Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht

Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht

Status Quo der rechtlichen, insbesondere urheberrechtlichen Rahmenbedingungen von Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und kommunikativer sowie kommerzieller Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien durch Bibliotheken, Archive und Museen in Deutschland und Regelungsalternativen

Ellen Euler, LL.M.

BOCK+HERCHEN
2011

Diese Untersuchung wurde als DISSERTATION zur Erlangung der Doktorwürde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg angenommen

„Im Interesse der privaten und öffentlichen Moral ist das Vergessen in Schranken zu halten."

Nach F. Nietzsche, Zur Genealogie der Moral

ISBN 978-3-88347-279-9

Alle Rechte vorbehalten

Nachdruck, Verwertung in elektronischen Systemen und fotomechanische Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verlages

© 2011 by BOCK+HERCHEN Verlag

Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis **5**

Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht **15**
Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit **15**

1. Kapitel: Grundbegriffe **19**

A. Das Gedächtnis einer Gemeinschaft **20**
I. Kulturwissenschaftliches Verständnis von Gedächtnis 20
1. Halbwachs 21
2. Warburg 23
3. Nora 23
4. Assmann und Assmann 24
5. Zierold 32
II. Gesellschaftspolitisches Verständnis von Gedächtnis 33
1. Völkerrechtliche Ebene 34
2. Gemeinschaftsrechtliche Ebene 37
3. Nationale Ebene 39

B. Das Gedächtnis einer Gemeinschaft = Das Kulturelle Gedächtnis **41**
I. Auswertung 41
II. Arbeitsbegriff 44

C. Das Kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien **51**

D. Untersuchungsgegenstand **58**

E. Abgrenzung zu verwandten Begriffen **58**
I. Kultur 59
II. Kulturgut 60
III. Kulturerbe 60
IV. Daten, Information und Wissen 60

2. Kapitel: Rechtliche Rahmenbedingungen für das Kulturelle Gedächtnis – de lege lata und de lege ferenda **62**

A. Problemanalyse **62**

B. Gesetzgeberischer Interventionszwang **65**
I. Handlungsanlass 65
II. Gesetzgeberische Verantwortung und Verpflichtung 66
1. Primat des Rechts 66
2. Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip 68
3. Kulturstaatsprinzip 69
III. Gesetzgeberische Ebene 73

C. Gesetzgeberische Intention **76**

D. Lageanalyse 76
I. Materielle Gedächtnisinfrastruktur 76
1. Bibliothek 77
2. Archiv 81
3. Museum 84
4. Abgrenzung 86
II. Rechtliche Gedächtnisinfrastruktur in Deutschland 87
1. Tätigkeitsgrundlagen 88
a) Bibliotheken 88
aa) Untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen – private und öffentlich rechtliche Bibliotheken 90
bb) Gesetzliche Tätigkeitsgrundlagen = Pflichtexemplarrecht 90
(A) Grundlagen des Pflichtexemplarrechts 90
(B) Anpassungsbedarf des Pflichtexemplarrechts 91
(I) Sammlungsauftrag – Ablieferungsverpflichtung 92
(II) Umfang Ablieferungsverpflichtung 93
(III) Bereits angepasste Pflichtexemplarvorschriften 96
(1) Sammlungsauftrag- Ablieferungsverpflichtung aus dem Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG) 96
(2) Pflichtexemplarrecht in Baden-Württemberg 103
(3) Pflichtexemplarrecht in Sachsen- Anhalt 106
(4) Pflichtexemplarrecht in Thüringen 107
(5) Pflichtexemplarrecht in Hamburg 108
(IV) Koordinierte und/oder kooperative oder zentrale Sammlung von Netzpublikationen 109
b) Archive 111
aa) Untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen – private Archive 113
bb) Archivgesetze – staatliche Archive 113
(A) Grundlagen der Archivgesetzgebung 114
(B) Anpassungsbedarf der Archivgesetze 114
c) Museen 117
2. Ordnungspolitischer urheberrechtlicher Rahmen 118
a) Inhalt und Umfang Urheberrechtsschutz 118
b) Nationales Urheberrecht und globale, digitale Vernetzung 122
c) Allgemeine Auswirkungen auf das Kulturelle Gedächtnis 123
d) Auswirkungen auf Bestandsaufbauhandlungen 123
aa) Körperlicher Bestandsaufbau 125
bb) Unkörperlicher Bestandsaufbau – Download 125
(A) Bestandsaufbauhandlungen in Abstimmung mit Urheberrechteinhabern – Urhebervertragsrecht 126
(I) Urhebervertragsrecht – Urheberrechtlicher Lizenzvertrag gemäß §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG 128
(II) Urheberrechtlicher Lizenzvertrag gemäß §§ 29 Abs. 2, 32 Abs. 3 UrhG – Open-Content-Open-Access Lizenzierung 130
(III) Sonderfall Pflichtexemplarbibliotheken und staatliche Archive – Zwangslizenzierung 134

