ZR 3/95, GRUR 1997, 909, 911; Prinz/Peters, Medienrecht, 1999, Rn. 35 sowie 310.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 15.10.1998 - I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 419 f.; BGH, Urt. v. 17.05.2001 - I ZR 251/99, GRUR 2001, 1038, 1039 f.; BGH, Urt. v. 10.10.1996 - I ZR

Damit hängt die Frage, ob und in welchem Umfang der Diensteanbieter zur Beseitigung bzw. Unterlassung verpflichtet ist, davon ab, ob dieser durch die Digitalisierung selbst unmittelbar eine Verletzungshandlung herbeiführt oder aber lediglich als mittelbarer Störer anzusehen ist.

Während in der Literatur und Rechtsprechung vereinzelt eine unmittelbare Störereigenschaft bejaht wird (und insofern folgerichtig die Schaffung eines „Kontrollverfahrens“⁴⁶ oder einer „Kontrollpflicht“⁴⁷ gefordert wird), führt das OLG Frankfurt a.M. ohne einen ausdrücklichen Hinweis auf eine bloße mittelbare Störereigenschaft des Digitalisierers aus, dass „*in Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite und den personellen und zeitlichen Aufwand für die Archivverwaltung [...] von der Presse nicht ernsthaft verlangt werden [kann], dass sie turnusmäßig ihre Archive daraufhin durchforstet, ob ursprünglich zulässige Berichterstattung nunmehr durch Zeitablauf wegen des Anonymitätsinteresses eines ehemaligen Straftäters zu sperren sei*“.⁴⁸

Damit wendet das OLG Frankfurt⁴⁹ ebenso wie Teile der Literatur⁵⁰ die für die mittelbare Störerhaftung entwickelten Beschränkungen der Prüfpflichten auch auf den Digitalisierer an.⁵¹

129/94, GRUR 1997, 313, 315 f.; BGH, Urt. v. 01.04.2004 - I ZR 317/01, GRUR 2004, 693, 695 f.; BGH, Urt. v. 11.3.2004 - I ZR 304/01, GRUR 2004, 860; BGH, Urt. v. 19.04.2007 - I ZR 35/04, GRUR 2007, 708, 711.

⁴⁶ OLG Hamburg, Beschl. v. 28.03.2007 - 7 W 9/07, MMR 2007, 377; OLG Hamburg, Urt. v. 29.07.2008, ZUM 2009, 232, 233 f.

⁴⁷ v. Petersdorff-Campen, ZUM 2008, 102, 108.

⁴⁸ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 54/06, AfP 2006, 568, 569; OLG Frankfurt, 20.09.2006 - 16 W 55/06, AfP 2006, 569 f.; vgl. ähnlich auch LG Frankfurt a.M., Urt. v. 05.10.2006 - 2/3 O 358/06, MMR 2007, 59; vgl. auch OLG Frankfurt, Urt. v. 15.07.2008 - 11 U 6/08, AfP 2008, 621, 623.

⁴⁹ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 54/06, AfP 2006, 568, 569; OLG Frankfurt, 20.09.2006 16 W 55/06, AfP 2006, 569 f.; OLG Frankfurt, Urt. v. 15.07.2008 - 11 U 6/08, AfP 2008, 621, 623.

⁵⁰ Libertus, MMR 2007, 143, 147; Diesterhöft, ZJS 2010, 251, 255.

⁵¹ OGH, Beschl. v. 11.12.2003 - 6 Ob 218/03g, 6 Ob 274/03t, MMR 2004, 525 ff.

Ob der Digitalisierer jedoch tatsächlich einem mittelbaren Störer vergleichbar ist, erscheint zweifelhaft, wird doch bislang im Rahmen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zwischen dem *intellektuellen* und dem *technischen* Verbreiter unterschieden. So ist nach der herkömmlichen Dogmatik intellektueller Verbreiter, wer zu der verbreiteten Behauptung eine eigene gedankliche Beziehung hat.⁵² Hierzu gehören insbesondere der Verleger, der verantwortliche Redakteur und sonstige Redakteure, die auf die inhaltliche Gestaltung Einfluss nehmen können.⁵³ Demgegenüber ist technischer Verbreiter, wer die Äußerung verbreitet, ohne zu ihr eine gedankliche Beziehung zu haben.⁵⁴ In Betracht kommen Drucker, Setzer, Grossisten, Buchhändler und Bibliothekare.⁵⁵ Für diese Gruppe der mittelbaren Störer ist es allgemein anerkannt, dass eine Störerhaftung ohne Kenntnis des rechtsverletzenden Inhalts des Presseprodukts regelmäßig ausscheidet.⁵⁶ Eine konkrete Pflicht zur Prüfung der Inhalte trifft den Verbreiter insofern erst, wenn er von einem Dritten auf eine (mögliche) Rechtsverletzung aufmerksam gemacht worden ist.⁵⁷

Zwar liegt es nahe, auch den Digitalisierer als bloßen technischen Verbreiter anzusehen, nimmt dieser doch letztlich eine bloße technische Änderung an der Darstellung des Artikels vor – was am ehesten der Tätigkeit eines Druckers oder Setzers gleichzustellen wäre – doch darf in diesem Zusammenhang nicht außer Acht gelassen werden, dass der Digitalisierer

⁵² LG Hamburg, Urt. v. 29.02.2008 - 324 O 998/07, AfP 2008, 414, 416; Burkhardt, in: Wenzel (Hrsg.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 4 Rn. 100; Wegner, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 32 Rn. 28.

⁵³ Burkhardt, in: Wenzel (Hrsg.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 12 Rn. 63 ff.

⁵⁴ Burkhardt, in: Wenzel (Hrsg.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 4 Rn. 100; Wegner, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 32 Rn. 29; Fälsch, Bibliotheksdienst 2007, 40, 46.

⁵⁵ Burkhardt, in: Wenzel (Hrsg.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 12 Rn. 61; Fälsch, Bibliotheksdienst 2007, 40, 46.

⁵⁶ Wegner, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 32 Rn. 2 m.w.N.

⁵⁷ Wegner, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 32 Rn. 31.

(anders als ein technischer Verbreiter) sehr wohl Einfluss auf die Auswahl der zu digitalisierenden Primärformen nehmen kann und somit auch als intellektueller Verbreiter anzusehen wäre; die Grundsätze der mittelbaren Störerhaftung fänden insofern keine Anwendung.

Allerdings darf man bei dieser dogmatischen Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Störer nicht übersehen, dass die Rechtsprechung im Bereich der Störerhaftung auch wertend, ergebnisorientiert unterscheidet und die angestrebte Rechtsfolge oftmals den Tatbestand präjudiziert.⁵⁸ So hat der BGH in der Möbelklassiker-Entscheidung⁵⁹ (wenn auch für den urheberrechtlichen Bereich) lediglich eine mittelbare Störerhaftung für ein Presseunternehmen angenommen, obwohl das Presseunternehmen bei genauerer Betrachtung durch das Abdrucken einer Anzeige für ein plagiatorisches Möbelstück eine eigene Vervielfältigungshandlung vorgenommen hat und damit als unmittelbarer Störer zu behandeln gewesen wäre.⁶⁰

Es spricht vor dem Hintergrund der vielfältigen Aufgaben eines digitalen Archivs viel dafür, auch im Falle einer retrospektiven Digitalisierung eines analogen Printarchivs eine derartig wertende Einschränkung vorzunehmen und den Digitalisierer äquivalent zu einem bloßen technischen Verbreiter zu behandeln. Nur so ließe sich die Gefahr beseitigen, dass Unternehmen aufgrund ausufernder Prüfpflichten von einer umfangreichen Digitalisierung ihrer Archivbestände Abstand nehmen. Dass ein derartiger Verzicht jedoch nicht gewollt sein kann, zeigt bereits die Pflichtexemplar-entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in welcher das Gericht ein generelles kulturpolitisches Interesse an einem möglichst geschlossenen Überblick über das geistige Schaffen bejaht.⁶¹ Dieses Interesse endet auch nicht in der analogen Welt, wie die Erstreckung des Sammelauftrags auf

⁵⁸ Weber, in: Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S. 149, 169.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 15. Oktober 1998 - I ZR 120/96, MMR 1999, 280 ff.

⁶⁰ Dies zu Recht bemängelnd: Weber, in: Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S. 149, 169; Dustmann, Die privilegierten Provider, 2001, S. 54 f.; Decker, MMR 1999, 282, 283.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 14.07.1981 - 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, 137, 147.

die digitale Welt durch die Neufassung des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek⁶² im Jahre 2006 eindrucksvoll zeigt.⁶³

Bejaht man insofern mit der wohl herrschenden Meinung in der Literatur⁶⁴ und Rechtsprechung⁶⁵ die grundsätzliche Möglichkeit einer Beschränkung der Prüfpflichten, so gebietet eine verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG, die Prüfungspflicht nicht auf Gesetzesverstöße schlechthin zu erstrecken, sondern lediglich auf grobe, unschwer zu erkennende Verstöße zu beschränken.⁶⁶ Angesichts der Dimension der stetig wachsenden Onlinearchive wird dabei jedoch schnell deutlich, dass eine permanente Überwachung der eingestellten Inhalte auf mögliche Veränderungen, die die Gefahr einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts intendieren, schlichtweg nicht zu leisten ist.⁶⁷

Damit kommt ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nur in Betracht, sofern der Digitalisierer zuvor von einem Dritten auf eine Rechtsverletzung aufmerksam gemacht worden ist.⁶⁸ Auch umfasst ein solcher in aller Regel nicht die vollständige Entfernung des betreffenden Artikels, vielmehr reicht bereits ein Verzicht auf eine *identifizierende* Berichterstattung.⁶⁹ Hierbei kommen insbesondere eine vollständige Entfernung

⁶² BGBl. I 2006 S. 1338 ff.

⁶³ Instruktiv hierzu Heckmann/Weber, AfP 2008, 269 ff.

⁶⁴ Libertus, MMR 2007, 143, 147; für Haftungserleichterungen von institutionellen Repositorien auch Weber, in: Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen für Open Access-Publikationen, 2006, S. 149, 168 f.; a.A. v. Petersdorff-Campen, ZUM 2008, 102, 108.

⁶⁵ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 54/06, AfP 2006, 568, 569; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.09.2006 - 16 W 55/06, AfP 2006, 569 f.; OGH, Beschl. v. 11.12.2003 - 6 Ob 218/03g, 6 Ob 274/03t, MMR 2004, 525 ff.; OLG Frankfurt, Urt. v. 15.07.2008 - 11 U 6/08, AfP 2008, 621, 623; a.A. OLG Hamburg, Beschl. vom 28.03.2007 - 7 W 9/07, MMR 2007, 377.

⁶⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 30.06.1972 - I ZR 1/71, GRUR 1973, 203, 204; BGH, Urt. v. 26.04.1990 - 1 ZR 127/88, GRUR 1990, 1012, 1014; BGH, Urt. v. 15.10.1998 - I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 420.

⁶⁷ Libertus, MMR 2007, 143, 148.

⁶⁸ Vgl. Wegner, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 32 Rn. 31.

⁶⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 29.07.2008, ZUM 2009, 232, 234; Ruttig, AfP 2013, 372, 376.

des Namens aus dem Volltextzugriff sowie eine „Verpixelung“ aller Lichtbilder in Betracht.⁷⁰

2. Karlsruhe locuta, causa finita?

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass zur Herstellung der praktischen Konkordanz ein abgestuftes System der Namensnennung sowie eine restriktive Handhabung der Prüf- und Überwachungspflichten zu wesentlich interessengerechteren Ergebnissen führt. Vor diesem Hintergrund vermag die Rechtsprechung des BGH, welche letztlich in den entscheidungserheblichen Fällen zu Lasten des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ging, nicht zu überzeugen. Vielmehr hätte es einer dezidierten Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen technischen Möglichkeiten einer Darstellung des Artikels im Archiv bedurft.⁷¹ Dies erscheint umso bedauerlicher, als sich eine derartige Unterscheidung dem BGH insbesondere im Rahmen des 3. Kriteriums („nur durch gezielte Suche auffindbar“) hätte aufdrängen müssen. So aber schwimmt dieses Kriterium konturlos und erweist sich als wenig praxistauglich.⁷²

Besonders deutlich wird der Mangel einer derart apodiktischen Lösung zudem in den „Randbereichen“ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. So hat der BGH seine Rechtsprechung bislang ausschließlich auf eine Berichterstattung über (schwerwiegende) Straftaten sowie (später) auf die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen eine Person mit einer hervorgehobenen beruflichen Stellung („Gazprom-Manager“) bezogen und nicht – wie vereinzelt in der Berichterstattung im Internet angedeutet – einen generellen Vorrang der Meinungs- und Medienfreiheit gegenüber dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht statuiert.

⁷⁰ LG Hamburg, Urt. v. 07.11.2006 - 324 O 521/06, abrufbar über juris; LG Hamburg, Urt. v. 01.06.2007 - 324 O 717/06, MMR 2007, 666; Verweyen, AfP 2008, 133, 139; Himmelsbach, K&R 2013, 82, 84.

⁷¹ Dies in Bezug auf die Auffindbarkeit durch Suchmaschinen andeutend auch: Gounalakis, LMK 2010, 300818.

⁷² Kritisch auch Kaufmann, CR 2010, 187, 188.

Mangels Entscheidungsrelevanz blieben insofern Konstellationen unberücksichtigt, welche trotz (ursprünglich) zulässiger Namensnennung weit unterhalb der Schwelle eines derartigen (vermeintlichen) Informationsinteresses anzusiedeln sind. Gerade derartige Konstellationen sind in der Praxis jedoch nicht selten. So sind auch abseits des Strafrechts eine Vielzahl von Fallgestaltungen denkbar, in denen zwar das Interesse am Tagesgeschehen eine identifizierende Berichterstattung rechtfertigt (und die Betroffenen insbesondere auch oftmals ihre Zustimmung zur (Print-) Veröffentlichung gegeben haben), doch eben dieses Interesse mit der Zeit verblasst. Ob der BGH jedoch auch in derartigen Fällen zu Gunsten der Online-Archive entscheiden wird, erscheint zweifelhaft.⁷³ Führt man diesen Gedanken fort, so zeigt sich weiter, dass den Online-Archiven nach wie vor weitreichende prozessuale und finanzielle Risiken drohen, welche letztlich das gesamte Geschäftskonzept und damit die Existenz von Online-Archiven in Frage stellen können – ein Ergebnis, welches auch der BGH erkennbar zu vermeiden suchte, als er ausführte, dass permanente Überwachungspflichten die Gefahr begründen würden, dass ganz von einer Archivierung abgesehen werde.⁷⁴ Es erscheint jedoch zu weitreichend, aus diesen (kurzen) Ausführungen den Rückschluss ziehen zu wollen, dass der BGH in derartigen Fällen aufgrund seiner bereits bisher ergangenen Rechtsprechung einen Unterlassungsanspruch erst nach einem entsprechenden Hinweis des Betroffenen bejahen würde – hierzu hätte es vielmehr detaillierterer Ausführungen bedurft.⁷⁵ Vor dem Hintergrund der zunehmenden Verbreitung von Online-Archiven ist es jedoch letztlich nur eine Frage der Zeit, bis sich dem BGH erneut die Möglichkeit bieten wird, auch zu derartigen Fallkonstellationen Stellung zu beziehen. Es bleibt zu hoffen, dass er dies auch zum Anlass nimmt, sich dezidiert mit den unterschiedlichen technischen Möglichkeiten einer Darstellung des Artikels im Online-Archiv als (milderes) Mittel zur Herstellung einer praktischen Konkordanz auseinanderzusetzen.

⁷³ So auch Himmelsbach, K&R 2013, 82, 84; Verweyen/Schulz, AfP 2012, 442, 445; Ruttig, AfP 2013, 372, 376.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 20.4.2010 - VI ZR 246/08, Rn. 21, abrufbar über juris

⁷⁵ So aber Libertus, CR 2012, 24, 29; vgl. auch von Bassewitz, juris PR – WettbR 8/2011, Anmerkung 3.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive¹

von Martin Diesterhöft

I. Einleitung und Problemstellung

1. Digitalisierungsprojekte

Die *retrospektive*² *Digitalisierung*³ analoger, d. h. gedruckt oder als Handschrift vorliegender, Werke wird in Deutschland seit einigen Jahren⁴ vor allem durch staatliche Bibliotheken und Archive betrieben.⁵ Sie *dient nicht allein der Sicherung* des durch Alterungsprozesse,⁶ Nutzung und Unglücke⁷ in seiner Substanz bedrohten Bestandes.⁸ Internationalen Vorbildern folgend⁹ und

¹ Für die Anregung zu den nachfolgenden Überlegungen danke ich Frau Professorin Dr. Anna-Bettina Kaiser, Berlin.

² Als Reaktion auf die zunehmende Bedeutung *originär* digitaler Werke wurde der Sammlungsauftrag der Pflichtexemplarbibliotheken erweitert, z. B. durch § 2 Nr. 1, § 3 Abs. 3 DNBG. Vgl. hierzu BT-Drs. 16/322, S. 10 ff.; *Heckmann/Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), AfP 2008, S. 269 ff. Ferner *Naumann*, Über die Nutzung digitaler Unterlagen in Archiven, in: Rehm/Bickhoff (Hrsg.), Rechtsfragen der Nutzung von Archivgut, 2010, S. 32 ff.

³ Zu technischen Hintergründen *Heckmann*, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, 2011, S. 8 ff. m. w. N. Ferner ZEIT ONLINE v. 23.08.2012 („Die ewige Aufbewahrung des Internets“).

⁴ Vgl. zu den Anfängen die Beiträge in *Weber/Maier* (Hrsg.), Digitale Archive und Bibliotheken, 2000.

⁵ Vor diesem Hintergrund wird auf die Situation *privater* Einrichtungen im Folgenden nicht eingegangen. Einen Überblick über *private* Archive geben *Schoch/Kloepfer/Gerstka*, Archivgesetz (ArchG-ProfE). Entwurf eines Archivgesetzes des Bundes, 2007, Einl. Rdnr. 34 (S. 46 f.) m. w. N. Hinzu kommen seit jüngerem auch Digitalisierungsprojekte von Museen, die vor allem Gemälde und Lichtbilder, vereinzelt auch audio-visuelle Werke und solchen der bildenden Kunst über das Internet zugänglich machen, vgl. z. B. www.museum-digital.de.

⁶ Vgl. den Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 130.

⁷ Man denke an den Einsturz des Kölner Stadtarchivs im Jahre 2009.

⁸ Im Gegenteil bestehen große Vorbehalte, bei analog vorliegenden Sammelwerken *allein* auf dieses Mittel der Langzeitkonservierung zurückzugreifen, vgl. *Heckmann*, Digitalisierung (o. Fn. 3), S. 4 f. m. w. N. Dahinter steht die alltägliche Erfahrung, dass eine moderne IT-Anlage ältere Datenträger (z.B. Disketten) nicht mehr auslesen bzw. moderne Software

nunmehr eingebettet in ein europäisches Projekt¹⁰ geht es um nicht weniger als die *Erschließung* der Kulturgüter und Wissensbestände¹¹ für einen größtmöglichen Nutzerkreis,¹² weshalb die Eröffnung des Fernzugriffs „für alle über das Internet“ zu einem wesentlichen Anliegen zählt.¹³ Auf diese Weise wird zugleich eine neue Form der Nutzung der Bibliotheken und Archive eröffnet: An die Stelle einer mit Zeitaufwand und Kosten verbundenen Recherche vor Ort soll im Idealfall „an jedem PC-Arbeitsplatz mit Internetanschluss unabhängig von Ort und Zeit Zugang zur gesamten erforderlichen Information“ bestehen.¹⁴

ältere Datei-Formate nicht mehr oder nicht ohne Qualitätsverluste verarbeiten kann. Vgl. hierzu und zu anderen Aspekten der Langzeitarchivierung die Beiträge von *Iordanidis*, Digital Preservation – Technische Herausforderungen und Strategien zur Bewältigung, S. 141 [in diesem Band] und *de la Durantaye*, Vervielfältigungen und Formatänderungen – rechtliche Probleme der Langzeitarchivierung und ihre Lösung, S. 161 [in diesem Band].

⁹ Zur Entwicklung in den USA und Frankreich *Heckmann*, Digitalisierung (o. Fn. 3), S. 19 ff.

¹⁰ Die Förderung der Europäischen Digitalen Bibliothek „Europeana“ (www.europeana.eu) ist Bestandteil der Digitalen Agenda „i2010“ der Europäischen Kommission, KOM(2010) 245 endg./2, S. 36 f. Vgl. auch die Empfehlung der Kommission zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, K(2011) 7579 endg.

¹¹ Neben dem Zugänglichmachen der Inhalte tritt die Veröffentlichung sog. Meta-Daten, z. B. der Angabe von Informationen zu Vorbesitzern (zur Erleichterung der Provenienzforschung) oder der Partner eines Briefwechsels. Auf die damit verbundenen Schwierigkeiten kann im Folgenden nicht eingegangen werden.

¹² Siehe zu den Zielen der Deutschen Digitalen Bibliothek die Beschlüsse über gemeinsame Eckpunkte von Bund, Ländern und Kommunen zur Errichtung einer „Deutschen Digitalen Bibliothek DBB“ als Beitrag zur „Europäischen Digitalen Bibliothek (EDB)“, S. 8 ff. Zu Aufgabe und Tätigkeitsfeld der Deutschen Digitalen Bibliothek vgl. den Beitrag von *Euler/Steinhauer*, Pflichtexemplare und Ablieferungspflichten im digitalen Zeitalter – alles geregelt oder Nachbesserungsbedarf?, S. 109 [in diesem Band]

¹³ Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/436, S. 2.

¹⁴ Eckpunkte-Papier (o. Fn. 12), S. 4.

2. Persönlichkeitsrechtliche Konfliktlagen

Die größten *rechtlichen* Hindernisse¹⁵ auf dem Weg zur „Schaffung eines digitalen Kultur- und Wissenschaftsraums“¹⁶ sind dabei bislang im Urheberrecht identifiziert worden.¹⁷ Dass auch persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme bestehen könnten, wurde dabei – von Ausnahmen abgesehen¹⁸ – kaum wahrgenommen. An solche muss jedoch immer dann gedacht werden, wenn lebende oder kürzlich verstorbene Personen namentlich erwähnt werden oder die Werke Bild- oder Tonaufnahmen¹⁹ von ihnen enthalten.²⁰

Wer bereits mit der ursprünglichen Veröffentlichung eines solchermaßen identifizierenden Werkes nicht einverstanden war, weil dort eine unangenehme Wahrheit über ihn berichtet oder er kritisiert worden ist (konfrontative Publikation), wird auch jede Verbesserung der Auffindbarkeit dieser Informationen ablehnen. Aber auch die weitere Verbreitung eigener Publikationen des Betroffenen und solcher, die im Einvernehmen mit ihm veröffentlicht worden waren (konsentiierte Publikationen), ist nicht völlig unbedenklich: Hat sich der Betroffene von den darin dokumentierten Ansichten und Verhaltensweisen distanziert oder erscheint ihm ihre

¹⁵ Nicht weniger drängend sind die organisatorischen, technischen und finanziellen Fragen, vgl. das Eckpunkte-Papier (o. Fn. 12), S. 17 ff.; die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/436, S. 3 ff. sowie die Empfehlung der Europäischen Kommission zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, K(2011) 7579 endg.

¹⁶ Eckpunkte-Papier (o. Fn. 12), S. 9.

¹⁷ Vgl. nur BT-Drs. 16/7000, S. 130; Heckmann, Digitalisierung (o. Fn. 3), S. 281 ff. Eines Spezialproblems hat sich nunmehr die Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke vom 25.10.2012 (Abl. L 299 v. 27.10.2012, S. 5) angenommen, vgl. hierzu *de la Durantaye*, Ein Heim für Waisenkinder - Die Regelungsvorschläge zu verwaisten Werken in Deutschland und der EU aus rechtsvergleichender Sicht, ZUM 2011, S. 777 ff.; *Pejfer*, Vergriffene und verwaiste Werke – Gesetzliche Lösung in Sicht?, GRURPrax 2011, S. 1 ff.

¹⁸ Vgl. Heckmann, Digitalisierung (o. Fn. 3), S. 375 ff.

¹⁹ Die Auffindbarkeit von Bildern wird durch Bildersuchmaschinen (z. B. google.com/imghp) erleichtert.

²⁰ Denkbar ist auch, dass sich der Bezug einer Information zu einer Person erst über die Zusammenschau verschiedener Werke herstellen lässt. Diese eher fernliegende Möglichkeit soll im Folgenden nicht weiter berücksichtigt werden.

Verbreitung nunmehr inopportun,²¹ erweist sich die nachträgliche Erweiterung des Rezipientenkreises gleichermaßen als konfrontativ.²²

Als unproblematisch ausgeschieden werden können bei alledem freilich die historischen Bestände aus der Zeit bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts, weil bei ihnen trotz der Unschärfe der Grenzziehung auch das postmortale Persönlichkeitsrecht der Betroffenen endgültig verblasst ist.²³ *Aus Sicht des Persönlichkeitsrechts* können sie ohne nähere Prüfung digitalisiert und zugänglich gemacht werden.

3. Gang der Untersuchung

Um zu ermitteln, welche persönlichkeitsrechtlichen Hürden sich für die Bibliotheken und Archive im Einzelnen ergeben, müssen zunächst die verfassungsrechtlichen Koordinaten der Eröffnung des Zugriffs auf retrospektiv digitalisierte Werke über das Internet ermittelt werden (II.).

Anschließend gilt es, der Frage nachzugehen, wie die Bibliotheken und Archive die sich vor diesem Hintergrund abzeichnenden persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Herausforderungen bewältigen können (III.). Ein Blick auf die Regelungen des Bibliotheks- und Archivrechts gibt Aufschluss darüber, auf welche Art und Weise im *berkömmlichen* Betrieb von Bibliotheken und Archiven den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen Rechnung getragen wird (III. 1.). Hierauf aufbauend kann untersucht werden, wie die persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Anforderungen bei der digitalen Bereitstellung der Bestände beachtet werden können (III. 2.). Diese Analyse wird zeigen, dass es – von einer Ausnahme abgesehen – an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die mit den genannten Vorhaben einhergehenden Eingriffe fehlt und was bei

²¹ Wendet sich der Betroffene nach einer konsentierten Online-Publikation gegen die weitere Abrufbarkeit, stellt sich auch bei der retrospektiven Digitalisierung das Problem eines *nachträglichen Publikationsexzesses*, der sich durch das „Rechtswidrigwerden“ eines legal eingestellten Beitrags auszeichnet. Dieser neuartigen, internetspezifischen Persönlichkeitsgefährdung kann hier nicht nachgegangen werden. Vgl. hierzu ausführlich Diesterhöft, *Das Recht auf medialen Neubeginn*, 2014.

²² Vgl. die Beispiele bei Diesterhöft, *Das Recht auf medialen Neubeginn* (o. Fn. 21), S. 34 ff.

²³ Vgl. hierzu näher unten S. 60.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangsöffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

Schaffung und Anwendung einer solchen zu beachten sein wird. Abschließend soll der Versuch unternommen werden, Strategien zu formulieren, auf deren Grundlage Bibliotheken und Archive bereits im Rahmen des geltenden Rechts retrospektiv digitalisierte Bestände zugänglich machen können.

II. Verfassungsrechtliche Implikationen der Eröffnung des Zugangs zu retrospektiv digitalisierten Werken über das Internet

1. Die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für die Digitalisierungsprojekte

Werden in den digitalisierten Werken lebende oder kürzlich verstorbene Personen identifiziert, stellt die Eröffnung des Zugangs über das Internet eine Beeinträchtigung des allgemeinen bzw. postmortalen Persönlichkeitsrechts dar.

a) Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die digitale Zugangsöffnung zu retrospektiv digitalisierten Werken über das Internet

Das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes abgeleitete verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht zielt darauf, „die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen; diese Notwendigkeit besteht namentlich auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit.“²⁴ Diese Ergänzungs- und Lückenschließungsfunktion²⁵ steht einer abschließenden Definition des Schutzbereichs entgegen. Die gleichwohl notwendige Konkretisierung hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gestalt verschiedener Ausprägungen erfahren.²⁶

Die wohl bekannteste Ausprägung ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es gewährleistet die Befugnis, grundsätzlich selbst über

²⁴ BVerfGE 54, 148 (153) – Eppler, vgl. aus jüngerer Zeit BVerfGE 120, 274 (303) – Online-Durchsuchung.

²⁵ Vgl. hierzu *Diesterhöft*, Das Recht auf medialen Neubeginn (o. Fn. 21), S. 82 ff.

²⁶ BVerfGE 54, 148 (153 f.). Ähnlich auch BVerfGE 65, 1 (41) – Volkszählung.

jede Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe auf die eigene Person bezogener Daten bestimmen zu können.²⁷ Diese Ausprägung wirkt zwar bereits im Vorfeld konkreter Beeinträchtigungen von Persönlichkeitsbildung und -entfaltung und lehrt uns, dass es ein „belangloses Datum“ nicht geben kann.²⁸ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kennt aber für sich genommen keine inhaltliche Differenzierung nach der Bedeutung der mit den Daten transportierten Informationen, weshalb es jenseits des von ihm zu leistenden Schutzes im Vorfeld konkreter Beeinträchtigungen eines Rückgriffs auf materiell aussagekräftigere Gewährleistungsgehalte bedarf.²⁹ Solche besitzen u. a. der Schutz der Intim- und Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort sowie der Schutz vor solchen Darstellungen der eigenen Person in der Öffentlichkeit, die eine schwere Störung der Persönlichkeitsentfaltung zu bewirken drohen, was den Schutz des Resozialisierungsinteresses einschließt.³⁰ Auf diese inhaltlich „angereicherten“ Ausprägungen ist vorrangig zurückzugreifen, wenn ein Sachverhalt auf seine persönlichkeitsrechtliche Relevanz hin zu untersuchen ist.³¹

²⁷ Grundlegend BVerfGE 65, 1 (43).

²⁸ Vgl. zusammenfassend BVerfGE 118, 168 (184 f.) – Kontostammdaten.

²⁹ So wird bereits im Volkszählungsurteil zur Begründung der Grundrechtsrelevanz der Datenspeicherung darauf verwiesen, dass das Wissen um die Registrierung der „Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative“ den Betroffenen dazu veranlassen könnte, „möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) [zu] verzichten“ (BVerfGE 65, 1 [43]). Näher *Diesterhöft*, Das Recht auf medialen Neubeginn (o. Fn. 21), S. 127 ff. m. w. N.

³⁰ Vgl. die immer noch aktuelle Aufzählung in BVerfGE 54, 148 (154). Zum letztgenannten Aspekt BVerfG, NJW 2000, S. 1859 (1860 f.) – Lebach II.

³¹ Dabei kann ein bestimmter Vorgang verschiedene Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugleich berühren, so dass das Gewicht des Eingriffs verstärkt wird und die je spezifischen Rechtfertigungsanforderungen zu beachten sind, vgl. BVerwGE 121, 115 (126 ff.) – StaSi-Akten von Helmut Kohl.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangsöffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

aa) Erstveröffentlichung sensibler personenbezogener Informationen

Für Archive können alle diese Ausprägungen relevant werden, weil bis auf wenige Ausnahmen staatliche Informationsbestände ohne Rücksicht darauf archiviert werden können, ob sie sensible Informationen enthalten oder nicht. So steht der Übernahme des Archivguts bekanntlich nicht entgegen, dass sie nur wegen der Verpflichtung staatlicher Stellen zur Verschwiegenheit³² überhaupt erst hatten erhoben oder gespeichert bzw. weiterverarbeitet werden dürfen.³³

Vor diesem Hintergrund stellt die Preisgabe besonders sensibler, grundsätzlich geheimhaltungsbedürftiger Informationen einen – die Erhebung und Verarbeitung noch vertiefenden – Eingriff in die jeweils einschlägige Ausprägung dar, für den – in den zeitlichen Grenzen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes (dazu unten b.) – ein gewichtiger Rechtfertigungsgrund angeführt werden können muss.³⁴

bb) Umgang mit bereits andernorts rechtmäßig publizierten Informationen

Weitaus schwieriger gestaltet sich die Einordnung von Werken, die personenbezogene Informationen enthalten, aber – wie regelmäßig im Fall der in Bibliotheken verwahrten Medien – seinerzeit rechtmäßigerweise veröffentlicht worden sind oder – was bei Archivalien mitunter der Fall ist – rechtmäßigerweise hätten veröffentlicht werden dürfen.³⁵

Mit Blick auf die retrospektive Digitalisierung solcher Werke und die Eröffnung des Zugangs über das Internet kann der Umgang nicht bei

³² Vgl. etwa § 203 StGB.

³³ Vgl. die differenzierten Regelungen der § 2 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 BArchG; § 3 Abs. 1 S. 3 bis 5 LArchG BW; § 4 Abs. 2 ArchG NW.

³⁴ Wenig problembewusst war deshalb das Vorgehen des Berliner Landesarchivs, das nur 10 Jahre nach dem Tode von Klaus Kinski dessen Krankenakte(!) zugänglich gemacht hat. Das beim VG Berlin geführte Verfahren (1 A 374/08) endete dem Vernehmen nach mit einem Vergleich; zu den Hintergründen Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 186 v. 11.08.2008, S. 36.

³⁵ Vgl. die jeweils leicht abweichenden Ausnahmen von der Schutzfristenregelung in § 5 Abs. 4 BArchG; § 6 Abs. 3 LArchG BW; § 7 Abs. 3 S. 1 ArchG NW.

diesem (hypothetischen) historischen Befund stehen bleiben. Die *erneute* Publikation über das Internet (i.) unter *veränderten Rezeptionsbedingungen* (ii.) erfordert vielmehr eine eigenständige Bewertung, weil mit ihr eine neuartige Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einhergeht.³⁶

(i.) Erneute Veröffentlichung der Informationen

Eine erhebliche Beschwer liegt zunächst in dem Umstand begründet, dass die identifizierende Publikation erneut oder erstmals einem *breiten Publikum* zugänglich gemacht wird.³⁷ Besonders augenfällig ist dies, wenn bei Berichten über strafrechtliche Verurteilungen der Betroffenen. In diesem Fall ist der strenge verfassungsrechtliche Schutz des Resozialisierungssinteresses³⁸ aufgerufen.³⁹ Aber auch bei anderen länger zurückliegenden (rechtlich oder gesellschaftlich) missbilligten Verfehlungen leuchtet es ein, dass eine so bewirkte (erneute oder erstmalige⁴⁰) „Anprangerung“ des Betroffenen mit dessen Recht auf Selbstdarstellung kollidiert.⁴¹

³⁶ Näher *Diesterhöft*, Das Recht auf medialen Neubeginn (o. Fn. 21), S. 117 ff.

³⁷ Die Zugangseröffnung hat als aktives Tun Eingriffsqualität, vgl. *Kaiser*, Archiv und Recht, in: Lepper/Raulff (Hrsg.), Metzler Handbuch Archiv, i. E., unter III. 1.

³⁸ Dieser ist nicht nur im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Straftäters radiert, sondern liegt im öffentlichen Interesse, vgl. *Diesterhöft*, Abrufbarkeit identifizierender Berichterstattung über Straftäter aus einem Online-Archiv, ZJS 2010, S. 251 (254).

³⁹ Grundlegend BVerfGE 35, 202 – Lebach I.

⁴⁰ In der Abwägung ist freilich zu bedenken, dass gerade die erstmalige Aufklärung und mediale Aufarbeitung auch länger zurückliegender Vorgänge durchaus gerechtfertigt sein können. So wird in der Regel ein hinreichendes öffentliches Interesse bestehen, wenn es um Personen des öffentlichen Lebens geht. Vgl. auch BVerfGE 35, 202 (233 f): „Hat die das öffentliche Interesse veranlassende Tat mit der Strafverfolgung und strafgerichtlichen Verurteilung die im Interesse des öffentlichen Wohls gebotene gerechte Reaktion der Gemeinschaft erfahren *und ist die Öffentlichkeit hierüber hinreichend informiert worden*, so lassen sich darüber hinausgehende fortgesetzte oder *wiederholte* Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich des Täters in der Regel nicht rechtfertigen [...]“ (Hervorhebungen nur hier.)

⁴¹ Vgl. hierzu *Kaiser*, Rechtlich gefordertes Nichtwissen im virtuellen Raum – Der Schutz der Privatsphäre im Web 2.0, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des virtuellen Raumes, 2012, S. 55 (60). Ob es ein Recht auf Selbstdarstellung in dem Sinne gibt, grundsätzlich selbst über die Darstellung der eigenen Person in der Öffentlichkeit zu bestimmen (vgl. z. B. BVerfGE 35, 202 [220]; 54, 148 [154]), wird in der Literatur überwiegend verneint (*Britz*, Informationelle Selbstbestimmung, in: Hoffmann-Riem

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

Über die Beschäftigung mit solchen konfrontativen Publikationen dürfen aber die *ursprünglich* konsensualen Veröffentlichungen nicht aus dem Blick geraten. Wie bereits eingangs betont, kann sich der Betroffene von seinen damaligen Ansichten und Verhaltensweisen, die Gegenstand des Beitrags sind, distanziert haben oder ihre (erneute) Publikation zumindest als inopportun empfinden.⁴² In diesem Fall handelt es sich nunmehr um eine konfrontative Publikation, die als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Rechtfertigung bedarf.⁴³

(ii.) Nachträgliche Veränderung der Rezeptionsbedingungen

Vor allem bei den zuletzt genannten, ursprünglich konsensualen Publikationen wird darüber hinaus der zweite Aspekt der Zugangseröffnung in digitaler Form, die nachträgliche Veränderung der Rezeptionsbedingungen, relevant.

Hat sich der Betroffene seinerzeit entschlossen, eine sensible Information über sich preiszugeben, sich z. B. als Straftlassener, chronisch Kranker,

[Hrsg.], Offene Rechtswissenschaft, S. 561 [571] in Fn. 37 m. w. N.). Mit Blick auf *Äußerungen Privater* ist auch in der Rechtsprechung die „Klarstellung“ üblich geworden, das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasse jedenfalls keinen Anspruch darauf, „in der Öffentlichkeit nur so dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder von anderen gesehen werden möchte“ (BVerfGE 99, 185 [194] – Scientology; 101, 361 [380] – Caroline II, BVerfG, NJW 2000, S. 1859 [1860] m. w. N.). *Staatliche Stellen* – und damit auch die hier betrachteten Archive und Bibliotheken – unterliegen indes engeren Bindungen, vgl. nur BVerfG, NJW 2011, S. 511 (512) – Löw: „[Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst] den Schutz vor Äußerungen, die – ohne im engeren Sinn ehrverletzend zu sein – geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen des Einzelnen in der Öffentlichkeit auszuwirken. Jedenfalls dem unmittelbar an die Grundrechte gebundenen Staat verbietet es das allgemeine Persönlichkeitsrecht darüber hinaus aber auch, sich ohne rechtfertigenden Grund herabsetzend über einen Bürger zu äußern, etwa eine von diesem vertretene Meinung abschätzig zu kommentieren.“

⁴² Maßgeblich ist das aktuelle Selbstverständnis des Betroffenen, das mit der aktuellen Beeinträchtigung durch die (wiederholte) Veröffentlichung ins Verhältnis gesetzt werden muss.

⁴³ Nach alledem zeigt sich, dass es bei der Bewertung der Zugangseröffnung – anders als bei der hier nicht weiter verfolgten Frage nach der Zulässigkeit der „internen“ retrospektiven Digitalisierung der Bestände – eines Rekurses auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in aller Regel nicht bedarf, weil spezifischere Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Verfügung stehen.

oder Angehöriger einer bestimmten Religionsgemeinschaft „geoutet“, so geschah dies unter den damals vorhersehbaren Rezeptionsbedingungen. Damit, dass diese – rein faktisch – stigmatisierenden oder doch für die individuelle Persönlichkeitsentfaltung nunmehr abträglichen Informationen von jedermann noch Jahre später ohne besonderen Aufwand oder Vorwissen – einfach bei Eingabe seines Namens in eine Suchmaschine (wie z. B. Google) – auffindbar sein würde, konnte und musste der Betroffene nicht rechnen. Auch diese Beeinträchtigung ist folglich bei der Zugangseröffnung zu retrospektiv digitalisierten Archivalien und Sammlungsbeständen zu beachten.

b) Grund und Grenze des postmortalen Persönlichkeitsrechts

Im Zentrum der Digitalisierungsprojekte stehen nicht zuletzt aus urheberrechtlichen Gründen ältere Sammlungsbestände und Archivalien, weshalb der Frage nach der postmortalen Fortwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seinen Grenzen besondere praktische Relevanz zukommt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vermittelt nach dem Tode (allein) die unantastbare Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) einen Schutz der Persönlichkeit, weshalb mit der Feststellung einer Beeinträchtigung des postmortalen Persönlichkeitsrechts zugleich die Rechtswidrigkeit feststeht und anders als bei Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine Abwägung – streng genommen – nicht stattfinden kann.⁴⁴ Allerdings ist der Schutzzumfang deutlich zurückgenommen: „Postmortal geschützt wird zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, zum anderen der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat.“⁴⁵

⁴⁴ Grundlegend BVerfGE 30, 173 (194 f.) – Mephisto.

⁴⁵ BVerfG, NJW 2006, S. 3409 (3409) – Der blaue Engel. Keinesfalls kann der Schutz mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu Lebzeiten gleichgesetzt werden, BVerfG, NJW 2001, S. 594 (594 f.) – Gedenkmünze Willy Brandt. Bereits mit dem Tod des Betroffenen verändert sich der vermittelte Schutz *qualitativ*: Eine Beeinträchtigung der Fortentwicklung der eigenen Persönlichkeit kann nach dem Tode *eo ipso* keine Rolle mehr spielen (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, S. 549 [550] – Theaterstück „Ehrensache“).

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

Weiter ist zu beachten, dass „das Schutzbedürfnis – und entsprechend die Schutzverpflichtung – in dem Maße schwindet, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblaßt und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt.“⁴⁶ Die Zugangseröffnung selbst zu sensiblen Informationen ist also zulässig, wenn nur genügend Zeit seit dem Tode des Betroffenen vergangen ist. Die Bestimmung einer allgemeingültigen zeitlichen Grenze wird indes durch die fortbestehende Unklarheit über den Geltungsgrund des postmortalen Persönlichkeitsrechts erschwert:

Allein auf das *tatsächliche* Verblässen einer (öffentlichen) Erinnerung an eine Person⁴⁷ kann es erkennbar nicht ankommen, weil dann selbst Napoleon oder Bismarck noch postmortaler Persönlichkeitsschutz zukäme.

Trotz expliziter Zurückweisung in der Mephisto-Entscheidung⁴⁸ dürfte die vom Bundesgerichtshof vorgelegte Erklärung aus der Bedeutung der Sorge des Betroffenen um sein postmortales Ansehen für dessen lebzeitige Persönlichkeitsentfaltung hohen Erklärungswert besitzen.⁴⁹ Mehr noch dürften die (ideellen) Interessen der nächsten Angehörigen am Schutz des Ansehens ihres Verstorbenen – und mittelbar ihrer selbst – in der Praxis eine gewichtige Rolle spielen.⁵⁰

Unabhängig von diesen Erwägungen ist die – bei der Menschenwürde dogmatisch zwingende – Verschiebung des „Ausgleichs“ der konfligierenden Belange von der Ebene der Rechtsfertigung auf die des Schutzbereichs zu beachten, der eine Ausdehnung des postmortalen Persönlichkeitssschutzes über den Bereich der Würdeverletzung i. e. S. hinaus

⁴⁶ BVerfGE 30, 173 (196).

⁴⁷ So aber OLG Köln, NJW 1999, S. 1969 (1969).

⁴⁸ BVerfGE 30, 173 (194).

⁴⁹ Vgl. *Bizer*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz?, NJW 1993, S. 653 (654) m. w. N.

⁵⁰ Beispielhaft OLG München, NJW-RR 1994, S. 925 (925 f.); ferner *Bizer*, a. a. O., S. 655 m. w. N.

bewirkt.⁵¹ Ob eine Beeinträchtigung des „Achtungsanspruchs“ bzw. des „sittlichen, personalen und sozialen Geltungswertes“ vorliegt oder nicht, wird daher aufgrund einer wertenden *Gesamtschau von Informationsgehalt einerseits und den Umständen der Veröffentlichung andererseits* ermittelt.⁵² Dabei ist der zeitliche Abstand nur ein Faktor unter vielen, weshalb der Ablauf von nur 5 bis 10 Jahren nach dem Tode des Betroffenen, wie ihn *Bizer* vorschlägt,⁵³ nicht in jedem Fall ausreichen dürfte und deshalb nicht als absolute Richtschnur herangezogen werden sollte.

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung der Zugangseröffnung

Beeinträchtigt die Zugangseröffnung das allgemeine Persönlichkeitsrecht, so ist zu bedenken, dass auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht schrankenlos gewährt ist, sondern dem Schrankenvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 HS. 2 GG („verfassungsmäßige Ordnung“) unterliegt.⁵⁴ Das bedeutet, dass Eingriffe durch eine gesetzliche Regelung,⁵⁵ die dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung trägt, gerechtfertigt werden können.

⁵¹ *Dreier*, in: ders. [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 74; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Abs. 3, Rdnr. 211.

⁵² Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rdnr. 226.

Anschaulich sind die Fälle *Kinski* (oben Fn. 34); OLG Köln, NJW 1999, S. 1969 f.; OLG München, AfP 2001, S. 68 f.

⁵³ *Bizer*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz?, NJW 1993, S. 656 m. w. N.

⁵⁴ Vgl. nur BVerfGE 97, 391 (401) – Missbrauchsbeziehung.

⁵⁵ Eine Freistellung vom grundrechtlich radizierten Erfordernis einer (parlaments)-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage könnte sich ergeben, wenn die Zugangseröffnung zu retrospektiv digitalisierten Beständen über das Internet (zumindest teilweise) unter die vom Bundesverfassungsgericht für manche Bereiche der staatlichen Informationstätigkeit entwickelten Ausnahmen fiel (vgl. BVerfGE 105, 252 – Glykol; 105, 279 – Osho. Zur Kritik *Schoch*, Die Schwierigkeiten des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, S. 193 ff. m. w. N.). Dies erscheint jedoch aus zwei Gründen fernliegend: Erstens ist zu bedenken, dass bereits die retrospektive Digitalisierung als Verarbeitungshandlung einen herkömmlichen Grundrechtseingriff darstellt. Vor allem leuchtet aber, zweitens, nicht ein, warum die herkömmliche Offenbarung von Archivinhalten nur auf Grundlage einer ausdifferenzierten gesetzlichen Ermächtigung erfolgen darf (vgl. zu §§ 32, 34 StUG BVerwGE 121, 115 [126] m. w. N.), sich dies aber ändern soll, wenn die Information nun vom staatlichen Archiv über das Internet *jedermann* zur Kenntnis gebracht wird.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

a) Verfassungsrechtliches Gewicht der mit der Zugangseröffnung zu retrospektiv digitalisierten Werken verfolgten Ziele

Um die Zulässigkeit einer Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Einzelfall begründen zu können, muss demnach das Gewicht der mit der Zugangseröffnung verfolgten (gesetzlichen) Zwecke mit dem Grad der konkreten Beeinträchtigung des Betroffenen ins Verhältnis gesetzt werden.

Die den Bibliotheken und Archiven übertragenen Aufgaben sind vielfältig und reichen – mit unterschiedlichen Schwerpunkten – von bildungs- und kulturpolitischen Zielen bis hin zur Bereitstellung von Wissen als Grundlage für staatliche und staatsbürgerliche Entscheidungen: Der Betrieb allgemeiner öffentlicher Bibliotheken dient neben der Förderung der Lese- und Medienkompetenz vor allem der Erschließung von Wissen für breite Bevölkerungsteile, wobei bei Universitätsbibliotheken der Fokus auf den wissenschaftliche Medien liegt.⁵⁶ Der Deutschen Nationalbibliothek und den Landesbibliotheken kommt darüber hinaus die spezifische Aufgabe zu, „als ‚Gedächtnis der Nation‘“⁵⁷ die (massen-)mediale Kommunikation möglichst lückenlos zu erfassen und für spätere Generationen nutzbar zu machen.⁵⁸ Die Regelungen zur Ablieferung von Pflichtexemplaren und die jüngst einsetzenden Anstrengungen zur Sicherung digitaler Publikationen durch diese Bibliotheken rechtfertigen sich dadurch, dass jedes Medienwerk zu einem „das kulturelle und geistige Geschehen seiner Zeit mitbestimmenden Faktor“⁵⁹ und als solcher Teil des historischen und kulturellen Erbes einer Gemeinschaft wird.

⁵⁶ Vgl. etwa §§ 2, 3 und 5 BiblG HE. § 1 Abs. 2 G. zur Förderung der Weiterbildung und des Bibliothekswesens BW betont die gesamtgesellschaftliche Bedeutung des individuellen Wissenserwerbs.

⁵⁷ BT-Drs. 16/322, S. 12. Vgl. auch § 1 S. 3 LArchG SH („Gedächtnis eines Landes“).

⁵⁸ Vgl. nur § 1 DNBG; § 4 BiblG HE.

⁵⁹ BVerfGE 58, 137 (148 f.) – Pflichtexemplar.

Auch die staatlichen Archive, die vornehmlich staatliche Unterlagen aufnehmen,⁶⁰ dienen nicht in erster Linie unmittelbar staatlichen Zwecken. Sie sind primär auf die Nutzung durch Außenstehende – vornehmlich für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung – ausgerichtet.⁶¹ Diese Zwecke, die auch mit der digitalen Erschließung der Bestände über das Internet verfolgt werden, genießen einen hohen verfassungsrechtlichen Stellenwert: Die Eröffnung eines Zugangs zu staatlichen Wissensbeständen ist – wenn sich auch aus der Informationsfreiheit keine Rechtspflicht hierzu ergeben mag⁶² – doch nicht ohne Bezug zu den Kommunikationsfreiheiten und der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 1, 3 GG). Indem der Staat die Bürger an „seinem“ Wissen teilhaben lässt, verbreitert er die Basis für die sich in grundrechtlicher Freiheit vollziehende wissenschaftliche Forschung und individuelle (Meinungs-)Bildung,⁶³ die ihrerseits Grundbedingungen einer „informierten Öffentlichkeit“ sind.⁶⁴

b) Erfordernis der Abwägung im Einzelfall

Obleich dem Gesetzgeber grundsätzlich die Befugnis zur typisierenden Auflösung von Interessenkonflikten zukommt, „gebietet der hohe Rang des [allgemeinen Persönlichkeitsrechts], daß dem [...] Eingriff *ständig* das Schutzgebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG *als Korrektiv entgegengehalten* wird. Dementsprechend ist durch Güterabwägung

⁶⁰ Vorgesehen ist aber auch die Übernahme privater Unterlagen, wenn diese archivwürdig sind, vgl. § 2 Abs. 3 LArchG BW; § 3 Abs. 3 ArchG NW.

⁶¹ § 1 BArchG: „Das Archivgut des Bundes ist durch das Bundesarchiv auf Dauer zu sichern, nutzbar zu machen und wissenschaftlich zu verwerten.“ Ferner § 2 Abs. 6 ArchG NW: „Archivwürdig sind Unterlagen, denen ein bleibender Wert für Wissenschaft und Forschung, historisch-politische Bildung, Gesetzgebung, Rechtsprechung, Institutionen oder Dritte zukommt.“

⁶² Vgl. BVerwGE 121, 115 (130); *Kaiser*, Archiv (o. Fn. 37), unter II. m. w. N. Vgl. nun aber BVerwGE 146, 56, wonach ein (basaler) *verfassungsunmittelbarer* Auskunftsanspruch der Presse bestehen soll.

⁶³ Grundlegend BVerfGE 27, 71 (81) – Leipziger Volkszeitung: „Es gehört zu den elementaren Bedürfnissen des Menschen, [...] das eigene Wissen zu erweitern und sich so als Persönlichkeit zu entfalten. Zudem ist [...] der Besitz von Informationen von wesentlicher Bedeutung für die soziale Stellung des Einzelnen.“

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 20, 162 (174 f.) – Spiegel: „Soll der Bürger politische Entscheidungen treffen, muß er umfassend informiert sein [...].“ Ferner *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rdnr. 40, 42 ff. m. w. N.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangsöffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

im konkreten Fall zu ermitteln, ob das verfolgte öffentliche Interesse generell und nach der Gestaltung des Einzelfalls den Vorrang verdient, ob der beabsichtigte Eingriff [...] nach Art und Reichweite durch dieses Interesse gefordert wird und im angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht.“⁶⁵

Vor diesem Hintergrund liegt es zumindest in Abwesenheit gesetzlicher Konkretisierungen nahe, vor der Eröffnung des Zugangs zu digitalisierten Werken immer dann eine Einzelfallprüfung vorzuschalten, wenn diese personenbezogene Informationen enthalten – und nicht aufgrund des hohen Alters des Werkes das Verblissen auch des postmortalen Persönlichkeitsrechts sicher feststeht.⁶⁶

III. Bewältigung der Herausforderungen auf Grundlage des geltenden Bibliotheks- und Archivrechts

1. Berücksichtigung von Persönlichkeitsbelangen im herkömmlichen Betrieb von Archiven und Bibliotheken

a) Archivzugang – Abwägungsklauseln und Schutzfristenkonzepte

Alle allgemeinen⁶⁷ Archivgesetze des Bundes und der Länder kennen Regelungen zum Ausgleich des Nutzungsinteresses mit entgegenstehenden öffentlichen und privaten Belangen. Neben dem vereinzelt aufgestellten Erfordernis eines berechtigten Interesses⁶⁸ und der Verwendung einer (zumeist unspezifischen) Abwägungsklausel⁶⁹ wird auf ein System von Schutzfristen zurückgegriffen, vor deren Ablauf ein uneingeschränkter Zugang zum Archivgut grundsätzlich nicht gewährt werden darf: Neben eine allgemeine, vor allem im staatlichen Interesse angeordnete Schutzfrist,

⁶⁵ BVerfGE 35, 202 (221) (Hervorhebungen nur hier).

⁶⁶ Hierzu oben S. 60.

⁶⁷ Sonderarchive wie das nach StUG bleiben außer Betracht, vgl. zu ihnen *Schoch/Kloepfer/Gerstka*, ArchG-ProFE (o. Fn. 5), Einl. Rdnr. 30 ff. (S. 45 f.).

⁶⁸ Z. B. § 6 Abs. 1 LArchG BW.

⁶⁹ Z. B. § 5 Abs. 6 Nr. 2 BArchG i. V. m. § 3 Abs. 3 BArchBV; § 6 Abs. 6 Nr. 2 LArchG BW; § 6 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 ArchG NW.

die von der Entstehung des Archivguts an berechnet wird,⁷⁰ tritt bei personenbezogenen Archivalien kumulativ eine (primär) an den Tod des Betroffenen anknüpfende und damit in aller Regel länger laufende Schutzfrist.⁷¹

b) Bibliotheksnutzung

aa) Persönlichkeitsrechtsblindheit des Bibliotheksrechts

Das Recht der Bibliotheken ist zwischen Bund, Ländern und Kommunen aufgesplittert und divergiert stark in (Rechts-)Form⁷² und Inhalt. Zudem beschränken sich die Regelungen neben organisatorischen⁷³ und finanziellen Fragen⁷⁴ auf die Ablieferung der Pflichtexemplare.⁷⁵ Regelungen zum Schutz der Rechte Dritter finden sich dagegen kaum.⁷⁶

⁷⁰ Z. B. § 5 Abs. 1 BArchG; § 6 Abs. 2 S. 1 LArchG BW; § 7 Abs. 1 ArchG NW – jeweils 30 Jahre.

⁷¹ Z. B. § 5 Abs. 2 BArchG: 30 Jahre post mortem, hilfsweise 110 Jahre nach Geburt; § 6 Abs. 2 S. 3 LArchG BW: 10/90 Jahre; § 7 Abs. 1 ArchG NW: 10/100 Jahre oder – weiter hilfsweise – 60 Jahre nach Entstehung des Archivguts. Hinzu treten divergierende Detailregelungen zur Verlängerung (z. B. § 5 Abs. 5 S. 5 BArchG; § 6 Abs. 4 S. 1 LArchG BW), Verkürzung (z. B. § 5 Abs. 5 S. 1 – 4 BArchG; § 6 Abs. 4 S. 2, 3 LArchG BW; in der Sache auch § 7 Abs. 6 ArchG NW) oder Nichtgeltung der Fristen für bestimmte Konstellationen (z. B. § 5 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 BArchG; § 6 Abs. 3 LArchG BW; § 7 Abs. 3 ArchG NW).

⁷² Es reicht über alle Ebenen des Außen- und Innenrechts, vgl. den Überblick bei *Steinhauer*, Bibliotheksgesetzgebung in Deutschland, in: Lison (Hrsg.), *Information und Ethik*, 2007, S. 375 ff.

⁷³ §§ 1–13 DNBG. Auf Ebene der Länder und Kommunen finden sich häufig keine (detaillierten) parlamentsgesetzlichen Grundlagen für den Betrieb der Bibliotheken.

⁷⁴ So z. B. das G. zur Förderung der Weiterbildung und des Bibliothekswesens BW und das BiblG HE.

⁷⁵ Z. B. §§ 14 ff. DNBG; §§ 1 ff. G. über die Ablieferung von Pflichtexemplaren BW; §§ 1 ff. G. über die Ablieferung von Pflichtexemplaren NW.

⁷⁶ Allenfalls enthalten die Benutzungsordnungen allgemein gehaltene Mahnungen, bei der Nutzung und der Anfertigung von Vervielfältigungen diese Rechte zu wahren, wobei es v. a. um die Freistellung von Regressansprüchen geht (z. B. § 11 Nr. 1 und 2 DNB-BenO [§ 7 Nr. 4 DNB-BenO betrifft nur *Archivalien* der DNB]; § 22 Nr. 2 BenO der Bad. Landesbibliothek; § 12 BenO der Universitäts- und Stadtbibliothek Köln).

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangsöffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

Dies dürfte daran liegen, dass staatliche Bibliotheken bislang nicht publizistisch tätig wurden, sondern sich darauf beschränkten, anderweitig legal veröffentlichte Werke einem breiten Publikum zugänglich zu machen, womit keine oder allenfalls eine unter der Erheblichkeitsschwelle liegende Grundrechtsbeeinträchtigung einhergeht.

bb) Zurückgenommene Haftung der Bibliotheken als „Letztvertreiber“

Entscheidungen zur Verantwortlichkeit von Bibliotheken für die Verbreitung rechtswidriger Inhalte sind kaum nachgewiesen. Das OVG Berlin-Brandenburg⁷⁷ hat die Haftung einer öffentlich-rechtlichen Bibliothek⁷⁸ für die Verbreitung (angeblich) unzulässiger Werke aus dem ungeschriebenen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch erwogen, ist dabei aber – im Ergebnis übereinstimmend mit jüngeren Entscheidungen zur Haftung von Buchhandlungen⁷⁹ und technischen Intermediären im Internet⁸⁰ – von einer einheitlichen, für alle „Letztvertreiber“ gleichermaßen geltenden,⁸¹ eingeschränkten Verantwortlichkeit ausgegangen. Solange sie sich die beanstandeten Äußerungen nicht zu eigen machen, sind Bibliotheken weder Täter noch Gehilfen der behaupteten Rechtsverletzung.⁸² Nur wenn die Rechtswidrigkeit der beanstandeten Werke offenkundig ist, muss die Bibliothek reagieren, will sie nicht als Störerin auf Unterlassung haften.⁸³

⁷⁷ OVG Berlin-Brandenburg, ZUM-RD 2011, S. 384 ff.

⁷⁸ Das Medienforum Berlin „verleiht Printmedien und audio-visuelle Medien für Schule und Unterricht sowie für den außerschulischen Bildungsbereich an Berliner Lehrerinnen/Lehrer, Lehramtsanwärterinnen/Lehramtsanwärter, Lehramtsstudentinnen/Lehramtsstudenten, Schülerinnen/Schüler sowie Bedienstete der Berliner Bildungseinrichtungen einschließlich der Kindertageseinrichtungen“ (§ 1 Abs. 2 der Benutzungsordnung i.d.F. v. 01.11.2007).

⁷⁹ Vgl. LG Berlin, NJW 2009, S. 787 (788 f.). A. A. *Ingendaay*, Zur Verbreiterhaftung des Buchhandels, AfP 2009, S. 126 (129 ff.).

⁸⁰ Für Host-Provider bzw. Suchmaschinen BGHZ 191, 219 (227 f.); OLG Nürnberg, MMR 2009, S. 131 (132 f.).

⁸¹ Vgl. *Thomas Dreier*, Erinnern Sie sich, als ---- sein Opfer S. erschlug?, in: FS Loewenheim, 2009, S. 67 (72) m. w. N.

⁸² OVG Berlin-Brandenburg, ZUM-RD 2011, S. 384 (385).

⁸³ Zur Begründung verweist das Gericht auf das Vertrauensprinzip und die Eigenverantwortlichkeit des Verlegers, eine andernfalls zu besorgende Überforderung der Bibliothek durch eine Pflicht zur eigenständigen Überprüfung sowie den Gefahr des

In der Regel muss der Betroffene also einen gegen den Verleger oder Autor erstrittenen Titel vorlegen, bevor die Bibliothek zum Handeln verpflichtet ist.⁸⁴

cc) Praxis im Umgang mit „verbotenen Büchern“

Streitigkeiten um die Zulässigkeit von Medienwerken, welche die Persönlichkeitsrechte Dritter berühren, werden daher bislang so gut wie ausschließlich zwischen den Betroffenen und den Autoren bzw. Verlegern ausgetragen.

In der Bibliothekspraxis werden überdies Werke, die nicht (uneingeschränkt) verbreitet werden dürfen, nicht etwa dauerhaft aus der Sammlung entfernt. Sie werden vielmehr getrennt aufbewahrt und – gleich den in ihrer Substanz gefährdeten Rara – nur auf Antrag und nur zu wissenschaftlichen Zwecken zur Einsicht bereitgestellt.⁸⁵

2. Bewältigung der mit der Zugangseröffnung über das Internet einhergehenden persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Herausforderungen

a) Archive

Die Archivgesetze weisen ausdifferenzierte Vorschriften zum Ausgleich der Informations- und Persönlichkeitsinteressen bei der Entscheidung über den herkömmlichen Zugang zum Archivgut auf. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass sie – von Ausnahmen abgesehen – mit Blick auf die vollkommen andersartige Form der Zugangsgewährung zu Digitalisaten über das Internet den verfassungsrechtlichen Anforderungen an

Rechtsmissbrauchs durch dezentrale „Serienabmahnungen“, OVG Berlin-Brandenburg, ZUM-RD 2011, S. 384 (386).

⁸⁴ OVG Berlin-Brandenburg, ZUM-RD 2011, S. 384 (387) m. Verw. auf BGH NJW 1999, S. 1960 ff. – Möbelklassiker.

⁸⁵ Vgl. die Angaben der befragten Bibliothekare in Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 234 v. 09.10.2007, S. 44; ferner *Kellner*, Inside Remota, in: ders. (Hrsg.), Der „Giftschrank“, 2002, S. 9 (19). Diese Praxis wird in der Literatur als angemessener Ausgleich zwischen Forschungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz gewertet, vgl. *Dreier*, *Erinnern* (o. Fn. 81), S. 67 (72) m. w. N.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangsöffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

eine Schrankenregelung nicht genügen und auch ein Rückgriff auf die Eingriffsnormen der Datenschutzgesetze nicht in Betracht kommt (aa.). Bei einer Novellierung des Archivrechts ist zu beachten, dass die neuartige persönlichkeitsrechtliche Gefährdungslage allein mit den bewährten archivrechtlichen Regelungen (Zweistufigkeit, Zweckbindung) nicht angemessen bewältigt werden kann (bb.). Darüber hinaus lassen sich Strategien identifizieren, die bereits auf Grundlage des geltenden Rechts einen Fernzugriff auf retrospektiv digitalisierte Archivalien ermöglichen (cc.).

aa) Erfordernis einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage

(i.) Zugangseröffnung auf Grundlage der Archivgesetze?

Handelt es sich bei der Eröffnung des Zugangs zu retrospektiv digitalisierten Archivalien über das Internet nach den oben dargelegten Maßstäben um einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen, bedarf es zu dessen Rechtfertigung einer hinreichenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Bei der Ausgestaltung des Archivrechts hat der Gesetzgeber nicht nur dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen, sondern darüber hinaus „organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken [...]“.⁸⁶ Das setzt voraus, dass Anlass, Zweck und Grenzen des Umgangs mit personenbezogenen Daten in der Ermächtigungsgrundlage „bereichsspezifisch, präzise und normenklar“ festgelegt werden.⁸⁷ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass mit Blick auf das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG)⁸⁸ die wesentlichen Fragen des Umgang mit personenbezogenen Archivalien einer Regelung durch den Parlamentsgesetzgeber selbst bedürfen. Und um eine solche dürfte es sich bei der Erstreckung des Grundrechtseingriffs vom herkömmlichen Modell des genehmigungsbedürftigen Zugangs zu analogen Dokumenten auf die

⁸⁶ BVerwGE 121, 115 (126 f.) m. Verw. auf BVerfGE 65, 1 (44) (Hervorh. d. Verf.).

⁸⁷ BVerfGE 120, 378 (407 f.) m. w. N (Hervorh. d. Verf.).

⁸⁸ Vgl. grundlegend BVerfGE 49, 89 (126 f.) – Kalkar I m. w. N. Zur engen Verbindung von Bestimmtheitsgebot und Parlamentsvorbehalt BVerfGE 120, 378 (407 ff.).

unaufgefordert Bereitstellung des retrospektiv digitalisierten und im Volltext durchsuchbaren Archivguts für jedermann handeln.

Der Zuschnitt der geltenden Archivgesetze⁸⁹ lässt durchweg erkennen, dass bei ihrem Erlass die Aufgabe der Archive einzig darin gesehen wurde, die Archivalien zur Einsichtnahme durch Einzelne (insbesondere Wissenschaftler) bereitzuhalten.⁹⁰ Allenfalls ist darüber hinaus an die Nutzung zu wissenschaftlicher Forschung durch die Mitarbeiter der Archive gedacht worden.⁹¹ Vereinzelt wurde schließlich die Veröffentlichung von Archivgut in die Aufgabenbeschreibung aufgenommen, ohne freilich für einen Ausgleich mit den entgegenstehenden Rechten der Betroffenen Sorge zu tragen.⁹² Eine systematische und massenhafte Veröffentlichung des Archivgutes, wie sie mit den eingangs beschriebenen jüngsten Digitalisierungsprojekten einhergehen soll, ist von keinem dieser Archivgesetze gedeckt.

Eine Ausnahme bildet das im Jahre 2010 novellierte nordrhein-westfälische Archivgesetz, das von einem weitaus umfassenderen Begriff der Archivierung ausgeht⁹³ und das Landesarchiv explizit dazu ermächtigt, „Archivgut sowie die dazugehörigen Findmittel unter Wahrung der

⁸⁹ Auch der Professorenentwurf für ein Archivgesetz des Bundes von *Schoch/Kloepfer/Gerstka* (o. Fn. 5) bleibt dieser herkömmlichen Vorstellung verpflichtet, vgl. §§ 3 Abs. 4, 11 Abs. 1 ArchG-ProfE.

⁹⁰ Z. B. § 2 Abs. 1 LArchG BW: „Das Landesarchiv *verwahrt, erhält und erschließt* als Archivgut alle Unterlagen, die [...] übernommen worden sind und die bleibenden Wert haben; *es macht das Archivgut allgemein nutzbar.*“ (Hervorh. d. Verf.).

⁹¹ § 1 BArchG: „Das Archivgut [...] ist auf Dauer zu sichern, nutzbar zu machen *und wissenschaftlich zu verwerten.*“ (Hervorh. d. Verf.).

⁹² So z. B. § 1 Abs. 1 S. 1 ArchivG HB; § 1 Abs. 1 S. 2 ArchivG NI; § 6 Abs. 4 LArchG RP. § 7 Abs. 3 LArchG ST erklärt die Landesarchive sogar für „berechtigt, Veröffentlichungen [...] selbst vorzunehmen“. Selbst die zuletzt genannte Vorschrift kann den Anforderungen an eine bereichsspezifische und präzise Ermächtigungsgrundlage nicht genügen; über die Befugnis zur Veröffentlichung hinaus, sind – wie gesehen – Ausführungen dazu erforderlich, wie im Zuge solcher Veröffentlichungen den entgegenstehenden Grundrechten Rechnung getragen werden soll. Ihr Fehlen lässt überdies Zweifel daran aufkommen, dass den jeweiligen Gesetzgebern Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrecht überhaupt bewusst waren, geschweige denn, dass sie diese haben legitimieren wollen.

⁹³ § 2 Abs. 7 ArchG NW.

schutzwürdigen Belange Betroffener zu veröffentlichen.“⁹⁴ Diese Ermächtigungsgrundlage dürfte den Anforderungen des Gesetzesvorbehaltes mit Blick auf Veröffentlichungen auch über das Internet⁹⁵ genügen, weil diese dem Gesetzgeber vor Augen stehen musste und überdies differenzierte Regelungen zum Schutz der Persönlichkeitsrechte eingreifen.⁹⁶

(ii.) Kein Rückgriff auf die Eingriffsnormen der Datenschutzgesetze

Hält das einschlägige Archivgesetz eine derartige Ermächtigungsgrundlage nicht bereit, liegt ein Rückgriff auf die Normen des Bundes- bzw. Landesdatenschutzgesetzes nahe. Als Übermittlung⁹⁷ an nicht-öffentliche Stellen könnte die Zugangseröffnung zu den digitalisierten Beständen über das Internet unter den hierfür geltenden Voraussetzungen⁹⁸ gerechtfertigt sein.

Dabei ist freilich zu beachten, dass die Bundes- bzw. Landesdatenschutzgesetze *leges generales* gegenüber den bereichsspezifischen Regelungen der Archivgesetze sind.⁹⁹ Die Annahme einer Subsidiarität der Datenschutzgesetze erfolgt zwar in der Regel sehr zurückhaltend. Dahinter steht indes erkennbar die Vorstellung, die *datenschutzrechtlichen Schutznormen*

⁹⁴ § 8 S. 1 ArchG NW.

⁹⁵ Die von *Wolff*, Die beschränkte Internettauglichkeit des BDSG, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Vermessung (o. Fn. 41 m. w. N., grundsätzlich zutreffend angemahnte Zurückhaltung bei der Erstreckung bestehender einfachrechtlicher Veröffentlichungsbefugnisse auf das Internet ist deshalb nicht geboten sein, weil die Publikation über das Internet zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses bereits einen üblichen oder doch naheliegenden Modus der Veröffentlichung dargestellt hat.

⁹⁶ § 8 S. 2 ArchG NW verweist auf § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 (Nutzungsausschluss bei überwiegenden Belangen Betroffener) und § 7 Abs. 1 bis 4 (Schutzfristen).

⁹⁷ Die Veröffentlichung ist die „intensivste Form der Übermittlung“ i. S. d. § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. b BDSG (*Gola/Schomerus*, BDSG. Kommentar, 11. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 33).

⁹⁸ Z. B. § 16 Abs. 1 BDSG; §§ 18, 19 LDSG BW; § 16 LDSG NW. Auf die Frage, ob zugleich eine *weltweite* und damit strengeren Anforderungen (vgl. z. B. § 4b Abs. 2 S. 2 BDSG; § 20 Abs. 2 und 3 LDSG BW; § 17 Abs. 1 und 2 DSG NW) unterliegende Übermittlung vorliegt, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Vgl. hierzu *Wolff*, Internettauglichkeit (o. Fn. 95), S. 193 (210) unter kritischer Auseinandersetzung mit der Haltung des EuGH in der Rs. C 101/01 – Lindqvist, Slg. 2003, I-12971.

⁹⁹ Dies wird durch die Subsidiaritätsklauseln z.B. in § 1 Abs. 3 BDSG; § 1 Abs. 5 S. 1 LDSG BW; § 2 Abs. 3 DSG NW ausdrücklich betont.

(insbesondere die besonderen Betroffenenrechte wie Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsrechte) nicht vorschnell aus dem Spiel zu nehmen.¹⁰⁰ Geht es hingegen – wie hier – um die Annahme einer Sperrwirkung der Archivgesetze gegenüber den *Eingriffsnormen* der Datenschutzgesetze,¹⁰¹ ist danach zu fragen, inwiefern „das Schweigen des Fachgesetzes zu den anderen Verarbeitungsphasen [...] im Wege der Auslegung als deren Verbot zu werten“ ist.¹⁰² Diese Frage dürfte mit Blick auf die ausführlichen und differenzierten Regelungen zur Nutzung der Archive¹⁰³ zu bejahen sein.¹⁰⁴

Soweit die Archive uneingeschränkten Zugang zu personenbezogenen Archivalien gewähren möchten, deren Veröffentlichung einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht bewirken würde, bedarf es folglich einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, die auch die Belange des Persönlichkeitsschutzes berücksichtigt.

¹⁰⁰ Vgl. nur *Gola/Schomerus*, BDSG (o. Fn. 97), § 1 Rdnr. 24; *Gusy*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), Beck-OK Datenschutzrecht, § 1 BDSG, Rdnr. 81: Das BDSG „gilt subsidiär als Auffanggesetz mit dem Ziel der [...] Vermeidung datenschutzrechtsfreier Räume.“

¹⁰¹ Vgl. zur Doppelnatur des BDSG nur *Schmidt*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Kommentar zum BDSG, 2010, § 1 Rdnr. 15.

¹⁰² *Gola/Schomerus*, BDSG (o. Fn. 97), § 1 Rdnr. 24; ähnlich *Gusy*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK-Datenschutzrecht, § 1 BDSG Rdnr. 81.

¹⁰³ Näher konkretisiert z. B. in § 2 BArchBV; § 1 LArchBO BW; § 3 AusführungsVO ArchG NW.

¹⁰⁴ Und selbst wenn dies nicht der Fall wäre, müsste jedenfalls die stets zu stellende (vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG [o. Fn. 97], § 1 Rdnr. 16) Frage, ob die allgemeinen Regelungen der Datenschutzgesetze den verschärften verfassungsrechtlichen Anforderungen – „bereichsspezifisch, präzise und normenklar“ – genügen würden, verneint werden. Vgl. *Wolff*, Internettauglichkeit (o. Fn. 95), S. 193 (196 f.) m. w. N. Für die *interne* Digitalisierung der Archivbestände, die der Bestandssicherung oder der Verbreitung einer erst nach Verblassen des postmortalen Persönlichkeitsrechts vorgesehenen Veröffentlichung dient, finden sich ebenfalls keine *spezifischen* Ermächtigungen im Fachrecht. Wegen der Geringfügigkeit des *darin* liegenden Grundrechtseingriffs ist eine spezifischere Regelung aber auch nicht erforderlich, weshalb die allgemeine archivrechtliche Befugnis zur „Sicherung“ und „Erschließung“ des Archivguts (z. B. § 1 Var. 1 BArchG; § 4 LArchG BW; § 5 Abs. 2 S. 3 ArchG NW) genügen.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangsöffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

bb) Persönlichkeitsrechtssensible Ausgestaltung und Anwendung des Archivrechts

Bei der Schaffung und (späteren) Anwendung solcher archivrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen ist den Unterschieden in Art und Maß der Beeinträchtigung Rechnung zu tragen, die zwischen der Zugangsgewährung zu retrospektiv digitalisiertem Archivgut über das Internet und der herkömmlichen Einsichtnahme in analoge Archivalien bestehen.

Im Zentrum steht dabei die faktische Erweiterung des Rezipientenkreises, die mit der Möglichkeit des Fernzugriffs einerseits und der Auffindbarkeit mit Hilfe von Suchmaschinen andererseits einhergeht.¹⁰⁵ Sie bedeutet in der Regel eine stärkere Beeinträchtigung des Betroffenen, was verschärfte Rechtfertigungsanforderungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach sich zieht. Vor dem Hintergrund der veränderten Rezeptionsbedingungen erweisen sich darüber hinaus drei Figuren des Archivrechts, die den Ausgleich der widerstreitenden Interessen bei der Entscheidung über herkömmliche Formen der Zugangsgewährung maßgeblich mit beeinflusst haben, als obsolet: die archivrechtlich enge Vorstellung von personenbezogenen Archivalien (i.), die Zweistufigkeit des Persönlichkeitssschutzes (ii.) und die Durchsetzung der Zweckbindung gegenüber den Zugangspetenten (iii.).

(i.) Erweiterung des Personenbezugs – Es gibt keine „belanglose“ Erwähnung am Rande

Die geltenden Vorschriften zum Schutz des Persönlichkeitsrechts zeichnen sich durch eine auf den ersten Blick nicht als solche zu erkennende Engführung aus: Sie greifen nur ein, wenn sich das Archivgut „nach seiner Zweckbestimmung“¹⁰⁶ bzw. „nach seinem wesentlichen Inhalt“ auf diese Person bezieht.¹⁰⁷ Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass –

¹⁰⁵ Anders als bei Bibliotheken kommt dem Aspekt des *Zeitablaufs* gegenüber einer früheren (rechtmäßigen) Publikation kein eigenständiges Gewicht zu, weil es sich i. d. R. ohnehin um die erstmalige Veröffentlichung der Archivalien handelt.

¹⁰⁶ Z. B. § 6 Abs. 2 S. 3 LArchG BW.

¹⁰⁷ Z. B. § 7 Abs. 1 S. 2 ArchG NW, auf den auch für die Veröffentlichung von Archivalien durch die Archive verwiesen wird (vgl. § 8 S. 2 ArchG NW); ferner *Schoch/Kloepfer/Gerstka*,

anders als im Datenschutzrecht – nicht bereits die (einmalige) namentliche Erwähnung oder sonstige Identifikation einer Person genügen soll, um die Gewährung der Einsichtnahme von ihrer Zustimmung, der Feststellung eines Schutzfristenablaufs oder gar einer positiven Abwägung im konkreten Fall (die nicht zuletzt eine Anhörung erforderlich machen könnte) abhängig werden zu lassen. Neben dem erkennbaren Wunsch nach Komplexitätsreduktion und möglichst umfassender Zugangsgewährung¹⁰⁸ fußt diese einengende Auffassung vermutlich auf folgender Annahme: Personen, die nur gelegentlich und am Rande erwähnt sind, werden von den Zugangspetenten oftmals gar nicht richtig wahrgenommen und finden keinen Eingang in eine etwaige nachfolgende Veröffentlichung der Rechercheergebnisse.

Selbst wenn vor diesem Hintergrund der Ausschluss von „Randfiguren“ aus dem Schutz des Archivrechts *für herkömmliche Vorgänge* zu rechtfertigen sein sollte, was durchaus zweifelhaft erscheint, kann er doch dann nicht mehr aufrecht erhalten werden, wenn die Archivalien einer *Volltextsuche* über allgemeine Suchmaschinen zugänglich gemacht werden sollen. Werden die personenbezogenen Angaben im digitalisierten und über das Internet abrufbar gehaltenen Archivgut bei Eingabe des Namens des Betroffenen nachgewiesen, macht es für das Gewicht der Beeinträchtigung des Betroffenen keinen nennenswerten Unterschied mehr, ob diese Informationen in einem auf seine Person zugeschnitten Dossier enthalten sind oder lediglich „am Rande erwähnt“ werden. Unter den Bedingungen der Suchmaschinen gibt es folglich keinen „belanglosen Personenbezug“ mehr. Für die Archive bedeutet dies, dass sie entweder die Durchsuchbarkeit der Digitalisate beschränken oder die Wahrung der Persönlichkeitsrechte aller identifizierten Personen gleichermaßen überprüfen müssen.

ArchG-ProFE (o. Fn. 5), § 16 Rdnr. 19 f. (S. 205) m. w. N. zu anderen Archivgesetzen in Fn. 60.

¹⁰⁸ Vgl. *Schoch/Kloepfer/Gerstka*, ArchG-ProFE (o. Fn. 5), § 16 Rdnr. 18 (S. 204 f.), die ein datenschutzrechtliches Verständnis von „Personenbezug“ gar für „offensichtlich sinnwidrig“ halten, weil damit der „Nutzungszweck der öffentlichen Archive [...] ernsthaft gefährdet“ wäre. Ähnlich *Becker/Oldenbake*, Bundesarchivgesetz, 2012, § 5 Rdnr. 32, die eine angleichende Auslegung der weiter gefassten Bestimmung des § 5 Abs. 2 S. 1 BArchG aus systematischen, vor allem aber aus teleologischen Gründen vorschlagen.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangsöffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

(ii.) Zweistufigkeit bei unbeschränkter Abrufbarkeit im Internet obsolet

Im Archivrecht herrscht ferner die Vorstellung vor, es genüge, die sich aus der Rechtsordnung ohnehin ergebende Verpflichtung zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte bei einer etwaigen auf der Einsichtnahme beruhenden Publikation deklaratorisch in der Benutzungsordnung zu wiederholen¹⁰⁹ bzw. darüber hinaus eine – unbewehrte¹¹⁰ – Verpflichtungserklärung zu verlangen.¹¹¹ Im Übrigen soll eine vorherige Prüfung der Seriosität des Forschungsvorhabens¹¹² einerseits und die Androhung des Ausschlusses von der zukünftigen Nutzung des Archivs¹¹³ andererseits die Rechtsbefolgung sicherstellen.¹¹⁴

Diese Regelungen sind – spieltheoretisch gesprochen – auf „wiederholte Spiele“ ausgerichtet, bei der die Zugangspetenten für ihre wissenschaftliche oder journalistische Tätigkeit auf den erneuten Zugriff angewiesen sind und überdies in so geringer Zahl auftreten, dass ihr späteres Verhalten überblickt und sanktioniert werden kann. Bereits für den herkömmlichen, individuellen Zugang darf indes nicht übersehen werden, dass diese – nicht zuletzt auf Vertrauen in die Zugangspetenten basierende – Regulierungsstrategie der „Zweistufigkeit“ nur begrenzt zur Rechtfertigung einer Offenbarung personenbezogener Daten beizutragen vermag.¹¹⁵

¹⁰⁹ Z. B. § 2 Abs. 7 LArchBO BW; § 5 Abs. 6 S. 2 AusführungsVO ArchG NW.

¹¹⁰ Vgl. demgegenüber § 19 Abs. 1 S. 3 LDSG BW und § 28 Abs. 1 S. 2 DSGVO, die die Offenbarung von nicht anonymisierten Daten von einer förmlichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit abhängig machen, deren Verletzung nach § 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 StGB i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 VerpflichtungsG strafbewehrt ist.

¹¹¹ Z. B. § 3 Abs. 3 BArchBV; § 5 Abs. 6 S. 3 AusführungsVO ArchG NW.

¹¹² Z. B. § 6 Abs. 4 S. 4 LArchG BW i. V. m. § 3 S. 4 und 5 LArchBO BW.

¹¹³ Z. B. § 5 BArchBV; § 4 Abs. 2 Nr. 3 LArchBO BW; § 5 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 AusführungsVO ArchG NW.

¹¹⁴ Vgl. *Schoch/Kloepfer/Garstka*, ArchG-ProfE (o. Fn. 5), § 16 Rdnr. 33 (S. 213).

¹¹⁵ Vgl. nur BVerwGE 121, 115 (134 f.): „Die Tätigkeit der Presse zielt [...] geradezu auf Veröffentlichung, ohne dass sich die jeweilige Fragestellung und Zielrichtung vorherbestimmen ließe. [...] Das macht aber jede Zweckbindung auf der ‚ersten Stufe‘ – der Zuverfügungstellung durch die BStU an die Presse – ebenfalls zur Illusion. Informationen, die der Presse zur Verfügung gestellt werden, werden vielmehr der Allgemeinheit selbst zugänglich gemacht, werden potentiell zu allgemein zugänglichen Quellen.“

Die Digitalisierungsprojekte zielen indes darauf, die Archivinhalte über das Internet grundsätzlich jedermann und ohne individuelles Zulassungsverfahren zugänglich zu machen. Anders als beim herkömmlichen Zugang *entfällt damit die Zwischenstufe der Informationsverarbeitung*, auf der die Zugangspetenten dafür Sorge tragen, dass es zu keiner Veröffentlichung der personenbezogenen Informationen kommt, die mit den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen unvereinbar wäre. Für die bisher praktizierte Abschichtung der Rücksichtnahme auf (Persönlichkeits-)Rechte Dritter unter Verweis auf die Eigenverantwortlichkeit der Zugangspetenten als primäre Rezipienten ist bei der Zugangsgewährung über das Internet folglich kein Raum.

(iii.) Zweckbindung bei Veröffentlichung illusorisch oder inhaltsleer

Die Archivgesetze sind bemüht, die Zugangsgewährung zu Archivalien – in der Regel unabhängig vom Schutz der Persönlichkeitsrechte¹¹⁶ – dem Zweckbindungsgrundsatz zu unterwerfen.¹¹⁷ Bei einer voraussetzungslosen Zugangseröffnung der Archivalien erweist sich jeder Versuch einer Zweckbindung – mehr noch als bei der herkömmlichen Zugangsgewährung¹¹⁸ – hinsichtlich der dort enthaltenen Informationen¹¹⁹ als illusorisch.¹²⁰ Der Zweckbindungsgrundsatz ist zwar verfassungsrechtlich radiziert,¹²¹

¹¹⁶ Vereinzelt finden sich aber auch hierauf zugeschnittene Regelungen, wie etwa § 11 Abs. 6 S. 4 ArchG SL, das die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten in Forschungsergebnissen, die unter Verkürzung der Schutzfrist zustande gekommen sind, beschränkt.

¹¹⁷ Z. B. § 3 Abs. 1 BArchBV; § 2 Abs. 6 Nr. 3 LArchBO BW; § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AusführungsVO ArchG NW (Angabe des Nutzungszwecks im Nutzungsantrag); § 7 Abs. 2 LArchBO BW; § 11 Abs. 6 S. 1 AusführungsVO ArchG NW (für die Benutzung bzw. Weiterverbreitung von angefertigten Reproduktionen). § 3 Abs. 5 BArchBV geht sogar so weit, jedwede Verwendung der bei der Archivnutzung gewonnenen Erkenntnisse (!) dem Erfordernis einer erneuten Genehmigung zu unterwerfen.

¹¹⁸ Vgl. BVerwGE 121, 115 (135).

¹¹⁹ Die Vervielfältigung oder wortgleiche *Wiedergabe* ließe sich zumindest theoretisch (nach-)verfolgen, vgl. die Strafvorschrift des § 44 StUG. Eine weitergehende Bindung, wie sie § 3 Abs. 5 BArchBV vorschwebt, ist hingegen deshalb nutzlos, weil jedermann die Information „in seinem Kopf“ zu jedem beliebigen Zweck nutzen kann.

¹²⁰ Vgl. auch die Informationsfreiheitsgesetze, die nicht einmal den Versuch einer Bindung des Zugangspetenten an einen ursprünglich angegebenen Zweck unternehmen.

¹²¹ BVerfGE 65, 1 (46, 61 f.); 120, 378 (408).

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

einer Veröffentlichung steht er aber – auf Grundlage einer entsprechend weitgehenden Ermächtigung – nicht per se entgegen. Mit dem Zweck „Veröffentlichung“ gehen indes, weil bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung der uferlose Rezipientenkreis eingestellt werden muss, erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung einher. Es besteht also keine unüberwindliche Hürde für die Eröffnung des Zugangs über das Internet. Allerdings entfällt die Möglichkeit, eine Offenbarung unter Verweis auf eine effektive Zweckbindung im Einzelfall (leichter) zu rechtfertigen.¹²²

cc) Strategien zur Zugangseröffnung auf Grundlage des geltenden Rechts

Abschließend soll auf zwei mögliche Strategien hingewiesen werden, mit deren Hilfe bereits auf Grundlage des geltenden Rechts ein (beschränkter) Fernzugriff auf Digitalisate ermöglicht werden kann.

(i.) Abwarten des Verblassens des postmortalen Persönlichkeits-schutzes

Die einfachste Möglichkeit, persönlichkeitsrechtliche Schwierigkeiten zu umgehen, besteht darin, das Verblassen des postmortalen Persönlichkeitsrechtsschutzes abzuwarten.¹²³

Wiewohl sich aus dem Verfassungsrecht hierzu keine festen Direktiven ergeben und aufgrund der herrschenden Ableitung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes aus Art. 1 Abs. 1 GG in streng dogmatischer Perspektive auch keine konstitutive Festlegung durch den Gesetzgeber

¹²² Aus diesem „Forschungsdatengeheimnis“ (*Becker/Oldenhage*, BArchG [o. Fn. 108], § 5 Rdnr. 79) resultiert die archivrechtliche Privilegierung der wissenschaftlichen Forschung. Vgl. hierzu BVerwGE 121, 115 (132 f.): Zugang zu bemakelten StaSi-Unterlagen kommt nur in Betracht, wenn die (Zweck-)Bindung an das konkrete Forschungsvorhaben sichergestellt ist, weil der Zugangspetent die Gewähr dafür bietet, keine sensiblen Informationen zu veröffentlichen.

¹²³ So wurde z. B. der 1936 in Amsterdam und 1956 erstmals in Deutschland (Ost-Berlin) veröffentlichte Roman „Mephisto“ von Klaus Mann, dessen Weiterveröffentlichung der Nymphenburger Verlagshandlung 1966 gerichtlich untersagt worden war (vgl. BVerfGE 30, 173), 15 Jahre später vom Rowohlt-Verlag unbehelligt wieder aufgelegt (vgl. DIE ZEIT Nr. 40 v. 25.09.1981, S. 51).

erfolgen kann,¹²⁴ dürfte sich die unverkürzte Schutzfrist des § 5 Abs. 2 BArchG von 30 Jahren post mortem¹²⁵ als hinreichend erweisen.¹²⁶

(ii.) Rekonstruktion des individuellen Zugriffs durch technische Maßnahmen

Damit bliebe indes der Bereich der jüngeren zeitgeschichtlichen Forschung von den Vorzügen der Zugangseröffnung über das Internet ausgeschlossen. Deshalb lohnt es, sich erneut den Figuren der Zweistufigkeit und der Zweckbindung zuzuwenden, die bisher einen früheren Zugriff auf personenbezogenen Daten ermöglicht haben.

Es erscheint erwägenswert, den Zugriff mithilfe technischer Lösungen¹²⁷ so einzuschränken, dass der Zugang zu den nicht anonymisierten Digitalisaten erst nach *individueller Freischaltung* gewährt und die Weiterverbreitung derselben nach Möglichkeit ausgeschlossen wird. In der dabei anzustellenden Abwägung müsste zwar die leicht gesteigerte Gefahr der Weiterverbreitung der digitalen Dokumente bedacht werden. Sollten die Zugangsinteressen diese jedoch aufwiegen, bliebe den Zugangspetenten immerhin der Vorteil eines Fernzugriffs und der Volltextsuche in den Archivalien erhalten.

¹²⁴ Anders wohl *Schoch/Kloepfer/Gerstka*, ArchG-ProfE (o. Fn. 5), § 16 Rdnr. 14 (S. 203).

¹²⁵ Eine kumulative Anwendung des (subsidiären) § 5 Abs. 2 S. 2 BArchG (110 Jahre *nach der Geburt des Betroffenen*) stellt auch bei früh Verstorbenen sicher, dass die nächsten Angehörigen i. d. R. ebenfalls verstorben sind (zur Relevanz der Angehörigeninteressen bei der Bestimmung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes oben S. 61). Bei *Akten, die älter als 110 Jahre sind*, kann schließlich auf eine individuelle Prüfung verzichtet werden. Eine weitere Steigerung der Lebenserwartung wird allerdings eine Anpassung der genannten Fristen erforderlich machen.

¹²⁶ Die kürzeren Fristen des § 6 Abs. 2 S. 3 LArchG BW und § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 ARchG NRW sowie § 16 Abs. 1 S. 1 ArchG-ProfE (o. Fn. 5) von jeweils 10 Jahre post mortem erscheinen fragwürdig. Insbesondere bei sensiblen Daten (Fall Kinski [o. Fn. 34]) ist ein völliges Verblassen des postmortalen Schutzes sehr zweifelhaft. Nicht zuletzt ist in diesem Fall auch eine – hier nicht näher untersuchte – mittelbare, aber rechtserhebliche Betroffenheit von Angehörigen (z. B. Abstammung, Erbkrankheit usw.) eher wahrscheinlich.

¹²⁷ Hier ist etwa an das „Digital Rights Management“ zu denken, das auch bei der „On-Leihe“ (vgl. www.onleihe.net) zum Einsatz kommt.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

Ist der Zugriff dergestalt modelliert, entspricht die Beeinträchtigung des Betroffenen weitgehend dem Versand von Archivalien oder Reproduktionen in gedruckter Form, welcher im geltenden Archivrecht ausdrücklich vorgesehen ist,¹²⁸ weshalb *diese* Art der Zugangseröffnung zu retrospektiv digitalisierten Archivalien über das Internet vom geltenden Archivrecht gedeckt wäre.

(iii.) Verzicht auf Volltexterschließung

Schließlich könnten Dokumente jüngerer Datums nach dem Vorbild der „Google-Book-Search“ zunächst nur als Bild-Dateien bereitgestellt werden, bei denen eine Volltext-Durchsuchbarkeit nicht möglich ist.¹²⁹ Werden diese Dateien allein über persönlichkeitsrechtlich unbedenkliche Schlagworte oder durch „Hinterlegung“ eines anonymisierten Volltextes auffindbar gemacht, könnten diejenigen, die ein *fachliches Interesse* an den Dokumenten haben, diese *unverändert* einsehen. Der persönlichkeitsrechtlich besonders problematische *Zufallsfund* bei Eingabe des Namens des Betroffenen in eine allgemeine Suchmaschine¹³⁰ wäre hingegen nicht zu besorgen.

b) Bibliotheken

aa) Erfordernis einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage

Anders als im herkömmlichen Betrieb sind die staatlichen Bibliotheken bei der Zugangseröffnung zu retrospektiv digitalisierten Beständen für die damit einhergehenden Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts unmittelbar verantwortlich. Wie die Archive bedürfen sie deshalb einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage.

(i.) Eigenständige Grundrechtseingriffe durch die Bibliotheken

Während die Archive seit jeher eine erstmalige unmittelbare Veröffentlichung personenbezogener Archivalien zu rechtfertigen haben,

¹²⁸ Z. B. § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BArchBV; § 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 LArchBO BW; § 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AusführungsVO ArchG NW.

¹²⁹ Vgl. eingehend *Heckmann*, Digitalisierung (o. Fn. 3), S. 9 ff.; 383 m. w. N.

¹³⁰ Zur damit verbundenen Beschränkung der Fortentwicklungsmöglichkeit *Diesterhöft*, Das Recht auf medialen Neubeginn (o. Fn. 21), S. 117 ff.

könnten die Bibliotheken geneigt sein, auch bei der retrospektiven Digitalisierung darauf zu verweisen, dass sie die von Autoren und Verleger primär zu verantwortenden Werke lediglich weiterverbreiten.

Mit einer retrospektiven Digitalisierung und anschließenden Verbreitung über das Internet verlassen die Bibliotheken jedoch ihre tradierte Rolle als „technisch“ notwendige, inhaltlich neutrale Intermediäre. Sie machen sich das Werk nunmehr nicht weniger zu eigen, als es ein Verleger tun würde, der für ein dergestalt verbreitetes Werk zweifelsohne verantwortlich ist. Wie die verfassungsrechtliche Analyse offenbart hat, geht mit der Wiederveröffentlichung eines – inzwischen möglicherweise in Vergessenheit geratenen – Werkes und der nachträglichen unvorhergesehenen Erweiterung des Rezipientenkreises eine eigenständige, die Schwelle zum Eingriff überschreitende Beschwer des Betroffenen einher, welche die Frage nach der Zulässigkeit der Veröffentlichung erneut aufwirft.¹³¹ Dass es sich um ein ursprünglich rechtmäßig veröffentlichtes Werk handelt, spielt erst auf Ebene der Rechtfertigung eine Rolle.

(ii.) Unzureichender Rechtsrahmen

Handelt es sich bei der Zugangseröffnung deshalb um einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff, erweist es sich als problematisch, dass das Bibliotheksrecht überhaupt keine Regelungen enthält, die auf die Persönlichkeitsinteressen der durch die Werke Betroffenen eingehen.

Zwar kann ein Rückgriff auf die Eingriffsnormen der allgemeinen Datenschutzgesetze folglich anders als bei den Archiven nicht an deren Subsidiarität scheitern. Während die datenschutzrechtlichen Schutznormen indes für den Bibliotheksbetrieb einschlägig sind, genügen die allgemein gefassten Eingriffsnormen gleichwohl nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine bereichsspezifische, präzise und normenklare, die wesentlichen Voraussetzungen und Grenzen der durch die Zugangseröffnung bewirkten Beeinträchtigungen regelnde Ermächtigungsgrundlage.

¹³¹ S. oben S. 57.

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

bb) Strategien zur Zugangseröffnung auf Grundlage des geltenden Rechts

(i.) Eingeschränkter Spielraum

Selbst wenn eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage zum Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der bereits gegen ihren Willen in den retrospektiv digitalisierten Werken identifizierten Personen geschaffen würde, müsste diese die Bibliotheken wohl regelmäßig zu einer eigenständigen Abwägung verpflichten. Keinesfalls kann es sein Bewenden darin haben, auf die Rechtmäßigkeit der *ursprünglichen* Veröffentlichung durch Dritte zu verweisen.¹³² Dem steht die besondere Qualität der erneuten und unter nachträglicher Veränderung der Rezeptionsmodalitäten erfolgenden Veröffentlichung entgegen.

Wollen Bibliotheken gleichwohl Werke aus ihrem Bestand digitalisieren und über das Internet zugänglich machen, ist zu differenzieren: Was das Abwarten des Verblässens der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen betrifft, bietet sich eine Orientierung an den Fristen des Archivrechts an.¹³³ Anders liegt es bei dem für die Archive aufgezeigten Ausweg der Annäherung der Rezeptionsbedingungen an die herkömmliche Zugangsgewährung.¹³⁴ Weil das Bibliotheksrecht auch für den herkömmlichen Betrieb *überhaupt keine Eingriffsermächtigungen* enthält, fehlt der erstmaligen Grundrechtsbeeinträchtigung durch originäre Veröffentlichungen jede Stütze im Gesetz.

(ii.) Zusätzliche Schwierigkeiten bei ursprünglich konsentierten Publikationen

Während beim Umgang mit den bereits ursprünglich konfrontativen Publikationen oftmals ein Rückgriff auf das Archivrecht möglich war,

¹³² Anders liegt es, wenn eine von privaten Dritten veranstaltete digitale Neuauflage in ein „On-Leihe“-Angebot aufgenommen wird.

¹³³ Auch hier stellt sich das praktische Problem der Vielfalt an Betroffenen, über deren Lebensdaten oftmals nichts Genaues bekannt sein dürfte. Sicherheit dürfte nur hinsichtlich derjenigen Werke herrschen, deren erste Auflage bereits vor mehr als 110 Jahren erschienen ist (vgl. o. Fn. 125).

¹³⁴ Vgl. oben S. 77.

sehen sich die Bibliotheken bei der Veröffentlichung konsentierter Publikationen einer bislang unbekanntenen Herausforderung gegenüber: Wie bei der Ermittlung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen deutlich wurde, können die genannten Besonderheiten der Zugangseröffnung (überraschende zeitliche Perpetuierung und Veränderung der Rezeptionsbedingungen) trotz ursprünglicher Einwilligung zu Konflikten mit dem Persönlichkeitsrecht führen.

Gerade wenn es sich um eine nicht vorhersehbare Entwicklung handelt, ist bei der Feststellung, ob sich die vor Jahren erteilte Einwilligung des Betroffenen in die Veröffentlichung bzw. Weiterverbreitung auch auf derartige Modi erstreckt, Zurückhaltung geboten.¹³⁵ Jedenfalls ist an die Möglichkeit eines Widerrufs der Einwilligung wegen gewandelter Überzeugung zu denken,¹³⁶ die ihrerseits durch das Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich geboten sein könnte.

IV. Fazit

Mit der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten verfolgen Bibliotheken und Archive ihren wichtigen, verfassungsrechtlich anerkannten Auftrag zur Förderung von Kultur, Wissenschaft und kontinuierlicher Bildung. Zugleich wirft sie eine Fülle persönlichkeits- und datenschutzrechtlicher Fragen auf, soweit die retrospektiv digitalisierten Werke und Archivalien personenbezogene Informationen enthalten und die Betroffenen nicht schon vor so langer Zeit verstorben sind, dass auch das postmortale Persönlichkeitsrecht verblasst ist.

¹³⁵ Es handelt sich um eine Frage der Auslegung, vgl. – datenschutzrechtlich inspiriert – *Wolff*, Internettauglichkeit (o. Fn. 95), S. 196 f. In dieselbe Richtung führt ein Blick auf die Regelungen des Verlagsrechts, wo die Befugnis zur Veranstaltung neuer Auflagen nicht selbstverständlich (§ 5 Abs. 1 VerlG) und überdies mit dem Recht des Autors zur inhaltlichen Aktualisierung belastet ist (§ 12 Abs. 1 S. 2 VerlG).

¹³⁶ In Betracht kommt eine (Gesamt-)Analogie zu den ausdrücklich auf die *ideellen* Interessen der Betroffenen Rücksicht nehmenden § 42 UrhG und § 35 Abs. 1 S. 2 VerlG (vgl. hierzu *Härting*, Prangerwirkung und Zeitfaktor, CR 2009, S. 21 [27 f.]; *Randa*, Der Rückruf wegen gewandelter Überzeugung nach § 42 UrhG, GRUR 2010, S. 22 ff.; *Alexander*, Urheber- und persönlichkeitsrechtliche Fragen eines Rechts auf Rückzug aus der Öffentlichkeit, ZUM 2011, S. 382 ff.) oder ein Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage (vgl. §§ 313, 314 BGB).

Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Probleme der digitalen Zugangseröffnung zu analogen Inhalten durch Bibliotheken und Archive

Gemeinsamer Kern des Problems sind die besonderen *Rezeptionsbedingungen*, die sich bei den über das Internet zugänglich gemachten Inhalten ganz erheblich von der herkömmlichen Form der Nutzung von Bibliotheken und Archiven unterscheiden. Der Fernzugriff über das Internet in Verbindung mit der Durchsuchbarkeit der digitalen Dokumente mit Hilfe allgemeiner Suchmaschinen führt dazu, dass auch Angaben zu „Randfiguren“ von jedermann ohne nennenswerten Aufwand aufgefunden werden können – und dies, ohne dass ein Vorwissen darüber erforderlich wäre, dass es in Archiven oder Bibliotheken etwas zu finden gibt. Für Bibliotheken ergibt sich zudem erstmals die Notwendigkeit, selbständig über die Rechtmäßigkeit der zugänglich gemachten Werke zu reflektieren. Da die Zugangseröffnung eine *erneute* Publikation des regelmäßig aus dem Bewusstsein der Öffentlichkeit getretenen Inhalts bewirkt, kommt – anders als im herkömmlichen Betrieb – ein Verweis auf die primäre Verantwortlichkeit Dritter nicht in Betracht.

Weil diese Grundrechtseingriffe neuartig und gewichtig sind, bedarf es einer bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage, in der präzise und normenklar die wesentlichen Voraussetzungen und Grenzen der durch die Zugangseröffnung bewirkten Beeinträchtigungen geregelt werden. Eine solche liegt bisher nur vereinzelt vor. Die Zugangseröffnung bedarf darüber hinaus einer komplexen Abwägung zwischen den persönlichkeitsrechtlichen Interessen der Betroffenen und den mit der Zugangseröffnung verfolgten (gewichtigen) Zielen und dies nicht nur bei den bereits ursprünglich das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen beeinträchtigenden, sondern auch bei ursprünglich konsentierten Publikationen. Während dies für die Bibliotheken weitestgehend Neuland ist, müssen sich die Archive von einigen bewährten Leitlinien (Zentralfigur, Zweistufigkeit, Zweckbindungsvereinbarung) verabschieden, die im herkömmlichen Betrieb eine praktikable Handhabung ermöglicht haben.

Viele dieser Schwierigkeiten können die Archive dadurch umgehen, dass sie an die Stelle eines voraussetzungslosen Zugriffs durch entsprechende technische Maßnahmen die Situation einer Fernleihe bzw. eines Kopienversands nachbilden oder nur Bild-Dateien in vollem Umfang zur Verfügung stellen. Vor allem der partielle Wegfall der Volltextdurchsuchbarkeit über allgemeine Suchmaschinen führt zu einer Abmilderung des

Grundrechtseingriffs, der auch seiner Struktur nach weitgehend der herkömmlichen Zugangseröffnung in Papierform entspricht. Weil das Bibliotheksrecht – anders als das Archivrecht – Grundrechtseingriffe überhaupt nicht vorsieht, ist den Bibliotheken dieser Weg versperrt. Wollen sie jüngere Werke zugänglich machen, sind sie darauf angewiesen, dass die Gesetzgeber Regelungen für die retrospektive Digitalisierung schaffen.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

von Wolfgang Ernst

Einleitung

Der ursprünglich mir angetragene Frage lautete: „Sollen wir das alles speichern?“ und zielte auf kulturwissenschaftliche Aspekte des digitalen Gedächtnisses behandeln. Demgegenüber erlaube ich mir eine Akzentverschiebung hin zu *medienarchäologischen* Fragen des digitalen Gedächtnisses. Das meint zum Einen die Sicht technischer Medien diesseits des Anthropozentrismus, vor allem aber den Versuch, Erkenntnismöglichkeiten aus diesem Perspektivwechsel zu gewinnen.

Urheberrecht und Medienentwicklung stehen bekanntlich seit dem Buchdruck in einem verschränkten, aber durchaus nicht eindeutig aufeinander abbildbaren Verhältnis; dieses historische Verhältnis ist vielmehr von gegenseitigen Zeitverzögerungen bestimmt. Trennen wir, um dieses Zeitgespinnst zu entwirren, zunächst analytisch die technologische Sicht von der juristischen Sicht. Was ist Speichern angesichts von Streaming und Download? Interessiert den Juristen nur die Außenseite der technischen Black Box? Hinkt das Recht dem technologischen Stand der Dinge denknotwendig hinterher? Die aktuelle medienkulturelle Praxis verschränkt beide Linien in zumindest einer Hinsicht. Ein kleiner zeitlicher Moment wird hier Rechtsgegenstand: das Zwischenspeichern.

Die medienarchäologische, maschinenseitige Ebene:

Technomathematische Register

Zum Wesen der digitalen, präziser: binärer Rechenwelten gehört ganz wesentlich schon das (Zwischen-)Gedächtnis, das Register auf der internen CPU - die Pufferung. Wir haben es hier mit einer Dynamisierung, mithin radikalen Verzeitlichung eines vormals prinzipiell dauernden Speicherbegriffs zu tun. Ich beziehe mich auf den Rechtsfall des *online*-Kinoportals „Kino.to“: Streaming - obgleich kein Download - gilt demnach als Speichern, weil Buffer und *cache* im Spiel sind. Genau hierum drehte sich der Rechtsstreit (Urteil Landgericht Leipzig, 11. April 2012); bei gewerblicher Nutzung handelt es sich auch bei flüchtigen Pufferungen um

Speichern. Zwischenspeicherung gilt demnach als Gedächtnis und damit als Vervielfältigungshandlung im Sinne von § 44a des Urheberrechts.¹

Ich ziehe an dieser Stelle ein argumentatives Register, dessen Gegenstand selbst Register sind. Register (aus dem Lateinischen von *regerere* = „eintragen“) sind eine nach bestimmten Strukturen gegliederte Anordnung von Informationen. Das Register im nicht-technischen, traditionellen Sinne ist eher im Zusammenhang mit dem Arbeits- und Kurzzeitgedächtnis (Altregistratur) einer Behörde zu verstehen, also ein operativer symbolischer Raum der Gegenwart). In einer kulturhistorische nur indirekt, vielmehr techno-logisch zu erklärenden Weise kommt es nun zum Wiedereintritt des Begriffs „Register“ im Mikroprozessor des Computers, wo es als elementare Einheit des Mikroprozessors fungiert.

Das Wesen binärer Datenverarbeitung ist die Zwischenspeicherung; dies liegt im Wesen des algorithmischen Rechnens, der Turing-Maschine mit ihren Grundfunktionen Schreiben / Löschen / Überschreiben begründet. In der sogenannten von-Neumann-Architektur von Computern² bilden Register jene Speicherbereiche, die eng mit der Rechen- und Logikeinheit verbunden sind und Befehlsadressen ebenso wie die zu verarbeitenden Daten und Zwischenergebnisse aufnehmen. Ein variabler Puffer ist hier „in der Regel ein Zwischenspeicher für Daten, oft auch synonym mit Register verwendet. Er besteht aus mehreren Speicherzellen bzw. Flipflops <...>, die zwischenzeitlich die Daten auffangen, um sie dann auf längere Zeit oder zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder zur Verfügung zu stellen“³ – und dies mit elektronischer Blitzesschnelle (im Unterschied zur langwierigen Erinnerungsarbeit in der Psyche des Menschen).

¹ Für ein technisches Rechtsurteil zur Zwischenspeicherung / Vervielfältigung siehe Urteil EuGH 5-08 Infopaq, online nachlesbar unter <http://curia.europa.eu> (freundlicher Hinweis Thomas Dreier).

² Grundlegend hierfür war das Typoskript von John von Neumann et al., First Draft of a Report on the EDVAC, University of Pennsylvania, Moore School of Electrical Engineering, vom 30. Juni 1945.

³ Horst Völz, Kleines Lexikon der Speichertechnik, 2., stark bearbeitete Aufl. Berlin (Verlag Technik) 1990, 48, Eintrag „Puffer“.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Das ROM (Random Access Memory) figuriert als Speicher mit wahlfreiem respektive direktem Zugriff (daher auch: Direktzugriffsspeicher). Medientechnisch basiert der Arbeitsspeicher auf dem Prinzip des Registers; das RAM hingegen (Read Only Memory) fungiert als unveränderlicher Festwertspeicher aus gutem Grund. Beim Inbetriebsetzen eines Computers nämlich müssen aus den ROM-Bausteinen das jeweilige Betriebssystem, die Bildschirmspeicherverwaltung und die aktuellen Programme in den RAM geladen, d. h. kopiert werden. Kopieren - ob legal oder nicht - ist schon in der unabdinglichen Grundfunktion der Computere Selbstverwaltung angelegt.

Bei aller Flüchtigkeit elektronischer Daten gilt umso unerbittlicher, daß der Computer von der Speicherung abhängt, um seine Funktionen wahrzunehmen. Er muss auf ein Gedächtnis zurückgreifen, um Schritte zu tun, die etwas Zukünftiges bewirken. Doch sollte man den Speicher nicht etwa als ein Archiv betrachten, auf das man bekanntlich nur selten zugreift, wenn die retrospektive Klärung eines vergangenen Sachverhalts ansteht. Marshall McLuhan definierte als chernes Gesetz von Medieumbrüchen, daß ein neues Medium als „Inhalt“ zunächst das oder die alten, vorherigen Medien abbildet. Ist damit die Botschaft der neuen, digitalen Speichermedien das alte Schriftmedium Archiv? Der Registerspeicher stellt im Computer vielmehr die operativ unablässig angesprochener Möglichkeitsbedingung allen operativen Geschehens dar. Ständig wird hier zwischengespeichert und kopiert. Wir leben in der Epoche digitaler Kommunikation gar nicht in der Gegenwart, sondern im permanenten Zwischenspeicher. Das genannte technomathematische Kopieren mag urheberrechtlich problematisch erscheinen, ist aber auf der subsemantischen Mikro-Ebene unabdingbar. Kulturelle Semantik aber hinkt den neuen technologischen Gegebenheiten zumeist hinterher. Aufgabe einer kritischen Medienwissenschaft ist es, die gegenwärtige Diskussionskultur von überalteten Begriffen zu befreien und auf den Stand zu bringen, auf dem die Technologien alltagspraktisch längst schon sind. In diesem Sinne ist auch die

zunehmende Metaphorizität des Archivbegriffs zu deuten, wenn es um die Beschreibung einer Welt aus technomathematischen Speichern geht.⁴

Das Zeitkritischwerden der Archive

Einerseits erweist sich die Metaphorik des klassischen *offline*-Archivs als Bezeichnung für Gedächtnisfunktionen des Internet zunehmend als dysfunktional; andererseits aber werden durch Praktiken des Internet die klassische Archive ihrerseits dynamisiert. Das Archiv ist nicht nur hinsichtlich seines Ordnungsbegriffs in die Krise geraten; wir diagnostizieren zugleich sein Zeitkritischwerden. Ein entscheidendes Kriterium für den Gebrauch von Archiven ist deren Unverzögerlichkeit: Zugriffszeiten von *online*-fähigen Archivalien in elektronischer Kürze gegenüber dem schwerfälligen „Ausheben“ von Akten im physischen Archiv. Aus Dokumenten werden so blitzschnelle Notizen. Im Unterschied zur Urkunde ist die Notiz ein Datenträger, dessen Funktion sich in der Zwischenspeicherung erschöpft. Gerade diese funktionale Flüchtigkeit und Vergänglichkeit macht sie zu einer unbeabsichtigten historischen Quelle höchsten Ranges. Die phonographischen Selbstschnittfolien in den 1930er und 1940er Jahren waren einst zur Aufnahme und *unmittelbaren* Wiedergabe gedacht: „Sie wurden vor der Verfügbarkeit der Magnetaufzeichnung vornehmlich in Rundfunkanstalten zur Aufnahme von Ereignissen verwendet, die mit zeitlichem Versatz gesendet werden sollten.“⁵ Deren Funktion erschöpfte sich also - gleich der abwaschbaren Emulsion auf Zelluloid im Zwischenfilmverfahren frühen Fernsehens - vollständig in der Zwischenspeicherung; an die Stelle emphatischer Speicherung rückt hier die Übertragungsfunktion. Insofern ist es ein kulturwissenschaftliches Mißverständnis, in ihnen Gedächtnismedien zu sehen, und dem entspricht auch die Materie: Die dafür häufig verwendeten Azetatplatten zerfallen heute in ihrer spröden Lackschicht. Der Kehrwert dazu ist ihr Informationsgehalt, insofern es sich bei diesen Platten „praktisch stets um einen besonders zeitkritischen Typus von Originalen handelt“⁶, also gerade nicht

⁴ Die Langfristigkeit technologisch induzierter Gedächtnismetaphern bezweifelt Henry L. Roediger III, *Memory Metaphors in cognitive psychology*, in: *Memory & Cognition* Bd. 8, Heft 3 (1980), 231-246.

⁵ Dietrich Schüller, *Von der Bewahrung des Trägers zur Bewahrung des Inhalts*, in: *Medium* Nr. 4 (1994), Themenheft: *Archive - Medien als Gedächtnis*, 28-32 (29).

⁶ Ebd.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

um Quellen vom Typ technisch intendierter Reproduzierbarkeit oder Vervielfältigung.

Die Retrokonversion, also die Erstellung von Digitalisaten analoger Vorlagen, resultiert demgegenüber in der Spaltung in die „zwei Körper des Gedächtnisses“⁷. An die Stelle der materiellen Dauer tritt mit Datenträgermigration (dem Umspielen antiker Audio-CDs etwa) das *dauernd Flüchtige*.⁸ Für das Zeitkritischwerden der Datenspeicherung steht etwa auch der Vorschlag der deutschen Justizministerin vom März 2012, entgegen einer entsprechenden EU-Richtlinie nicht ein halbes Jahr alle Telekommunikationsprivatdaten vorzuhalten, sondern die Variante *quick freeze* zu praktizieren, derzufolge erst bei konkretem Verdacht deren sofortige Speicherung erfolgt.

Archiv(begriff)e geraten wortwörtlich in Bewegung

Neuere Arbeiten und Ausstellungen zur Geschichte der Performance-Kunst haben die Vorstellungen von Archiven der Aufführungskünste infragegestellt. Aus der Fragestellung nach der Archivierbarkeit von Performance resultiert als Antwort das Modell des performativen Archivs: „Das Archiv ist nicht mehr die fest gefügte Sammlung und Ordnung vergangener Zeugnisse, sondern wird im *beweglichen Zugang* je neu geschrieben.“⁹ Kürzlich erschien der von der Norwegischen Nationalbibliothek edierte Band *The Archive in Motion* - eine Diagnose der beschleunigten, mithin verzeitlichten Kultur des bislang eher raumbasierten statischen Archivs.¹⁰ Zumal die technischen Speicher sind dynamisch geworden; erinnern wir nur an die selbstredenden „Delay Line

⁷ Frei nach Ernst Kantorowicz' historischer Studie über die frühneuzeitliche Rechtsfiktion *The King's Two Bodies*. Das "Digitalisieren" als Analog-zu-digital-Wandlung (Sampling) stellt jedoch - im Unterschied zur Vervielfältigung von Datensätzen born digital - gerade keine „Kopie“ im medienepistemologischen Sinne dar.

⁸ Dazu Wendy Chun, *The Enduring Ephemeral, or The Future Is a Memory*, in: Erkki Huhtamo / Jussi Parikka (Hg.), *Media Archaeology. Approaches, Applications, and Implications*, Berkeley / Los Angeles / London (University of California Press) 2011, 184-203.

⁹ Aus der Beschreibung des online-Projekts: *map – media | archive | performance*. Forschungen zu Medien, Kunst und Performance, Januar 2009, <http://perfoamap.de>.

¹⁰ Eivind Røssaak (Hg.), *The Archive in Motion. New Conceptions of the Archive in Contemporary Thought and New Media Practices*, Oslo (Novus) 2010.

Memories“ in frühen Digitalcomputern. Davon physikalisch bzw. elektro-technisch getrennt ist der emphatische externe Speicher.

Noch einmal: Der Digitalrechner ist unhintergebar auf Zwischenspeicherung ihrer Rechenschritte (im Idealfall auf einem unendlichen Band) angewiesen; dies ist die Natur des numerischen Rechnens. Gedächtnisoperationen bremsen diese Maschine aus. Beim Digitalrechner werden die einzelnen Rechenschritte innerhalb eines Taktintervalls zeitlich strikt nacheinander, aber stets im Modus der Speicherung von Zwischenergebnissen durchgeführt. Diese mikrozeitliche Speicherung ist - anders als aus der gedächtniskulturellen Sicht vertraut - keineswegs nur eine Gabe, sondern auch ein Hindernis des elektronischen Rechners. Die gemäß Moores Gesetz sich ca. alle 18 Monate verdoppelnde Speicherkapazität von Prozessoren¹¹ ist um eine ebenso erhöhte Verletzlichkeit erkaufte. Die Geschwindigkeit der Datenverarbeitung hat einen Kehrwert: ihre Volatilität. Diese Flüchtigkeit ist einerseits Bedingung für Unverzögerlichkeit (das Wesen der strombasierten Elektronik), andererseits macht sie die modernen DRAMS (Dynamic Random Access Memories) empfindlicher für Fehler.¹² Nicht mehr menschliche Kopierfehler oder absichtliche Manipulation wie in den Schreibstuben mittelalterlicher Klöster führen nun zu Überlieferungsfehlern, sondern die physikalisch bedingte Wahrscheinlichkeit, daß auf immer dichter gepackteren Speicherchips einzelne Bits oder ganze Bytes anders ausgelesen werden, als sie geschrieben wurden - worauf die Informatik mit mathematischer Intelligenz, nämlich mit *error correcting codes*, antwortet - vertraut von jeder gängigen Musik-Compact Disc gegen die Anfälligkeit von Kratzern. Von daher sind es nicht nur Rechtsgründe, sondern auch technologische Faktoren, die zuungunsten der Nachhaltigkeit des kulturellen Gedächtnisses wirksam sind.

Noch dramatischer für die Erosion des emphatischen Gedächtnisbegriffs aber ist das *online*-Sein. Der *online*-Anschluß an Datenbanken im World

¹¹ Dazu Peter Koval, Das Rechnen mit dem Rechnen. Eine Halbleitergeschichte des Moore'schen Gesetzes, Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades Dr. phil. an der Philosophischen Fakultät III der Humboldt-Universität zu Berlin, 2012.

¹² Siehe Scott Dexter, The Esthetics of Hidden Things, in: David M. Berry (Hg.), Understanding digital humanities, Houndsville (Palgrave Macmillan) 2012, 135.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Wide Web unterläuft die archivische Separierung; daraus resultiert unwillkürlich ein Direktkonsumanspruch. Die immediate kybernetische Rückkopplung (*user-generated* und "interaktiv") dekonstruiert die schützende Unzugänglichkeit des Speichergedächtnisses.¹³ Auch die klassische Speicherfunktion der Bibliothek verwässert im Moment des *online*-Anschlusses ihrer Digitalia. Die Tendenz zur permanenten Übertragung geht auf Kosten der Langzeitarchivierung.

Mit der Zwischenspeicherung kehrt diskursiv wieder ein, was uns auf der medienarchäologischen, non-diskursiven Mikroebene der Prozessoren schon vertraut ist: die Zwischenablage von Daten und Befehlen zu logischen und rechnerischen Zwecken. *Online* sein heißt *on time* sein und bedeutet den freiwilligen Selbstanschluß des Menschen an die zeitliche Logik des rechnenden Raums, gekoppelt an die Geschwindigkeit der Elektrizität. Mit dieser festen Kopplung entstehen Konstellationen, die andere Aufenthaltsweisen in der Gegenwart *zeitigen*. An die Stelle der übergeordneten Referenz einer alles umfassenden Zeit treten kurzfristig zeitigende und Prozesse. Und so ziehen sich die ersten Worte in der Überschrift dieses Beitrags zusammen: Zwischen Speichern und Übertragen liegt nunmehr die Zwischen(-)speicherung selbst. Die Tendenz zur kurzfristigen Speicherung bildet die Synthese aus einem primär speicherdefinierten Kulturbegriff im Abendland¹⁴ und ihrer postindustriellen Antithese, der permanenten Zirkulation.

Das Internet - ein „Archiv“?

Bevor wir uns nun mit der Archivierung des Netzes befassen, zunächst die Frage: Stellt das World Wide Web selbst ein Archiv dar, oder vielmehr ein „Un-Archiv“¹⁵, das die traditionellen Merkmale eines regulären Archivs

¹³ Das Geheimnis ist nicht allein etwas zu Entbergendes, sondern dient auch zum Schutz von Persönlichkeitsrechten.

¹⁴ Aus Sicht der Kultursemiotik dazu: Jurij M. Lotman / B. A. Uspenskij, Zum semiotischen Mechanismus der Kultur [*1971], in: *Semiotica Sovietica*, hg. v. Karl Eimermacher, Bd. 2, Aachen (Rader) 1986, 853-880.

¹⁵ Ulrike Bergermann, Linkspeicher Google. Zum Verhältnis von PageRank und Archäologie des Wissens, in: Thomas Weitin / Burckhardt Wolf (Hg.), *Gewalt der Archive*. Konstanz (Konstanz UP) 2012, 371-391 (371).

unterläuft, da sich hier der Akzent von der langfristigen Datenspeicherung zur permanenten Übertragung und Umverteilung verschoben hat¹⁶

Trennen wir zum Zweck der Analyse zwischen „sammeln“ von Webseiten zu diskursiven Zwecken (Modell Bibliothek) und „archivieren“ der Quellcodes (die wirklich neuen Archive). Es gilt also nach wie vor der Unterschied von Bibliothek und Archiv; „Web-Harvesting“ etwa heißt Sammeln. Sollen wir das alles – also jede mit dem Domain-Name-Suffix „.de“ versehene – Webseite speichern, fragt sich für die Deutsche Nationalbibliothek Frankfurt, die vor wenigen Jahren den gesetzlichen Auftrag dazu erhalten hat.

„Harvesting“ heißt Gegenwart „sammeln“, ausschnittsweise, exemplarisch. Damit aber ist die Gegenwartsdokumentation nicht mehr wissensgeleitet. Anstelle von Fachreferaten sind Suchalgorithmen („bots“) eher nutzungs- denn wissensgeleitet (nach Maßgabe der Google PageRank), i. U. zu den spezifischen Algorithmen, welche die Überführung von Akten in Archive regeln.

Zunächst teilt das Internet mit dem klassischen Archiv seinen Charakter als radikale Ko-Präsenz von Vergangenheit; es ist Speicher, aber nicht Gedächtnis. Friedrich Nietzsche hat das Vergessen in seiner Abhandlung *Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben* einmal als Befreiung gegenüber dem überbordenden Historismus gepriesen; demgegenüber stehen diese Zeitverhältnisse heute, im Zeitalter hochfrequenter Übertragungsrhythmen, unter umgekehrten Vorzeichen.

Die hypertextuelle Lage

Die Suchmaschinen des Internet bilden keine Archive ab, sondern sie bilden selbst Sammlungen; sie ver-sammeln. Das von Brewster Kahle initiierte *Internet Archive* fußt eher auf dem Bibliotheks- denn dem Archivmodell und nennt sich auch so - eine „library“¹⁷.

¹⁶ Siehe Mercedes Bunz, *Die Geschichte des Internet. Vom Speicher zum Verteiler*, Berlin (Kulturverlag Kadmos) 2008.

¹⁷ www.archive.org.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Die „Wayback Machine“ kommt dort nur zum Zug, wenn die URL der gesuchten Webseite bekannt ist und eingegeben wird, deren frühere Versionen dann - einem palimpsestuösen Gedächtnis gleich und analog zum Wikipedia-Prinzip - dann zu verschiedenen Zeitpunkten abgerufen werden können. Diese Form der Adressierung ist vom Bibliothekskatalog her vertraut und aus der Sicht der mathematischen Theorie der Kommunikation nicht informativ, sondern redundant. Der Begründer des Internet Archive beschreibt es folgendermaßen:

„In the future, it may provide the raw material for a carefully indexed, searchable library. The logistics of taking a snapshot of the Web are relatively simple. [...] The software on our computers 'crawls' the Net - downloading documents, called pages, from one site after another. Once a page is captured, the software looks for cross references, or links, to other pages. It uses the Web's hyperlinks - addresses embedded within a document page - to move to other pages.“¹⁸

Kann das Wikipedia-Prinzip auf (generative) Archive übertragen werden? Archive im Netz sind nur noch Archive auf Zeit. Der aristotelische Medienbegriff ist auch zeitlich lesbar: Das Dazwischen, der Zwischenspeicherzustand, wird selbst zur permanenten Erscheinung - das Gegenteil des klassischen Archivraums, der nun zur Archivzeit wird. Dieses Archiv umfaßt originär im Netz generierte Objekte. Gegenwart ist demnach keine emphatische Qualität, sondern der Zustand einer Aktualität, einer Aktualisierung von Latenzzuständen. Mit der Einverleibung in die Registratur treten schon klassische Aktenschriftstücke lediglich in eine Ruheperiode, aus der sie jederzeit wieder in den Geschäftsgang zurückkehren können.¹⁹ Elektronische Akten schließlich lösen das Archiv in die Echtzeit genereller Administration von Daten auf. Lebte das klassische Archiv von der räumlichen, institutionellen, diskursiven Differenz zur Gegenwart, als ihr Aufschub, bedeutet sein elektronischer Anschluß an den Datenstrom die Aufhebung dieser Differenz, denn sie wird technisch

¹⁸ Brewster Kahle, Preserving the Internet, in: Scientific American, Bd. 276, Heft 3 (1997), 82f (82).

¹⁹ Heinrich Otto Meiser: Aktenkunde. Ein Handbuch für Archivbenutzer, Berlin 1935, S. 153f.

unterlaufen. Aus emphatischem Gedächtnis wird ein Arbeitsspeicher der Gegenwart. Damit korrespondiert eine Akzentverschiebung kultureller Zeichenzirkulation vom Speichern zum permanenten Übertragen: Datenmigration statt -archivierung.

Ist die Langzeitarchivierung *des* Internet also ein Mißverständnis?

Widmen wir uns nun im engeren Sinne der Frage: Wer archiviert das Internet? Ich antworte darauf medienarchäologisch und stelle der Frage nach dem kulturellen Gedächtnis („sollen wir das alles speichern?“) die Frage nach dem Archiv der Algorithmen und Netzprotokolle („was müssen wir speichern?“) und der technomathematischen Möglichkeitsbedingung („was können wir überhaupt speichern?“) beiseite. Darauf, daß Zwischenspeichern auf der elementarsten Ebene der Register in Mikroprozessoren die unabdingbare Notwendigkeit digitaler Signal- und Datenprozessierung darstellt, sind wir bereits zu sprechen gekommen. Im Rundfunkstaatsvertrag ist von vernetzten Kommunikationstechnologien als „Telemedien“ die Rede. Der mit dem Präfix suggerierte Akzent auf dem Übertragungsakt („tele-„) vertuscht die vielmehr topologische Struktur der Konnektivität und die Praxis der unaufhörlichen Zwischenspeicherung, die im digital prozessierten Feld stattfindet. „Presence-in-memory“ und „hyper-immediacy“ verdichten sich zu einem dynamischen Gegenwartsfeld.²⁰

Auf der Suche nach verlorengegangenen Webseiten schauen wir zunächst auf das bereits angesprochene Portal von archive.org und treffen darin auf die „Wayback Machine“, die allerdings nur statistische Webseiten in unbestimmten Abständen „archiviert“ (keine Programme, keine dynamischen Objekte - kein *archive in / of motion*). Notwendig ist also das Metadatum, vertraut als klassische Bibliothekssignatur: die URL (united resource location). URI (identifier) sind notwendig, um wechselnde URLs zu verfolgen. Spezielle Crawler suchen demgegenüber das sogenannte „deep web“ und damit andere, nicht-statische Realitätsebenen des Internets auszugraben: Bewegt(bild)objekte etwa.

²⁰ Andrew Hoskins, Media, Memory, Metaphor. Remembering and the Connective Turn, in: parallax Bd. 17, Heft 4/2011, 19-31 (26).

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Archiv ist (um es insistierend zu wiederholen) nicht nur das Archivierte, sondern auch die technische Struktur der Archivierung. Wo die Programme selbst das eigentliche Archiv darstellen, kommt das Algorithmische zum Zug. Das Wesen digitalisierter Archive ist ihre algorithmische Operativität. Dazu bedarf es die (übertragungs-)technischen Bedingungen für das Funktionieren von Archiven am Netz in ihrer epistemologischen Konsequenz - Schaltpläne und Protokolle anzuschauen.

Unsere Tagung behandelt im Kern „das Problem, dass wir aus Rechtsgründen daran gehindert sind, ein nachhaltiges kulturelles Gedächtnis der Digitalia aufzubauen“ (Eric Steinhauer). Neben dem juristischen Gesetz aber ist es vor allem ein medienarchäologisches Gesetz, welches an der Frage der Archivierung von Internet-Inhalten mitschreibt. Es ist nicht allein das Archiv als symbolische Ordnung, sondern ebenso die schiere Materialität der Speichermedien, welche ent/scheidet, was künftig noch abrufbar oder prozessierbar sein wird.²¹

In einer juristischen Abhandlung von 1955 heißt es zur Spezifik des Technikrechts, daß die Welt der Technik im Unterschied zum aus menschlichem Gemeinschaftsleben erwachsenden und dann in Gesetzesform gefaßten Recht sich ihr eigenes Recht auf Grund eigener Gesetze geschaffen hat; so steht hier „das Gesetz‘ zeitlich und herrschend v o r dem Recht“.²² Die Begründung ist eine durchaus transhumane:

„Diese Autonomie, d. h. Eigen- und Selbstgesetzlichkeit der Technik <...> beruht nicht auf Macht, gar Anmaßung der die Technik nutzenden M e n s c h e n . Vielmehr bestimmt die Technik selbst, bestimmt die Natur, bestimmt die Materie, was zwischen ihr und den die Technik nutzenden Menschen rechtens sein soll“ <ebd.>.

²¹ Siehe Matthew Kirschenbaum, Mechanism. New Media and the Forensic Imagination, Cambridge 2008. Dazu Marcus Burkhardt, Archive des Digitalen. Medienphilosophische Überlegungen zu Utopie, Dystopie und Realität digitaler Archivierung, in: SPIEL 29 (2010), Heft 1 + 2, 21-36 (bes. 27).

²² Friedrich List, Verwaltungsrecht technischer Betriebe. Zugleich eine Einführung in das Recht der Technik als Beispiel angewandter Wissenschaft, Baden-Baden (Verl. f. Angewandte Wissenschaften) 1955, 10.

Was heißt dies für das Gesetz technischer Gedächtnisse? Das Internet ist gar nicht auf Langzeitarchivierung angelegt - sowenig wie die Fluxus-Kunst in den 1960er Jahren auf fortdauernde Musealisierung angelegt war.

Das Recycling des Archivs kulminiert im Internet. Als Internet wird das „Archiv“ radikal temporalisiert. Das Wesen des sogenannten *hyperspace* ist hypertemporal, basierend auf der Ästhetik des unmittelbaren Feedbacks, Recyclings und Refreshings eher denn auf dem Ideal der *locked away*-Speicherung auf Ewigkeit. Die Ästhetik von kulturellem Sampling ist eine direkte Funktion der Öffnung, der Offenheit und der *online*-Verfügbarkeit des multimedialen Archivs.

Volle Archive, stete Verfügbarkeit und beständige Produktion von Informationen und Materialien und deren fortwährende Disponibilität haben ein System der zyklischen Wiederverwertung geschaffen, das auf ständiger Wiederholung und Neuschöpfung des Alten basiert²³ – als kulturästhetische Variationen ahistorischen Recyclings.

Einerseits existieren nur wenig durchdachte Vorstellungen darüber, wie etwa digitale Kunst versammelt und für die Nachwelt aufbewahrt werden kann. Andererseits - und dies liest sich wie ein humanistisches Sakrileg - ist diese Nachhaltigkeit oftmals gar nicht erwünscht. Flüchtigkeit wäre nicht als Mangel, sondern als Tugend von virtueller Kunst, und damit ihr technisch bedingtes rasches Verschwinden als Chance zu sehen: die Temporalisierung der Überlieferung. „So wenden sich etwa Konzeptkünstler im Netz explizit gegen traditionelle Kunstkonzeptionen, die auf Dauerhaftigkeit angelegt sind.“ Sie führen darum zumeist das Beständige in ihrer Kunst auch gar nicht fort. Das Netz wird stattdessen als vergängliches Medium begriffen, in dem der Nutzer kaum darauf vertrauen kann, dass die Inhalte bestehen bleiben. Werke werden bewusst auf eine Vergänglichkeit hin konzipiert, sodass sie nur im Augenblick oder in der Zeitspanne der Performance funktionieren.

²³ Abstract zum Festival Re-*. Recycling_Sampling_Jamming. Künstlerische Strategien der Gegenwart, Berlin (Akademie der Künste), 26. bis 28. Februar 2009.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Das Temporäre und Flüchtige wird - wenn nicht zum Thema, so doch im Sinne McLuhans zur „Botschaft“ dieser digitalen Literatur. Digitale Texte sind anderer Natur als Alphabetschrift und Buchdruck.

Digitales Gedächtnis ist vom medienontologischen We(i)sen her nicht auf Immobilität und Dauer angelegt wie der Buchdruck, sondern anschlussfähig an algorithmische Operationen - vollständig mathematisierbar und zu diesem Zweck von Turing modelliert. Diese kybernetische, dynamische Ökonomie geht auf Kosten des Langzeitgedächtnisses, zugunsten einer Ästhetik des Zwischenarchivs, des Kurzzeitgedächtnisses, des erweiterten Gegenwartsfensters.

An die Stelle von emphatischer Geschichte / Ewigkeit tritt Kurzzeitigkeit, Echtzeit-Ästhetik, unmittelbare Verfügbarkeit: die Zeitökonomie des Turbo-Kapitalismus. Laut Goethe spendet die Bibliothek geräuschlos Zinsen. Demgegenüber beherrscht gegenwärtig Speed-Trading die e-Börsen.

Die Tendenz: Vom Speichern zum Übertragen

Von der Materialität des Buches zum digitalen Text ereignet sich – allerdings erst in Kopplung an Datennetze - eine Verschiebung in der medienkulturellen Ökonomie: von der Emphase auf Langzeitspeicherung (erkauft um restringierte Zugänglichkeit, das Privileg *vor Ort*) zur immer kurzfristigeren Verfügbarkeit (erkauft um den Preis des Verlusts der Langzeitbewahrung).

Der akademische Lehrer Marshall McLuhans, Harold A. Innis, hat in einem grundlegenden Werk zwischen primär zeit- und primär raumbasierten Macht- und Wissenssystemen unterschieden.²⁴

„Die Informationsgesellschaft ist nachtraditional.“²⁵ Liegt das Wesen der Information in seiner Immaterialität, jenseits der klassischen materiellen

²⁴ Harold A. Innis, *The Bias of Communication* [1951], University of Toronto Press 1991.

²⁵ Beat Wyss, *Der notwendige Anachronismus der Kunst. Kulturarbeit und Öffentlichkeit*, in: Claus Pias (Hg.), *Medien. Dreizehn Vorträge zur Medienkultur*, Weimar (VDG) 1999, 297-313 (310).

Bindung von Tradition? Denken wir das *Read Only Memory* unmetaphorisch als Gedächtnisform des elektronischen Zeitalters und Herausforderung an die klassische Weise, Tradition zu begreifen. „Im Unterschied zu tradierten Kulturtechniken ersetzen technologische Maschinen die Primärfunktion der Aufbewahrung durch schnelle Übertragung“ (Michel Serres). Wenn Archiv und *recycling* sich kurzschließen, fällt der Augenblick des Entstehens (*live*) mit dem Augenblick des Sendens zusammen. Die Macht des Archivs lag einmal in seiner aufschiebenden Struktur. Doch was, wenn sein Abruf immediat geschieht? Mit dem Internet, also der unverzüglichen Aktualisierbarkeit von Speichern, wird diese Nachträglichkeit als Bedingung jeder emphatischen Geschichtsphilosophie gegen Null verkürzt. Gegenüber der Echtzeit von Datenverarbeitung und -speicherung bringt das insistente Archiv Nachhaltigkeit ins Spiel, die Wiedereinführung einer Blockade namens Archivsperre als Schutz von Ressourcen, als Blockade von Information oder als Nachrichtensperre - die *katechontische* Macht des Archivs, die mit dem psychoanalytischen Begriff der Verdrängung selbst korrespondiert.

Ein Versuch, das sogenannte „digitale“ Gedächtnis epistemologisch neu zu denken

Das sogenannte „digitale Gedächtnis“ ist nicht schlicht die Übersetzung gedruckter Texte, photographischer Bilder oder phonographischer Tonwelten in den Raum von Bits und Bytes, sondern zugleich eine Wesensverwandlung.

Der Paratext eines Druckwerks verweist zumeist vorweg darauf, dass kein Teil in technischer Form (Photokopien, Mikrofilme oder unter Verwendung elektronischer Systeme) ohne Genehmigung reproduziert, verarbeitet oder verbreitet werden darf. Aus juristischer Sicht schützt das Copyright Werke vor unautorisierter Vervielfältigung in jedweder Form. Was dabei vollständig ignoriert wird, ist die medienspezifische Differenz. Aus juristischer Sicht macht sie keinen Unterschied.

Mein Gegenargument: ein digital gescanntes Bild verwandelt das Original in eine mathematische Funktion. Ist das digitalisierte Bild überhaupt ein „Bild“ oder nicht vielmehr eine schlichte mathematische Funktion wie alle

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

anderen Datenformate? Die urheberrechtliche Konsequenz daraus: Im Unterschied zur Analogkopie entsteht hier ein neues Wesen.

Alles, was digitalisiert oder vollends „born digital“ erscheint, ist durch und durch mathematisiert resp. mathematisierbar an numerische Symbole gekoppelt. Im Sinne der sogenannten „digital humanities“ <siehe Barry (Hg.) 2012> formuliert, resultieren daraus neue Optionen der Suche und der Analyse - etwa Cinemetrie für die Messung von Kamera-Einstellungswechseln²⁶ oder gar die stochastische, mithin informationsästhetische Annäherung an Klangmengen jenseits der menschlichen Gedächtnisfähigkeit. Der kalte analytische, medienarchäologische Blick („to see through computer ‚eyes‘“²⁷, „a powerful mechanism of defamiliarisation <...> - a device for seeing what we could have not noticed previously“ ist eine Erkenntnischance <Manovich 2012: 276>, und insbesondere eine Option für „Visualising temporal changes“ <ebd., 268f>. Daraus resultieren neue Optionen algorithmisierter Gedächtnisse: neue Suchoptionen (stochastisch, image- und sound-based).

Intelligente, d. h. informationserzeugende Suchmaschinen treten an die Stelle von Findbüchern und Bibliothekskatalogen.

Im Mechanismus von Google taucht das Archiv wieder auf, aber nicht als passiver Dokumentenspeicher, sondern als *generatives Archiv*. „Google speichert für die Suche nicht ganze Internetseiten, sondern erstellt pausenlos Indizes von Webseiten durch Bots, die Extrakte von Seiten bilden“ und ihrerseits auf Serverfarmen abgespeichert werden - keine Langzeitarchive, sondern Zwischenspeicher, Wissen auf Zeit. „Zentral für die Anzeige der Suchergebnisse ist bekanntlich der PageRank, der Algorithmus, nach dem die bei einer Suchanfrage generierten Links in eine Reihenfolge gebracht werden“ <Bergermann 2012: 378>. Es erfüllt nun in der Tat ein klassisches Archivkriterium, das *secretum*, wenn genau dieser Algorithmus zum bestgehüteten Betriebsgeheimnis von Google gehört.

²⁶ Siehe Adelheid Heftberger, Do Computers Dream of Cinema? in: Berry (Hg.) 2012, 210-223 (bes. Kap. 3.1., 214 f.).

²⁷ Lev Manovich, How to Compute One Million Images?, in: ebd., 249-278 (276).

Konsequent verschiebt sich der den Archivbegriff in diesem Zusammenhang vom institutionellen Gedächtnis (das klassische Archiv) hin zu Michel Foucaults Definition des *archive* in seiner *Archäologie des Wissens*. <Bergermann 2012, Kap. 5 „Indexing Foucault“, 384-388>. Hier aber meint das Archiv gerade nicht das emphatische Gedächtnis, sondern vielmehr die Regeln, die das Gesetz des Sagbaren bilden (frz. ausdrücklich *loi*). Das Verhältnis von Gesetz und Gedächtnis liest sich seitdem mit anderen Augen; in diesem Sinne greift die Logik technischer Medien in den juristischen Gesetzesbegriff selbst über und bestimmt ihn mit respektive neu.

Die Rechtslage und ihre Verunsicherung respektive Dynamisierung durch die elektrotechnische und technomathematische Herausforderung

Beim Begriff „Gesetz“ werden zumeist Jura und Justiz assoziiert. Aus medienarchäologischer Sicht aber liegt das Gesetz des digitalen Gedächtnisses vor allem auf seiner Hard- und Softwareebene, die beide nicht minder von Zeit zu Zeit novellierungsbedürftig sind wie die symbolische Ordnung der juristischen Gesetzgebung.

Früher (in den „analogue days“) setzte die Entropie des physikalischen Speichermediums die Grenze der Privatkopie: etwa Ton- und Bildaufnahmen auf Magnetbändern, wo von Kopie zu Kopie Qualitätsverlust rieselte. Anders verhält es sich seit der digitalen, prinzipiell (von Fehlerbits abgesehen, aber die werden mit mathematischer Intelligenz kompensiert) „verlustfreien Kopie“ (dies führte zum juristischen Oxymoron der „Originalkopie“). Der deutsche Gesetzgeber übernahm nicht die Unterscheidung von „analog“ und „digital“, sondern spricht von „beliebigen Datenträgern“ (gegen die Empfehlung der EU). Hier aber macht ein technischer Unterschied die ganze juristisch-epistemologische Differenz.

Vor dem Aufkommen der Digitaltechnik war die Erstellung von Privatkopien nur durch verlustbehaftetes Kopieren zu erstellen. Tondaten wie zum Beispiel Musikkassetten verlieren durch mehrmaliges Kopieren an Qualität und werden schließlich unbrauchbar. Damit war der Verbreitung von solchen Kopien bereits durch physikalische Grenzen beschränkt.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Doch im Unterschied zum landläufigen Glauben transformiert die digitale Kopie ihre digitale Vorlage auf mikromedienarchäologischer Ebene:

Digitalisierung hat Konsequenzen für den Begriff der Tradition: War diese zumeist verlustbehaftet, d. h. gekennzeichnet durch Transformationen der schriftlichen Urkunde oder des materialen Monuments, ist im digitalen Raum die Kopie weitgehend ununterscheidbar vom Original und verliert damit ihren sinnlich unmittelbar faßbaren historischen Index (im Sinne klassischer Quellenkunde). Vielmehr tritt mathematische Intelligenz an die Stelle der Überlieferungsverluste: Datensätze werden von vornherein redundant abgespeichert, um Datenverlusten vorzubeugen, und/oder durch Fehlerkorrekturalgorithmen (wie in der CD-Praxis) kompensiert. Daraus resultiert mit aller ontologischen Konsequenz: Originale werden an ihren korrupten Stellen nicht restauriert, sondern (teil- oder stellenweise) regeneriert, mithin: gleichursprünglich neu hervorgebracht, eher rekursiv denn traditionell. Beim Kopieren von digitalen Datenträgern erhält man nicht schlicht eine dem Original gleichwertige Kopie, sondern da die Fehlerkorrektur-Daten neu erstellt werden, verbessert die digitale Kopie von digitalen Inhalten das digitale Original. An die Stelle eines Mangels (Überlieferungsverlust) tritt damit ein Überschuß - ein neuer Begriff von Tradition.²⁸

Vertraut ist die Frage nach der Verlustlosigkeit schon vom Unterschied zwischen mechanischer (Phonograph) und elektrischer respektive (mit Verstärker) elektronischer Tonaufzeichnung (Telegraphon). „Diese Lautschrift ist permanent; wie Herr Poulsen mir mitteilte, wurde bei einer Untersuchung nach 10.000 Reproduktionen noch keine Abschwächung konstatiert. Bedeutungsvoll ist auch die immaterielle Natur der Lautschrift, die nicht, wie beim gewöhnlichen Phonographen, der mechanischen Zerstörung ausgesetzt ist“²⁹ – was in Sachen Urheberrecht und Recht auf Privatkopie einen entscheidenden Unterschied machen sollte.

²⁸ Ein treffender Hinweis in der online-Enzyklopädie Wikipedia, <http://de.wikipedia.org/wiki/Digitalisierung>; Stand: 6. Oktober 2009.

²⁹ Gustav Eichhorn, Das Telegraphon, in: Emil Abderhalten (Hg.), Fortschritte der naturwissenschaftlichen Forschung, V, Berlin / Wien 1912, 241-245 (241).

Archivalien sind durchweg Unikate, im Unterschied zum Bibliotheksgut aus identisch reproduzierbarem Druckwerk. Die symbolverarbeitende Maschine aber generierte zwischenzeitlich den juristisch problematischen Begriff der „Originalkopie“, der die vertraute Trennung in auratisches Original einerseits und technisch reproduzierbares Werk andererseits längst unterläuft.

Archiv und/oder Bibliothek in Zeiten des Internet

Das Archiv ist der Ort einer unerbittlich regelgeleiteten Selektion für Dokumente, die für überlieferungswürdig erachtet werden, im Unterschied zu Bibliotheken für massenhaft reproduzierte Druckwerke, Museen für materielle Unikate und anderen Sammlungen, in denen textuelles oder dingliches Wissen immer wieder neu, also diskursiv in einem offenen Prozeß verhandelt werden kann. Das Archiv hingegen ist Teil eines autoreferentiellen administrativen Systems.³⁰

Bibliotheken und Museen sind Sammlungen, die in einer offenen Art und Weise (wenngleich methodisch kontrolliert) Objekte auswählen, erwerben, speichern und ordnen. Die filternden Klassifikationssysteme generieren dabei Wissen und schalten anderes Wissen aus, lassen Leerstellen. Hier unterscheiden sich Archiv und Bibliothek: Findbuch hier (die Erschließung eines Bestands nach Maßgabe seiner Provenienz), Verschlagwortung (Pertinenz) dort. Was in klassischen Dokumentenspeichern nicht durch Verschlagwortung – also Metadaten – erfaßt ist, ist kaum findbar, gibt es mithin also nicht.

In der Bibliothekswissenschaft, die sich zunehmend auch als Informationswissenschaft versteht, bahnt sich die Einsicht in eine Sackgasse des bisherigen Ordnungssystems ab:

„The phrase ‚classification in crisis‘ has become a cliché in the library community. <...> library classification is bound by restrictions that the digital world is not. While a physical book can be shelved in only one

³⁰ Siehe Cornelia Vismann, Akten. Medientechnik und Recht, Frankfurt/M. (Fischer) 2002.

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

place, a digital document can be placed in several categories at the cost of only a few bytes.“³¹

Tatsächlich unterscheiden sich „virtuelle“ Dokumente von ihrer papierbasierten Variante dadurch, daß sie prinzipiell *n*-dimensional, d. h. an mehreren Orten (und in mehrern Zeiten) gleichzeitig vorhanden sein können, ohne dafür jeweils neu kopiert werden zu müssen, schlicht aufgrund von multiplen Adressierungsoptionen.

Gegenüber „attempts to apply the principles of traditional paper archiving to the new electronic environment“ - womit die Botschaft der neuen Archive das bisherige Archiv ist – „it may be necessary the rethink archives to meet the new challenges and opportunities.“ Edward Higgs, langjähriger Mitarbeiter im britischen Public Record Office, geht in die Offensive und schreibt von „new paradigms for archiving electronic records emerging in the USA, Australia, and elsewhere“ - auch in der Bundesrepublik?

Das Internet ordnet Wissen in Form einer *offenen*, nicht mehr durch das Format des Buches geschlossenen Enzyklopädie. Es hierarchisiert dieses Wissen nicht mehr bibliotheksförmig, sondern es korreliert mit der sogenannten *chaotische Lagerung* aus der Ökonomie der Warenspeicherung:

„The World Wide Web and the rest of the Internet constitute a gigantic storehouse of raw information and analysis, the database of all databases. <...> The more serious, longer-range obstacle is that much of the information on the Internet is quirky, transient and chaotically ‚shelved‘“³² –der Albtraum der Archivare. Das Internet ist nicht das erste globale Gedächtnis der Kulturen, sondern als anarch(iv)istisch eher ein flüchtiger Zwischenspeicher, ein prinzipielles Random Access Memory.

³¹ Steve G. Steinberg, Seek and Ye Shall Find (Maybe), in: Wired, Nr. 4.05 (May 1996), 108-114 u. 174-182. Siehe auch Hartmut Winkler, Suchmaschinen. Metamedien im Internet?, in: Barbara Becker / Michael Pateau (Hg.), Virtualisierung des Sozialen, Frankfurt / New York 1997, 185-202.

³² Editorial: The Internet. Bringing order from chaos, in: Scientific American 276, Heft 3 (1997), 49.

Auf medienarchäologischer Ebene ist es wahrer denn je: Die Speichermediendifferenz, die bislang an den verschiedenen physikalischen Trägern und Formaten hing (Urkunde, Buch, Museale), wird aufgehoben in der digitalen Konvergenz als Information.³³ Demgegenüber gilt es das funktionale Proprium der Archive starkzumachen, gegen die Nivellierung von Gedächtnisorten und -medien. Im Internet verwischt die vormals klare institutionelle Differenz zwischen Bibliothek und Archiv. Archive haben den vorrangigen Zweck der dauerhaften Bewahrung von dokumentarischen Originalen, was vornehmlich durch Verschluss gesichert ist, während Bibliotheken Kopien oder Reproduktionen öffentlich zugänglich halten. Doch der Druck auf Archive steigt, unverzüglicher kultureller (und damit öffentlicher) Interaktion zugänglich zu werden - von der Aufhebung zur Verflüssigung (Kommunikation). Diese Zugänglichkeit bezieht sich nicht nur auf die Archivalien auf der Ebene ihrer Metadaten (Findbücher), sondern wird digital invasiv: als Zugriff nicht nur *auf*, sondern *in* die Urkunden selbst (von der Volltextsuche bis zu *image-* und *sound-based retrieval*).

Ist ein Videportal wie YouTube im neutralen Sinne ein Repositorium?³⁴ „The digital archive is by nature a database.“³⁵ Digitale Medienplattformen wie Facebook, Youtube oder Wikipedia stellen vielmehr durchforstbare Datenbanken denn Archive dar. „YouTube is not itself an archive. Preservation is neither its mission nor its practice.“³⁶ Prelinger definiert das Internet Archive in San Francisco als eine „nonprofit digital library“ <ebd.>. Der offene Zugang unterscheidet Archiv und Bibliothek.

In Form der dynamischen *online*-Enzyklopädie Wikipedia wird die klassische Buchwelt als statischer Speicher höchst radikal herausgefordert,

³³ Siehe Claude Shannon / Warren Weaver, *Mathematische Grundlagen der Informationstheorie* [The Mathematical Theory of Communication, Urbana (Univ. of Illinois Press) 1949], übers. v. Helmut Dreßler, München/Wien (Oldenbourg) 1976.

³⁴ Zur Diskussion dieses Standpunkts siehe Frank Kessler / Mirko Tobias Schaefer, *Navigating YouTube: Constituting a Hybrid Information Management System*, in: Snickars / Vonderau (Hg.) 2009: 275-291 (277).

³⁵ Pelle Snickars, *The Archival Cloud*, in: ders. / Vonderau (Hg.) 2009: 292-313 (304).

³⁶ Rick Prelinger, *The Appearance of Archives*, in: Pelle Snickars / Patrick Vonderau (Hg.), *The YouTube Rader*, Stockholm (National Library of Sweden) 2009, 268-274 (268).

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

basiert doch die Ökonomie des Web 2.0 auf dem Prinzip der fortwährenden Umschreibung konkreten Wissens, das der Unumschreibbarkeit des archivischen Unikats diametral entgegensteht. Indem die *wayback*-Historie jede Dokumentenänderung nachvollziehbar macht, erfüllt die Wikipedia ein Kriterium des Archivs - nur daß dessen Zeiträumlichkeit auf kurze Intervalle der Gegenwart zusammenschnellt.

Archivierung digitaler Literatur

Texte, die im volatilen Medium Internet veröffentlicht werden, nehmen ganz offenbar ihr rasches Verschwinden in Kauf und unterstehen damit gar nicht erst dem Anspruch, allesamt für die Nachwelt erhalten werden - ein von der „Archivierung“ von Fluxus-Kunst her vertrautes Problem.

Dem Netz haftet die zeitliche Anmutung des Transitorischen an, obgleich es von seinem technischen Wesen her für Dokumentation und Archivierung höchst geeignet zu sein scheint, denn alle Eingaben werden hier uniform digital erfasst und symbolisch als Information prozessiert.

Retro-Digitalisierung ist zumeist primär als Rettungsmaßnahme bedrohter Buchbestände gedacht; andererseits ergibt sich selbstläufig daraus die Option, anders mit den Daten umzugehen als in der Deweysschen Dezimalklassifikation. Damit sind digitale Sicherungen und Auslagerungen ebenso möglich wie die Spiegelung auf verschiedene Server. Texte zu archivieren aber heißt etwas anders als Texte zu versammeln und zu streuen. Tatsächlich bleibt jede Webseite durchschnittlich weniger als 100 Tage im Netz unter ihrer Originaladresse abrufbar; danach zieht sie um („Migration“) oder wird komplett gelöscht. In der Abteilung Digitale Dienste wird in der Nationalbibliothek Frankfurt/M., deren Sammlungsauftrag seit 2006 um Netzpublikationen erweitert ist, daher an der Vergabe „persistenter Identifikatoren“ gearbeitet. „Die sorgen dafür, daß Links trotz der Dynamik des World Wide Web nicht in eine Sackgasse führen und Netzpublikationen auf Dauer zugänglich bleiben.“³⁷ Ein Modell dafür: eine URL (als Adresse einer Netzpublikation) wird mit einem eindeutigen Bezeichner, einer URN, versehen und mit der URL verknüpft und in den *online*-Katalog aufgenommen. Damit wird ein virtuelles Dokument auch

³⁷ Christian Sälzer, Anker setzen im Internet, in: Hundert Nr. 1 (2012), 56.

dann noch zugänglich bleiben, wenn sich dessen URL geändert hat (migriert ist) - sofern die jeweiligen URL-Änderungen auch der Bibliothek mitgeteilt werden.

Webinhalte sind oftmals nicht mehr abspielbar, wenn ihre Inhalte Plugins voraussetzen, die veraltet oder sie nur für bestimmte, alte Browserversionen optimiert sind. Daraus resultiert eine radikale Historisierung: die Abhängigkeit von techno-mathematischen Kontext. Und wenn Netzliteratur gar für eine bestimmte Hardwareplattform konzipiert wurde, läuft sie (zumindest nicht wie intendiert) kaum auf nachfolgenden Rechnermodellen. „Dadurch ‚vergeht‘ die Literatur, irgendwann kann der Nutzer nicht mehr darauf zugreifen.“³⁸

Das erinnert an aus früherer Zeit vertraute Medienumbrüche – etwa von der Buchrolle zum Kodex, vom Manuskript zum Buchdruck. Die Antwort darauf kann nicht bloß technischer sein, sondern verlangt nach einer anderen Philosophie der kulturellen Tradition, welche den wissensökonomischen Tausch von unmittelbarer, allumfassender Nutzung von Information zuungunsten langfristiger Zugänglichkeit bewußt in Kauf nimmt. An die Stelle emphatischer Geschichte tritt damit eine mächtig erweiterte Gegenwart.

Lob des Unerwarteten

Information entsteht in systemtheoretischem Sinne - unter ausdrücklichem Anschluß an die Nachrichtentheorie des Ingenieurs Claude Shannon - nur da, wo etwas unerwartet wirkt. Die negentropische Operation des klassischen Archivs besteht in der beständigen Aufrechterhaltung von Unwahrscheinlichkeiten. Damit wird ein künstliches Gedächtnis in Begriffen der Informationstheorie interessant. Das Archiv ist insofern ein potentiell informativer Ort, als daß es (wartend auf Erzählung) Unwahrscheinlichkeiten bereithält oder genauer: vor(ent)hält, also seine Daten für eine Zeitlang der Ökonomie der Gegenwart entzieht. Das ist der Unterschied zu Archiven *online*, denn der Cyberspace kybernetisiert – wie sein

³⁸ Aus dem "call for papers" der Zeitschrift SPIEL. Siegener Periodicum zur Internationalen Empirischen Literaturwissenschaft, Jg. 29 (2010), Themenheft „Archivierung von digitaler Literatur“, hg. v. Florian Hartling / Beat Suter

ZWISCHEN(-)SPEICHERN UND ÜBERTRAGEN

Eine medienarchäologische Analyse des digitalen Gedächtnisses

Name schon sagt – die Informationen, insofern sie dort unmittelbar rückkoppelbar sind. Dem entspricht das von Klaus *Krippendorff* für die Epoche des Kapitalismus entwickelte Gedächtnismodell, das alle systemrelevanten Operationen schaltungstechnisch als *reverberating circuits* beschreibt (und damit auch auf die Herkunft der Systemtheorie weist). Relevante Signale (also Informationen) werden nach einem kybernetischen Rückkopplungsmodell eingespeist, berechnet und in unmittelbarer Reaktion auf neue Daten erneut registriert. Das Gedächtnis ist hier nichts anderes als ein Arbeitsspeicher; seine Funktion ist die Aufrechterhaltung zirkulierender Informationen, nicht das Archiv.³⁹

³⁹ Klaus Krippendorff, Principles of Information Storage and Retrieval in Society, in: General Systems, Bd. 20 (1975), 15-34 (15).

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter – Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

von Ellen Euler und Eric W. Steinbauer

I. Einführung

Pflichtexemplarbibliotheken sammeln und bewahren auf Grundlage gesetzlicher Ablieferungspflichten arbeitsteilig mit den anderen Gedächtnisinstitutionen in Deutschland (Museen, Archive u.a. auf Bundes- und Landesebene) veröffentlichte kulturelle Äußerungen und machen diese nachhaltig zugänglich. Sie leisten damit einen wichtigen Beitrag zur Sicherung des kulturellen Gedächtnisses. Während diese im Detail sehr komplexe Aufgabe im herkömmlichen analogen Umfeld im Wesentlichen Erwerb, Bewahrung und Zugänglichmachung von Sacheigentum bedeutet, berühren der Erwerb, die Bewahrung und Zugänglichmachung von kulturellen Äußerungen im digitalen Umfeld wegen der bei der Nutzung von Digitalia unvermeidlichen Vervielfältigungsvorgänge in den Speichern von Servern und diversen stationären und mobilen Endgeräten das Urheberrecht, setzen also die Inanspruchnahme urheberrechtlicher Verwertungsrechte voraus. Hier stellt sich die Frage, ob die Pflichtexemplarbibliotheken über ausreichende urheberrechtliche Befugnisse verfügen, um ihren teilweise in Gesetzen sogar explizit auf den digitalen Bereich bezogenen Auftrag tatsächlich erfüllen zu können.

Damit die Antwort auf diese Frage besser nachvollzogen werden kann, wird im Folgenden ein kurzer Überblick über Geschichte und Ansatz des Pflichtexemplarrechts gegeben.

II. Geschichte und Ansatz des Pflichtexemplarrechts

Die Pflicht, Belegstücke von Druckwerken an staatliche Bibliotheken abzugeben, entwickelte sich aus der Zensur, aber auch aus dem Privilegienwesen, dort gewissermaßen als Gegenleistung für den vom Landesherrn gewährten Schutz gegen Raubdrucke.¹ Mit dem Abbau der Zensur und der gesetzlichen Regelung des Urnehmerschutzes wurde diese Regelung in Frage

¹ Allgemein zum Pflichtexemplarrecht vgl. Steinbauer, Das Pflichtexemplarrecht, in: Griebel/Schäffler/Söllner (Hrsg.), Praxishandbuch Bibliotheksmanagement, 2014 (im Erscheinen).

gestellt, jedoch aus Gründen der Kultur- und Wissenschaftspflege aufrechterhalten.² Seither steht der Sammlungs- und Archivierungszweck im Vordergrund, so dass eine möglichst vollständige Sammlung, Verzeichnung und Archivierung aller Veröffentlichungen eines Landes oder einer Region als Zeugnis des kulturellen Schaffens sowie des gesellschaftlichen und politischen Lebens angestrebt wird. Vollständigkeit freilich lässt sich allein auf Basis freiwilliger Mitwirkung nicht erreichen. Daher bestehen in den Ländern und seit 1969 auch auf der Ebene des Bundes gesetzliche Bestimmungen, die mit wenigen Ausnahmen eine Pflichtablieferung grundsätzlich aller Veröffentlichungen an bestimmte Bibliotheken vorsehen.

Das Pflichtexemplarrecht enthält dabei keine Ermächtigung für die Exekutive durch Einzelakt auf ein bestimmtes, von ihr benötigtes Vermögensojekt oder eine Vermögensposition zuzugreifen, sondern begründet lediglich eine Abgabeverpflichtung, wenigstens aber eine Angebotspflicht in genereller und abstrakter Weise. Diese Pflicht trifft denjenigen, der eine kulturelle Äußerung öffentlich verbreitet, wobei die Eigentumsposition an den publizierten Werkstücken schon bei ihrer Herstellung mit der Verpflichtung zur Ablieferung bzw. zur Anbietung belastet ist. Die jeweiligen Pflichtexemplarregelungen sind damit eine objektivrechtliche Vorschrift, die in allgemeiner Form den Inhalt des Eigentums bestimmt und wird verfassungsrechtlich als dessen Inhaltsbestimmung, nicht jedoch als Enteignung angesehen.³

In Deutschland finden sich Pflichtexemplarregelungen sowohl auf der Landes- als auch auf der Bundesebene. Das Pflichtexemplarrecht der Länder, das sich auf Grundlage ihrer Kulturhoheit im Kontext des Presserechts entwickelt hat, unterliegt der Länderkompetenz nach Art. 70 GG. Das Bundespflichtexemplarrecht fällt unter Berufung auf Art. 74 Nr. 13 GG in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, lässt aber landesrechtliche Regelungen über die Ablieferung von Pflichtstücken unberührt.

² Eine an der Idee des Denkmalschutzes orientierte Begründung bietet Pfeiffer, *Das Recht der Pflichtexemplare*, 1913, S. 29.

³ Vgl. BVerfG 58, 137 – Pflichtexemplar.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter – Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

Für den Bund wird das Pflichtexemplarrecht von der Deutschen Nationalbibliothek (künftig: DNB) wahrgenommen, das Pflichtexemplarrecht auf Landesebene von den jeweiligen Landesbibliotheken oder von Hochschulbibliotheken, die mit landesbibliothekarischen Aufgaben betraut worden sind.

Auf einem in den 1960er Jahren erarbeiteten Modellentwurf beruhend, sind die Pflichtabgabevorschriften der einzelnen Länder überwiegend in § 12 der jeweiligen Landespressegesetze geregelt. In fünf Ländern (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen) existieren eigene Pflichtexemplargesetze, das Land Hessen hat sein Pflichtexemplarrecht im Zusammenhang mit den Regelungen über die Landesbibliotheksaufgaben jüngst in das Hessische Bibliotheksgesetz überführt.⁴ Alle gesetzlichen Regelungen stimmen mit geringfügigen Modifikationen, etwa dass teilweise nur eine Anbietungs- und keine Ablieferungspflicht besteht, überein.

III. Anpassungen an das digitale Zeitalter

Objekt der sammelnden und bewahrenden Arbeit der Pflichtexemplarbibliotheken sind im analogen Umfeld immer konkrete Verkörperungen kultureller Äußerungen. Im Gutenberg-Zeitalter waren die Trägermedien zumeist Druckwerke, zu dessen Ablieferung der Verleger bzw. der Drucker verpflichtet wurde. Im digitalen Zeitalter jedoch ist das kulturelle Wissen mit seinem Träger nicht mehr so eng verbunden, dass es ohne ihn nicht gesammelt werden könnte. Die bislang selbstverständliche Einheit von geistigem Inhalt der kulturellen Äußerung und seinem Trägermedium hat sich verflüchtigt.

Die Pflichtexemplarrechtsregelungen lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf Sachverhalte ausdehnen, in denen Inhalte ohne Trägermedien unkörperlich über das Internet verbreitet werden und müssen aus den im Folgenden geschilderten Gründen daher an das digitale Zeitalter angepasst werden.

⁴ Vgl. Gesetz zur Neuregelung des Archivwesens und des Pflichtexemplarrechts vom 26. November 2012 (GVBl. Hessen S. 458).

Traditionell trifft die Pflicht zur Ablieferung von Veröffentlichungen den „Verleger“, hilfsweise auch den „Drucker“. An ihn ist die Ablieferungspflicht adressiert, er hat das Objekt der sammelnden und bewahrenden Arbeit, im Gesetz meist als „Druckwerk“, seltener als „Text“ oder als „Medienwerk“ bezeichnet, abzuliefern.

Während der Verlegerbegriff soweit ausgedehnt werden kann, dass er auch den rein online publizierenden Selbstverleger erfasst, bereitet der Begriff „Druckwerk“ deutlich mehr Schwierigkeiten. Zwar lässt sich dieser noch dahingehend auslegen, dass auch audio-visuelle, ja sogar elektronische Inhalte erfasst werden können, soweit sie auf einem Trägermedium verbreitet werden (non book materials). Über das Internet kommunizierte kulturelle Äußerungen (insb. Netzpublikationen) fallen jedoch als trägerlos und ungegenständlich kommunizierte kulturelle Äußerungen nicht mehr unter den Begriff des „Druckwerkes“. Das überkommene Pflichtexemplarrecht erfasst die unkörperlich (also ohne Trägermedium) über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Inhalte nicht, sodass die kulturelle Überlieferung ohne eine gesetzliche Änderung nicht gesichert ist. Da aber immer mehr kulturell relevante Äußerungen allein über das Internet kommuniziert werden, ist mit Blick auf das unverändert aktuelle Ziel des Pflichtexemplarrechts, nämlich eine möglichst vollständige Sammlung von veröffentlichten kulturellen Äußerungen anzustreben, dessen Ausweitung auch auf die unabhängig von einem Trägermedium als Sammlungsobjekt kommunizierten kulturellen Äußerungen, insbesondere die originär digital über das Internet kommunizierten Inhalte unerlässlich. Je stärker der Umgang mit Informationen aus dem Internet das gesellschaftliche, wirtschaftliche, wissenschaftliche und kulturelle Leben prägt, desto wichtiger wird die dauerhafte und systematische Sammlung und Bewahrung auch dieser Inhalte.

Tatsächlich hat der Gesetzgeber in Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sowie beim Bund bereits auf den beschriebenen Medienwandel reagiert und seine Pflichtexemplarbestimmungen entsprechend angepasst; weitere Länder werden wohl bald folgen. Als erster hat im Jahr 2006 der Bundgesetzgeber sein Pflichtexemplarrecht modernisiert und dazu in Gestalt des „Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek“ (DNBG) ein ganz neues

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

Gesetz mit einer neuen Terminologie erlassen.⁵ Die Länder hingegen haben es sich zunächst einfach gemacht und sich auf eine Analogie zur Ablieferung gedruckter Materialien beschränkt. In jüngster Zeit haben jedoch Nordrhein-Westfalen, Hessen und zuletzt Sachsen neben einer Ablieferungspflicht für Netzpublikationen auch spezifisch auf das Urheberrecht bezogene Regelungen zur Nutzung und Bewahrung dieser Inhalte erlassen, über die der Bund und die übrigen Ländern noch nonchalant glaubten hinwegsehen zu können. Offenbar sind letztere selbstverständlich davon ausgegangen, dass das Pflichtexemplarrecht schon die notwendigen Handlungsvollmachten hergibt bzw. diese konkludent auf der Grundlage des Pflichtexemplarrechts vom Berechtigten eingeräumt werden.

Diese unterschiedliche Vorgehensweise und ihre Konsequenzen sollen im Folgenden näher verdeutlicht werden.

1. Bund

Der Sammelauftrag der DNB als zentraler Archivbibliothek der Bundesrepublik Deutschland war bis zum „Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek“ (DNBG) vom 22. Juni 2006⁶ in § 2 des „Gesetzes über Die Deutsche Bibliothek“ (DBibIG) vom 31. März 1969⁷ im Wesentlichen auf das Kommunikationsmedium „Druckwerk“ als Sammelobjekt beschränkt. Die Begriffsdefinition in § 3 Abs. 1 DBibIG lautete:

„Druckwerke im Sinne dieses Gesetzes sind alle Darstellungen in Schrift, Bild und Ton, die im Vervielfältigungsverfahren hergestellt und zur Verbreitung bestimmt sind“.

Vorausgesetzt wurde also ein körperliches (Träger-) Medium. Bereits 1996 hatten daher staatliche wie verlegerische Stellen eine Erweiterung des Sammelauftrags der Bibliothek auf digitale, nicht trägergebundene kulturelle Äußerungen für notwendig gehalten. Im September 2001 einigten sich die DNB und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels zunächst auf ein freiwilliges Ablieferungsverfahren für Publikationen, die über digitale und

⁵ Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek vom 22. Juni 2006 (BGBl. I S. 1338), abgedruckt bei Lansky/Kesper, Bibliotheksrechtliche Vorschriften, Nr. 12.

⁶ Fundstelle: BGBl. I 2006, S. 1338.

⁷ Fundstelle: BGBl. I 1969, S. 265.

vernetzte Medien kommuniziert werden.⁸ Dieses Verfahren erfasste jedoch nur wissenschaftliche Publikationen bedeutender Verlage. Nicht gewerbliche Publikationen, die so genannte „graue Literatur“, oder die Programme kleinerer Verlage wurden übergangen.

Erst 2006 konnte der Sammelauftrag der Bibliothek erweitert werden und umfasst nach § 2 Nr. 1 DNBG nun:

- a) die ab 1913 in Deutschland veröffentlichten Medienwerke und
- b) die ab 1913 im Ausland veröffentlichten deutschsprachigen Medienwerke, Übersetzungen deutschsprachiger Medienwerke in andere Sprachen und fremdsprachigen Medienwerke über Deutschland.

Nach § 3 Abs. 1 des DNBG sind Medienwerke

„(...) alle Darstellungen in Schrift, Bild und Ton, die in körperlicher Form verbreitet, oder in unkörperlicher Form der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“.

Unter die gesetzliche Sammeldefinition gehören damit nicht nur originär unkörperlich kommunizierte („born digital“) Publikationen, sondern auch Digitalisate älterer Publikationen, wenn sie im Internet öffentlich zugänglich gemacht werden. Indem der Begriff „Druckwerk“ durch den Begriff „Medienwerk“ ersetzt wird, wird nicht mehr an ein körperliches Trägermedium angeknüpft, dem der mediale Inhalte irgendwie eingeschrieben oder eingeprägt wurde, denn das meint ja letztlich die Tätigkeit des „Druckens“. Die neue Begrifflichkeit erfasst jetzt alle denkbaren Ausdrucksformen kultureller Äußerungen, einschließlich der in unkörperlicher Form über digitale und vernetzte Medien verbreiteten Inhalte. Angeknüpft wird dabei an die kulturelle Äußerung selbst, welche bereits als „Medienwerk“ bezeichnet wird, was sie insoweit ja auch ist, da sie erst über Medien wie Schrift, Bild und Ton erfahren und rezipiert werden kann.

Voraussetzung für die Sammlungstätigkeit der DNB und damit auch für die Ablieferungspflicht ist seit der Neufassung des DNBG nicht mehr,

⁸ Vgl. Weber, Öffentlich-rechtliche und organisatorische Rahmenbedingungen, in: Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S. 197.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

dass das Sammlungsobjekt „verlegt“ wurde, sondern gemäß § 2 Nr. 1 a) und b) DNBG dessen „Veröffentlichung“. Das Merkmal „veröffentlicht“ erfasst deutlicher als die Merkmale „verlegt“ und „hergestellt“ aus § 2 Nr. 1 DBibIG auch Publikationen, die außerhalb des kommerziellen Buchhandels erscheinen, die so genannte „graue Literatur“.

Die Begriffe „verlegt“ oder „hergestellt“ bedurften damals noch einer eigenen Definition in § 19 Abs. 2 DBibIG, die auch nicht kommerzielle Selbstverleger gesondert erwähnte, um nicht als allein auf Gewerbebetriebe zielend missverstanden zu werden. Indem der Begriff „verlegt“ durch den Begriff „veröffentlicht“ ersetzt wird, entfällt zudem die Problematik, dass eine Netzpublikation nicht im verlagsrechtlichen Sinne „verlegt“ wird.

Wann eine urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerung veröffentlicht ist, bestimmt § 6 Abs. 1 UrhG, nämlich dann, wenn sie „mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist“. Der Begriff der Öffentlichkeit ist hier urheberrechtlich im Sinne von § 15 Abs. 3 UrhG zu verstehen:

„Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.“⁹

⁹ Es ist umstritten, ob die in § 15 Abs. 3 UrhG enthaltene Definition der Öffentlichkeit auch für § 6 Abs. 1 UrhG gilt (so Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, UrhG, § 6 Rn. 11; Marquardt, in: Wandtke/ Bullinger, UrhG, § 6 Rn. 5, oder ob dieser von einem eigenen Begriff der Öffentlichkeit ausgeht (so Katzenberger, in: Schrickler, Urheberrecht, § 6 Rn. 9 ff. Wenn das im Urheberrecht traditionell sehr weite Verständnis von Öffentlichkeit aus § 15 Abs. 3 UrhG auch auf § 6 UrhG angewandt wird, so führt das zu einer Verstärkung der mit der Veröffentlichung verbundenen nachteiligen Folgen für den Urheber. Von der Veröffentlichung eines unkörperlichen Werkes ist daher erst dann auszugehen, wenn es einem nicht von vornherein bestimmt abgegrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird, und nicht schon dann, wenn es einer Mehrzahl von Personen (mindestens zwei nicht durch persönliche Beziehungen miteinander verbundenen Personen) zugänglich gemacht wird (So die Ansicht welche einen engeren eigenen Öffentlichkeitsbegriff für § 6 Abs. 1 UrhG verlangt, vgl. Dreier, in: ders./G. Schulze, UrhG, § 6 Rn. 7.). Hingegen sollte es keinen Unterschied

Im Ergebnis setzt der Sammelauftrag der DNB im Hinblick auf alle Darstellungen in öffentlichen Netzen (unkörperliche Medienwerke gem. § 3 Abs. 3 DNBG) demnach sehr früh ein und ist somit umfassend. Werke werden von der DNB bereits dann, wenn sie veröffentlicht sind, also wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, gesammelt. Dieser sehr weite Fokus entspricht auch der Intention von § 3 Abs. 1 und Abs. 3 DNBG, der den Begriff des unkörperlichen Medienwerks definiert und mit den Begriffen „verbreitet“ und „öffentlich zugänglich gemacht“ auf §§ 17 (Verbreitungsrecht) und 19a (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) UrhG Bezug nimmt.

Gesammelt werden sollen auch diejenigen unkörperlichen Medienwerke, die erst auf Verlangen bereitgestellt oder gedruckt (z. B. Publishing oder Printing on Demand) werden.¹⁰ Voraussetzung für die Sammlungstätigkeit der DNB, welche mit einer Pflichtabgabe korrespondiert, ist weiterhin, dass die Veröffentlichung durch einen gemäß § 15 des DNBG zur Ablieferung Verpflichteten erfolgt ist. Nach § 15 DNBG ist abgabepflichtig,

„wer berechtigt ist, das Medienwerk zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen und den Sitz, eine Betriebsstätte oder den Hauptwohnsitz in Deutschland hat“.

Ablieferungspflichtig sind damit nicht nur „Verleger“ sondern allgemein die „Rechteinhaber“ urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen. Damit wird dem Umstand Genüge getan, dass im Internet jeder als „Selbstverleger“ auftreten kann. Die Ablieferungspflicht für unkörperliche Medienwerke ist in § 14 Abs. 3 DNBG geregelt, der Bezug auf § 16 DNBG nimmt, welcher die Art und Weise der Ablieferung bestimmt:

„Die Ablieferungspflichtigen haben Medienwerke in unkörperlicher Form nach § 2 Nr. 1 Buchstabe a in einfacher Ausfertigung gemäß § 16 Satz 1 abzuliefern.“

Das DNBG kombiniert in Bezug auf die unkörperlichen Medienwerke in § 16 DNBG Anbieters- und Ablieferungspflichten. Entweder sind die vom

machen, ob das Werk den Angehörigen der Öffentlichkeit gleichzeitig oder sukzessive zugänglich gemacht wird.

¹⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/322.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

Sammelauftrag umfassten Netzpublikationen abzuliefern oder sie sind zur Abholung bereitzustellen:

„Die Ablieferungspflichtigen haben die Medienwerke vollständig, in einwandfreiem, nicht befristet benutzbarem Zustand und zur dauerhaften Archivierung durch die Bibliothek geeignet unentgeltlich und auf eigene Kosten binnen einer Woche seit Beginn der Verbreitung oder der öffentlichen Zugänglichmachung an die Bibliothek oder der von dieser benannten Stelle abzuliefern. Medienwerke in unkörperlicher Form können nach den Maßgaben der Bibliothek auch zur Abholung bereitgestellt werden.“

Beim Verfahren durch „Ablieferung“ besteht die Dienstleistung der DNB darin, einen Server bereitzuhalten, auf den die Netzpublikationen mittels Anmeldeverfahren übermittelt werden können. Die Übermittlung erfolgt durch den Rechteinhaber, der beim Aufspielen der Dateien auf den Bibliotheksserver selbst die für den Bestandsaufbau erforderliche urheberrechtlich nach § 16 UrhG relevante Vervielfältigung vornimmt, welche die Bibliothek nur entgegennimmt. Eine Nutzungsrechtseinräumung gem. §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG im Hinblick auf § 16 UrhG ist insoweit nicht erforderlich.

Beim Verfahren durch „Bereitstellung zur Abholung“ nach Maßgabe der Bibliothek besteht die Aufgabe der DNB darin, sich die Netzpublikationen von einem ihr zuvor angezeigten Dokumentenserver nach Richtlinien der Open Archives Initiative (OAI-Repository), über den die Metadaten der auf diesem Server befindlichen Inhalte such- und auffindbar sind und über eine OAI-Schnittstelle abgerufen werden können, selbst herunterzuladen und zu speichern. Hierzu setzt sie zielgerichtetes Web-Harvesting ein.¹¹ Der Einsatz von zielgerichtetem Web-Harvesting als „Abholungsverfahren“ ist vor allem hilfreich für Ablieferer, die große Mengen digitaler sammlungsrelevanter Werke anbieten und für die das Verfahren durch Ablieferung über ein Anmeldeformular daher nicht realisierbar ist. Durch das Verfahren der Bereitstellung zur Abholung sollen Ablieferungspflichtige mit großen Datenbankservern vor dem mit einer Einzelabgabe verbundenen unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand geschützt werden. Für die Bibliothek hingegen bedeutet dies einen Arbeitsmehraufwand im „Ge-

¹¹ Vgl. Euler, Web-Harvesting vs. Urheberrecht – Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht, in: Computer und Recht 24 (2008), S. 64-68.

geschäftsgang“ der Netzpublikationen.¹² Beim Verfahren durch Bereitstellung zur Abholung ist es die Bibliothek, die für den Bestandsaufbau eine Vervielfältigungshandlung gemäß § 16 UrhG vornimmt und nicht der die Netzpublikation nur zur Abholung bereitstellende Urheberrechteinhaber. Dieser willigt jedoch bereits durch die Bereitstellung zur Abholung in die spätere urheberrechtlich nach § 16 UrhG relevante Vervielfältigung durch die Bibliothek ein. Eine Nutzungsrechtseinräumung gem. §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG, jedenfalls aber eine einverständliche Gestattung im Hinblick auf § 16 UrhG erfolgt bei der Bereitstellung zur Abholung auf einem entsprechendem Dokumentenserver konkludent bereits durch die Bereitstellung selbst.

Während der Sammelauftrag im früheren DBibIG selbst umfassend eingeschränkt und durch Ausführungsbestimmungen der damaligen Pflichtstückverordnung vom 14. Dezember 1982 nur noch präzisiert wurde,¹³ wird er im DNBG auf der Ebene des Gesetzes nur geringfügig modifiziert. Im Hinblick auf die unkörperlichen Medienwerke wurde daher teilweise der Schluss gezogen, dass die DNB nach der Neufassung des DNBG das gesamte deutsch-sprachige Internet archivieren solle.¹⁴ Die Masse der unter den abstrakten Sammelauftrag des DNBG fallenden, unkörperlichen Medienwerke ist aber für die zig Millionen deutschen Top-Level Domains nicht zu bewältigen. Daher ermächtigt das DNBG in § 20 dazu, den Sammelauftrag durch die Ausführungsbestimmungen weiter zu konkretisieren. Einschränkungen sind gemäß § 20 Nr. 1 DNBG sowohl im Hinblick auf den Sammelauftrag aus § 2 Nr. 1 DNBG als auch im Hinblick auf die sich aus § 14 DNBG ergebende Ablieferungspflicht selbst möglich.

Die DNB hat den erweiterten gesetzlichen Auftrag durch die Pflichtablieferungsverordnung vom 17. Oktober 2008 und die Neufassung ihrer Sammelrichtlinien vom 1. Juni 2009 näher umschrieben.¹⁵ Darin wird der umfassende Sammlungsauftrag und die damit korrespondierende, um-

¹² Vgl. Meyer, Netzpublikationen. Geschäftsgang und Verfügbarmachung, in: Berliner Handreichungen zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft Nr. 210, 2007.

¹³ Fundstelle: BGBl. I 1982, S. 1739.

¹⁴ Vgl. Löbbert, Jeder Chat ein Dokument, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29. Oktober 2006, 33.

¹⁵ Fundstellen: BGBl. I 2008, S. 2013 sowie urn:nbn:de:101-2009033003.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

fassende Ablieferungspflicht im Hinblick auf Netzpublikationen so weitreichend eingeschränkt, dass die DNB grundsätzlich ihrer Archivierungsaufgabe gerecht werden kann, aber nicht alle deutschsprachigen Internetseiten archivieren muss.¹⁶ Dass die neue Aufgabe auch neue Kosten nach sich zieht, versteht sich von selbst. Der Haushalt der DNB, welcher selbst wiederum dem Haushalt des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM) zuzurechnen ist, wurde daher dem auf nicht-körperliche Medienwerke erweiterten Sammelauftrag, dessen Erfüllung zusätzliches Personal und die Bereitstellung von IT-Infrastruktur notwendig macht, angepasst.

2. Baden-Württemberg

In Baden-Württemberg wurde die Ausweitung des Sammelauftrages auf digitale Werke durch die Einführung lediglich eines neuen Paragraphen vollzogen. Dieser bestimmt, dass die Vorschriften für die Pflichtablieferung körperlicher Werke bei digitalen Publikationen entsprechend angewendet werden sollen.¹⁷ Diese äußerst schlanke Erweiterung des auch sonst sehr schlanken baden-württembergischen Pflichtexemplargesetzes sollte dessen völlige Neufassung entbehrlich machen. Sie wirft jedoch viele Fragen auf. Gerade im Hinblick auf die Abgabepflicht aus § 1 ist mehr als unklar, was tatsächlich für Netzpublikationen geregelt wurde. § 1 des Gesetzes über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in Stuttgart, der sich auf Druckwerke bezieht, lässt sich nämlich nicht so einfach entsprechend auf Netzpublikationen anwenden:

§ 1 [*Ablieferungspflicht*]

1. *Von jedem Druckwerk, das im Geltungsbereich dieses Gesetzes verlegt wird, hat der Verleger der Badischen Landesbibliothek in Karlsruhe und der Württembergischen Landesbibliothek in Stuttgart je ein Stück abzuliefern.*
2. *Er hat ein Exemplar an die Landesbibliothek, in deren Bezirk das Druckwerk verlegt wird, unentgeltlich und frei von Versandkosten und das zweite Exemplar an*

¹⁶ Vgl. Schmiederer, Internet. Jäger des virtuellen Schatzes, in: Süddeutsche Zeitung vom 15. September 2006, 9.

¹⁷ Siehe die Anpassung des Gesetzes über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in Stuttgart vom 23.02.2007, in: GBl. Baden-Württemberg, S. 107.

die andere Landesbibliothek auf deren Anforderung gegen eine Entschädigung in Höhe von 50 v.H. des Ladenpreises frei von Versandkosten abzuliefern; die Entschädigung wird auf Antrag gewährt.

3. Als innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes verlegt gelten auch solche Werke, die einen Ort innerhalb des Geltungsbereichs als Verlagsort nur in Verbindung mit einem anderen Ort nennen.

4. Verleger im Sinne dieses Gesetzes ist auch der als Selbstverleger tätige Verfasser oder Herausgeber eines Druckwerkes oder der Kommissions- und Lizenzverleger, sofern er im Werk genannt ist.

Wann eine Netzpublikation im Geltungsbereich des baden-württembergischen Pflichtexemplarrecht verlegt wird, ist objektiv nicht auszumachen, denn Netzpublikationen werden nicht im ursprünglichen Sinne „verlegt“ und Anknüpfungspunkt kann somit nicht der Sitz des Verlegers sein.

Fraglich ist daher, wie abgabepflichtige Netzpublikationen in Baden-Württemberg identifizierbar sind. Lediglich die von den Verlagen in Baden-Württemberg über das Internet verbreiteten Netzpublikationen fallen klar unter die Abgabepflicht. Im Hinblick auf alle anderen Netzpublikationen müssen die regionalen Pflichtexemplarbibliotheken in Baden-Württemberg sich mit den Anbietern möglicher Inhalte in Verbindung setzen, um deren Verpflichtungen aus dem Gesetz zu klären. Der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg sollte sich daher, auch um Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen, die Mühe machen, sein Pflichtexemplarrecht einer Generalüberholung zu unterziehen.¹⁸ Zugleich könnte dabei die Gesetzssystematik wiederhergestellt werden, die unter der unorganischen Einfügung von § 1a gelitten hat, ist er doch reichlich zusammenhanglos zwischen § 1, der den Umfang der Ablieferungspflicht bestimmt, und § 2, der die Begriffsbestimmung Druckwerke enthält, eingestreut. Trotz der nach hier vertretenen Ansicht unklaren Rechtslage in Baden-Württemberg, sammeln archivieren und erschließen die beiden Landesbibliotheken in Baden-Württemberg Netzpublikationen über das Ba-

¹⁸ Vgl. dazu den Vorschlag im Rahmen eines zu erlassenden Bibliotheksgesetzes Baden-Württemberg bei Vonhof/ Steinhauer (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung – ein Handbuch für die Praxis, insbesondere im Land Baden-Württemberg, 2011, S. 297 f.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

den-Württembergische Online Archiv (BOA),¹⁹ einem der ersten Depot-systeme für Netzpublikationen überhaupt, das schon seit dem Jahr 2004 arbeitet und in Kooperation mit dem Landesarchiv Baden-Württemberg betrieben wird. Auswahl, Sammlung und Beschreibung erfolgen in gegenseitiger Abstimmung gemäß der Sammelrichtlinien und Erschließungs-regeln. Der Schwerpunkt liegt zurzeit auf über das Internet veröffent-lichten Dokumenten im PDF-Format und Webseiten, die in Baden-Württemberg veröffentlicht werden (Pflichtexemplar) oder sich inhaltlich auf Baden-Württemberg beziehen. Erstere können nicht über die In-ternetseite von BOA, sondern gestützt auf § 52b UrhG nur an einem elektronischen Leseplatz innerhalb der Bibliotheken zugänglich gemacht werden. Letztere fallen nicht unter das Pflichtexemplarrecht und können nur mit Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber gespeichert und zu-gänglich gemacht werden. Die Betreiber des BOA müssen sich, dem Ziel der dauerhaften Zugänglichmachung entsprechend, zeitlich unbegrenzte und medienunabhängige Nutzungsrechte einräumen lassen.

Das Gesetz über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbiblio-thek in Stuttgart wird durch die Verordnung des Wissenschaftsministe-riums zur Durchführung des Gesetzes über die Ablieferung von Pflicht-exemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in Stuttgart (Pflichtexemplarverord-nung) vom 26. März 1976 ergänzt.²⁰ Diese wiederum durch Sammel-richtlinien und Erschließungsregeln der Bibliotheken. Erst Letztere geben wirklich Aufschluss darüber, was von den Regionalbibliotheken in Stutt-gart und Karlsruhe gesammelt wird. Dies macht es für die Ablie-ferungspflichtigen zusätzlich schwer, ihrer Ablieferungspflicht nach-zukommen und zwingt letztlich die regionalen Pflichtexemplarbibliotheken Stuttgart und Karlsruhe, wollen sie ihrem formulierten Anspruch der

¹⁹ Vgl. Wiesenmüller, Bestandserhaltung von Online-Publikationen an Regionalbibliotheken: Das Projekt ‚Baden-Württembergisches Online-Archiv‘ (BOA), in: Bibliotheksdienst 38 (2004), S. 471.

²⁰ Fundstelle: GBl. Baden-Württemberg, S. 447, geändert durch ÄndVO vom 1. September 2000 (GBl., S. 664); abgedruckt bei Lansky/Kesper, Bibliotheksrechtliche Vorschriften, Nr. 528.

vollständigen Sammlung von Netzpublikationen nachkommen, selbst nach diesen zu suchen.

3. Sachsen-Anhalt

In Sachsen-Anhalt ging man zunächst davon aus, dass im Pflichtexemplarrecht bereits eine Kompetenz zur Sammlung von Netzpublikationen besteht.²¹ Grundlage für diese Ansicht war § 2 der Verordnung über die Durchführung der Ablieferungspflicht von Druckwerken in der Fassung vom 12. Juni 1996.²² Dort war geregelt, dass auch eine „elektronische Publikation“ der Ablieferungspflicht unterliegt. Allerdings war im Pressegesetz Sachsen-Anhalt, aber auch schon in der zitierten Rechtsverordnung das abzuliefernde Objekt klar mit „Druckwerk“ umschrieben, so dass elektronische Publikationen im Sinne der Ablieferungsverordnung nur solche sein können, die einem Träger wie bei einem Druckwerk eingeschrieben sind. Unkörperliche Netzpublikationen zählen dazu gerade nicht. Um auch diese Veröffentlichungen zweifelsfrei sammeln zu können, wurde 2010 das Pressegesetz Sachsen-Anhalt um zwei Absätze ergänzt.²³ Nach § 11 Abs. 6 des Landespressegesetzes unterliegen jetzt „digitale Publikationen“, die auf Datenträgern verlegerisch verbreitet werden, sowie solche, die öffentlich zugänglich gemacht werden, der Ablieferungspflicht. Ergänzt wird diese Regelung durch eine neue Begriffsbestimmung in § 6 Abs. 5 des Gesetzes:

„Digitale Publikationen sind Darstellungen in Schrift, Bild oder Ton, die auf Datenträgern oder in unkörperlicher Form in öffentlichen Netzen verbreitet werden. Für digitale Publikationen gelten die Regelungen für Druckwerke entsprechend, soweit im Gesetz nichts anderes geregelt ist.“

Bemerkenswert ist, dass durch die allgemeine Definition in § 6 das Landespressegesetz seinen gesamten Anwendungsbereich auf Netzpublikationen erweitert hat. Ob dies presserechtlich tatsächlich sachgerecht ist, sei zumindest kritisch angemerkt. Im Nachgang zur Änderung des Landespressegesetzes wurde durch die Verordnung über die Durchführung der Ablie-

²¹ Vgl. Walter, Das Pflichtexemplar in der Gesetzgebung des Bundes und der Länder, in: Bohrer (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung in Europa, 2000, S. 49 f.

²² Verordnung über die Durchführung der Ablieferungspflicht von Druckwerken in der Fassung vom 12. Juni 1996, in: GVBl. Sachsen-Anhalt, S. 208.

²³ Fundstelle: GVBl. Sachsen-Anhalt, S. 112.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

ferungspflicht von Druckwerken und digitalen Publikationen (DruckWuaAbgDV) vom 17. Dezember 2010 die alte Ablieferungsverordnung von 1996 abgelöst.²⁴ Beachtung verdient hier § 2 DruckWuaAbgDV, wonach Netzpublikationen nur sehr ausgewählt gesammelt werden, in der Regel solche, die vom Medientyp her eine Parallele in der analogen Welt besitzen wie eBooks, Online-Zeitschriften und dergleichen; ansonsten gilt: „Websites werden nicht gesammelt“. Von daher ist die Sammlung von Netzpublikationen in Sachsen-Anhalt noch sehr zurückhaltend geregelt und beschränkt sich im Wesentlichen auf eine entsprechende Anwendung der für analoge Publikationen geltenden Vorschriften. Im Gegensatz zu Baden-Württemberg wurde aber Wert auf eine klare Terminologie und eine transparente Umschreibung des Sammlungsauftrages gelegt. Urheberrechtliche Besonderheiten bei den Digitalia werden in Sachsen-Anhalt aber nicht berücksichtigt.

4. Thüringen

Das Pflichtexemplarrecht in Thüringen wurde am 16. Juli 2008 mit dem Thüringer Gesetz zum Erlass und zur Änderung bibliotheksrechtlicher Vorschriften – Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz – geändert.²⁵ Dabei wurde das Thüringer Pressegesetz um § 12 Abs. 3 ergänzt, welcher die Pflichtabgabe für digitale Publikationen vorsieht. Das Thüringer Pressegesetz unterscheidet zwischen Druckwerken (§ 12 Abs. 1) und digitalen Publikationen (§ 12 Abs. 3), anstatt beide unter den einheitlichen Begriff „Medienwerk“ zu fassen.

Der Begriff Medienwerk findet im Thüringer Pressegesetz keine Verwendung, stattdessen ist von „Darstellungen“ die Rede. Damit wird ein Ausdruck verwendet, der im DNBG (etwa in § 3 DNBG) synonym zum Begriff „Medienwerk“ ist. Digitale Publikationen sind nach § 3 Abs. 3 S. 2 des Thüringer Pressegesetzes „*Darstellungen in Schrift, Bild und Ton, die auf Datenträgern oder in unkörperlicher Form in öffentlichen Netzen verbreitet werden*“. Explizit wird als digitale Publikation also auch die auf einem körperlichen Trägermedium digital aufgezeichnete kulturelle Äußerung verstanden, und damit die Frage, ob der Begriff Druckwerk aus § 12 Abs. 1 des Thüringer Presse-

²⁴ Fundstelle: GVBl. Sachsen-Anhalt, S. 599.

²⁵ Fundstelle GVBl. Thüringen, S. 243 f.

gesetzes auch digital elektronisch auf körperliche Trägermedien gespeicherte Dokumente umfasst, entbehrlich gemacht. Auch wenn etwas unklar formuliert, genügt die Erweiterung in § 12 des Thüringer Pressegesetzes der gegenwärtigen Anforderung, die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen zu erfassen. Dennoch wäre eine einheitliche Ersetzung des Begriffs Druckwerk durch einen technologieneutralen Begriff wie „Medienwerk“ vor dem Hintergrund der technischen Weiterentwicklung zu überlegen. Konkretisiert wird die Ablieferungspflicht durch die „Verordnung über die Ablieferung digitaler Publikationen an die Thüringer Universitäts- und Landesbibliothek“ vom 8. Februar 2011.²⁶ Für Netzpublikationen wird dort lediglich bestimmt, dass die empfangsberechtigte Bibliothek über die Aufnahme in die Sammlung entscheidet und inhaltlich unergiebigere Ressourcen sowie solche Inhalte, deren Sammlung und Archivierung technisch besonders aufwändig ist, nicht berücksichtigt.

5. Hamburg

Durch das „Gesetz zur Änderung des Pflichtexemplargesetzes“ vom 8. September 2009 wurde in der Freien und Hansestadt Hamburg das elektronische Pflichtexemplar eingeführt.²⁷ Die neue Regelung orientiert sich stark an Baden-Württemberg und statuiert in § 1 des Hamburgischen Pflichtexemplargesetzes einfach eine Analogie für digitale Publikationen: *„Für digitale Publikationen gelten die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechend.“* § 2 Abs. 2 des Pflichtexemplargesetzes definiert digitale Publikationen als: *„alle Darstellungen in Schrift, Bild und Ton, die auf Datenträgern oder in unkörperlicher Form in öffentlichen Netzen dargestellt werden.“* Diese Definition orientiert sich an der Definition für Medienwerke in § 3 DNBG. Ebenfalls am DNBG orientiert sich das Verfahren der Pflichtabgabe. So bestimmt § 2 Abs. 2 des Pflichtexemplargesetzes:

„Digitale Publikationen in unkörperlicher Form können nach den Maßgaben der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky auch zur Abholung bereitgestellt werden.“

²⁶ Fundstelle: GVBl. Thüringen, S. 18.

²⁷ Fundstelle: GVBl. Hamburg Teil I, S. 330.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter – Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

Werden „digitale Publikationen“ zur Abholung bereitgestellt, ermöglicht das den Einsatz von zielgerichtetem Web-Harvesting über ein OAI-Repository. Das vereinfacht die Pflichtabgabe für ablieferungspflichtige Verlage und andere Stellen mit großem Publikationsaufkommen erheblich. Es ist zu begrüßen, dass in Hamburg auf die Anforderungen, welche die digitalen und vernetzten Medien an das Pflichtexemplarrecht stellen, relativ schnell reagiert wurde. Gleichwohl begegnet die hergestellte Analogie anstelle einer Gesetzesneufassung denselben Bedenken wie beim baden-württembergischen Pflichtexemplarrecht. Problematisch ist vor dem Hintergrund, dass ein Verstoß gegen die Ablieferungspflicht gem. § 6 des Pflichtexemplargesetzes mit einem Bußgeld belegt werden kann, dass das Gesetz keine Ermächtigung für den Erlass einer die umfassende Pflichtabgabe beschränkenden Verordnung enthält, sondern die notwendige Beschränkung durch Ausnahme von Publikationen, an denen kein öffentliches Interesse besteht, in § 5 S. 2 des Pflichtexemplargesetzes in das Verwaltungsermessen der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky legt. Die Reichweite der Ablieferungsverpflichtung sollte für die Abgabeverpflichteten und den Rechtsanwender aus Gründen der Rechtsklarheit aus dem Gesetz selbst, wenigstens aber aus einer Rechtsverordnung widerspruchsfrei, deutlich und verständlich hervorgehen.

6. Hessen

Das Land Hessen hat Ende 2012 im Zuge der Novelle seines Archivgesetzes das Pflichtexemplarrecht um die Sammlung von Netzpublikationen erweitert.²⁸ Dabei wurde das Pflichtexemplarrecht aus dem Hessischen Pressegesetz herausgelöst und im Hessischen Bibliotheksgesetz (HessBiblG) als § 4a HessBiblG neu geregelt. Bemerkenswert an den hessischen Bestimmungen ist, dass hier erstmals den urheberrechtlichen Besonderheiten unkörperlicher Medienwerke Beachtung geschenkt wurde. So müssen abgelieferte Publikationen auch in rechtlicher Hinsicht frei von Beschränkungen sein, die die Archivierung, aber auch die Nutzung verhindern. Indirekt ist damit die Einräumung von Nutzungsrechten angesprochen. Bemerkenswert ist, dass die empfangsberechtigte Bibliothek bei säumigen Ablieferungspflichtigen befugt ist, von sich aus das fraglich Werk

²⁸ Fundstelle: Gesetz vom 26. November 2012, in: GVBl. Hessen, S. 458.

in den Bestand zu übernehmen und es wie ein abgeliefertes Werk zu nutzen, vgl. § 4a Abs. 3 HessBibIG:

„Die Ablieferungspflichtigen haben die Medienwerke auf eigene Kosten binnen eines Monats seit Beginn der Verbreitung oder der öffentlichen Zugänglichmachung bei der zuständigen Bibliothek oder der von dieser benannten Stelle abzuliefern. Sie sind vollständig, in einwandfreiem, benutzbarem Zustand und zur dauerhaften Archivierung durch die Bibliothek geeignet unentgeltlich abzuliefern. Ihre Nutzbarkeit muss unbeschränkt und ohne Einschränkung durch Schutzmechanismen sowie rechtliche und tatsächliche Beschränkungen möglich sein. Medienwerke in unkörperlicher Form können nach den Maßgaben der zuständigen Bibliothek auch zur Abholung bereitgestellt werden. Die Bibliothek trägt dafür Sorge, dass die zur Verfügung gestellten Medienwerke in unkörperlicher Form nicht unzulässig weiterverbreitet werden können. Wird die Ablieferungspflicht nicht binnen eines Monats seit Beginn der Verbreitung oder der öffentlichen Zugänglichmachung des Medienwerkes erfüllt, ist die Bibliothek nach Mahnung und fruchtlosem Ablauf von weiteren drei Wochen berechtigt, die Medienwerke auf Kosten der Ablieferungspflichtigen anderweitig zu beschaffen. Frei zugängliche unkörperliche Medienwerke, die der Ablieferungspflicht unterliegen, kann die Bibliothek nach Ablauf der vorstehend genannten Fristen in ihren Bestand übernehmen und im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages nutzen.“

Damit können die hessischen Pflichtexemplarbibliotheken zwar kein flächiges, also uneingeschränktes, Harvesting relevanter Werke betreiben, wohl aber abgelieferte Medienwerke sowie solche Werke, an deren Sammlung Interesse besteht, die aber entgegen der gesetzlichen Pflicht nicht abgeliefert wurden, auf rechtlich klarer Grundlage sammeln, erhalten und in gewissem Umfang auch zur Nutzung bereitstellen. Eine Konkretisierung der zu sammelnden Materialien durch eine Rechtsverordnung deren Erlass nach § 4a Abs. 6 S. 2 HessBibIG übrigens Voraussetzung dafür ist, dass Netzpublikationen überhaupt abgeliefert werden müssen, ist bisher noch nicht erfolgt. Die alte „Verordnung über die Abgabe von Druckwerken“ vom 12. Dezember 1984 gilt nach Art. 4 des Gesetzes vom 26. November 2012 mit der Maßgabe fort, dass sie nur für körperliche Medienwerke Anwendung findet.²⁹

²⁹ Fundstelle der Verordnung: GVBl. Hessen I 1985, S. 10.

7. Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen ist die bislang konzeptionell gelungenste Anpassung des Pflichtexemplarrechts an das digitale Zeitalter vorgenommen worden. In dem völlig neu gefassten „Gesetz über die Ablieferung von Pflichtexemplaren in Nordrhein-Westfalen“ (PflExG) vom 29. Januar 2013 wird nicht nur der Sammelauftrag der Pflichtexemplarbibliotheken auf unkörperliche Medienwerke ausgeweitet.³⁰ Es werden in § 4 Abs. 5 und 6 PflExG auch explizit Nutzungsrechte erwähnt, die die Ablieferungspflichtigen der empfangsberechtigten Bibliothek bei der Ablieferung zumindest schlüssig einzuräumen haben, wobei insbesondere Aspekte der Langzeitarchivierung ausdrücklich erwähnt werden:

„(5) Mit der Ablieferung eines Medienwerkes auf einem elektronischen Datenträger oder eines Medienwerkes in unkörperlicher Form erhält die Bibliothek das Recht, das Werk zu speichern, zu vervielfältigen und zu verändern oder diese Handlungen in ihrem Auftrag vornehmen zu lassen, soweit dies notwendig ist, um das Medienwerk in die Sammlung aufnehmen, erschließen und für die Benutzung bereitstellen zu können sowie seine Erhaltung und Benutzbarkeit dauerhaft zu sichern. Entgegenstehende technische Maßnahmen sind vor der Ablieferung aufzuheben.

(6) Mit der Ablieferung eines Medienwerkes in unkörperlicher Form erhält die Bibliothek das Recht, das Werk in ihren Räumen zugänglich zu machen. Sie ist verpflichtet, ausreichende Vorkehrungen gegen eine unzulässige Vervielfältigung, Veränderung oder Verbreitung des Werkes zu treffen.“

Im Gegensatz zur hessischen Regelung fehlt es aber an einer ausdrücklichen Bestimmung, wie bei einem säumigen Ablieferungspflichtigen zu verfahren ist. Hier bleibt für das nordrhein-westfälische Pflichtexemplarrecht ein letzter Rest Rechtsunsicherheit bestehen. Zudem fehlt es noch an der in § 9 PflExG vorgesehenen Rechtsverordnung, die Ausnahmen von der Ablieferungspflicht und die Details der Ablieferung näher konkretisieren soll. Die bisherige „Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Ablieferung von Pflichtexemplaren“ vom 19. Januar 2010 ist nach ihrem § 4 bereits zum Ende des Jahres 2011 außer Kraft getreten.³¹

³⁰ Fundstelle: GVBl. NRW 2013, S. 29.

³¹ Fundstelle: GVBl. NRW 2010, S. 110.

8. Sachsen

Mit Wirkung vom 1. Januar 2014 ist zuletzt im Freistaat Sachsen im Rahmen der Novellierung des Gesetzes über die Sächsische Landesbibliothek Staats- und Universitätsbibliothek Dresden das Pflichtexemplarrecht im Sächsischen Pressegesetz neu geregelt worden.³² In § 11 des Gesetzes ist jetzt die Ablieferungspflicht analoger und digitaler Publikationen zu finden. Nach Abs. 5 sind digitale Publikationen „Darstellungen in Schrift, Bild oder Ton, die auf digitalen Datenträgern oder in unkörperlicher Form in öffentlichen Netzen verbreitet werden.“ Bemerkenswert sind Abs. 9 und 10 des neuen Paragraphen:

„(9) Mit der Ablieferung des Pflichtexemplars erhält die Sächsische Landesbibliothek – Staats- und Universitätsbibliothek Dresden das Recht, diese zu speichern, zu vervielfältigen und zu verändern oder diese Handlungen in ihrem Auftrag vornehmen zu lassen, soweit dies notwendig ist, um die Publikation in ihren Bestand aufzunehmen, erschließen und für die Benutzung bereitstellen zu können sowie ihre Erhaltung und Benutzbarkeit dauerhaft zu sichern. Entgegenstehende technische Maßnahmen sind vor der Ablieferung aufzuheben.

(10) Mit der Ablieferung des Pflichtexemplars erhält die Sächsische Landesbibliothek – Staats- und Universitätsbibliothek Dresden das Recht, diese Publikationen in ihren Räumen zugänglich zu machen. Sie ist verpflichtet, ausreichende Vorkehrungen gegen eine unzulässige Vervielfältigung, Veränderung oder Verbreitung dieser Publikationen zu treffen.“

So sehr die Berücksichtigung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse im neuen sächsischen Pflichtexemplarrecht auch zu begrüßen ist, so ist die gefundene Formulierung nicht gut gelungen. Das Gesetz differenziert hier gerade nicht zwischen analogen und digitalen Publikationen, was im Falle von Büchern und anderen als Werkstück abgelieferten Veröffentlichungen zu merkwürdigen Ergebnissen führt. Ein als Pflichtstück abgeliefertes Buch geht in das Eigentum der Bibliothek bzw. ihres Rechtsträgers über. Die weitere Nutzung ist wegen der urheberrechtlichen Erschöpfung in § 17 Abs. 2 UrhG aber gerade keine Frage von eingeräumten Nutzungsrechten. Da § 11 Abs. 3 des Sächsischen Pressegesetzes ausdrücklich betont,

³² Vgl. Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Dezember 2013, GVBl. Sachsen, S. 896 f.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter – Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

dass das Gesetz sich auf analoge und digitale Publikationen zugleich bezieht, könnte dies bei unbefangener Lesart von Abs. 10 zu überraschenden Konsequenzen für die Verleihbarkeit von Büchern führen, die als Pflichtstücke abgeliefert worden sind. Diese undifferenzierte Terminologie setzt sich in Abs. 6 fort, wo eine Entschädigungszahlung auch bei der Ablieferung von Netzpublikationen denkbar ist. Man sieht der sächsischen Regelung leider an, dass sie – wohl um politische Gestaltungsfähigkeit zu demonstrieren – ohne gründliche Beratung sehr kurzfristig auf ein laufendes Gesetzgebungsverfahren aufgesattelt wurde.

9. Zwischenfazit

Die erste Phase der Ausweitung der Pflichtexemplarregelungen auf unkörperliche digitale Werke ist geprägt von einer weitgehend analogen Anwendung der für gedruckte Publikationen geltenden Bestimmungen. Lediglich in terminologischer Hinsicht hat man sich bemüht, bessere und medienunabhängige Umschreibungen für Begriffe wie „Verleger“ und „Druckwerk“ zu finden. Erst in jüngster Zeit wurde in Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen die Aufmerksamkeit auch auf urheberrechtliche Aspekte digitaler Inhalte gelegt. Wie auch immer geartete urheberrechtliche Befugnisse bilden hier gewissermaßen das Gegenstück zum Sacheigentum am konventionellen Pflichtstück. Gleichwohl ist manches eher Stückwerk geblieben.

Das lenkt den Blick auf die notwendigen urheberrechtlichen Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Sammlung digitaler Dokumente durch die Pflichtexemplarbibliotheken.³³ Dieser Frage ist der folgende Abschnitt gewidmet.

IV. Alles geregelt?

Pflichtexemplarbibliotheken müssen in der Lage sein, eine gemäß ihrem gesetzlichen Auftrag vollständige Sammlung und Archivierung des un-

³³ Vgl. dazu Euler, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht, 2011, S. 118-261; Hinte/Katzenberger, Der Berliner Appell – Rechtliche Rahmenbedingungen für die digitale Langzeitarchivierung, in: Bibliotheksdienst 48 (2014), S. 238-247; Steinhauer, Wissen ohne Zukunft? Der Rechtsrahmen der digitalen Langzeitarchivierung von Netzpublikationen, in: Klimpel/Keiper (Hrsg.), Was bleibt? : Nachhaltigkeit in der digitalen Welt, 2013, S. 61-80.

körperlich über das Internet kommunizierten kulturellen Wissens zu gewährleisten und ihren Nutzern in angemessener Weise zur Verfügung zu stellen. Für das digitale Umfeld sind dabei einige Besonderheiten zu beachten, die im Folgenden dargestellt werden:

1. Notwendigkeit urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse

Wenn eine Pflichtexemplarbibliothek vom Ablieferungspflichtigen Eigentum an einem körperlichen Sammlungsgegenstand erworben hat, kann sie damit grundsätzlich tun und lassen, was sie möchte; das Urheberrecht wird dabei nicht berührt. Erst wenn der Sammlungsgegenstand vervielfältigt oder digitalisiert und über das Internet öffentlich zugänglich gemacht werden soll, kommt das Urheberrecht ins Spiel. Entsprechende Rechtspositionen muss sich die Bibliothek vom Berechtigten einräumen lassen, soweit nicht ausnahmsweise urheberrechtliche Schrankenbestimmung (etwa § 52b UrhG für elektronische Leseplätze) greifen.

Wenn eine Pflichtexemplarbibliothek aber kein Eigentum an einem körperlichen Werkstück hat, sondern wie im Fall der unkörperlichen Medienwerke lediglich Vervielfältigungen übermittelt bekommt, benötigt sie schon für die Langzeitarchivierung dieser Werke, die mit mehrfachen Abspeicherungen und Formatänderungen verbunden ist, ebenso wie für die spätere Präsentation im Internet, urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse. Der Umfang der Nutzungsbefugnisse ist entscheidend dafür, was die Bibliothek mit dem Werk tun darf und was nicht. In jeder Aktivierung des Sammlungsgegenstandes liegt eine urheberrechtlich relevante Handlung begründet, mindestens ist das urheberrechtliche Verwertungsrecht aus § 16 UrhG, das Vervielfältigungsrecht, betroffen. Während der Ablieferungsverpflichtete im analogen Umfeld der Pflichtexemplarbibliothek lastenfreies Sacheigentum zu verschaffen hat, damit diese ihre Aufgaben erfüllen kann, müsste er ihr im digitalen Umfeld, um zu einem funktional vergleichbaren Ergebnis zu gelangen, diejenigen Nutzungsbefugnisse einzuräumen, die diese benötigt, um ihren Aufgaben auch im digitalen Umfeld nachkommen zu können.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

Streitig ist schon, auf welche Weise das Entstehen solcher Nutzungsrechte dogmatisch zu begründen ist.³⁴ Möglicherweise setzt die Ablieferungspflicht bereits implizit voraus, dass aufgrund der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen bereits ein ausreichendes rechtliches Instrumentarium besteht, um unkörperliche Medienwerke zu archivieren und zugänglich zu machen. Demgemäß könnte die Verpflichtung zur Ablieferung lediglich als Anzeigepflicht verstanden werden. Das ist jedoch nicht der Fall. Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen begründen nicht die Zulässigkeit einer eigenständigen Sammlung und Archivierung durch die Pflichtexemplarbibliothek ohne eine vorherige Zustimmung des Rechteinhabers.

Mangels Möglichkeit zur Erreichung der gesetzlichen Zielvorgaben kommt eine Interpretation des Begriffs „Ablieferung“ als bloßer Verweis auf die derzeitigen urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen nicht in Betracht. Auch die Interpretation der gesetzlichen Ablieferungspflicht als neue Schrankenbestimmung, was wegen der ausschließlichen Bundeskompetenz im Bereich des Urheberrechts ohnehin nur für das DNBG denkbar wäre, überzeugt nicht.³⁵ Schon aus dogmatischen Gesichtspunkten wäre aus Gründen der Einheitlichkeit eine solche in den §§ 44a ff. UrhG zu verankern. Außerdem führt eine Schrankenbestimmung eo ipso zu einer Nutzungserlaubnis, sodass es im Grunde gar keiner Ablieferung mehr bedarf, die jedoch auf jeden Fall eine bewusste Handlung voraussetzt und nicht in der reinen öffentlichen Zugänglichmachung zu sehen ist. Wenn jedoch vieles dafür spricht, im Zusammenhang mit der Ablieferungspflicht auch von einer öffentlich-rechtlich statuierten Pflicht zur Einräumung von Nutzungsrechten auszugehen, dann ist es, schon angesichts der wenig aussagekräftigen gesetzlichen Bestimmungen, fraglich, wie weit diese Rechte gehen und ob damit die Pflichtexemplarbibliotheken ihren Auftrag adäquat erfüllen können. Wenn die Nutzungsrechte nicht explizit benannt sind, ist für die Bestimmung des Umfangs der Nutzungsrechtseinräumung

³⁴ Ausführlich Heckmann/Weber, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), in: AfP : Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2008, S. 269-276; Steinhauer, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetz zur Neuregelung des Archivwesens und des Pflichtexemplarrechts (LT-Drs. 18/6067) vom 24. September 2012, AV WKA 18/45 (Hessischer Landtag), S. 10-14.

³⁵ So auch Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, vor §§ 44a ff., Rn. 3.

auf § 31 Abs. 5 UrhG zurückzugreifen. Danach ist der von beiden Partnern zugrunde gelegte Vertragszweck entscheidend. Zweck des bei der Pflichtabgabe (konkudent) geschlossenen Lizenzvertrages ist, dass die Pflichtexemplarbibliothek ihren gesetzlichen Auftrag wahrnehmen kann,³⁶ welcher insbesondere die Aufgabe umfasst, die Netzpublikationen in den Bestand zu übernehmen, zu archivieren und an Ort und Stelle zugänglich zu machen, sowie bibliographische Dienste anzubieten.³⁷ Die konkudente Nutzungsrechtseinräumung erfasst dann die dafür notwendigen Nutzungen. Sie ist aber auch hierauf beschränkt. Damit stehen im Ergebnis die Pflichtexemplarbibliotheken im Hinblick auf ihre Aufgaben besser da, als alle anderen Gedächtnisinstitutionen, denen die Nutzungsrechte nicht verpflichtend einzuräumen sind und die auf Verhandlungen mit den Rechteinhabern angewiesen sind bzw. sich auf die wenigen Schrankenbestimmungen im Urheberrecht berufen müssen.

2. Bestandsaufbau

Problematisch ist die Situation vor allem im Vorfeld der Ablieferung, denn die Ablieferung selbst ist ja ein aktives Tun, an das sich eine konkudente Rechtseinräumung gewissermaßen anheften lässt. Sie kann aber ohne eine Ablieferung nicht fingiert werden. Soweit also ein ablieferungspflichtiges Werk der empfangsberechtigten Bibliothek nicht übermittelt wird, hat diese Bibliothek nur die Möglichkeiten, die auch alle anderen Bibliotheken haben und diese Möglichkeiten richten sich allein nach den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen. Danach ist es aber ausgeschlossen, dass die Bibliothek von sich aus das im Grunde ja frei zugängliche Werk

³⁶ Die Situation im Pflichtexemplarrecht hat eine Parallele im Informationsfreiheitsrecht. Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass urheberrechtlich geschützte Werke Dritter (Gutachten, etc.), die Behörden im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit überlassen werden, zur Erfüllung von Auskunftsansprüchen nach dem Informationsfreiheitsgesetz jedermann vorgelegt werden dürfen, insbesondere stehen hier gerade nicht die Urheberrechte der Autoren entgegen. Begründet wird dieses Ergebnis mit der Erwägung, dass Autoren der Behörde mit der Übergabe des Werkes schlüssig zugleich auch die für die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben notwendigen Nutzungsrechte einräumen, vgl. Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, 4. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit, Berlin 2014, S. 44: „Wer mit der Verwaltung Geschäfte macht, muss wissen, dass die Verwaltung an Recht und Gesetz und damit auch an gesetzliche Transparenzpflichten gebunden ist, die vertraglich nicht abbedungen werden können.“

³⁷ Vgl. Steinhauer, Stellungnahme 16/231 (Landtag NRW), S. 5.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

aus dem Internet heraus selbst abspeichert. Die rein verwaltungsrechtliche Kompetenz zum Sammeln von Netzpublikationen gibt eben keine urheberrechtliche Befugnis. Im Ergebnis bedeutet das für die Pflichtexemplarbibliotheken, die auf der Grundlage eines Pflichtexemplarrechts agieren, welches eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Nutzungseinräumung im notwendigen Umfang begründet, dass diese jedenfalls keine Grundlage für flächiges Web-Harvesting und proaktive Sammlung haben.³⁸ Allenfalls über den Umweg des Verwaltungsvollstreckungsrechts wäre ein punktueller Ausweg denkbar, wobei hier die Schwierigkeit besteht, dass für die Einräumung notwendiger Nutzungsrechte eine Willenserklärung zu fingieren wäre, eine Möglichkeit, die die Verwaltungsvollstreckungsgesetze in der Regel nicht vorsehen.³⁹

3. Bestandserhaltung

Aber nicht nur beim Bestandsaufbau, auch bei der Erhaltung der digitalen Werke kommt es zu urheberrechtlichen Problemen. Während im analogen Umfeld der Bestand über das körperliche Werkstück zumeist in Ausübung des Sacheigentums erhalten werden kann, gilt das nicht für Digitalia. Der Erhalt physischer elektronischer Speichermedien ist nämlich nur ein Baustein der digitalen Langzeitarchivierung, aber wegen ihrer geringen Haltbarkeit kein zuverlässiger. Unabhängig vom Trägermedium müssen die Inhalte selbst erhalten und daher in regelmäßigen Abständen umkopiert werden. Und hier werden durch die notwendige Vervielfältigung in jedem Fall Urheberrechte berührt. Digitale Langzeitarchivierungsmaßnahmen lassen sich de lege lata einzig auf die (Archiv-) Schrankenbestimmung aus §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2 UrhG stützen. Der durch die genannte Schrankenbestimmung gesetzlich eingeräumte Handlungsspielraum ist jedoch zu eng, um im digitalen Umfeld effektive Langzeitarchivierungsmaßnahmen durchführen zu können.⁴⁰ Dies gilt insbesondere für aus fachlicher Sicht notwendige Maßnahmen wie:

³⁸ Zum flächigen Webharvesting als proaktive Sammlungsmethode siehe ausführlich: Euler, Web-Harvesting vs. Urheberrecht – Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht, in: CR 2008, 64 ff.

³⁹ Vgl. Steinhauer, Stellungnahme 16/231 (Landtag NRW), S. 8-11.

⁴⁰ Siehe ausführlich: Euler, Zur Langzeitarchivierung digital aufgezeichneter Werke und ihrer urheberrechtlichen Einordnung und Beurteilung, in: AfP 2008, 474 ff.; dies., Digitale Langzeitarchivierung und Distributed Storage in LuKII – Gutachten zu den Rechtsfragen,

- a) die digitale Langzeitarchivierung kultureller Werke aus dem Internet durch flächiges Web-Harvesting;
- b) die digitale Langzeitarchivierung von Datenbankwerken, Datenbanken und Computerprogrammen;
- c) die digitale Langzeitarchivierung durch mehrfache redundante Vervielfältigungen;
- d) die digitale Langzeitarchivierung von lizenzvertraglich übernommenen Netzpublikationen.

Selbst wo vervielfältigende Langzeitarchivierungsmaßnahmen auf der Grundlage von § 53 UrhG ohne Zustimmung der Rechteinhaber vorgenommen werden können, sind die Archivkopien gemäß § 53 Abs. 6 UrhG nur eingeschränkt nachnutzbar. So können Werke zwar gegebenenfalls durch Vervielfältigung erhalten, aber nicht ohne Weiteres öffentlich zugänglich gemacht werden.

Die Pflichtexemplarbibliotheken können sich für Maßnahmen der digitalen Langzeitarchivierung zwar auf eine schlüssige Rechteeinräumung bei der Ablieferung der unkörperlichen Medienwerke berufen und müssen nicht auf urheberrechtliche Schrankenregelungen ausweichen, jedoch selbst wenn nach den Regelungen der Zweckübertragungslehre und bei Ermittlung des Vertragszwecks der Umfang der Nutzungsrechte dahingehend bestimmt werden kann, dass die Pflichtexemplarbibliotheken ihre Aufgaben erfüllen können müssen, ist bei digitalen Langzeitarchivierungsmaßnahmen jeweils im Einzelfall zu hinterfragen, ob die Maßnahme noch notwendig für die Aufgabenerfüllung ist und die Rechte gemäß der Zweckübertragungslehre übertragen wurden. Dies wird „im Zweifel“

die sich im Langzeitarchivierungsprojekt LuKII (LOCKSS und kopal Infrastruktur und Interoperabilität) stellen, Berlin 2011 (urn:nbn:de:kobv:11-100196588); dies./Steinhauer, Digitale Langzeitarchivierung - das Kulturelle Gedächtnis und die Digitale Amnesie, in: Informationen AWV - Special Webarchivierung, 2012, S. 30 ff.; Bankhardt/Euler/Steinhauer, Digitale Langzeitarchivierung als Thema für den 3. Korb zum Urheberrechtsgesetz; Urheberrechtliche Probleme der digitalen Langzeitarchivierung, in: Bibliotheksdienst 45 (2011), S. 322 ff.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

immer zu verneinen sein, da die Zweckübertragungslehre hier stets den Interessen des Urhebers den Vorzug gibt.

Selbst wenn also nach der Zugrundelegung der Zweckübertragungslehre und Ermittlung des Vertragszwecks im Regelfall auch die für die konkrete Bestandserhaltungsmaßnahme erforderlichen Rechte gegeben sind, bleibt die digitale Langzeitarchivierung mit Unabwägbarkeiten behaftet. Eine kasuistische Situation, also Beurteilung von Fall zu Fall, ist für die digitale Langzeitarchivierung nicht nur unbefriedigend, sie ist im Alltag vom Verwaltungsaufwand her auch gar nicht zu leisten. Notwendig und einzig zielführend ist daher eine prinzipienverhaftete Argumentation: Alles was der Erhaltung und Erschließung von Kulturgut durch öffentliche Gedächtnisinstitutionen dient, muss ohne Einschränkung erlaubt sein.

4. Bestandsvermittlung

Die Zugänglichmachung von über digitale und vernetzte Medien in den Bestand übernommener Werke ist aufgrund dessen, dass im Gegensatz zu der Kosten verursachenden Bestandserhaltung durch Sammlung in ein nicht öffentlich zugängliches Archiv (Black-Box Prinzip), wo die Interessen noch kongruent sind, bei der Vermittlung wirtschaftliche Interessen kommerzieller Verwerter kollidieren, die wohl schwierigste Baustelle. Während die körperlich in den Bestand übernommenen Werke aufgrund der Erschöpfung daran bestehender Verbreitungsrechte bei Beachtung wirtschaftlicher Teilhabeinteressen⁴¹ verliehen, also weiterverbreitet werden können, gibt es diese pauschale Möglichkeit für die Digitalia nicht. Mangels Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus den §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG können die originär digital und über vernetzte Medien unkörperlich in den Bestand übernommenen kulturellen Äußerungen, die als Werk urheberrechtlich geschützt sind, nicht ohne Zustimmung der Rechteinhaber über das Internet zugänglich gemacht werden. Auch die den Pflichtexemplarbibliotheken nach obigen Grundsätzen einzuräumenden „Mindestnutzungsrechte“ privilegieren diese nur zu einer Nutzung in den eigenen Räumen (Präsenznutzung). Das führt zu der absurden Situation, dass selbst frei über das Internet verfügbare Inhalte, die in den Bestand einer

⁴¹ Diese Interessen werden über die Bibliothekstantieme befriedigt.

Pflichtexemplarrechtsbibliothek aufgenommen worden sind, solange keine spezifische Rechtseinräumung vorliegt, über diese nur in den eigenen Räumen digital zugänglich gemacht werden können. Hier eine sachgerechte Lösung zu finden ist aufgrund der unterschiedlichen Interessenlagen das wohl schwierigste Unterfangen bei der Anpassung des Pflichtexemplarrechts an das digitale Zeitalter.

5. Löschungen aus dem „digitalen“ kulturellen Gedächtnis

Ungelöst ist auch die bislang wenig beachtete Problematik des § 42 UrhG. Danach steht dem Urheber bei gewandelter Überzeugung ein Rückrufrecht in Bezug auf eingeräumte Nutzungsrechte an seinem Werk zu. Insoweit § 42 UrhG auf körperliche Werkstücke Anwendung findet, ist das für das kulturelle Gedächtnis insoweit ohne Bedeutung, wie das Rückrufrecht nur gegenüber dem Verwerter (zumeist Verleger) als Inhaber des Nutzungsrechtes der Verwertung besteht, nicht aber gegenüber dem Erwerber eines körperlichen Vervielfältigungsstückes. Soweit eine Bibliothek das Werk auf einem körperlichen Trägermedium erworben hat, kann der Urheber nicht Herausgabe oder Vernichtung des der Bibliothek als Eigentum gehörenden Werkstückes verlangen. Es bleibt dauerhaft im kulturellen Gedächtnis erhalten. Soweit § 42 UrhG aber auf unkörperliche Werkstücke Anwendung findet, von denen kein körperliches Pendant existiert, kann der Urheber, der als „Selbstverleger“ die Rechte am unkörperlichen Werkstück nicht über den Umweg eines Verlages, sondern direkt einer Bibliothek eingeräumt hat, diese durch den Rückruf der Nutzungsrechte bei gewandelter Überzeugung vollständig aus dem digitalen kulturellen Gedächtnis löschen. Der Ansatz der Sammlung für die Ewigkeit setzt im Hinblick auf Netzpublikationen eine „ewige Lizenz“ voraus. Während der Verkäufer einer Print-Ausgabe diese nicht zurückfordern kann, kann der Lizenzgeber die von ihm eingeräumten Nutzungsrechte unter Umständen widerrufen. Man könnte freilich erwägen, in den Pflichtexemplarbestimmungen ein öffentlich-rechtliches Verbot zu sehen, den Rückruf gegenüber der Pflichtexemplarbibliothek wirksam auszuüben.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

Zwischenfazit

Mit der Novellierung der Pflichtexemplarregelungen ist nur der erste notwendige Schritt gegen ein „digitales Vergessen“ getan. Ihr Verdienst ist, dass die Sammlung digitaler Publikationen zumindest als öffentliche Aufgabe erkannt und gesetzlich positiv gewürdigt wird. Allerdings lassen die bisher erlassenen Regelungen die urheberrechtlichen Besonderheiten der unkörperlichen Werkverwertung/nutzung weithin außer Acht.

Nachbesserungsbedarf besteht insoweit auf allen Tätigkeitsfeldern der Pflichtexemplarbibliotheken, also beim Bestandsaufbau, bei der Bestandserhaltung sowie Bestandsvermittlung.

V. Lösungsansätze

Was den Bestandsaufbau angeht, sollte es Pflichtexemplarbibliotheken möglich sein, im Internet frei zugängliche Medienwerke, die der Ablieferungspflicht unterfallen, aber nicht abgeliefert worden sind, von sich aus, also proaktiv in ihren Bestand zu übernehmen.

Mit Blick auf die Bestandserhaltung müssen Pflichtexemplarbibliotheken ohne „Wenn und Aber“ alle mit einer fachgerechten Langzeitarchivierung verbundenen urheberrechtlichen Nutzungen (ohne Rücksicht auf technische Schutzmaßnahmen!) vornehmen können.

Bestandsaufbau und Bestandserhaltung liegen im Interesse aller urheberrechtlichen Interessensgruppen. Die den Aufwand betreibenden, auf gesetzlicher Grundlage agierenden Gedächtnisinstitutionen, also insbesondere die Pflichtexemplarbibliotheken, sollten daher ohne Rechtklärung hierzu umfassend befugt sein, damit das kulturelle Gedächtnis auch im digitalen keine allzu großen Lücken aufweist und finanzierbar bleibt.

Weiterhin muss in angemessenem Umfang auch die Bestandsvermittlung der archivierten Netzpublikationen möglich sein. Zudem sollten Pflichtexemplarbibliotheken Netzpublikationen an eine andere berechnigte Pflichtexemplarbibliothek weitergeben können. (Stichwort: „Ringtausch“ zwischen DNB und Landesbibliotheken).

Betrachtet man die unbefriedigenden rechtlichen Rahmenbedingungen, so wird deutlich, dass eine kasuistische Argumentation die Situation nicht verbessern wird. Notwendig und zielführend ist eine prinzipienverhaftete Argumentation: Alles, was der Erhaltung und Erschließung von Kulturgut durch öffentliche Gedächtnisinstitutionen dient, muss ohne Einschränkung erlaubt sein.

VI. Regelungsoptionen

Die entscheidende praktische Frage lautet nun: Wo soll man ansetzen? Nachbesserungsbedarf besteht ja, wie dargestellt, sowohl im Urheberrecht, als auch bei den Pflichtexemplarbestimmungen.

Während die rein verwaltungsrechtlich zu verstehende Kompetenz, also die organisatorische Zuständigkeit, das Sammeln, Erschließen und Vermitteln von Pflichtexemplaren als eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, sowie die ebenfalls öffentlich-rechtliche Verpflichtung, veröffentlichte Werke der jeweiligen Bibliothek zur Verfügung zu stellen, sich unproblematisch in den Pflichtexemplarrechtsvorschriften formulieren lassen, sind die Handlungsmöglichkeiten der Bibliothek, die gerade im Bereich der unkörperlichen Medienwerke bestimmte urheberrechtliche Positionen erfordern, durch den Landesgesetzgeber nur schwerlich, allenfalls als eng begrenzter Annex zu regeln. Hier liegt der Schlüssel allein im Urheberrechtsgesetz, für das nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG allein der Bund die Gesetzgebungskompetenz besitzt.

Als mögliche Regelungsoptionen im Urheberrecht, deren europarechtliche Zulässigkeit freilich im Einzelnen noch zu prüfen ist, können genannt werden:

- a) Präzisierung oder/und Erweiterung geltender Schranken im UrhG;
- b) Schaffung neuer Schrankenbestimmungen im UrhG;
- c) Bereichsspezifische Erschöpfung analog § 17 Abs. 2 UrhG;
- d) Fair Use für Gedächtnisinstitutionen mit gesetzlichem Auftrag.

Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter –
Ist alles geregelt oder besteht Nachbesserungsbedarf?

Mögliche Regelungsoptionen im Pflichtexemplarrecht sind:

Schaffung spezifischer Bestimmungen für unkörperliche Medienwerke. Bloße und pauschale Analogien zu den bisherigen Regelungen über gedruckte Werke sind unzureichend. Wichtig ist insbesondere eine Berücksichtigung der urheberrechtlichen Besonderheiten, d.h. Einräumung der notwendigen Rechte am Sammlungsgegenstand (unkörperlichen Medienwerken). Das setzt voraus die:

- a) genaue Bezeichnung des Ablieferungspflichtigen (!) und der durch ihn einzuräumenden Rechte, die alle Aufgabengebiete der Bibliothek erfassen müssen;
- b) Einräumung der notwendigen Nutzungsrechte qua Gesetz, jedenfalls für den Fall einer aktiven Ablieferung oder vereinbarten Bereitstellung;
- c) verwaltungsvollstreckungsrechtlich geprägte Befugnis, die Netzpublikation eines säumigen Ablieferungspflichtigen einzusammeln und wie ein abgeliefertes Werk zu nutzen.

Für den Fall des säumigen Ablieferungspflichtigen hat Hessen im Bibliotheksgesetz eine solche punktuelle Möglichkeit eröffnet.⁴² Das kann freilich nur als Notbehelf angesichts fehlender urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen für den digitalen Bestandaufbau gelten. Flächiges und proaktives Harvesten kann über das Verwaltungsvollstreckungsrecht aber nicht gerechtfertigt werden.

Ähnliches gilt für die Schranke in § 45 UrhG, wonach Behörden zur Verwendung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens notwendige Vervielfältigungen vornehmen können. Hier wäre denkbar, dass eine empfangsberechtigte Bibliothek die Netzpublikation eines säumigen Ablieferungspflichtigen abspeichert, um eine Grundlage für ein gegen ihn gerichtetes

⁴² § 4a Abs. 3 S. 7 Hessisches Bibliotheksgesetz: „Frei zugängliche unkörperliche Medienwerke, die der Ablieferungspflicht unterliegen, kann die Bibliothek nach Ablauf der vorstehend genannten Fristen in ihren Bestand übernehmen und im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages nutzen.“

Bußgeldverfahren zu haben, das die meisten Pflichtexemplarbestimmungen ja vorsehen. Allerdings kann hier die Schranke auch nur Nutzungen im engen Zusammenhang mit dem Bußgeldverfahren decken, nicht jedoch eine dauerhafte Archivierung, was ja das Ziel des Pflichtexemplarrechts ist.

VII. Fazit

Die Einbeziehung digitaler Publikationen steht auch mehr als sieben Jahre nach ihrer ersten gesetzlichen Regelung im DNBG immer noch ganz am Anfang, auch wenn in den jüngsten Gesetzesnovellen in Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen die Relevanz urheberrechtlicher Aspekte erkannt wurde. Eine umfassend befriedigende Lösung bedingt neben der Änderung der Pflichtexemplarrechtsregelungen eine Anpassung des Urheberrechts. Es bleibt also noch einiges zu tun, wenn das Pflichtexemplarrecht tatsächlich im digitalen Zeitalter ankommen soll.

Erschwerend kommt hinzu, dass das Internet keineswegs die Weiterführung der analogen Medienwelt mit digitalen Mitteln ist, sondern in einer kaum aufzulösenden Mischung die unterschiedlichsten Kommunikationsströme und Publikationskanäle miteinander verbindet.⁴³

Nicht nur das Pflichtexemplarrecht ist daher an das digitale Zeitalter anzupassen, sondern auch die es umsetzende Sammlungspraxis.⁴⁴

⁴³ Während sich für den analogen Bereich eine gut begründete Praxis des Sammelns und Überlieferns herausgebildet hat, die in Verlagen publizierte Bücher anders behandelt als beispielsweise Versandhauskataloge oder öffentliche Aushänge, die meist nur exemplarisch überliefert werden, gibt es für Internetinhalte derzeit keine vergleichbare Verständigung über das, was überhaupt bewahrenswert ist. Selbst dann, wenn man das Netz total speichern und jeden dort publizierten Inhalt erinnern wollte, so wäre auch dies noch problematisch, weil Selektion und Reduzierung eine wesentliche Funktionsbedingung des kulturellen Gedächtnisses sind, damit eine kulturell produktive Erinnerung überhaupt denkbar und möglich ist.

⁴⁴ Hinzu treten müssen auch interinstitutionelle Überlegungen, ob in der Trias der traditionellen Gedächtnisinstitutionen von Archiv, Bibliothek und Museum die Formierung und Bewahrung eines digitalen kulturellen Gedächtnisses in allen seinen Ausprägungen überhaupt zu leisten ist oder ob nicht ergänzend und auf die Sammlung und Sicherung großer unstrukturierter Datenmengen spezialisiert eine neue vierte Form der Gedächtnisinstitution treten müsste, ob also die Medienkonvergenz durch Ausbildung einer neuen Gedächtnisinstitution auch eine Spartenkonvergenz der Einrichtungen zur Folge hat.

Digitale Langzeitarchivierung - Risikoebenen und Lösungsstrategien im nachhaltigen Umgang mit digitalen Ressourcen

von Martin Jordanidis

Einleitung

Die dauerhafte Nutzbarkeit digital gespeicherter Daten bildet die technischen und kulturellen Grundlagen der modernen Wissensgesellschaft. Digitalia in Museen, Archiven und Bibliotheken und anderswo sind auf fragilen Trägermedien langfristig hochgradig gefährdet. Die Methodiken der digitalen Langzeitarchivierung befinden sich am Ende einer frühen Pionier- und Erkenntnisphase und haben die technische Machbarkeit nachhaltiger Datenhaltung prinzipiell unter Beweis gestellt. Die Dringlichkeit der Langzeitarchivierung - auch als Kulturtechnik - ist dabei von Wissenschaften und Gedächtnisinstitutionen früh erkannt und mit zahlreichen konzeptionellen Ansätzen beantwortet worden. Zur Verstetigung der digitalen Langzeitarchivierung (dLZA) als permanente Dienstleistungsaufgabe fehlen bisher nachhaltige Finanzierungen, qualifizierte Fachkräfte, ein breites Bewusstsein für die Implikationen digitaler Datenhaltung sowie verbindliche rechtliche Rahmenbedingungen für deren Umsetzung. Doch auch die Gedächtnisinstitutionen selber sind gefragt. Ihnen obliegt es, sich organisatorisch auf die regelmäßige und aktive Evaluation ihrer Arbeitsprozesse und Strukturen einzustellen und den Umgang mit digitalen Daten bewusst zu gestalten.

Warum wir digitale Daten langfristig brauchen - und digitale Daten uns?

Wissenschaftliche Publikationen, Forschungsdaten, Verwaltungsdaten, Daten als unternehmerisches Betriebskapital und persönliche Erinnerungen in digitaler Form drohen auf lange Sicht – bedingt durch kurze technische Innovationszyklen und andere Risikofaktoren – unwiederbringlich verloren zu gehen. Das Schlagwort der Digitalen Gesellschaft¹ umschreibt den tiefen gesellschaftlichen Wandel, den Digitalia und vernetzte Medien in den letzten 25 Jahren mit sich gebracht haben. Die rapide Veränderung rechtlicher, politischer und gesellschaftlicher Paradigmen ist zu einer Konstante geworden, die die meisten Kulturkreise un-

¹ Vgl. Beckedahl/Lüke 2012.

mittelbar berührt. Längst ist die Reichweite des Digitalen auch als politisches Instrument erkannt worden und bietet uns die Möglichkeit einer neuen, tief reichenden Form der Demokratisierung an. Alvar Freude, Sachverständiger der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ des Deutschen Bundestages, schreibt:

„Das Internet hat sich in den letzten Jahren verstärkt als besonderer Raum der Kommunikationsfreiheiten etabliert. Insbesondere die auch über das Netz koordinierten Revolutionen (...) haben gezeigt, welches Potenzial eine freiheitliche Kommunikationsinfrastruktur mit sich bringt.“²

Mit dem potenziellen Verlust digitaler Daten wäre vor diesem Hintergrund also viel mehr verloren als „nur“ digitalisiertes Kulturerbe. Dazu zählt auch die Aussicht auf neue Erkenntnishorizonte, die sich aus einer vernetzten Wissenschaft mit offenem Zugang ergeben. Das Fraunhofer Institut für Graphische Datenverarbeitung schätzt, dass etwas 90% aller vorhandenen Kulturgüter in Archiven auf ihre „Entdeckung“ warten³ - eine Entdeckungsreise, die ohne nachhaltige Infrastruktur für Digitalia unvorstellbar ist. Die grundsätzliche Vergänglichkeit unseres Kulturgutes wurde durch die Katastrophen im Historischen Archiv der Stadt Köln, der Herzogin Anna Amalia Bibliothek in Weimar oder in der Wiener Albertina jüngst schmerzhaft unter Beweis gestellt⁴. Sie ist ohne Weiteres auf den Bereich des digitalen Kulturgutes übertragbar. Die Entscheidung für eine digitalisierte Gesellschaft verlangt nach der Wahrnehmung von Verantwortung - langfristige und aktive Verantwortung durch Einzelne sowie die politischen, wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Träger unserer Gesellschaft.

Und das Problem drängt. Gantz (2008)⁵ rechnet mit einem zehnfachen Datenwachstum innerhalb von fünf Jahren und perspektivisch exponentiell ansteigenden Datenmengen. Dieser allgemeine Trend spiegelt sich auch im Bereich des digitalen wissenschaftlichen Publizierens wider. Die unter dem

² Vgl. Freude 2011, S. 46 ff.

³ Vgl. Digitales Kulturerbe 2013.

⁴ Ebd.

⁵ Vgl. Gantz 2008.

Digitale Langzeitarchivierung - Risikoebenen und Lösungsstrategien im nachhaltigen Umgang mit digitalen Ressourcen

Begriff „Self-Publishing“ subsummierte Veröffentlichung von frei zugänglicher wissenschaftlicher Literatur in Open Access-Repositories zeigt eine ähnliche Wachstumskurve (Abb. 2)⁶.

Digital Information Created, Captured, Replicated Worldwide

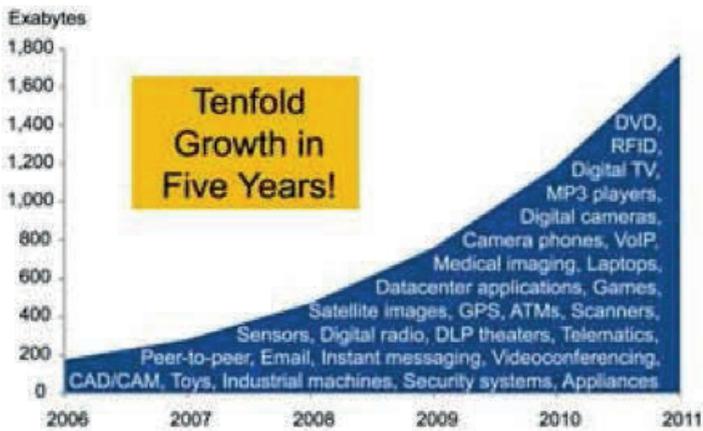


Abb. 1: Prognostiziertes Datenwachstum in 5 Jahren⁷

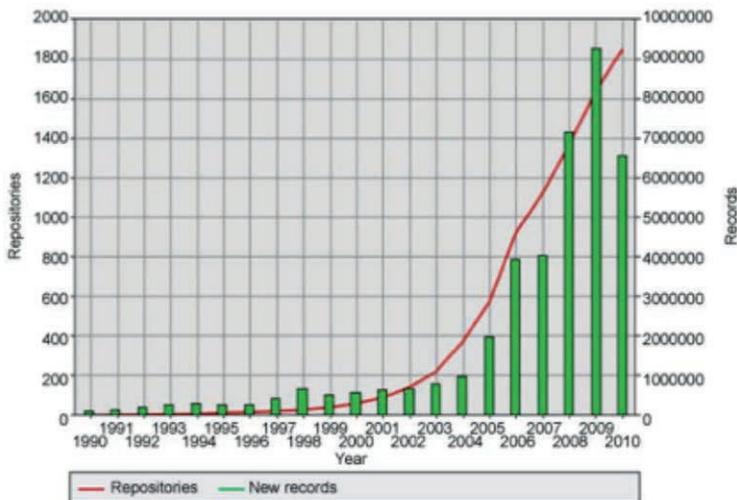


Abb. 2: Steigende Anzahl Open Access-Publikationen⁸

⁶ EPrints.org. "Registry of Open Access Repositories". 2010.

⁷ Abb. aus Gantz 2008, S. 3.

Im vorliegenden Artikel werden die Risikoebenen im Umgang mit diesen und anderen digitalen Ressourcen sowie mögliche Lösungsstrategien der digitalen Langzeitarchivierung überblicksartig erläutert. Praktisch wird unter dem Begriff „Langzeit“ dabei derzeit ein technisch überschaubarer Zeitraum von 5-10 Jahren verstanden, auch wenn das prinzipielle Ziel der dLZA die dauerhafte Nutzbarkeit von digitalen Ressourcen verfolgt.

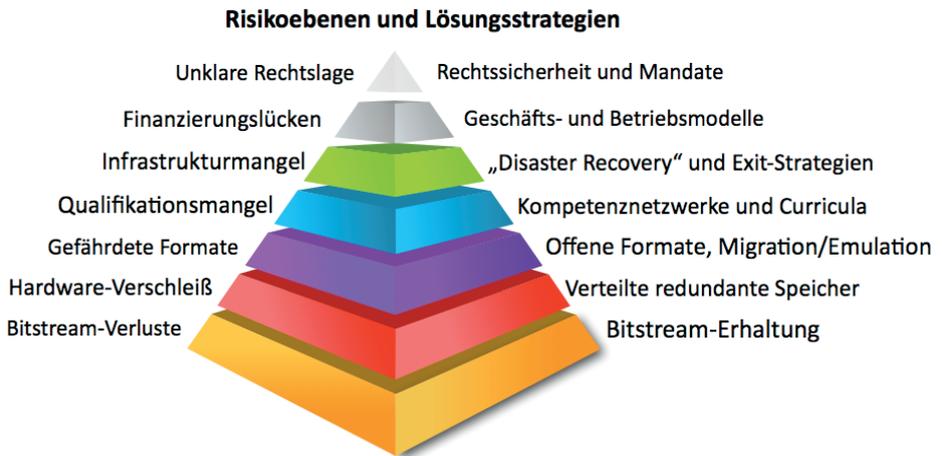


Abb. 3: Schematische Darstellung von Risiken der digitalen Datenhaltung

⁸ EPrints.org. "Registry of Open Access Repositories". 2010.

Risikoebene Bitstream-Verluste

Die grundlegendste technische Ebene aller Erhaltungsstrategien besteht in der physischen Erhaltung des Datenstroms (engl. *Bitstream*)⁹. Ein Bitstream ist eine Sequenz von Bits von unbestimmter Länge in zeitlicher Abfolge, die in weitere logische Abfolgen untergliedert ist.¹⁰ Die elementarste Einheit eines Bitstreams sind Binärziffern, die in Computern und auf Speichermedien als „0“ und „1“ codiert sind. Eine ausführlichere Beschreibung von Bitstreams findet sich bei Rothenberg ¹¹. Auf der Bitstream-Ebene wirken gleich mehrere Risiken ein. Zum einen können Bitstreams jederzeit und ohne erkennbare Außeneinwirkung zerfallen („bit rot“) und damit die Lesbarkeit der enthaltenen Information einschränken oder ganz unmöglich machen.

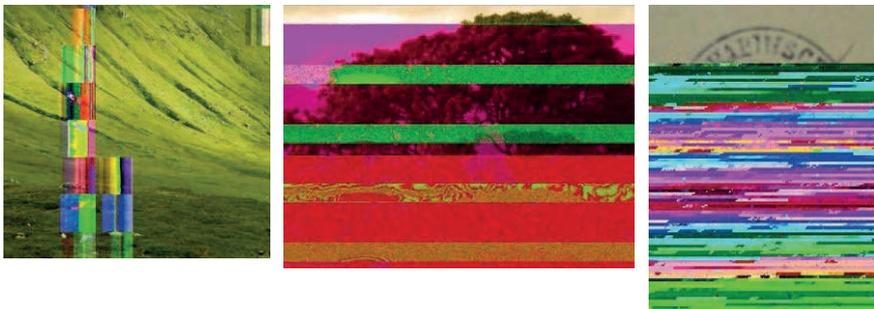


Abb. 4 a/b/c: Schäden durch Bitstream-Verluste ¹²

⁹ Vgl. Ulrich 2010.

¹⁰ Vgl. "Bitstrom". In: Wikipedia ".

¹¹ Vgl. Rothenberg 2010, S.5 ff.

¹² Vgl. Google Bildersuche „bit rot“.

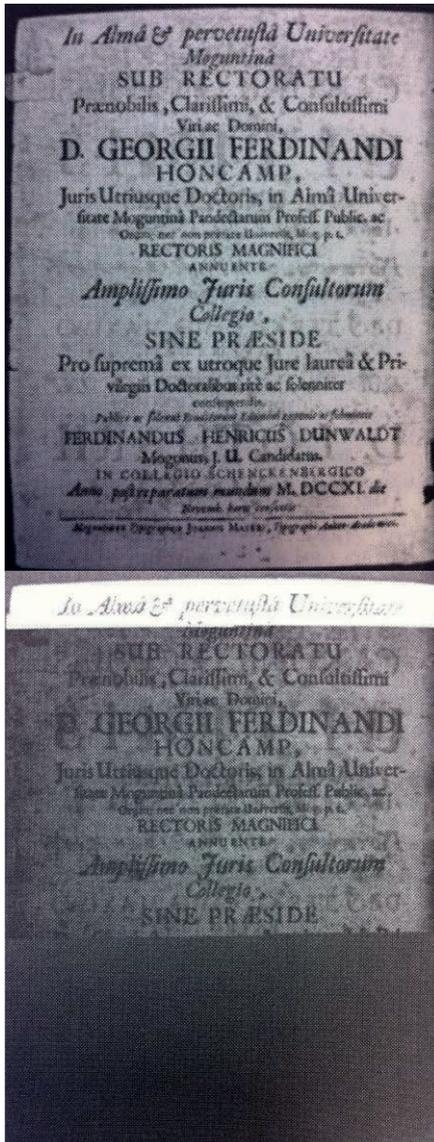


Abb. 7a/b: Informationsverlust verursacht durch ein fehlerhaftes Byte von 360.000 Byte ¹³

¹³ Vgl. Thaller 2009, S. 21f.

Zum anderen können Datenverluste während der Speicherung, des Transfers und der Nutzung von digitalen Ressourcen eintreten. Neben technisch bedingten Übermittlungsfehlern beim Transfer über Netzwerke oder über Speichermedien hinweg stellt auch der menschliche Benutzer einen Risikofaktor dar: „Bedienungsfehler und menschliches Versagen sind Unsicherheitsfaktoren (...). Für mehr als ein Viertel (26%) aller Datenverluste ist ein Mitarbeiter verantwortlich.“¹⁴ Unabsichtliches oder mutwilliges Löschen von vereinzelt Bitstreams kann bereits zum Totalverlust der gespeicherten Informationen führen. Dabei können auch minimale Verluste auf der Ebene des Bitstreams Digitalia ganz oder teilweise unbrauchbar machen, wie in den Abbildungen 7a/b zu sehen ist ¹⁵.

Risikoebene Hardware-Verschleiß

Selbst wenn die Integrität von Datenströmen gewährleistet bleibt, sind Zugriff und Nutzung nur dann möglich, wenn auch andere Aspekte der digitalen Datenhaltung langfristig gesichert sind. Dazu zählen sowohl *Speichermedien* als auch Daten verarbeitende *Hardware*, die gleichermaßen dem Wandel der Zeit unterworfen sind. Schätzungen zur Haltbarkeit der heute verfügbaren Speichermedien sind im Laborbetrieb ermittelt worden, angesichts der zugrunde gelegten Zeiträume aber noch nicht empirisch belastbar.

Begrenzte Haltbarkeit von Speichermedien

Festplatten in Betrieb:	2 bis 10 Jahre
Festplatten ohne Betrieb:	10 bis 30 Jahre
Flashspeicher:	10 bis 30 Jahre
Magnetband:	mind. 30 Jahre
CDs/DVDs:	50 - 80 Jahre ¹⁶

¹⁴ Vgl. Lohberg 2013.

¹⁵ Vgl. Thaller 2009, S. 21f.

¹⁶ Vgl. „Langzeitarchivierung. Haltbarkeit der Trägermedien“. In: Wikipedia.

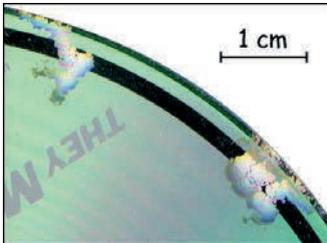


Abb. 9-10: Degenerierte Speichermedien^{17,18}

Die vorliegenden Schätzungen gehen oft von Idealbedingungen aus und können sich nur auf wenige praktische Erfahrungswerte berufen. Weiterhin sind Abhängigkeiten von *Speichersoftware* - die ihrerseits veralten oder langfristig vom Markt verschwinden könnte - ein Risikofaktor, der der Aufmerksamkeit bedarf.

Lösungsstrategien

Zu den gängigen Strategien der *Bitstream Preservation* zählt die Ermittlung von *Prüfsummen* beim Transfer von Daten sowie die *verteilte redundante Datenspeicherung*, d.h. eine mehrfache Speicherung identischer Daten an räumlich getrennten Orten. Während Prüfsummenverfahren¹⁹ eine relativ einfache Maßnahme zur Gewährleistung der Datenintegrität darstellen, ist mit der redundanten Datenspeicherung ein höherer infrastruktureller Aufwand

¹⁷ Vgl. <http://www.rdrop.com/~half/General/CDRot/CDRot.html>.

¹⁸ Vgl. <http://de.wikihow.com/Eine-defekte-Festplatte-reparieren>.

¹⁹ Vgl. "Prüfsumme". In: Wikipedia.

verbunden. Die von Rechenzentren als Standard-Dienstleistung gängige Erstellung von *Backups* kann dabei technisch nicht mit digitaler Langzeitarchivierung gleichgesetzt werden²⁰. Zwar greifen Backups als kurz- bzw. mittelfristige Sicherungsmaßnahme mit der digitalen Langzeitarchivierung auf Bitstream-Ebene ineinander; die über lange Zeiträume zu beobachtenden Technologiesprünge von Dateiformaten, Software und Betriebssystemen werden allein durch Backups jedoch nicht berücksichtigt. Technologiesprünge stellen somit ein breites Problemfeld in der digitalen Langzeitarchivierung dar.

Ein vor allem in der Bibliothekswelt verbreiteter Ansatz zur Bitstream Preservation ist die von der Stanford University entwickelte Open Source-Software LOCKSS („Lots Of Copies Keep Stuff Safe“)²¹.

Mit niedrigen technischen Hürden und vergleichsweise preiswerter Hardware kann mit LOCKSS ein regional, national oder global verteiltes Speichernetzwerk aufgebaut werden, das auf Veränderungen von Bitstreams dynamisch reagiert. Datenströme werden in Echtzeit auf ihre Integrität geprüft und bei einer festgestellten Datenkorruption durch einen intakten, andernorts gespeicherten Datenstrom ersetzt. Der niedrigschwellige und betont offen gehaltene LOCKSS-Ansatz bietet sich derzeit eher für urheberrechtlich unbedenklichere Materialien wie graue Literatur wie Hochschulschriften und Open Access-Publikationen an. Während LOCKSS zunächst einmal nur eine Software ist, muss für den Betrieb eines LOCKSS-Netzwerkes ein Betriebskonzept entwickelt und umgesetzt werden. Dies geschieht in Deutschland exemplarisch im Rahmen des DFG-geförderten Projektes LuKII²². Ein kostenpflichtiges Pendant zu LOCKSS ist der Langzeitarchivierungsservice Portico²³. Beide Systeme setzen neben dem Erhalt der Bitstream-Integrität in Grundzügen auch eine Formatmigration um²⁴.

²⁰ Vgl. „Der Unterschied zwischen Sicherung (Backup) und Archivierung (Archive).“ In: HRZ der Technischen Universität Darmstadt.

²¹ Vgl. LOCKSS 2013.

²² Vgl. DFG-Projekt: LuKII (LOCKSS und KOPAL Infrastruktur und Interoperabilität).

²³ Vgl. Portico Services & Benefits 2013.

²⁴ Vgl. Huth et al 2009.

Eine prototypische Infrastruktur für die Langzeitarchivierung auf Landesebene wird auch im Projekt Digitales Archiv NRW (DANRW)²⁵ entwickelt. Eine gängige Erhaltungsstrategie auf der Ebene der Hardware sind regelmäßige *Medien-Migrationen*. Darunter versteht man die rechtzeitige Überführung der Daten auf neue Speichermedien. Es lassen sich vier Arten der Medien-Migration unterscheiden, die jeweils verschiedene Änderungen in den Archivpaketen mit sich bringen:

- Refreshment (Wiederauffrischung)
- Replication (Nachbildung)
- Repackaging (neu verpacken)
- Transformation (Umwandlung/Umsetzung)²⁶

Die Gefährdung der Daten nimmt dabei in dem Maße zu, wie umfänglich die Änderungen sind²⁷. Die genannten vier Arten der Medien-Migration sind anhand des Risikos angeordnet, das sich aus deren Anwendung ergibt. Die Transformation von Daten im Zuge einer Medien-Migration bringt somit ein höheres Verlustrisiko mit sich als die Wiederauffrischung der Daten auf neue Datenträger. Durch jedwede Veränderung an den Archivpaketen entsteht die Notwendigkeit einer technischen Dokumentation.

Risikoebene Gefährdete Formate

Die Informationstechnologie hat in den letzten Jahrzehnten eine immense Vielfalt von *Dateiformaten* und Software hervorgebracht. Schätzungen gehen von aktuell über 550 Dateiformaten aus, denen über 10.000 historisch gewachsene Dateiformate gegenüberstehen²⁸. Zahllose Formate sind durch proprietäre Herstellerinteressen geprägt und gelten, unzureichend oder auch gar nicht dokumentiert, als *black box*, deren zukünftige Nutzbarkeit in Frage zu stellen ist. Weitere Risiken ergeben sich aus den Abhängigkeiten zwischen Dateiformaten und Software, zwischen Software und Betriebssystemen sowie zwischen Betriebssystemen und Hardware.

²⁵ Vgl. Digitales Archiv NRW 2013.

²⁶ Vgl. Ulrich 2010, S. 3f.

²⁷ Vgl. Reference Model for an Open Archival Information System (OAIS), S. 5-4f.

²⁸ Vgl. <http://www.fileformat.info>.

Lösungsstrategien

Es verwundert vor diesem Hintergrund nicht, dass frühe Bestrebungen hin zur Nachhaltigkeit von digitalen Daten sich auf der Ebene der Dateiformate abgespielt haben. Aus technischer Sicht ist ein Dateiformat eine genau definierte Ordnung von Bitfolgen, die idealerweise im Rahmen einer *Formatspezifikation* dokumentiert ist. Mit Hilfe einer transparenten Formatspezifikation kann die Struktur und Beschaffenheit einer Datei nachvollzogen und von Computern interpretiert werden. Bei proprietären Dateiformaten ist die Spezifikation oft nicht bekannt, während sie bei offenen Formaten frei zugänglich ist. Dokumentierte Spezifikationen und standardisierte Formate sind für die Langzeitarchivierung digitaler Daten essentiell und stellen das wichtigste Kriterium *archivtauglicher Dateiformate* dar. Intransparente Dateiformate erschweren Technologiewechsel dagegen erheblich.

Verschiedene Nutzer-Communities haben für ihre Domäne jeweils archivtaugliche Dateiformate definiert, die abseits ihrer heterogenen Einsatzzwecke und Eigenschaften einige gemeinsame Kriterien aufweisen. So sollten archivtaugliche Formate möglichst verlustfrei sein, technische Metadaten enthalten, transparent dokumentiert und nicht (oder nicht mehr) proprietär sein²⁹. Eine Auswahl archivtauglicher Formate findet sich u.a. beim Schweizerischen Bundesarchiv³⁰:

ASCII Text	PDF/A
CSV	WAVE
SIARD	...
TIFF	

Das *Technical Registry* des britischen Nationalarchivs hat mit der Formatdatenbank PRONOM³¹ bereits früh ein Instrument zur Dokumentation von Dateiformaten geschaffen. In PRONOM können die technischen Eigenschaften von Dateiformate kollaborativ erfasst und gepflegt werden.

²⁹ Vgl. nestor Handbuch 2010.

³⁰ Standards für die Archivierung digitaler Unterlagen 2007,S.5f.

³¹ Vgl. PRONOM.

Simple search | File format | PRONOM Unique Identifier | Software | Vendor | Lifecycles | Migration Pathways

Details for: MPEG-1 Video Format [Save as...](#) [XML](#) | [CSV](#) [Print](#)

Go to: [Summary](#) | [Documentation](#) > | [Signatures](#) > | [Compression](#) > | [Character encoding](#) > | [Rights](#) > | [Reference files](#) > | [Properties](#) >

Summary	
Name	MPEG-1 Video Format
Version	
Other names	
Identifiers	Apple Uniform Type Identifier: public.mpeg MIME: video/mpeg PUID: x-fmt/385
Family	
Classification	Video
Disclosure	
Description	This is an outline record only, and requires further details, research or authentication to provide information that will enable users to further understand the format and to assess digital preservation risks associated with it if appropriate. If you are able to help by supplying any additional information concerning this entry, please return to the main PRONOM page and select 'Add an Entry'.
Orientation	Binary
Byte order	Big-endian (Motorola)
Related file formats	Has priority over Video Object File (MPEG-2 subset) .
Technical Environment	
Released	
Supported until	
Format Risk	
Developed by	None.
Supported by	None.
Source	 Digital Preservation Department / The National Archives
Source date	11 Mar 2005
Source description	
Last updated	02 Aug 2005
Note	

[Top of page](#)

Abb.11: Eintrag im Format Registry PRONOM des britischen Nationalarchivs³²

Unter den Begriffen *Formatmigration* bzw. *Emulation* werden zwei Methoden der Bestanderrhaltung gefasst, die beide stark abhängig von der Dokumentation von Formaten sind. Formatmigration bezeichnet in diesem Zusammenhang die Überführung eines gefährdeten Formates in ein standardisiertes Format innerhalb einer zeitgemäßen technischen Umgebung³³.

³² Vgl. PRONOM, Dateiformat MPEG-1.

³³ Vgl. nestor Handbuch, Kap. 12.11.

Mit der Formatmigration kann der Verlust einiger Informationen einhergehen. Dazu zählen zum Beispiel Aspekte des äußeren Erscheinungsbilds einer Datei. Migration ist in vielen Fällen automatisierbar und im Vergleich zur Emulation technisch relativ leicht umzusetzen. Nachteilig wirkt sich aus, dass jedes Objekt einzeln migriert werden muss und die Wahrscheinlichkeit von Datenverlusten bzw. Datenveränderungen über mehrere Migrationsschritte hinweg wächst.

Bei der Emulation³⁴ wird im Gegensatz zur Formatmigration der Bitstream in seinem ursprünglichen Zustand belassen. Stattdessen wird eine lauffähige Systemumgebung nachgebildet, in der die Datei interpretiert werden kann. Das Prinzip dieses Verfahrens ist manchen Internetnutzern z.B. durch die Emulation alter Spielesoftware bekannt. Die Emulation gilt im Vergleich mit der Formatmigration als komplexer und schwieriger. Es gibt noch keine abschließenden Erkenntnisse darüber, ob als Methoden der Bestandserhaltung Migrationen oder Emulationen langfristig kostengünstiger sind³⁵.

Risikoebene Qualifikationsmangel

Digitale Langzeitarchivierung ist eine kollaborative Aufgabe, die viele verschiedene Berufsbilder berührt. Sie reicht über rein technische Aspekte hinaus auch in Bereiche des operativen und strategischen Managements. Fachkenntnisse verschiedener Themenfelder sind unerlässlich bei dem Entwurf einer Langzeitarchivierungsstrategie. Die Kenntnis der anvisierten Nutzergruppe und ihrer Bedürfnisse an digitale Bestände ist wichtig bei dem Prozess des *Preservation Planning*, während der generelle Umgang mit digitalen Ressourcen konzeptuelle Arbeit von der Organisation insgesamt einfordert.

Lösungsstrategien

Fortbildungen im Bereich digitaler Langzeitarchivierung haben inzwischen keinen Seltenheitswert mehr. Die Veranstaltungen von nestor, dem deutschen Kompetenznetzwerk zur digitalen Langzeitarchivierung³⁶ dürften im

³⁴ Ebd. Kap. 12.17.

³⁵ Ebd. Kap. 5.5.

³⁶ Vgl. <http://www.langzeitarchivierung.de>.

deutschsprachigen Raum einen entscheidenden Beitrag dazu leisten. Das Bewusstsein um die vielseitigen Risiken der digitalen Datenverarbeitung hat inzwischen den Sprung in die Mainstream-Medien geschafft und fügt den dringlichen Problemen der postmodernen Informationsgesellschaft neben Klimawandel, Finanz- und Ressourcenkrisen zunächst einmal ein weiteres hinzu. Die technischen wie organisatorischen Herausforderungen in diesem vergleichsweise jungen Forschungsfeld haben sich dabei längst auf die Praxis ausgeweitet. Sie berühren zahlreiche Tätigkeitsfelder im Bereich der Informationsberufe. Entsprechend besteht ein hoher Bedarf an Schulung und Weiterbildung, auf den im Rahmen von nestor mit der Initiierung des „nestor Qualifizierung“-Kreises reagiert wurde. nestor Qualifizierung³⁷ ist ein Zusammenschluss von Institutionen der Aus- und Weiterbildung im BAM-Sektor, die sich 2007 im Rahmen eines „Memorandum of Understanding“ für ein gemeinsames Engagement im Bereich der digitalen Langzeitarchivierung zusammengefunden haben. Zu den Ergebnissen dieser Zusammenarbeit zählen neben den nestor-Schools auch Publikationen wie das „nestor Handbuch: Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung“³⁸ und „Langzeitarchivierung von Forschungsdaten. Eine Bestandsaufnahme“³⁹.

Risikoebene Infrastruktur- und Finanzierungsmangel

Risiken, die auf technische Infrastruktur einwirken können, haben einen ganzen Komplex von Publikationen zum Thema *Disaster Recovery* hervorgebracht. Der Begriff bezeichnet Maßnahmen, die nach einem Unglücksfall in der Informationstechnik eingeleitet werden. Dazu zählt sowohl die Wiederherstellung von Daten als auch das Ersetzen nicht mehr benutzbarer Infrastruktur, Hardware und deren Organisation⁴⁰, soweit dies möglich ist. Die Bezüge zur digitalen Langzeitarchivierung sind nahtlos⁴¹. Zu den in der dLZA adressierten Risiken zählen neben unsachgemäß betriebener Infrastruktur, Benutzerfehler und Sabotage⁴² auch „Höhere Gewalt“ wie Unfälle, Naturkatastrophen (Überschwemmungen, Erdbeben,

³⁷ Vgl. <http://nestor.sub.uni-goettingen.de/education/index.php>.

³⁸ Vgl. <http://nestor.sub.uni-goettingen.de/handbuch/index.php>.

³⁹ Vgl. <http://nestor.sub.uni-goettingen.de/bestandsaufnahme/index.php>.

⁴⁰ Vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Disaster_Recovery.

⁴¹ Vgl. <http://www.librarytechnology.org/ltg-displaytext.pl?RC=16821>.

⁴² Vgl. <http://www.dpworkshop.org/dpm-eng/oldmedia/threats.html>.

Feuer) oder kriegerische Auseinandersetzungen. In der jüngeren Vergangenheit geraten auch die Auswirkungen von Weltraumwetter und verstärkter Sonnenaktivität in den Blickpunkt, da durch starke elektromagnetische Einflüsse sensible technische Systeme beeinträchtigt oder im Extremfall zerstört werden können⁴³.

Das am meisten verbreitete Risiko dürfte jedoch in der unzureichenden oder gänzlich fehlenden Infrastruktur für digitale Langzeitarchivierung liegen. Ihre komplexen Anforderungen und hohen personellen Aufwände machen die digitale Langzeitarchivierung zu einer kostenintensiven, wenn auch notwendigen Herausforderung für den Informationssektor. Auch der Softwaremarkt hat digitale Langzeitarchivierung daher längst als Geschäftsfeld entdeckt. Kommerzielle Anbieter versprechen integrierte Gesamtlösungen, die sich in ihren technischen Schwerpunkten und Leistungsspektren jeweils unterscheiden. Das Fraunhofer-Institut für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO) hat 2012 im Rahmen des Projekts „LADO – Langzeitarchivierung Digitaler Objekte“⁴⁴ eine Marktstudie erstellt und darin unterschiedliche Ansätze der Langzeitarchivierung miteinander verglichen. Die Heterogenität der technischen Lösungen sowie der an sie gestellten Anforderungen unterstreicht, welchen Stellenwert Systemintegration im Bereich der Langzeitarchivierung zukünftig einnehmen wird. Systemintegration bedeutet in diesem Zusammenhang, existierende Systeme für unterschiedliche Aufgaben zu koppeln und damit für den Nutzer und seine Anforderungen gezielt zugänglich zu machen.

Lösungsstrategien

Die Ermittlung von Kostenfaktoren und Kosten der digitalen Langzeitarchivierung erfährt seit etwa fünf Jahren größere Aufmerksamkeit in der dLZA-Community. Zu nennen ist in dem Zusammenhang das frühe Projekt LIFE (Life Cycle Information for E-Literature)⁴⁵ des University College London und der British Library. Speziell in den Anschlussprojekten LIFE2 und LIFE3⁴⁶ wurde nach Antworten darauf gesucht,

⁴³ Vgl. http://science.nasa.gov/science-news/science-at-nasa/2003/23oct_superstorm.

⁴⁴ Vgl. Spath 2012 sowie

<http://www.swm.iao.fraunhofer.de/de/Publikationen/lza2012.html>.

⁴⁵ Vgl. <http://www.life.ac.uk>.

⁴⁶ Ebd.

welche Kosten bei der dLZA entstehen und wie diese sinnvoll in Kostenmodellen abgebildet werden können. In Deutschland befassten bzw. befassen sich Projekte wie die Göttinger Initiative KoLaWiss⁴⁷ und das von der Deutschen Nationalbibliothek koordinierte Projekt DP4lib⁴⁸ mit vergleichbaren Fragen. Eine aktuelle Initiative ist die nestor Arbeitsgruppe Kosten⁴⁹, die neben regelmäßigen Kostenfaktoren zusätzlich auch Beschaffungskosten und initiale Kosten der Langzeitarchivierung einbezieht.

Γνώθι σεαυτόν- gnōthi seautón - Erkenne dich selbst. Die an den Säulen des Orakels von Delphi formulierte Aufforderung zur Selbsterkenntnis ist ohne Weiteres auf die Organisationsebene und deren Handlungsfelder im Bereich digitaler Langzeitarchivierung übertragbar.

Die detaillierte Kenntnis des eigenen Umgangs mit Digitalia bildet die Ausgangsbasis für alle bis hierhin dargestellten Lösungsstrategien. Ohne ausreichendes Verständnis der eigenen institutionellen Prozesse und ihrer technisch-fachlichen Basiskonzeptionen wird die Auswahl geeigneter Technologien und Fachkräfte ebenso hürdenreich bleiben wie der sinnvolle Einsatz finanzieller Ressourcen. Für die Vertrauenswürdigkeit und damit auch die Akzeptanz jedes digitalen Langzeitarchivs ist es daher wichtig, die übernommenen Aufgaben und deren Erfüllung nach innen und außen transparent darzustellen. Neben dem Erkenntnisgewinn "nach innen" kann so für Kunden, Kooperationspartner und Träger die Qualität operativer Maßnahmen bemessen und Fortschritt sichtbar gemacht werden.

Als ein geeignetes Instrument zur Förderung dieser Transparenz hat sich in den letzten Jahren die Publikation institutioneller „Preservation Policies“ etabliert. Preservation Policies - und damit assoziierte, technisch bezogene Dokumente - dienen der Selbstvergewisserung nach innen und der Selbstverpflichtung nach außen. Sie legen langfristig wirksame strategische

⁴⁷ Vgl. http://kolawiss.uni-goettingen.de/projektergebnisse/AP5_Report.pdf

⁴⁸ Vgl. <http://dp4lib.langzeitarchivierung.de>

⁴⁹ Vgl.

<http://www.langzeitarchivierung.de/Subsites/nestor/DE/Arbeitsgruppen/AGKosten.html>

und organisatorische Grundelemente eines digitalen Langzeitarchivs offen und tragen zum Vertrauensgewinn bei. Auch hierfür hat nestor in einem „Leitfaden zur Erstellung einer institutionellen Policy zur digitalen Langzeitarchivierung“ im Frühjahr 2014 eine Handreichung⁵⁰ erarbeitet, die Organisationen bei der Erstellung einer strukturierten Preservation Policy praktisch unterstützt.

Anforderungen an die Gesetzgebung

Nicht umsonst stehen mangelnde Rechtssicherheit und fehlende Mandate an der Spitze der Risiken im Bereich digitaler Langzeitarchivierung. Die rechtlichen Aspekte im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien werfen mannigfaltige juristische Fragen auf, die im vorliegenden Band diskutiert werden. Auch die Praktiker im Bereich der digitalen Langzeitarchivierung sind dringend auf diese Diskussion angewiesen. Deren Forschungs- und Projektaktivitäten haben viel zu oft noch den Charakter eines „freiwilligen Engagements“ - während die geringe Haltbarkeit von Digitalia und unser kulturelles Gedächtnis digitale Langzeitarchivierung als eine dauerhafte hoheitliche Aufgabe für Gedächtnisinstitutionen einfordern.

⁵⁰ Vgl:

<http://www.langzeitarchivierung.de/Subsites/nestor/DE/Arbeitsgruppen/agPolicy.html>.

Quellenverzeichnis

Standards für die Archivierung digitaler Unterlagen 2007.

Schweizerisches Bundesarchiv Ressort Innovation und Erhaltung.

http://www.bar.admin.ch/dienstleistungen/00895/00897/index.html?lang=de&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCDdIJ9hGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (URL am 6.6.2013)

Beckedahl, M., Lüke, F. 2012: Die digitale Gesellschaft: Netzpolitik, Bürgerrechte und die Machtfrage. München: dtv.

DFG-Projekt: LuKII (LOCKSS und KOPAL Infrastruktur und Interoperabilität) In: Institut für Bibliotheks- und Informationswissenschaft der Humboldt Universität zu Berlin <http://www.lukii.hu-berlin.de> (URL am 6.6.2013)

Digitales Archiv NRW. Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen 2013 http://www.danrw.de/?page_id=291 (URL am 6.6.2013)

Digitales Kulturerbe. Fraunhofer-Institut für Graphische Datenverarbeitung IGD 2013. <https://www.igd.fraunhofer.de/Kulturerbe> (URL am 23.5.2013)

EPrints.org. Registry of Open Access Repositories 2010. <http://roar.eprints.org> (URL am 25.11.2010)

Freude, A. 2011. "Das Internet und die Demokratisierung der Öffentlichkeit" In: MIND 1 - Grundrecht Internetfreiheit Discussion Paper Series No.1. http://www.collaboratory.de/w/MIND_1_-_Grundrecht_Internetfreiheit (URL am 18.7.2013)

Gantz, J.F. (Hrsg.). 2008. The Diverse and Exploding Digital Universe. An Updated Forecast of Worldwide Information Growth Through 2011. <http://www.emc.com/collateral/analyst-reports/diverse-exploding-digital-universe.pdf> (URL am 23.5.2013)

Digitale Langzeitarchivierung - Risikoebenen und Lösungsstrategien im nachhaltigen Umgang mit digitalen Ressourcen

- Huth, K., Schroeder, K., Schumann, N. 2009. „Speichersysteme mit Langzeitarchivierungsanspruch“. In: nestor Handbuch: Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung. Version 2.0. (2009). Neuroth, H., Oßwald, A., Scheffel, R., Strathmann, S., Jehn, M. (Hrsg.) <http://nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:0008-20090811609> (URN am 6.6.2013)
- Lohberg, P. 2013. Das Problem ist der Mensch. In: Der Datenrettungsblog. <http://www.derdatenrettungsblog.de/?s=26%25> (URL am 18.7.2013)
- nestor-Arbeitsgruppe Policy (Hrsg.): Leitfaden zur Erstellung einer institutionellen Policy zur digitalen Langzeitarchivierung (nestor-materialien 18). Frankfurt am Main. 2014 <http://www.langzeitarchivierung.de/Subsites/nestor/DE/Arbeitsgruppen/agPolicy.html> (urn:nbn:de:0008-2014052004 am 20.5.2014)
- nestor Handbuch. Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung. Version 2.3. 2010. Neuroth, H., Oßwald, A., Scheffel, R., Strathmann, S., Huth, K. (Hrsg.) http://nestor.sub.uni-goettingen.de/handbuch/nestor-handbuch_23.pdf (URL am 6.6.2013)
- PRONOM. The technical registry. The National Archives <http://www.nationalarchives.gov.uk/PRONOM/Default.aspx> (URL am 6.6.2013)
- Portico Services & Benefits. Portico 2013. <http://www.portico.org/digital-preservation> (URL am 6.6.2013)
- Reference Model for an Open Archival Information System (OAIS). Consultative Committee for Space Data Systems (CCSDS) 2012. <http://public.ccsds.org/publications/archive/650x0b1.pdf> (URL am 6.6.2013)
- Rothenberg, J. 1999. „Ensuring the Longevity of Digital Information“ <http://www.clir.org/pubs/archives/ensuring.pdf> (URL am 23.5.2013)
- Spath, D., Weisbecker, A. (Hrsg.), Ferle, C. 2012. Marktstudie Digitale Langzeitarchivierung. Im Spannungsfeld zwischen Digital Preservation und Enterprise Information Archiving. Fraunhofer-Institut für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO). http://www.swm.iao.fraunhofer.de/content/dam/swm/de/documents/Marktstudie_Digitale_Langzeitarchivierung_web.pdf (URL am 18.7.2013)

Thaller, M. 2009. The eXtensible Characterisation Languages - XCL. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.

Ulrich, D. 2010. „Bitstream Preservation“. In: nestor Handbuch: Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung. Version 2.3. (2010). Neuroth, H., Oßwald, A., Scheffel, R. Strathmann, S. (Hrsg.) <http://nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn:nbn:de:0008-2010071949> (URL am 23.5.2013)

Der Unterschied zwischen Sicherung (Backup) und Archivierung (Archive). In: Hochschulrechenzentrum der Technischen Universität Darmstadt. http://www.hrztu-darmstadt.de/serverbetreuung/tsm/tsm_anleitungen/weiterfuhrendeinformationen/backuparchiv.de.jsp (URL am 6.6.2013)

What Is LOCKSS? In: LOCKSS. Lots Of Copies Keep Stuff Safe <http://www.lockss.org/about/what-is-lockss> (URL am 6.6.2013)

„Wikipedia:Bitstrom“. In: Wikipedia. <http://de.wikipedia.org/wiki/Bitstrom> (URL am 23.5.2013)

„Wikipedia:Langzeitarchivierung. Haltbarkeit der Trägermedien“. In: http://de.wikipedia.org/wiki/Langzeitarchivierung#Haltbarkeit_der_Tr.C3.A4germedien (URL am 6.6.2013)

„Wikipedia:Prüfsumme“. In: Wikipedia. <http://de.wikipedia.org/wiki/Pr%C3%BCfsumme> (URL am 5.6.2013)

Web-Harvesting, Refreshment & Co.

– rechtliche Probleme der Langzeitarchivierung und ihre Lösungen

von Katharina de la Durantaye

I. Einleitung¹

Eine Gedächtnisinstitution wie eine Bibliothek oder ein Archiv hat im Wesentlichen drei Aufgabenbereiche: Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung.² Die Langzeitarchivierung betrifft vor allem Bestandsaufbau und Bestandserhaltung – die Bestandsvermittlung ist lediglich mittelbar berührt.³ Dementsprechend wird sich der Aufsatz auf diese beiden Aufgaben konzentrieren, auch wenn sich die drei Bereiche teilweise überschneiden.⁴

Im Mittelpunkt werden digitale Maßnahmen zur Langzeitarchivierung stehen. Zunächst werden die hierfür notwendigen technischen Schritte sowie ihre urheberrechtliche Relevanz dargestellt. Anschließend wird untersucht, welche Archivierungsmaßnahmen nach geltendem Recht zulässig sind. Beleuchtet werden insbesondere Möglichkeiten und Grenzen von Vertragsrecht, (rechtfertigender) Einwilligung und urheberrechtlichen Schrankenregelungen. Schließlich wird diskutiert, wie die Langzeitarchivierung zukünftig auf ein solides rechtliches Fundament

¹ Dieser Text ist eine überarbeitete, schriftliche Version eines Vortrags, den die Verfasserin auf der Tagung „Die digitale Bibliothek und ihr Recht“ gehalten hat. Sie fand am 6. und 7. September 2012 in Köln statt. Der Text befindet sich auf dem Stand von Oktober 2012, die Online-Quellen wurden zuletzt am 30. April 2014 abgerufen. Für eine aktuellere, umfassendere Untersuchung zum Thema vgl. *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (2014), S. 248 ff.

² *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, ZUM 2012, 273, 274 ff. Zum Thema grundsätzlich *Euler*, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011).

³ Anderer Ansicht *Steinhauer*, K&R 2009, 161, 162 ff., nach dem Langzeitarchivierungsmaßnahmen lediglich den Bestandserhalt betreffen.

⁴ Siehe auch Long-Term Preservation Services. A description of LTP services in a Digital Library environment, abrufbar unter: www.dnb.de/DE/Netzpublikationen/Langzeitarchivierung/langzeitarchivierung_node.htm 1, S. 7 ff.

gestellt werden kann. Es bietet sich an, entweder die bestehenden Schrankenregelungen zu erweitern oder eine neue Schranke einzuführen.

II. Technische Hintergründe

Wer die rechtlichen Probleme, die mit der (digitalen) Langzeitarchivierung einhergehen, angemessen lösen möchte, muss zunächst ihre technischen Hintergründe verstehen.

1. Bestandsaufbau

Gedächtnisinstitutionen können den Bestand ihrer Archive aufbauen, indem sie Werke, die sich bereits in ihrem Bestand befinden, archivieren und also zusätzliche Vervielfältigungsstücke dieser Werke herstellen. Umfassend können sie das kulturelle Erbe aber nur dann archivieren, wenn sie sich nicht auf die in ihrem Bestand befindlichen Werke beschränken, sondern ihre Archivierungstätigkeit auf im Internet verfügbare Werke ausdehnen.⁵ Technisch geschieht eine solche Sammlung durch das sogenannte *Web-Harvesting*. Dabei durchsucht ein Computerprogramm das Internet automatisch, analysiert Webseiten und speichert die gefundenen Ergebnisse ab.⁶

2. Bestandserhaltung

Um ihre Bestände zu bewahren, müssen Gedächtnisinstitutionen sowohl den Inhalt der Dokumente erhalten als auch den Zugang zu ihnen sicherstellen.

a) Erhalt des Dokumenteninhalts

Eine sachgerechte Langzeitarchivierung erfordert eine mehrfache, also redundante Speicherung der die Objekte ausmachenden Daten. Die dabei entstehenden Kopien müssen an unterschiedlichen Orten verwahrt

⁵ *Upmeyer*, Rechtliche Aspekte, in: *nestor Handbuch: Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung*. Version 2.3 (2010), Kap. 16:5, abrufbar unter: http://nestor.sub.uni-goettingen.de/handbuch/artikel/nestor_handbuch_artikel_462.pdf.

⁶ Vgl. *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (2014), S. 22 f.; *Euler*, CR 2008, 64, 64.

werden.⁷ Erstellt werden die Sicherungskopien mittels Migration. Dies kann auf unterschiedliche Weisen geschehen, die verschieden starke Auswirkungen haben auf die logische Struktur der Datenpakete.

Migration mittels *Refreshment* trägt der Tatsache Rechnung, dass elektronische Speichermedien eine deutlich kürzere Lebensdauer haben als etwa Mikrofilme. Hier findet eine Medienmigration in dem Sinne statt, dass ein Datenträger gegen einen anderen, gleichartigen Datenträger ausgetauscht wird.⁸ Speicherinfrastruktur und Dateninhalt bleiben identisch. *Refreshment* liegt also beispielsweise dann vor, wenn eine .doc-Datei von einer CD-Rom auf eine andere CD-Rom überspielt wird, um so den Binärcode über die Haltbarkeit der ursprünglichen CD-Rom hinaus zu erhalten.

Auch die *Replication* ist eine Form der Medienmigration. Anders als beim *Refreshment* wird der Datenträger allerdings nicht gegen einen gleichartigen, sondern gegen einen andersartigen Datenträger ausgetauscht, also etwa eine .doc-Datei von einer Diskette auf eine CD-Rom überspielt. Der Medientyp des Datenträgers wird also verändert. In der Regel muss dafür die Speicherinfrastruktur angepasst werden.⁹ Der Dateninhalt bleibt aber identisch.¹⁰

Als *Repackaging* wird eine Änderung des Verpackungsformats bezeichnet. Geändert wird also die Struktur des Archivpakets.¹¹ Die Dateninhalte

⁷ Ullrich, Bitstream Preservation, in: nestor Handbuch: Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung. Version 2.3 (2010), Kap. 8.2-8.4, abrufbar unter: http://nestor.sub.uni-goettingen.de/handbuch/artikel/nestor_handbuch_artikel_402.pdf.

⁸ Borghoff/Rödig/Scheffczyk/Schmitz, Langzeitarchivierung. Methoden zur Erhaltung digitaler Dokumente (2003), S. 45.

⁹ Ullrich, Bitstream Preservation, in: nestor Handbuch: Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung. Version 2.3 (2010), Kap. 8.2-8.6, abrufbar unter: http://nestor.sub.uni-goettingen.de/handbuch/artikel/nestor_handbuch_artikel_402.pdf.

¹⁰ Borghoff/Rödig/Scheffczyk/Schmitz, Langzeitarchivierung. Methoden zur Erhaltung digitaler Dokumente (2003), S. 45.

¹¹ Ullrich, Bitstream Preservation, in: nestor Handbuch: Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung. Version 2.3 (2010), Kap. 8.6, abrufbar unter: http://nestor.sub.uni-goettingen.de/handbuch/artikel/nestor_handbuch_artikel_402.pdf.

hingegen bleiben gleich.¹² Ein Beispiel hierfür ist die Änderung des Archivpakets von einer .zip-Datei in eine .tar-Datei.

b) Erhalt des Zugangs zum Dokument

Technisch schwieriger als der Erhalt des Dokumenteninhalts ist es, die Wahrnehmbarkeit eines digitalen Dokuments zu bewahren. Dateiformate veralten und werden inkompatibel, wenn sich Hard- und Softwareumgebung sowie Benutzungstools verändern.¹³ Um sicherzustellen, dass Dateiformate dennoch abgespielt werden können, werden verschiedene Strategien verfolgt. Sie reichen von der Sammlung aller jemals verwendeten Wiedergabemedien bis zur genauen Beschreibung der Dokumentenformate, um künftigen Generationen die eigene Herstellung der Wiedergabeumgebungen zu ermöglichen.¹⁴

Eine urheberrechtlich relevante Form, den Zugang zum Objekt zu erhalten, ist die *Transformation*. Hier wird ein digitales Dokument in ein neues Dokument mit einem anderen Format konvertiert, wenn das ursprüngliche Format nicht mehr unterstützt wird.¹⁵ Die Änderung der Struktur des Archivpakets führt dabei zu einer Änderung des Dateninhalts.¹⁶ Das ist etwa bei der Umwandlung einer .jpg-Datei in eine .tiff-Datei der Fall.

¹² *Id.*

¹³ Pressemitteilung der Deutschen Nationalbibliothek vom 29.06.2006, abrufbar unter: http://deposit.d-nb.de/ep/netpub/76/22/36/991362276/_data_dyna/_snap_stand_2007_07_13/aktuell/presse/pressemitt_dnbg_neu.htm; *Borghoff/Rödiger/Scheffczyk/Schmitz*, Informatik Spektrum 2005, 489, 490; Long-Term Preservation Services. A description of LTP services in a Digital Library environment, abrufbar unter: www.dnb.de/DE/Netzpublikationen/Langzeitarchivierung/langzeitarchivierung_node.html, S. 8.

¹⁴ Z.B. Museumsansatz, Emulationsansatz, Portierung, „Stein von Rosetta“, analoge Medien, siehe *Borghoff/Rödiger/Scheffczyk/Schmitz*, Informatik Spektrum 2005, 489, 491 f.

¹⁵ *Id.*, 491; *dies.*, Langzeitarchivierung. Methoden zur Erhaltung digitaler Dokumente (2003), S. 47 f.

¹⁶ *Borghoff/Rödiger/Scheffczyk/Schmitz*, Langzeitarchivierung. Methoden zur Erhaltung digitaler Dokumente (2003), S. 48.

Von urheberrechtlicher Relevanz kann auch die *Emulation* sein, bei der die Originalabspielumgebung der Datei unter neuen technischen Voraussetzungen abgebildet wird.¹⁷ Die Archivierungsmaßnahme zielt bei der *Emulation* also nicht auf den Dateninhalt ab, sondern nur auf das zur Benutzbarkeit erforderliche System.¹⁸ Allerdings kann es bei der Nachahmung der veralteten Umgebung und der Wiedergabe der Dateien zu einer abweichenden Präsentation des Dateninhalts kommen.¹⁹ DOS-Emulatoren bilden beispielsweise eine DOS-Umgebung nach, damit ältere DOS-Programme und -Spiele unter Verwendung modernerer Betriebssysteme wie etwa Microsoft Windows abgespielt werden können.

III. Rechtliche Relevanz und bestehende Lösungsvorschläge

Maßnahmen zum Bestandsaufbau erfolgen grundsätzlich durch Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG. Dies gilt sowohl für Archivierungsmaßnahmen von Werken, die sich im Bestand der Gedächtnisinstitution befinden, als auch für das *Web-Harvesting*.

Bestandserhaltungsmaßnahmen sind urheberrechtlich regelmäßig ebenfalls als Vervielfältigungen im Sinne des § 16 UrhG zu werten. Unproblematisch ist dies der Fall, wenn der Dateninhalt, wie bei *Refreshment* und *Replication*, unverändert bleibt. Ansonsten ist die rechtliche Bewertung einzelfallabhängig. Auch wenn sich die logische Struktur der Daten verändert, wie beim *Repackaging* oder bei der *Transformation*, wird die Handlung zumeist eine Vervielfältigung darstellen.²⁰ Der Begriff der

¹⁷ *Id.*, S. 18, 59 ff.

¹⁸ *Id.*, S. 60.

¹⁹ *Hoeren*, Rechtsfragen zur Langzeitarchivierung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulschriften (2005), abrufbar unter: <http://files.d-nb.de/nestor/berichte/hoeren.pdf>, S. 10.

²⁰ *Heckmann/Weber*, AfP 2008, 269, 274; *Hoeren*, Rechtsfragen zu Langzeitarchivierung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulschriften (2005), abrufbar unter: <http://files.d-nb.de/nestor/berichte/hoeren.pdf>, S. 9. Anderer Ansicht *Euler*, AfP 2008, 474, 479, die verlustfreie Konvertierungen zumindest als Änderungen ansieht.

Vervielfältigung gem. § 16 UrhG umfasst nämlich nicht nur identische Vervielfältigungen, sondern auch solche, die nahezu identisch sind.²¹

Wirkt sich die Änderung aber auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck aus, wird das Werk durch die Migration umgestaltet im Sinne des § 23 UrhG. Eine Umgestaltung ist eine gestaltende Handlung, bei der wesentliche Züge des Originalwerkes übernommen werden, so dass die Identität des Werkes unberührt bleibt.²² Sie ist ohne Einwilligung des Urhebers zulässig, solange das Werk in seiner veränderten Form nicht veröffentlicht oder verwertet wird. Etwas anderes gilt nur bei der Archivierung von Datenbankwerken. Gem. § 23 S. 2 UrhG ist bei ihnen schon für die Herstellung der Umgestaltung die Einwilligung des Urhebers erforderlich.²³

Als Beeinträchtigung im Sinne des § 14 UrhG wird eine fachgerecht durchgeführte Maßnahme zur Langzeitarchivierung hingegen nicht zu beurteilen sein. Dafür wäre ein verfälschender Eingriff in das Werk erforderlich,²⁴ durch den die geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers an seinem Werk gefährdet werden.²⁵ Ziel der Langzeitarchivierung ist aber gerade die unbeschadete Konservierung von Werken. Ihr dienen darum nur solche Maßnahmen, die den wesentlichen Informationskern und die schöpferischen Elemente des Werkes erhalten,²⁶ die Interessen des Urhebers also gerade nicht gefährden.

²¹ BGH GRUR 1988, 533, 535 – *Vorentwurf II*; BGH GRUR 1991, 529, 530 – *Explosionszeichnungen*.

²² Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BT-Drucks IV/270, S. 51.

²³ Weil Langzeitarchivierungsmaßnahmen aber mit dem Ziel erfolgen, dass die Werke später zugänglich gemacht werden, wird teilweise vertreten, dass bereits die Umgestaltung selbst erlaubnispflichtig sei. So *Euler*, AfP 2008, 474, 476.

²⁴ *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, UrhR, 3. Auflage (2009), § 14 Rn. 3.

²⁵ *BeckOK/Kroitzsch/Götting*, UrhR, 4. Auflage (2014), § 14 Rn. 16;

Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert, UrhR, 4. Auflage (2010), § 14 Rn. 1.

²⁶ *Hoeren*, Rechtsfragen zu Langzeitarchivierung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulchriften (2005), abrufbar unter: <http://files.d-nb.de/nestor/berichte/hoeren.pdf>, S. 7.

1. Vertragsrecht

Zulässig sind Vervielfältigungen und Umgestaltungen, wenn sie mit Zustimmung des Rechteinhabers erfolgen. Die für die Langzeitarchivierung erforderlichen Handlungen wären also insbesondere dann rechtlich unbedenklich, wenn die Gedächtnisinstitutionen mit den Rechteinhabern der Werke, die sie archivieren wollen, Lizenzverträge abgeschlossen hätten, die sie zu den für die Archivierung erforderlichen Nutzungshandlungen berechtigten.²⁷

Derartige vertragsrechtliche Lösungen sind einem staatlichen Eingriff in das Marktgeschehen grundsätzlich vorzuziehen. Diesen Grundsatz drückt auch Erwägungsgrund 40 der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-Richtlinie) aus.²⁸ Er befasst sich mit Beschränkungen zu Gunsten nichtkommerzieller Einrichtungen wie etwa öffentlicher Bibliotheken. Sein letzter Satz bestimmt: „Spezifische Verträge und Lizenzen, die diesen Einrichtungen und ihrer Zweckbestimmung zur Verbreitung der Kultur in ausgewogener Weise zugute kommen, sollten daher unterstützt werden.“ Soweit der Abschluss von Lizenzverträgen praktisch möglich und wirtschaftlich tragbar ist, sollte der Gesetzgeber dem individuellen Urheberrecht darum grundsätzlich Vorrang einräumen.²⁹

Bei der Langzeitarchivierung sind diese Bedingungen aber gerade nicht gegeben. Allein mit vertragsrechtlichen Mitteln können Gedächtnisinstitutionen ihren gesetzlichen Auftrag, ein möglichst umfassendes kulturelles Gedächtnis aufzubauen und zu erhalten, nicht erfüllen.³⁰ Dafür gibt es mehrere Gründe:

Rechteinhaber von unkörperlichen Werken, die über das Internet und andere Medien verbreitet werden, sind oft unbekannt oder unauffindbar. Der Abschluss eines Lizenzvertrags ist bei diesen verwaisten Werken

²⁷ Zu Archivverträgen über analoge Archivgegenstände *Haberstumpf*, Archivverträge, in: FS Nordemann (2004), S. 167 ff.

²⁸ Richtlinie 2001/29/EG.

²⁹ *Schack*, AfP 2003, 1, 8.

³⁰ Siehe auch *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, ZUM 2012, 273, 280.

darum faktisch nicht möglich.³¹

Hinzu kommt, dass Gedächtnisinstitutionen zwar rechtlich im Stande sind, Lizenzverträge mit bekannten, auffindbaren Rechteinhabern abzuschließen,³² dass der Abschluss derartiger Verträge aber tatsächlich und wirtschaftlich unmöglich ist. Die Anzahl urheberrechtlicher Werke, für die die Gedächtnisinstitutionen Nutzungsrechte erwerben müssten, ist enorm. Aufbau und Erhalt des Bestands an digitalen Werken verursachen bereits erhebliche Kosten. So geht die Gesetzesbegründung zum Entwurf des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG) davon aus, dass der Deutschen Nationalbibliothek (DNB) durch die Erweiterung des Sammelauftrags auf unkörperliche Medienwerke für 2009–2011 jährliche Mehrkosten in Höhe von € 2.900.000 entstehen würden.³³

Massenhafte Vertragsschlüsse würden zusätzlich erhebliche Transaktionskosten produzieren. Hinzu kämen die finanziellen Belastungen durch die Zahlung von Lizenzgebühren. Gem. § 32 UrhG hat der Urheber nämlich Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Zwar ist danach die unentgeltliche Einräumung von Nutzungsrechten nicht grundsätzlich ausgeschlossen. So kann der Urheber nach § 32 III 3 UrhG unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen. Umstritten ist aber, ob unentgeltliche Verträge über die Grenzen des § 32 III 3 UrhG hinaus zulässig sind.³⁴ In jedem Fall unterliegen sie einem besonderen

³¹ Gem. § 61 Abs. 1 UrhG dürfen Gedächtnisinstitutionen verwaiste Werke aus ihrem Bestand daher zustimmungsfrei vervielfältigen. Den Bestandsaufbau und -erhalt von verwaisten Netzpublikationen und anderen, nicht im Bestand der Institution befindlichen Werken erlaubt das Gesetz hingegen nicht. Siehe zu diesem Problem unter anderem *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437 ff.

³² Das Gesetz erlaubt auch den Abschluss von Verträgen über unbekannte Nutzungsarten, solange diese der Schriftform genügen (§ 31a UrhG). Hat ein Urheber einem anderen (in der Regel seinem Verleger) nach dem 1. Januar 1966 alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt, gelten außerdem die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannteten Nutzungsrechte, etwa solche über digitale Nutzungen, als dem anderen ebenfalls eingeräumt, sofern der Urheber nicht widerspricht (§ 137I UrhG). Vgl. zu letzterem *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 275.

³³ BT-Drucks. 16/322, S. 11.

³⁴ Für die Zulässigkeit *Schricker/Loewenheim/Schricker/Haedtke*, UrhR, § 32 Rn. 22. Andere Ansicht *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, UrhR, § 32 Rn. 11.

Rechtfertigungszwang.

Im Ergebnis können die rechtlichen Probleme der Langzeitarchivierung mit Hilfe des Vertragsrechts also nur unvollständig gelöst werden. Zudem führt eine vertragsrechtliche Lösung zu einer einseitigen Kostenbelastung der Gedächtnisinstitutionen und damit letztlich der Allgemeinheit.³⁵

2. Einwilligung

Vertragsrechtliche Lösungen sind nicht nur, aber insbesondere für das flächendeckende *Web-Harvesting* ungeeignet. Eines Vertragsabschlusses bedürfte es für das *Web-Harvesting* aber gar nicht, wenn die für die Langzeitarchivierung erforderlichen Vervielfältigungshandlungen nicht rechtswidrig wären, weil sie mit Einwilligung des Rechteinhabers erfolgten. Laut BGH willigt beispielsweise derjenige Rechteinhaber, der Bilder frei ins Internet stellt, darin ein, dass diese als Vorschaubilder in Suchmaschinen abgebildet werden.³⁶ Eine auf diese Rechtsfolge gerichtete Willenserklärung sei dafür nicht erforderlich.

Denkbar wäre, dass sich diese Argumentation auf den vorliegenden Fall übertragen ließe, so dass derjenige, der ein Werk im Netz zur Verfügung stellt, damit zugleich in eine Vervielfältigung des Werkes zu Archivierungszwecken einwilligt. Gedächtnisinstitutionen dürften diese Werke dann aus dem Netz sammeln, ohne mit den Rechteinhabern Verträge schließen zu müssen. Wenn ein Rechteinhaber nicht wollte, dass ein Werk archiviert wird, obläge es ihm, das Werk technisch gegen das *Harvesting* zu schützen.

Bereits gegen die BGH-Entscheidung zu Vorschaubildern werden zu Recht grundsätzliche dogmatische Bedenken vorgebracht.³⁷ Bei Maßnahmen der Langzeitarchivierung ist die Einwilligungskonstruktion noch

³⁵ Dreier, Urheberrecht und das Gedächtnis der Informationsgesellschaft – Chancen und Risiken, in: Robertson-von-Trotha/Hauser (Hrsg.), Neues Erbe. Aspekte, Perspektiven und Konsequenzen der digitalen Überlieferung (2011), S. 279, 289.

³⁶ BGHZ 185, 291, 304 ff. – *Vorschaubilder*. Konkretisierend und weitergehend BGH GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*.

³⁷ Siehe statt vieler nur die Anmerkungen von Conrad, ZUM 2010, 585; Götting, LMK 2010, 309481; Hüttner, WRP 2010, 1008 ff.; Spindler, GRUR 2010, 785.

problematischer, weil diese Maßnahmen stärker in die Rechte des Rechteinhabers eingreifen als eine Abbildung als Vorschau bild. Während letztere nur einen vorübergehenden Eingriff darstellt, bezweckt erstere eine dauerhafte Nutz- und Verfügbarkeit des Werkes.³⁸ Außerdem hatte der BGH bei Vorschau bildern eine konkludente Einwilligung angenommen, weil die Aufnahme eines Werkes in eine Suchmaschine eine übliche Nutzungshandlung darstelle, mit der ein Rechteinhaber, der sein Werk online stellt, rechnen müsse.³⁹ An dieser Üblichkeit fehlt es (bislang) bei Langzeitarchivierungsmaßnahmen.

Schließlich spricht auch § 7 der Verordnung über die Pflichtablieferung von Medienwerken an die Deutsche Nationalbibliothek (PflAV) dagegen, dass diejenigen, die Werke online zur Verfügung stellen, damit konkludent in Archivierungsmaßnahmen einwilligen.⁴⁰ Die Norm bestimmt, dass sich die DNB das Werk eines Ablieferungsverpflichteten nur dann abholen darf, wenn sie eine entsprechende Vereinbarung mit diesem getroffen hat. Die Norm wäre unsinnig, wenn die DNB bereits deswegen ein flächendeckendes *Web-Harvesting* durchführen könnte, weil diejenigen, die ein Werk online stellen, ihr diesbezüglich eine konkludente Einwilligung erteilt haben. Einer Vereinbarung mit dem Ablieferungsverpflichteten bedürfte es dann gerade nicht.

3. Schrankenregelung

Gedächtnisinstitutionen können ihren Bestand durch *Web-Harvesting* also nur dann aufbauen, wenn eine Schrankenregelung sie dazu berechtigt. Einer Schranke bedürfen Gedächtnisinstitutionen außerdem, um bestands-erhaltende Maßnahmen durchführen zu können. Zumeist erwerben Bibliotheken lediglich ein Werkexemplar. An diesem Exemplar erschöpft sich das Verbreitungsrecht. Die Institution darf das Exemplar also beispielsweise verkaufen oder zerstören. Als Käuferin erhält sie aber nicht das Recht, das Werk zum Zwecke der Langzeitarchivierung zu vervielfältigen.

³⁸ So auch *Euler*, CR 2008, 64, 68.

³⁹ BGHZ 185, 291, 306 – *Vorschau bildern*.

⁴⁰ So auch *Steinbauer*, K&R 2009, 161, 164.

a) § 53 II S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG

Das geltende Urheberrecht verfügt mit § 53 II S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG zwar über eine Archivschränke. Sie privilegiert die Vervielfältigung (nicht aber die Umgestaltung) von Werken zur Aufnahme in ein eigenes Archiv.⁴¹ Der Anwendungsbereich dieser Schranke ist allerdings so eng, dass sie nur einen Bruchteil der für eine umfassende Langzeitarchivierung erforderlichen Maßnahmen erfasst. So dient sie lediglich der Bestandssicherung.⁴² Maßnahmen zum Bestandsaufbau lassen sich also nicht auf sie stützen – das *Web-Harvesting* beispielsweise ist nicht erfasst.⁴³

Aber selbst bestandserhaltende Maßnahmen sind nur unter engen Voraussetzungen zulässig. So findet die Schranke keine Anwendung auf Datenbankwerke, Datenbanken und Computerprogramme.⁴⁴ Außerdem muss die Vervielfältigung für ein eigenes Archiv erfolgen. Der Aufbau eines Archivs zur Benutzung durch Dritte ist nicht gestattet.⁴⁵

Weil die Norm nur die Bestandserhaltung privilegiert, muss zudem ein eigenes Werkstück als Vorlage für die Vervielfältigung benutzt werden. Selbst die Verwendung im Bestand Dritter befindlicher, besser erhaltener Exemplare eines Werkes, das die Gedächtnisinstitution in ihrem eigenen Bestand hat, ist nicht erlaubt.⁴⁶ Auch redundante Speicherungen, die für die Langzeitarchivierung unerlässlich sind, sind von der Norm nicht gedeckt. Damit die Schranke Vervielfältigungen von digitalisierten Werken, die nicht auf einem Trägermedium ausgehändigt werden, überhaupt

⁴¹ Weitere Schranken, die urheberrechtlich relevante Handlungen von Gedächtnisinstitutionen zu Archivierungszwecken gestatten, kennt das Urheberrechtsgesetz nicht. Insbesondere sind §§ 52a, 52b und 53a I S. 2 UrhG nicht einschlägig.

⁴² Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BT-Drucks IV/270, S. 73.

⁴³ Hierzu ausführlich *Euler*, CR 2008, 64, 66 ff.

⁴⁴ Siehe §§ 53 V, 87c und 69d UrhG.

⁴⁵ BGHZ 134, 250, 257 f. – *CB-Infobank I*; *Hoeren*, Rechtsfragen zu Langzeitarchivierung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulschriften (2005), abrufbar unter: <http://files.d-nb.de/nestor/berichte/hoeren.pdf>, S. 4 ff.; *Schack*, AfP 2003, 1, 2.

⁴⁶ Siehe hierzu *Beger*, Langzeitarchivierung. Das kulturelle Gedächtnis. Rechtliche Grundlagen, in: Dreier/Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert (2005), S. 75, 81.

erfasst, muss der Begriff „eigenes Werkstück“ weit ausgelegt werden, so dass kein Eigentum im sachenrechtlichen Sinne erforderlich ist.⁴⁷

Schließlich kann die Vervielfältigung von Werken, die mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind und über das Internet öffentlich zugänglich gemacht werden, nicht auf § 53 II S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG gestützt werden. Dem stehen § 95a I i.V.m. § 95b III UrhG entgegen, wonach technische Schutzmaßnahmen nicht umgangen werden dürfen.⁴⁸

b) §§ 14, 16 DNBG

Auch aus §§ 14, 16 DNBG lässt sich keine allgemeine Befugnis (der DNB) ableiten, Maßnahmen der Langzeitarchivierung durchzuführen. Die Normen statuieren eine Ablieferungspflicht sowohl für körperliche als auch für unkörperliche Medienwerke.⁴⁹ Diese müssen „zur dauerhaften Archivierung durch die Bibliothek geeignet“ abgegeben werden.⁵⁰ Auf Verlangen der DNB muss der Abgabeverpflichtete technische Schutzmaßnahmen und Zugangsbeschränkungen an der abzuliefernden Ausfertigung aufheben oder der DNB Mittel zu ihrer Aufhebung zugänglich machen.⁵¹

Weil die Ablieferungspflicht laut Regierungsbegründung dem Auftrag der InfoSoc-Richtlinie, insbesondere Art. 5 II lit. c), entspricht,⁵² wurde es für denkbar gehalten, dass die Normen eine urheberrechtliche Schranke dar-

⁴⁷ Euler, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011), S. 168 ff. Eigentum verlangt aber beispielsweise Schrickler/Loewenheim/Loewenheim, UrhR, § 53 Rn. 47.

⁴⁸ Siehe hierzu Dreier/Euler/Fischer/van Raay, ZUM 2012, 273, 279.

⁴⁹ Die Pflichtexemplarregelungen der Länder Baden-Württemberg (§ 1a PflExG), Hamburg (§ 1 S. 1 PEG), Sachsen-Anhalt (§ 11 VII LPresseG) und Thüringen (§ 12 III TPG) erklären die Abgabepflicht auf digitale Publikationen für entsprechend anwendbar. In Hessen wurde das HessBiblG dergestalt geändert, dass auch Medienwerke in unkörperlicher Form gesammelt werden sollen, vor allem solche, „die ihrer Form und Art nach klassische Druckpublikationen ersetzen.“ Siehe Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Neuregelung des Archivwesens und des Pflichtexemplarrechts vom 28. August 2012, Druck. 18/6067, S. 27.

⁵⁰ § 16 DNBG.

⁵¹ § 7 I iVm § 2 III PflAV.

⁵² Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), BT-Drucks 16/322, S. 18.

stellen.⁵³ Eine solche Interpretation würde aber der Schrankensystematik widersprechen. Die Schranken sind abschließend in §§ 44a ff. UrhG geregelt.⁵⁴ Dass die Ablieferungsverpflichteten der DNB ein (oder mehrere) Werkexemplar(e) überlassen müssen, gibt der DNB zudem nicht generell das Recht, sich die Exemplare selbst zu beschaffen. Nur wenn die Verpflichteten ihrer Pflicht nicht binnen einer Woche seit Beginn der Verbreitung oder öffentlichen Zugänglichmachung nachkommen, ist die Bibliothek nach Mahnung und fruchtlosem Ablauf von weiteren drei Wochen berechtigt, sich die Medienwerke auf Kosten der Ablieferungsverpflichteten anderweitig zu beschaffen.⁵⁵ Nach § 7 PflAV, die das DNBG konkretisiert, darf die DNB sich das Werk ansonsten nur dann abholen, wenn sie das mit dem Ablieferungsverpflichteten vereinbart hat.⁵⁶ Ein Recht zum umfassenden *Web-Harvesting* geben §§ 14, 16 DNBG der DNB also nicht.

Die Werke, die die Abgabeverpflichteten abliefern, darf die DNB aber zu Archivierungszwecken sowohl gem. § 16 UrhG vervielfältigen als auch gem. § 23 UrhG umgestalten. In der explizit genannten Pflicht, dass die Werke zur Langzeitarchivierung geeignet abgegeben werden müssen, ist nämlich konkludent die Pflicht enthalten, der DNB das Recht einzuräumen, die dafür erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Die in ihrem Bestand befindlichen Werke darf die DNB also bereits nach geltendem Recht über die Grenzen des § 52 II S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG hinaus archivieren, weil ihr die Rechteinhaber bei Ablieferung des Werkes die Zustimmung dazu erteilen.

c) Einführung einer neuen Schranke

Nach geltendem Recht dürfen Gedächtnisinstitutionen also nur einen Teil der Handlungen vornehmen, die für eine langfristige und umfassende Archivierung des kulturellen Gedächtnisses erforderlich sind. Sinnvollerweise bedarf es also einer neuen Schrankenregelung, damit Gedächtnisinstitutionen ihrem Auftrag gerecht werden und die

⁵³ Heckmann/Weber, AfP 2008, 269, 271.

⁵⁴ Steinbauer, K&R 2009, 161, 164.

⁵⁵ § 14 IV DNBG.

⁵⁶ Siehe oben III.2.

erforderlichen Vervielfältigungen und Formatänderungen vornehmen können.

Allerdings ist der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich Umfang und Ausgestaltung der Schrankenregelung nicht frei. Sowohl das internationale als auch das nationale Recht setzen ihm enge Grenzen. Die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ), das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPs) und der Urheberrechtsvertrag der WIPO (WCT) bestimmen, dass Schrankenbestimmungen nur für bestimmte Sonderfälle geschaffen werden dürfen, die die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht unzumutbar verletzen (Drei-Stufen-Test).⁵⁷

Zu diesen völkerrechtlichen Vorgaben, die auch in Art. 5 V der Info-Soc-Richtlinie normiert sind, kommen weitere Anforderungen der InfoSoc-Richtlinie, der Datenbank-Richtlinie⁵⁸ und der Computerprogramm-Richtlinie.⁵⁹

Die InfoSoc-Richtlinie statuiert einen für die Mitgliedstaaten verbindlichen Mindestschutz für das Urheberrecht. Der in Art. 5 I-VI normierte Schrankenkatalog ist abschließend und nicht erweiterungsfähig.⁶⁰ Eine Beschränkung des Urheberrechts zur Langzeitarchivierung von Digitalia könnte sich auf Art. 5 II lit. c) stützen. Die Norm erlaubt Mitgliedstaaten, das Vervielfältigungsrecht „in Bezug auf bestimmte Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen oder von Archiven, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen,“ einzuschränken. Umgestaltungen sowie Beschränkungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung lassen sich mit dieser Norm nicht rechtfertigen. Erwägungsgrund 40 S. 3 der Richtlinie bestimmt zudem, dass eine Nutzung im Zusammenhang mit der „Online-Lieferung“ von Werken nicht unter die Ausnahme fällt.

⁵⁷ Art. 9 II RBÜ; Art. 13 TRIPs; Art. 10 WCT.

⁵⁸ Richtlinie 96/9/EG.

⁵⁹ Richtlinie 2009/24/EG.

⁶⁰ Erwägungsgrund 32.

Nach Art. 6 II lit. d) der Datenbankrichtlinie dürfen Mitgliedstaaten Ausschließlichkeitsrechte beschränken „im Fall sonstiger Ausnahmen vom Urheberrecht, die traditionell von ihrem innerstaatlichen Recht geregelt werden.“ Diese Voraussetzung ist bei Maßnahmen zur Wahrung des kulturellen Gedächtnisses erfüllt.⁶¹

Die Computerprogramm-Richtlinie enthält keine entsprechende Bestimmung. Neue Schranken für Maßnahmen der Langzeitarchivierung erlaubt sie darum nicht. Ihre Rechteinhaber werden mithin stärker geschützt als jene von Datenbanken.

Schließlich muss sich eine neue Schrankenregelung an den Vorgaben des Grundgesetzes messen lassen. Bei der gebotenen Interessenabwägung ist unter anderem die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu beachten. Auch dem Bestimmtheitsgebot muss eine neue Schranke genügen.

Innerhalb dieser rechtlichen Vorgaben kann die konkrete Ausgestaltung der Schranke entweder dem kontinentaleuropäischen oder dem anglo-amerikanischen Modell folgen. Im kontinentaleuropäischen Recht werden grundsätzlich Maßnahmen-orientierte Schranken erlassen, die im Gesetz einzeln aufgeführt sind. Im *common law* hingegen werden Schranken als Generalklauseln formuliert. Paradigmatisch hierfür ist die *fair use*-Klausel des US-amerikanischen Rechts.⁶² Sie normiert lediglich einen Katalog von Faktoren, die bei der Beurteilung, ob eine Handlung der Zustimmung des Rechteinhabers bedarf, in Betracht gezogen werden müssen. Die Frage, wie Maßnahmen der Langzeitarchivierung ermöglicht werden können, ist mithin Teil einer umfassenderen Diskussion darüber, welche Ausgestaltung zeitgemäße urheberrechtliche Schranken erfahren sollten.

aa) Maßnahmen-orientierte Schranke

Zum Teil wird vorgeschlagen, die bestehende Archivschranke des § 53 II 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG so zu erweitern, dass auch diejenigen Maßnahmen zu Bestandsaufbau und -erhalt, die nach geltendem Recht

⁶¹ So auch *Euler*, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011), S. 292 f.

⁶² 17 U.S.C. § 107.

nicht zulässig sind, privilegiert werden.⁶³ Die Norm könnte folgenden Wortlaut erhalten:⁶⁴

(2) Zulässig ist, ~~einzelne~~ Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen ...

2. zur Aufnahme in ein eigenes Archiv, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist ~~und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird, ...~~

Dies gilt im Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich

1. die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen wird *und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird* oder

2. eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet *und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird* oder

3. das Archiv im öffentlichen Interesse tätig ist, keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt *und das Archiv ein Exemplar des Werkes in seinem Bestand hat* oder

4. *die Vervielfältigung durch ein Archiv erfolgt, das einen gesetzlichen Anspruch auf Ablieferung des Werkes hat.*

Für privatwirtschaftliche Archive würden sich keine Änderungen ergeben. Sie wären nach wie vor verpflichtet, ein in ihrem Bestand befindliches Exemplar als Vorlage für die Vervielfältigung zu verwenden. Auch Archive, die im öffentlichen Auftrag tätig sind, müssten zwar grundsätzlich über ein Exemplar des betreffenden Werkes verfügen. Dieses Exemplar müsste aber nicht mehr als Vorlage für die Vervielfältigung dienen. Im öffentlichen Auftrag tätige Archive dürften daher in Zukunft besser erhaltene Exemplare von anderen Bibliotheken als Vorlage für Vervielfältigungen zu Archivierungszwecken benutzen sowie mehr als eine Sicherungskopie erstellen.

⁶³ Euler, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011), S. 289 ff.; Poepfel, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld (2005), S. 301 ff.

⁶⁴ Die durchgestrichenen Teile würden aus der Norm gestrichen, die kursiv gedruckten eingefügt werden.

Pflichtexemplar-Bibliotheken würden noch weitergehend berechtigt: Weil das Gesetz nicht mehr verlangen würde, dass sie über ein eigenes Werkstück verfügen, dürften Pflichtexemplar-Bibliotheken nicht nur Vervielfältigungen zur Bestandserhaltung vornehmen, sondern auch zum Bestandsaufbau. Damit würde ihnen beispielsweise das *Web-Harvesting* ermöglicht.

Diese Ermächtigungen halten einer völker-, europa- und verfassungsrechtlichen Überprüfung stand. Sie sind insbesondere mit Art. 5 II lit. c) i.V.m. Erwägungsgrund 40 der InfoSoc-Richtlinie vereinbar. Seinem Wortlaut nach verlangt Art. 5 II lit. c) nicht, dass ein eigenes Werkexemplar als Vorlage für die Vervielfältigung verwendet wird. Die Archivschränken einiger anderer Mitgliedstaaten kennen daher keine derartige Beschränkung.⁶⁵ In ihrer Empfehlung zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung fordert die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten sogar ausdrücklich auf, Bestimmungen zu erlassen, die „ein mehrfaches Kopieren und Konvertieren digitalen kulturellen Materials durch öffentliche Einrichtungen zum Zwecke der Bewahrung“ zulassen.⁶⁶ Art. 5 II lit. c) InfoSoc-Richtlinie ermöglicht zudem Vervielfältigungshandlungen, die anderen als Erhaltungszwecken dienen.⁶⁷

Indem lediglich Pflichtexemplar-Bibliotheken der Bestandsaufbau ermöglicht wird, ist die Schranke auf bestimmte Sonderfälle begrenzt, die die normale Auswertung der Werke nicht beeinträchtigen. Auch die berechtigten Interessen der Urheber sind nicht unzumutbar verletzt. Damit wäre nicht nur den Anforderungen der InfoSoc-Richtlinie, sondern auch

⁶⁵ Siehe Art. 16 (2) des dänischen Consolidated Act on Copyright (2010) und Art. 16 Nr. 1 des schwedischen Act on Copyright in Literary and Artistic Works (2009). Ebenso Art. 16 (1) des Norwegian Copyright Act.

⁶⁶ Empfehlung der Kommission vom 24. August 2006 zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, 2006/585/EG, Empfehlung 9, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006H0585:DE:HTML>.

⁶⁷ So auch *Euler*, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011), S. 286; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 739. Anderer Ansicht *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, ZUM 2012, 273, 279.

dem Drei-Stufen-Test Rechnung getragen. Der auf nationaler Ebene in Frage stehende Eingriff in Art. 14 GG wäre verhältnismäßig. Zum einen dürften nur die im DNBG und den entsprechenden Landesgesetzen Berechtigten *Web-Harvesting* durchführen. Zum anderen beschränkt § 9 PflAV den Sammelauftrag auf präzise benannte Veröffentlichungen. In das Eigentum der Rechteinhaber darf also nur in jenen Fällen eingegriffen werden, in denen ein Eingriff erforderlich ist, um das kulturelle Gedächtnis zu bewahren.

Bei genauer Betrachtung ist sogar zweifelhaft, ob die Ermächtigung von Pflichtexemplar-Bibliotheken zum *Web-Harvesting* einen stärkeren Eingriff in die Eigentumsgarantie der Rechteinhaber darstellt als das geltende Pflichtexemplarrecht. Wie bereits ausgeführt, ist die DNB nach § 14 IV DNBG ermächtigt, sich das Medienwerk bei Säumnis des Ablieferungspflichtigen selbst zu beschaffen.⁶⁸ Aus der Regierungsbegründung ergibt sich, dass § 14 IV DNBG unnötige Versäumnisse der Ablieferungspflichtigen sowie hohen Mahn- und Vollstreckungsaufwand der Bibliotheken vermeiden soll.⁶⁹ Diese Schwierigkeiten würden durch eine automatische Speicherung der betreffenden Werke ganz entfallen. Die Abgabeverpflichteten unkörperlicher Medienwerke würden außerdem Kosten einsparen, weil sie keinen eigenen Beitrag mehr zur Abgabe leisten müssten. Derzeit kann die Pflicht zur kostenlosen Abgabe unter Umständen eine unzumutbare finanzielle Belastung darstellen.⁷⁰

Eine Berechtigung der Pflichtexemplar-Bibliotheken zur Durchführung von *Harvesting*-Maßnahmen würde schließlich die derzeit bestehende Diskrepanz zwischen der PflAV, die bereits automatisierte Sammelverfahren mittels *Harvester* vorsieht,⁷¹ und dem Urheberrecht beseitigen.

⁶⁸ Siehe oben III.3.b)

⁶⁹ Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), BT-Drucks 16/322, S. 18.

⁷⁰ Bei einer unzumutbaren Belastung durch die unentgeltliche Abgabe von Druckwerken sehen die Pflichtexemplarregelungen einen Kostenerstattungsanspruch vor. (Vgl. auch Beschluss des BVerfG vom 14.07.1981, GRUR 1982, 45, 48 – *Pflichtexemplare*).

⁷¹ So ordnet § 8 II S. 2 PflAV an: „Sie [die Bibliothek] kann nicht sammelpflichtige Netzpublikationen archivieren, wenn zur Sammlung eingesetzte automatisierte Verfahren

Geändert werden müsste aber nicht nur § 53 II 1 Nr. 2, S. 2 UrhG. Erforderlich wäre außerdem eine Anpassung der entsprechenden Normen für Datenbankwerke (§ 53 V UrhG) und Datenbanken (§ 87c UrhG). Weil die Computerprogramm-Richtlinie keine Änderung zur Privilegierung der Langzeitarchivierung ermöglicht, könnte § 69d UrhG nicht angepasst werden. *Harvester* müssten darum so programmiert werden, dass sie keine Computerprogramme sammeln würden.⁷²

Um die fachgerechte Langzeitarchivierung von Datenbankwerken zu ermöglichen, müsste schließlich § 23 S. 2 UrhG so geändert werden, dass Bearbeitungen oder Umgestaltungen, die von Gedächtnisinstitutionen zu Erhaltungszwecken vorgenommen werden, nicht erfasst sind.⁷³ Das wäre insbesondere europarechtlich zulässig und würde nicht gegen die InfoSoc-Richtlinie verstoßen, weil Umgestaltungen nicht in ihren Anwendungsbereich fallen.⁷⁴

Das Problem bei dem Maßnahmen-orientierten Regelungsansatz lässt sich bereits an den hier vorgebrachten Änderungsvorschlägen ablesen: Im Moment sind viele Tatbestände so eng gefasst, dass einige Schrankenregelungen über fast keinen praktischen Anwendungsbereich verfügen.⁷⁵ Zudem sind sie unflexibel. Technologischen Entwicklungen hinken sie

eine Aussonderung solcher Netzpublikationen nicht oder nur mit beträchtlichem Aufwand erlauben.“

⁷² So auch *Euler*, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011), S. 286 f.

⁷³ Die Norm könnte etwa wie folgt ergänzt werden: „Handelt es sich um eine Verfilmung des Werkes, um die Ausführung von Plänen und Entwürfen eines Werkes der bildenden Künste, um den Nachbau eines Werkes der Baukunst oder um die Bearbeitung oder Umgestaltung eines Datenbankwerkes, so bedarf bereits das Herstellen der Bearbeitung oder Umgestaltung der Einwilligung des Urhebers, *außer es erfolgt zu Erhaltungszwecken durch ein Archiv, das im öffentlichen Interesse tätig ist, keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt und über ein Exemplar des Werkes verfügt.*“ Siehe hierzu auch *Euler*, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011), S. 300 f.

⁷⁴ So auch *Flehsig*, ZUM 2002, 1, 4.

⁷⁵ So auch *Metzger*, Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzelatbestände?, in: Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums (2010), S. 110.

regelmäßig Jahre hinterher.⁷⁶ Schließlich sind sie so detailliert und schwer verständlich formuliert, dass für die Nutzer nicht erkennbar ist, welche Handlungen privilegiert sind.⁷⁷ Wenn die Grundstruktur der Schranken beibehalten bleibt und der Gesetzgeber nur an einzelnen Stellschrauben dreht, um die Schranken an die geänderten Verhältnisse anzupassen, wird das Recht auf Dauer noch komplizierter und unverständlicher werden.

bb) Generalklausel

Um diese Probleme zu umgehen, wird zunehmend untersucht, ob die enumerierten Einzeltatbestände durch eine Generalklausel ersetzt werden könnten, die unter anderem Maßnahmen zur Langzeitarchivierung ermöglichen würde. In Anlehnung an die *fair use doctrine* des US-amerikanischen Rechts wäre beispielsweise die Schaffung einer Schranke denkbar, die redliche Verwertungen erlauben würde.⁷⁸

Die redliche Verwertung eines Werkes ist zulässig. Bei der Entscheidung, ob eine Verwertung redlich ist, sind insbesondere folgende Faktoren zu beachten:

- (1) der Zweck der Verwertung, insbesondere die Frage, ob sie wirtschaftlichen Zwecken dient oder im öffentlichen Interesse erfolgt,
- (2) die Art des Werkes,
- (3) der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Teils im Verhältnis zum Werk als Ganzem und
- (4) die Auswirkung der Verwertung auf den potentiellen Markt für oder den Wert des Werkes.

⁷⁶ So auch Förster, Fair Use (2008), S. 211 f.

⁷⁷ So auch Metzger, Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzeltatbestände?, in: Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums (2010), S. 110.

⁷⁸ Poepfel, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld (2005), S. 492 schlägt außerdem vor, dass sich eine Generalklausel am Drei-Stufen-Test orientieren könnte. Dagegen spricht jedoch, dass dieser Test eine „Schranken-Schranke“ des Urheberrechts ist. Siehe auch Geller, 57 J. Copyright Soc. USA 901, 914-915 (2010); Griffiths, JIPITEC 1 (2) 2010, 87, 89; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage (2013), Rn. 535.

Die Vorteile einer solchen Lösung liegen auf der Hand: Die Klausel würde zu deutlich mehr Flexibilität führen.⁷⁹ Außerdem wäre sie nicht technologiegebunden. Wenn sich die technischen Bedingungen verändern, müsste die Klausel also nicht angepasst werden.

Allerdings passt eine Generalklausel nicht gut in die kontinental-europäische Rechtstradition.⁸⁰ Vor allem aber würde sie gegen europarechtliche Vorgaben verstoßen. Nach Erwägungsgrund 32 der InfoSoc-Richtlinie ist der Schranken katalog des Art. 5 I-VI InfoSoc-Richtlinie abschließend.⁸¹ Art. 5 II lit. c) InfoSoc-Richtlinie gestattet Mitgliedstaaten lediglich den Erlass einer zumindest partiell maßnahmenorientierten Schrankenregelung für Gedächtnisinstitutionen.

Die Einführung einer Generalklausel würde außerdem zu einer gewissen Einbuße an Rechtssicherheit führen. Die amerikanische Erfahrung zeigt, dass es in vielen Fällen schwer vorhersehbar ist, ob Gerichte eine bestimmte Verwertung als redlich beurteilen werden.

Schließlich lässt ein System, das über eine *fair use*-Klausel verfügt, zu, dass Gerichte und nicht der demokratisch legitimierte Gesetzgeber grundsätzliche Entscheidungen über das Urheberrecht treffen.⁸²

⁷⁹ Siehe auch *Euler*, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht (2011), S. 353; *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld (2005), S. 495; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 534.

⁸⁰ *Metzger*, Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzelatbestände?, in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums (2010), S. 105.

⁸¹ Nach *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld (2005), S. 502 würde eine Generalklausel gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen. Einige Autoren sind überdies der Ansicht, dass die erste Stufe des Drei-Stufen-Tests ebenfalls ein Bestimmtheitsgebot enthält, mit dem eine Generalklausel wie jene des amerikanischen Rechts unvereinbar sein könnte. Siehe *Ficor*, The Law of Copyright and the Internet (2002), S. 516; *Reinbothe/v. Levinski*, The WIPO Treaties 1996 (2002), S. 124; *Reinbothe*, Beschränkungen und Ausnahmen von den Rechten im WIPO-Urheberrechtsvertrag, in: *FS Dittrich* (2000), S. 251, 257. Siehe außerdem WIPO-Panelreport, WT/DS160/R, S. 33, abrufbar unter: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf.

⁸² Siehe hierzu auch *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld (2005), S. 503.

cc) Vermittelnde Ansätze

Die Bedenken, die gegen diese beiden Ansätze vorgebracht werden, geben Anlass, nach einer vermittelnden Lösung zu suchen, die die Vorteile von Maßnahmen-orientierten Schranken mit jenen von Generalklauseln vereint. So könnte der Schrankenkatalog ausdrücklich als nicht abschließend ausgewiesen werden. Im Laufe der Zeit könnte dann die Liste der enumerierten Schranken um jene ergänzt werden, die sich durch richterliche Praxis herausbilden.⁸³ Alternativ könnte zusätzlich zu den bestehenden Schranken eine Generalklausel ins Gesetz aufgenommen werden.⁸⁴ Damit würde sowohl die Rechtssicherheit beibehalten als auch das starre, Maßnahmen-orientierte System flexibilisiert.

Eine Kombination dieser beiden Maßnahmen schlägt die *Wittem Group* in ihrem *European copyright code* vor.⁸⁵ Um die Anpassung an technische Entwicklungen und zukünftige Verwertungsarten zu ermöglichen,⁸⁶ wählt die Gruppe einen hybriden Ansatz für die Schrankenregelungen.⁸⁷ Der kontinentaleuropäischen Rechtstradition entsprechend werden im Kapitel über *limitations* zunächst exemplarisch einzelne Schrankenregelungen aufgezählt.⁸⁸ In einer generalklauselartigen Norm werden überdies Nutzungshandlungen erlaubt, die den genannten vergleichbar sind, legitimen Interessen Dritter dienen und sich mit dem Drei-Stufen-Test vereinbaren lassen.⁸⁹ Damit diese Generalklausel ihren Charakter als Auf-

⁸³ Metzger, Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzelatbestände?, in: Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums (2010), S. 122.

⁸⁴ Zu der weiteren Möglichkeit, im Bildungs- und Wissenschaftsbereich eine Generalklausel mit Regelbeispielen zu erlassen, *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (2014), S. 207 ff. In ihrer Wirkung ist diese Regelungstechnik mit der hier beschriebenen Technik einer „kleinen Generalklausel“ vergleichbar.

⁸⁵ The Wittem Project. European copyright code, April 2010, abrufbar unter: www.copyrightcode.eu/.

⁸⁶ Siehe hierzu *Ginsburg*, 58 J. Copyright Soc’y U.S.A. 265, 268 (2011); *Kuhlen*, JIPITEC 2 (1) 2011, 18, 21.

⁸⁷ European copyright code, Fn. 48.

⁸⁸ European copyright code, Art. 5.1-5.4.

⁸⁹ European copyright code, Art. 5.5.

fangatbestand nicht verliert, dürfen jedoch die Kriterien der in Art. 5.1-5.3 aufgezählten Schranken nicht vermischt werden.⁹⁰

Art. 5.3 (1) lit. c) erlaubt öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen und Archiven die Archivierung für nicht-kommerzielle Zwecke. Die Norm lautet wie folgt:

“The following uses for the purpose of promoting social, political and cultural objectives are permitted without authorisation and without remuneration, and to the extent justified by the purpose of the use...
(c) uses for the purpose of non-commercial archiving by publicly accessible libraries, educational establishments or museums, and archives.”

Der Anwendungsbereich der Norm ist weiter als jener von § 53 II 1 Nr. 2, 2 Nr. 3 UrhG. Zugleich ist die Norm abstrakter. Sie unterscheidet nicht zwischen analogen und digitalen Nutzungen.⁹¹ Bewusst benennt die Norm außerdem nicht einzelne Verwertungsarten, sondern spricht allgemein von „uses.“⁹² Allerdings gehen die Verfasser davon aus, dass nur Vervielfältigungen zu Erhaltungszwecken erfasst werden („*reproductions made in order to preserve documents*“).⁹³ Unter Umständen ähnelt der anvisierte Anwendungsbereich der Schranke also jenem der Archivschranken in Dänemark, Schweden und Norwegen, die umfassende Bestandserhaltungsmaßnahmen erlauben, aber keine Maßnahmen zum Bestandsaufbau.⁹⁴

Im Hinblick auf den Nutzungszweck ist Art. 5.3 (1) lit c) so präzise gefasst, dass er dem Bestimmtheitsgebot der deutschen Verfassung Rechnung

⁹⁰ European copyright code, Fn. 55.

⁹¹ European copyright code, Fn. 49.

⁹² Siehe hierzu *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 844.

⁹³ European copyright code, Fn. 52.

⁹⁴ Siehe Art. 16 (2) des dänischen Consolidated Act on Copyright (2010), Art. 16 Nr. 1 des schwedischen Act on Copyright in Literary and Artistic Works (2009) und Art. 16 (1) des Norwegian Copyright Act.

trägt. Auch der Drei-Stufen-Test ist durch die Norm nicht verletzt.⁹⁵ Die Archivierungsmaßnahmen selbst stellen bestimmte Sonderfälle dar, die die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht unzumutbar verletzen. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die archivierten Werkexemplare öffentlich zugänglich gemacht, die Bestände also beispielsweise über das Internet vermittelt werden würden. Dann nämlich würden Bibliotheken in Konkurrenz zu Verlagen treten.

In der Interpretation, die die Verfasser der Norm vorschlagen und nach der nur Vervielfältigungshandlungen zu Erhaltungszwecken erfasst werden, verstößt die Norm schließlich nicht gegen Art. 5 II lit. c) der InfoSoc-Richtlinie. Sie würde dann aber lediglich Maßnahmen zur Bestandserhaltung erfassen, nicht solche zum Bestandsaufbau. Das *Web-Harvesting* wäre nur erlaubt, wenn es als den in Art. 5.3 (1) lit c) vergleichbare Handlung verstanden und nach Art. 5.5 privilegiert werden würde.⁹⁶ Diese Generalklausel wiederum ist mit Hinblick auf Erwägungsgrund 32 der InfoSoc-Richtlinie problematisch. Danach ist der in der Richtlinie genannte Schrankenatalog abschließend; erweiternde Generalklauseln sind hiernach nicht zulässig.⁹⁷

Auch Art. 5.3 (1) lit c) ist in einer Hinsicht europarechtlich bedenklich: Die Norm nimmt keine Werkkategorien aus. Gedächtnisinstitutionen dürften also beispielsweise auch Computerprogramme archivieren. Dafür lässt die Computerprogramm-Richtlinie aber keinen Raum.⁹⁸

⁹⁵ Interessant ist aber, dass die Verfasser mit dem Wortlaut, den sie für Art. 5.5 gewählt haben, die Interessen Dritter im Rahmen der Anwendung des Drei-Stufen-Tests berücksichtigen wollen. Siehe auch *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 847.

⁹⁶ Interessanterweise schreiben *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, ZUM 2012, 273, 281 Fn. 35 aber, Art. 5.3 lit. c) ermögliche „jegliche Nutzungen („uses“) in Bezug auf die Archivierung..., also nicht nur Vervielfältigungen, sondern auch öffentliche Wiedergaben.“ Das steht jedoch in klarem Widerspruch zu Fn. 52 des *European copyright code*.

⁹⁷ Insbesondere auch nicht nach Art. 5 III lit o) InfoSoc-Richtlinie.

⁹⁸ Siehe oben Einl. zu III.3.c).

IV. Stellungnahme und eigener Vorschlag

Nach geltendem Recht sind Gedächtnisinstitutionen nicht in der Lage, ihrem Auftrag angemessen nachzukommen. So dürfen sie ihre digitalen Bestände nicht aus eigenem Antrieb aufbauen, indem sie etwa einen *Web-Harvester* verwenden, um Werke zu vervielfältigen. Aber auch Vervielfältigungen und Formatänderungen zur Bestandserhaltung setzt das geltende Recht enge Grenzen. Redundante Speicherungen beispielsweise sind nur erlaubt, wenn der Rechteinhaber eine entsprechende Zustimmung erteilt hat. Auf eine Schranke lassen sich diese Handlungen jedoch derzeit nicht stützen.

Das ist besonders bedauerlich, weil digitale Trägermedien nur eine begrenzte Lebenszeit haben. In einem ersten Schritt muss darum verhindert werden, dass Kulturgut aufgrund dieser Instabilität verloren geht. Maßnahmen, die sich auf diese Zwecke beschränken, stellen keine zusätzliche Belastung der Urheber und sonstigen Rechteinhaber dar. Sie erhalten nur die bestehenden Rechte und sichern damit lediglich den *status quo*.

Um dem drohenden Verlust unkörperlicher Medienwerke so schnell wie möglich entgegenzutreten, sollte eine nationale Schrankenregelung ins UrhG aufgenommen werden, die Gedächtnisinstitutionen die für die fachgerechte Langzeitarchivierung erforderlichen Nutzungshandlungen erlaubt. Wenigstens für Pflichtexemplarbibliotheken muss die Schranke auch Maßnahmen zum Aufbau eines Archivs unkörperlicher Medienwerke ermöglichen, damit sie ihrem gesetzlichen Auftrag nachkommen und dadurch sicherstellen können, dass diejenigen Teile des kulturellen Gedächtnisses, die im Internet zur Verfügung gestellt werden, nicht verloren gehen.

Zwar stehen die Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie einer umfassenden Generalklausel entgegen. Eine bereichsspezifische Klausel für Archive und Bibliotheken aber würde den Rahmen des Art. 5 der Richtlinie nicht sprengen. Auch die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests würden dadurch nicht verletzt, da es sich bei den Sicherungshandlungen um Sonderfälle handelt, welche die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigen und berechtigte Interessen der Urheber nicht verletzen.

Dafür würde sich folgende Formulierung anbieten:

(1) Zulässig ist das Herstellen oder Herstellenlassen von Vervielfältigungsstücken durch öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen oder durch Archive, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zweck verfolgen, zur Archivierung von Werken aus ihrem eigenen Bestand, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist.

(2) Zulässig ist das Herstellen oder Herstellenlassen von Vervielfältigungsstücken durch Einrichtungen im Sinne des Absatz 1, die einen gesetzlichen Anspruch auf Ablieferung von Medienwerken haben, zur Archivierung von Werken im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags.⁹⁹

Inhaltlich unterscheidet sich die Regelung nicht grundsätzlich von der oben dargestellten Maßnahmen-orientierten Lösung.¹⁰⁰ Die dort vorgeschlagenen Erweiterungen gegenüber dem geltenden Recht sind auch hier vorgesehen. Weil die Schranke von jener für Privatarchive abgespalten wurde, ist sie aber leichter verständlich als (ein gegebenenfalls umgestalteter) § 53 II S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG.

Zudem werden in Absatz 1– neben Archiven – auch öffentlich zugängliche Bibliotheken und Museen berechtigt. Hier lehnt sich die Norm an die Formulierung des Art. 5 II lit. c) InfoSoc-Richtlinie an, die auch das Wittem Project aufgegriffen hat. Diese Änderung ist vor allem klarstellender Natur. Die Verwendung des Wortes „Archiv“ in § 53 II UrhG ist insofern irreführend, als dass Archive in Satz 1 Objekte sind („zur Aufnahme in ein eigenes Archiv“), in Satz 2 aber Subjekte, die die Archivierung vornehmen. Erst im Zusammenspiel der beiden Sätze des § 53 II UrhG wird erkennbar, dass in Satz 2 nicht nur Archive, sondern auch Museen und andere Kultureinrichtungen berechtigt werden. Diese Änderung dient also ebenfalls in erster Linie der besseren Verständlichkeit der Norm.

⁹⁹ Erforderlich wären zudem Anpassungen der Normen für Datenbankwerke (§ 53 V UrhG) sowie für Datenbanken (§ 87c UrhG). Siehe hierzu oben III.3.c)aa).

¹⁰⁰ Siehe hierzu oben III.3.c)aa).

In Absatz 2 werden „Einrichtungen im Sinne des Absatz 1“ berechtigt, „die einen gesetzlichen Anspruch auf Ablieferung von Medienwerken haben“. Auf den ersten Blick wäre es intuitiver gewesen, von (Pflichtexemplar-)„Bibliotheken“ statt von „Einrichtungen“ zu sprechen. Der Begriff wurde aber bewusst gewählt, weil er weiter ist als jener der „Bibliothek.“ Denkbar ist, dass in Zukunft Einrichtungen neben die klassischen Pflichtexemplarbibliotheken treten werden, die einen Sammlungsauftrag für bestimmte Bereiche (etwa Teile des Internet) erhalten, der durch eine Rechtspflicht zur Abgabe von Werken abgesichert wird. Auch solche Einrichtungen sollen nach Absatz 2 berechtigt werden.

Die berechtigten Einrichtungen dürfen im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags Werke zu Archivierungszwecken vervielfältigen, und zwar auch dann, wenn sie diese nicht in ihrem Bestand haben. Die Schranke ermöglicht den Einrichtungen daher in dem vorgegebenen Rahmen auch die Vervielfältigung von Werken durch *Web-Harvesting*.

Die Schaffung einer nationalen Schranke alleine genügt aber nicht. Der nächste Schritt ist auf europäischer Ebene vorzunehmen. Dort muss eine grundsätzliche Entscheidung getroffen werden, wie der Zugang der Öffentlichkeit zu urheberrechtlich geschützten Werken in Zukunft ausgestaltet sein soll, ohne dass die Rechte von Urhebern und anderen Rechteinhabern unangemessen beschnitten werden. Zugleich bedarf es einer grundsätzlichen Diskussion, ob die Schrankensystematik der InfoSoc-Richtlinie zu angemessenen Lösungen führt und inwiefern der derzeit abschließende Katalog des Art. 5 geöffnet werden muss, damit die Schranken des Urheberrechts technologieneutral und flexibler als bisher ausgestaltet werden können.

Zusammenfassung der Podiumsdiskussion vom 6. September 2012

von Oliver Hinte

Die Podiumsdiskussion wurde unter der Überschrift „Die digitale Bibliothek als Zukunftsaufgabe und rechtliche Herausforderung“ geführt. Teilnehmer waren (in alphabetischer Reihenfolge): Dr. Peter Kostädt, Leiter des Rechenzentrums der Universitäts- und Stadtbibliothek Köln, Dr. Till Kreuzer, Rechtsanwalt iRights.info, Dr. Petra Sitte, MdB DIE LINKE, Mitglied der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, Prof. Dr. Dr. Thomas Sternberg, MdL NW CDU und Dr. Bernhard von Becker, Justitiar und Lektoratsleiter beim Verlag C. H. Beck. Moderiert wurde die Runde von Ministerialrat Dr. Thomas Pflüger, Wissenschaftsministerium Baden-Württemberg, Stuttgart.

Thomas Sternberg sieht, am Beispiel eines früheren Mitarbeiters aus Togo, das Internet vor allen Dingen als Zugangsmöglichkeit zu Wissen. Notwendig ist, nach seiner Einschätzung, die wichtigen Informationen aus dem Datenangebot herauszufiltern. Dies gehört für ihn zum modernen Bildungsauftrag. Er hält die Novellierung des Urheberrechts für eine zentrale Aufgabe, mit der sich alle etablierten Parteien beschäftigen müssen. Im Bereich der Bibliotheksgesetze der Länder und bei den Vorschriften zur Pflichtexemplarabgabe sieht er die Notwendigkeit der Anpassung der Normen an die technischen Entwicklungen und Verbreitungsmöglichkeiten wie zum Beispiel Open Access.

Für **Petra Sitte** sind die Fragen des Wissenszugangs und der Wissensvermittlung von zentraler Bedeutung. Die Rahmenbedingungen müssen auf rechtlicher und finanzieller Ebene geschaffen werden. Nach ihrer Ansicht muss ein gerechter Austausch zwischen Urhebern, Rechteinhabern und Nutzern stattfinden. Sie mahnt an, dass die Ergebnisse der „Internet-Enquete“ in die nächsten Überarbeitungen des nationalen Urheberrechts Eingang finden sollten. Für die deutsche digitale Bibliothek und die EUROPEANA erhofft sie sich Verbesserungen durch

die neuen Regelungen zur Nutzung von verwaisten und vergriffenen Werken.

Nach Ansicht von **Till Kreutzer** liegt der öffentliche Bildungsauftrag von staatlichen Bibliotheken und Archiven in der Strukturierung und Langzeitarchivierung von Informationen. Dies soll nach seinem Dafürhalten durch eine Kooperation mit privaten Anbietern wie youtube und google books erfolgen. Diese Anbieter verfügen aufgrund des „user generated content“ über deutlich mehr Inhalte als staatliche Institutionen, unabhängig von der Frage ob die Inhalte in rechtlich zulässiger Weise eingestellt wurden.

Bernhard von Becker wird an seinem Arbeitsplatz täglich mit der Frage konfrontiert, welche Funktionen Verlage noch in der digitalen Welt haben. Inhalte können, technisch gesehen, auch ohne Verlage ins Netz wandern. Hier ist eine selbstkritische Analyse notwendig. Verlage sind weiterhin die Partner der Autoren und vermitteln die Inhalte zwischen ihnen und der Öffentlichkeit. Verlage sind als Verwerter vor allen Dingen für die Vermarktung zuständig und befinden sich hier im Wettbewerb mit anderen Publikationsformen. Dabei müssen die traditionellen Geschäftsmodelle ständig den technischen Entwicklungen angepasst werden. Verlage haben keine originäre Archivfunktion. Sie verkaufen Inhalte, die an anderer Stelle in Archive gelangen. Allerdings hat der Beck Verlag aus eigenem Interesse als juristischer Fachverlag bis vor kurzer Zeit noch analog die unterschiedlichen Gesetzesstände archiviert. Heutzutage erfolgt die Versionsverwaltung der Gesetze digital.

Die Probleme der Digitalisierung und Archivierung von Daten schildert **Peter Kostädt** aus der Praxis der Universitäts- und Stadtbibliothek Köln. Er nennt drei Felder, auf denen Hochschulbibliotheken tätig werden: Dazu gehört zunächst der urheberrechtsfreie Altbestand, der unter den Aspekten der erleichterten Zugangsmöglichkeit der Medien für Nutzer und der Bestandserhaltung digitalisiert und ins Netz gestellt wird; Zur nächsten Gruppe zählen die noch urheberrechtlich geschützten Bestände, die einer

großen Nutzung und damit auch einer großen Beanspruchung ausgesetzt sind, wie zum Beispiel aktuelle Werke in der Lehrbuchsammlung. Hier soll durch die Schaffung von geschützten Räumen innerhalb der Bibliothek eine verbesserte Zugangsmöglichkeit für Nutzer geschaffen werden. Die rechtliche Ausgestaltung, wie Fragen der Volltextindexierung, Ausdruck- und Speichermöglichkeit von Texten, ist allerdings unter dem Stichwort „Elektronische Leseplätze gemäß § 52b Urheberrechtsgesetz“ noch Gegenstand verschiedener gerichtlicher Auseinandersetzungen. Hinzu kommen die Werke, die nur noch elektronisch erworben werden, die sogenannten „E-only“ Abonnements. Die Schwierigkeit für die Bibliotheken und ihre Nutzer liegt hier in den unterschiedlichen Lizenzmodellen der Verlage. Manche Lizenzgeber lassen beispielsweise nur eine limitierte Anzahl von parallelen Nutzungen zu. Andere Verlage gewähren den Bibliotheken nur ein Zugriffsrecht auf Texte, räumen jedoch keine eigene Abspeicherungsmöglichkeit für den Lizenznehmer ein. Es handelt sich um sogenannte proprietäre Dateien, die, anders als Dateien im pdf-Format, nicht speicherbar sind. Darüber hinaus gibt es zu bedenken, dass die Digitalisierung für Bibliotheken eine zusätzliche Aufgabe darstellt. Für diese Dienstleistung werden von den Trägern in der Regel zunächst keine zusätzlichen Mittel zur Verfügung gestellt.

Für **Bernhard von Becker** ist die Zugänglichkeit zu den vom Verlag veröffentlichten Inhalten die zentrale Aufgabe seiner Branche. Dies kann grundsätzlich nicht kostenlos erfolgen; die Erstellung und Verbreitung der Inhalte soll nach seiner Vorstellung angemessen vergütet werden. Eine allgemeine Aussage zur wünschenswerten Formulierung von Lizenzmodellen ist aufgrund der Diversität der angebotenen Produkte nicht möglich. Nach seiner Einschätzung regelt der Markt das Angebot. Nur was von den Verbrauchern gewünscht und akzeptiert wird, wird von den Verlagen langfristig angeboten.

Petra Sitte gibt zu bedenken, dass für ein funktionierendes System eine Perspektivenübernahme erforderlich ist. So müssen sich beispielsweise die Interessen der Wissenschaftler und Lernenden in der Verlagspolitik

wiederfinden lassen. Dem stehen nach den Erfahrungen der „Internet-Enquete“ häufig die monopolartigen Strukturen der Wissenschaftsverlage entgegen. Hier setzen als Gegenbewegung die Budapester Erklärung zum Open Access und die Berliner Erklärung über offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen sowie das Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ an. Frau Sitte sieht als eine wichtige gesetzgeberische Aufgabe auch die staatliche Finanzierung von Bibliotheken und eine bessere Vergütung der am Wissenschaftsprozess beteiligten Forscher an. Die Veränderung des Forschungs- und Lernverhaltens macht globale Kommunikation über die Grenzen von einzelnen Fachdisziplinen hinweg erforderlich. Diese kann nur durch eine bessere finanzielle Ausstattung der Hochschulbibliotheken sichergestellt werden.

Einen Paradigmenwechsel beklagt **Thomas Sternberg**. Früher war das Produkt Buch gut, wenn möglich viele Nutzer das Werk gelesen hatten und es anschließend zerfleddert im Regal stand. Die Einführung der Kopierabgabe gewährte den Verwertern einen gerechten Ausgleich für die Möglichkeit der Vervielfältigung des Buchs. Heutzutage kann man den Eindruck gewinnen, dass die jeweilige Nutzung des Buchs in Rechnung gestellt wird. Er fragt, ob dies eine bleibende Einnahme für den Verlag sein wird und wer die Kosten trägt. Wer soll Interesse an einem solchen Model haben? Liegt ein Verlags- oder ein Produzenteninteresse vor? Die Produzenten entrichten in der Regel bei geisteswissenschaftlichen Werken einen eigenen finanziellen Anteil an den Verlag, damit die Publikation überhaupt erscheint. Insbesondere bei Dissertationen ist dies der Fall. Veredeln, anregen und verwerten sind auch nach seiner Auffassung weiterhin die Funktionen eines Verlags. Darüber hinaus vergeben sie eine Art Qualitätssiegel für die von ihnen publizierten Inhalte. Diese Funktionen könnten nach seiner Auffassung auch beim Open Access von den Verlagen wahrgenommen werden.

Till Kreutzer pflichtet den Ausführungen seines Vorredners bei. Er sieht eine grundsätzliche Änderung der Situation darin, dass den Nutzern das

Produkt nicht verkauft, sondern ihnen Zugang gewährt wird. Insbesondere streaming-Dienste verfahren nach diesem Modell. Bestimmte rechtliche Konstruktionen lassen sich dabei nicht mehr aufrechterhalten. So können beispielsweise bei streaming-Diensten keine Privatkopien angefertigt werden, da niemand mehr ein Werkexemplar erhält. Die alten Regeln zum Interessenausgleich müssen überarbeitet werden. Wenn die Vermittlung eines Werkes nur noch über die Einräumung eines temporären Zugangs gewährt wird, muss auch grundsätzlich über die Aufgabe der Archivierung von Wissen nachgedacht werden. Den Nutzern ist dies bei diesem Geschäftsmodell nicht möglich.

Nach Auffassung von **Bernhard von Becker** passt das aktuelle Urheberrecht noch zum digitalen Zeitalter. Der E-Book-Reader ersetzt das gedruckte Buch und ermöglicht es dem Leser, am von ihm bevorzugten Ort das Werk zu lesen.

Der Unterschied zum analogen Buch besteht nach Meinung von **Petra Sitte** darin, dass die Überlassung des Werks im Falle des E-Books nur in Zusammenhang mit der gleichzeitigen Übergabe der Hardware möglich ist. Nach ihrer Auffassung sind die Einräumung von Nutzungsrechten und der Abschluss von Kaufverträgen nicht deckungsgleich. Mit diesem Problem hat sich auch die „Internet-Enquete“ befasst. Darüber hinaus wird im Bildungsbereich häufig argumentiert, dass die Produzenten dieses Wissens häufig schon über ihren Arbeitsplatz öffentlich alimentiert werden. Es sei daher unproblematisch, den Zugang zu diesem Wissen kostenfrei zur Verfügung zu stellen, zugänglich für viele und jeden. Wie stellt sich die Situation dagegen bei anderen konstitutiven Elementen einer Gesellschaft dar? Hier sind beispielsweise die Bereiche Kunst, Kultur und Sport zu nennen. Was gehört hiervon zu den zivilisatorischen Errungenschaften und ist hier eine Einteilung nach freiwilligen Aufgaben und nach Pflichtaufgaben möglich? Warum soll eine Bibliothek und Kultur zu den freiwilligen Aufgaben gehören? Unter einem anderen Blickwinkel ist die Frage zu stellen, wie man Innovationsfähigkeit im wirtschaftlichen Bereich sichern kann. Wie kann Urheberinnen und Urhebern als Kreativen ein

ausreichendes Einkommen gesichert werden, unabhängig davon ob sie als Wissenschaftler, Künstler oder Kulturschaffende agieren? Nicht alle diese Personen müssen öffentlich alimentiert werden, allerdings gehen andere Länder mit anderen Beispielen voran. Es ist zumindest mehr möglich, als zurzeit in Deutschland praktiziert wird.

Thomas Pflüger bemerkt, dass ein derzeit vom Bundesrat eingebrachter Vorschlag zum Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Autoren deren Position stärken würde. Nach Ablauf einer Embargofrist dürften sie ihre Verlagsveröffentlichungen ein zweites Mal veröffentlichen. Daneben weist er darauf hin, dass die Anschaffungsetats der deutschen Hochschulbibliotheken momentan insgesamt ungefähr 300 Millionen Euro betragen. Ein Drittel wird davon mittlerweile für elektronische Medien verausgabt.

Unter dem Stichwort der Kulturhoheit der Länder fragt er bei **Thomas Sternberg** nach, wie die Länder ihrer Verantwortung bei der Digitalisierung in Bibliotheken nachkommen. Hierauf erwidert dieser, dass dieses Thema in den Ländern mit unterschiedlicher Priorität behandelt wird. Zum Begriff „freiwillige Aufgabe“ stellt er klar, dass in fünfzehn der sechzehn Bundesländer ein Kulturförderungsgebot existiert. Dies bedeutet, dass den Kommunen und Ländern lediglich das „wie“ der Kulturförderung überlassen wird. Das „ob“ ist jedoch vorgegeben. Thomas Sternberg hält Bibliotheksgesetze in den Ländern für dringend erforderlich. Hierin sollten nach seiner Ansicht Themen wie Digitalisierung und Ausleihe geregelt werden. Bei E-Books sieht er immense datenschutzrechtliche Probleme, wenn beispielsweise Verlage feststellen können, welche Seiten eines Buches vom Leser betrachtet wurden. Diese Information hält er für sensibler, als die Weitergabe seiner Adresse.

Peter Kostädt sieht als wichtiges Thema, das im Zeitalter der Digitalisierung neu geregelt werden muss, die Fernleihe an. E-only Werke sind zurzeit von dieser Regelung ausgeschlossen.

Unterstützung für seine These zum Reformbedarf erfährt er von **Till Kreutzer**. Nach seiner Ansicht müssen bei einer grundsätzlichen Änderung des Anbieter- Nutzerverhältnisses die Regularien neu definiert werden. Er weist auf technische Möglichkeiten hin, nach denen E-Books auch ohne Weitergabe des Readers verliehen werden können. Dies ist in den USA auch rechtlich zulässig. Nach seiner Auffassung muss das Rechtemanagement in Deutschland neu ausgestaltet werden.

Petra Sitte sieht es nicht als ausreichend an, wenn der Bund sich bei der Finanzierung der Deutschen Digitalen Bibliothek auf die technische Infrastruktur beschränkt. Vielmehr muss bundesweit eine verbindliche Ebene und Struktur für Datenformate, Metadaten und Rechtemanagement gefunden werden. Sie hält einen jährlichen Finanzierungsbedarf vom Bund in Höhe von 30 Millionen Euro für diese Aufgabe für erforderlich.

Till Kreutzer antwortet auf eine Frage aus dem Auditorium auf die Auswirkungen der „UsedSoft“ Entscheidung des EuGH auf Bibliotheken. Er hält den Inhalt der Entscheidung für fast schon technisch überholt, da zukünftig die Vermittlung von Daten vor allen Dingen über cloud computing ablaufen wird. Zurzeit hält er sie noch auf andere mediale Inhaltsformen als Software für übertragbar. Die Auswirkungen auf den E-Book Markt hält er für schwer einschätzbar. Die technischen und rechtlichen Aspekte lassen sich nur schwer voneinander trennen. Das bedeutet zum Beispiel, dass ein Digital Rights Management dem Weiterverkauf von unkörperlichen Gütern entgegenstehen könnte. Wenn zukünftig dem Nutzer keine Werkexemplare mehr zur Verfügung gestellt werden, entfällt ohnehin die Weiterveräußerungsmöglichkeit.

In der Theorie findet momentan im Urheberrecht eine Machtverschiebung der Rechte hin zu den Urhebern und Verwertern statt. Wissenschaftliche Bibliotheken fallen nach Ansicht eines Tagungsteilnehmers bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe der Informationsvermittlung in das 18. und 19. Jahrhundert zurück. Die analoge Möglichkeit der Bibliotheken „Open

Access“ mittels Fernleihe zu gewährleisten besteht aufgrund der Nutzungsbestimmungen zumindest bei E-Books und E-Journals nicht.

Zum Abschluss der Veranstaltung bittet **Thomas Pflüger** die Teilnehmer der Diskussion um ein abschließendes Statement, wie sie sich die Bibliotheken, insbesondere die Deutsche Digitale Bibliothek in fünf bis zehn Jahren vorstellen.

Petra Sitte wünscht sich eine bessere finanzielle Ausstattung der Bibliothek, mit einem zukünftigen Bestand von fünf Millionen Werken. Beispielsweise für naturwissenschaftliche Promotionen wünscht sie sich bessere Kommunikationsmöglichkeiten für die Promovierenden, damit sie ihre Forschungsergebnisse optimal unter einander austauschen können.

Eine pessimistische wie auch eine optimistische Vision hat **Till Kreutzer** für Bibliotheken in zehn Jahren. Falls sich die kultur- und rechtspolitischen Rahmenbedingungen nicht ändern, wird es zukünftig nur noch „user generated content“ geben. Die Bibliothekare sind arbeitslos, oder sie arbeiten bei youtube. Folgt man der optimistischen Vision, setzt sich die normative Macht des Faktischen irgendwann durch und man stellt fest, dass die Entwicklungen nicht unaufhaltsam so wie bisher weiter gehen können. Er ist der festen Überzeugung, dass Bibliotheken zukünftig digitale Dienste anbieten können, die Nutzer benötigen. Dies kann dann auch zu für alle Seiten vertretbaren Konditionen erfolgen, die Verlage eingeschlossen. Er wünscht sich, dass die Entwicklung in Richtung einer Symbiose zwischen Inhaltsanbietern, Wissensinstitutionen und Urhebern verläuft.

Peter Kostädt verweist auf die Prognosen, die vor zehn Jahren für Bibliotheken getroffen wurden. Danach sagte man voraus, dass sich heute kaum noch gedruckte Bücher in den Bibliotheken befinden würden. Die Realität sieht anders aus. Der Schwerpunkt der bibliothekarischen Tätigkeit liegt weiterhin in der Ausleihe. Und in den nächsten zehn Jahren sieht er kaum Veränderungen auf die Wissensinstitutionen zukommen, da dieser

Zeitraum für grundlegende Veränderungen zu kurz bemessen ist. Die heutigen Probleme werden weiterhin existieren. Er wünscht sich, dass die Wissenschaftler intensiver die Möglichkeiten von Open Access nutzen. Auch die Bibliotheksverbände haben gute Angebote für Open Access Journals, in denen das gesamte Peer Review System abgebildet werden könnte. Bei den Bibliotheken ist auch eine entsprechende Infrastruktur für die Weitergabe der Informationen vorhanden.

Für **Bernhard von Becker** ist es notwendig zunächst festzulegen, was man für Anforderungen an den Betrieb von Bibliotheken in zehn Jahren stellen möchte. In einem zweiten Schritt kann man versuchen den Weg zu beschreiben, wie diese Ziele zu erreichen sind. Die Inhalte sollen weiterhin von guter Qualität sein und zu den Nutzern gelangen. Es müssen neue Geschäftsmodelle entwickelt werden, bei denen keiner der Akteure auf der Strecke bleibt. Die digitale Welt sieht er als riesige Chance für die Wissensvermittlung. Er hält den freien Wettbewerb und den Abschluss von Lizenzverträgen für den richtigen Weg, um den Interessen aller Beteiligten gerecht werden zu können. Sollten Monopolstellungen ausgenutzt werden, hält er eine Lösung über das Kartellrecht für zielführend; das Urheberrecht kann nach seiner Ansicht keine entsprechenden Resultate liefern.

Thomas Sternberg sieht die Zukunft des Buches als gesichert an. Er hofft, dass sich die Bibliotheken noch mehr zu Mediendienstleistungszentren entwickeln und der Computer zukünftig für eine größere Anzahl von Nutzungsmöglichkeiten zur Verfügung steht. Als aktuelles Beispiel für eine nutzerfreundliche und bestandsschonende Zusatzleistung sieht er die Zugänglichmachung von Handschriften an. Die Vergütungsregelungen sollten über Generalablösungen und pauschalisierte Regelungen erfolgen und nicht pro Nutzung festgelegt werden. Bei Open Access besteht für ihn noch großes Entwicklungspotenzial.

Autorenverzeichnis

Dr. **Bernhard von Becker** Justiziar und Lektoratsleiter des C.H. Beck-Verlages, Rechtsanwalt in der Berliner Medienrechtskanzlei Schertz Bergmann sowie Lehrbeauftragter an der Technischen Universität Dresden.

Dr. **Martin Diesterhöft** hat als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie (Prof. Voßkuhle) der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg an der Tagung teilgenommen.

Prof. Dr. Thomas **Dreier**, M.C.J., Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht - Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft (ZAR), Karlsruher Institut für Technologie (KIT).

Prof. Dr. **Katharina de la Durantaye**, LL.M (Yale), Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, insbesondere Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Prof. Dr. **Wolfgang Ernst**, Professor für Medientheorien am Institut für Musikwissenschaft und Medienwissenschaft der Humboldt-Universität zu Berlin.

Dr. **Ellen Euler**, LL.M., Stellvertreterin des Geschäftsführers „Deutsche Digitale Bibliothek“ bei der Stiftung Preußischer Kulturbesitz.

Dr. **Jörn Heckmann**, Rechtsanwalt, Hamburg.

Ass jur. **Oliver Hinte**, Geschäftsführer der Fachbibliothek Rechtswissenschaften der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.

Martin Iordanidis M.A., Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Gruppe Publikationssysteme des Hochschulbibliotheksentrums des Landes Nordrhein-Westfalen (hbz).

Autorenverzeichnis

Dr. **Michael Kauert**, Rechtsanwalt, Heither & von Morgen, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Berlin.

Dr. **Peter Kostädt** leitet die IT-Abteilung der Universitäts- und Stadtbibliothek Köln.

Dr. **Till Kreutzer** Rechtsanwalt in Berlin sowie Gründungsmitglied und Redakteur der Internetplattform iRights.info

Prof. Dr. **Karl-Nikolaus Peifer**, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht mit Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Neue Medien und Wirtschaftsrecht - Universität zu Köln.

Dr. **Thomas Pflüger**, Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart.

Dr. **Petra Sitte** hat als Sprecherin für Forschungs- und Technologiepolitik der Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag am Podium teilgenommen.

Prof. Dr. **Anja Steinbeck** hat als Prorektorin der Universität zu Köln für Planung, Finanzen und Gender an der Tagung teilgenommen.

Prof. Dr. **Eric W. Steinhauer**, Bibliotheksdirektor an der FernUniversität in Hagen und Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Prof. Dr. Dr. **Thomas Sternberg**, kultur- und medienpolitischer Sprecher der CDU-Landtagsfraktion im Düsseldorfer Landtag.