(1) Ablieferungspflicht aus Pflichtexemplarrecht 136
(2) Anbietungspflicht aus Archivgesetzen 138
(B) Bestandsaufbauhandlungen ohne Abstimmung mit Urheberrechteinhabern . 138
(I) Web-Harvesting 139
(1) Technologischer Hintergrund 139
(2) Urheberrechtliche Zulässigkeit 140
(a) Urheberrechtliche Zulässigkeit des zielgerichteten Web-Harvesting 140
(b) Urheberrechtliche Zulässigkeit des flächigen Web-Harvesting 141
(aa) Konkludente Einwilligung 142
(bb) Schrankenbestimmung 143
(aaa) Anwendbarkeit der Archivschranke auf das Web-Harvesting 145
(bbb) Vervielfältigbare Werkkategorien im Rahmen der Archivschranke 146
(ccc) Privilegierte Institutionen 146
(ddd) Übernahme in ein „eigenes“ Archiv 147
(eee) Archivierungszweck 147
(fff) Eigenes Werkstück als Vervielfältigungsvorlage 149
(II) Bestandsaufbau und Verwaiste Werke 150
(III) Bestandsaufbau unter Widerspruchsvorbehalt 151
e) Auswirkungen auf Bestandserhaltung 153
aa) Erhaltung durch respektive Digitalisierung 154
bb) Digitale Bestandserhaltung 155
(A) Bestandserhaltungsmaßnahmen als urheberrechtliche Nutzungsarten 156
(B) Allgemeine Einordnung und Beurteilung von Bestandserhaltungsmaßnahmen 160
(I) Bestandserhaltungsmaßnahmen in Abstimmung mit Urheberrechteinhabern 162
(II) Bestandserhaltungsmaßnahmen ohne Abstimmung mit Urheberrechteinhabern 163
(1) Vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen 163
(a) Anwendbarkeit der Archivschranke auf die digitale Bestandserhaltung .. 164
(b) Vervielfältigbare Werkkategorien – Problem Forschungsdaten 164
(c) Privilegierte Institutionen 165
(d) Übernahme in ein „eigenes“ Archiv 165
(e) Archivierungszweck – Problem spätere Nutzungsmöglichkeit digitaler Archivkopien 165
(f) Eigenes Werkstück als Vervielfältigungsvorlage – Problem Langzeitarchivierung eines eigenen Werkstückes durch Vervielfältigung einer besser erhaltenen, fremden Vorlage 167
(g) Eigenes Werkstück – Problem Eigentumsbegriff und digitale Inhalte 168
(h) Anzahl möglicher Archivkopien – Problem der redundanten Speicherung 171
(2) Bearbeitende oder umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen 173
(C) Urheberrechtliche Einordnung und Beurteilung einzelner Bestandserhaltungsmaßnahmen 174
(I) Erhaltung der Substanz 174

(1) Wiederauffrischen des Binärcodes als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG 174
(2) Wechsel der Trägergeneration – Konvertierung 175
(a) Verlustfreie Konvertierung als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG 175
(b) Verlustbehaftete Konvertierung als Bearbeitung oder Umgestaltung gem. § 23 UrhG 176
(3) Mehrfache Archivierung durch redundante Speicherung 178
(II) Erhaltung der Benutzbarkeit 178
(1) Migration 179
(a) Softwaremigration 179
(b) Datenmigration 180
(2) Emulation als Bearbeitung gem. § 23 UrhG 182
(D) Bestandserhaltung und technische Schutzmaßnahmen 184
(E) Bestandserhaltung verwaister Werke 187
f) Auswirkungen auf Bestandsvermittlung 188
aa) Zustimmungsbedürftigkeit der Bestandsvermittlung 190
(A) Körperliche Weitervermittlung eines körperlich aufgebauten Bestandes 190
(I) Ausstellung 191
(II) Verleih 191
(III) Präsenznutzung 193
(B) Körperliche Weitervermittlung eines unkörperlich aufgebauten Bestandes 193
(I) Ausstellung 194
(II) Verleih – Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG 195
(III) Präsenznutzung 198
(C) Unkörperliche Weitervermittlung des körperlich aufgebauten Bestandes 199
(I) Zustimmungsbedürftigkeit der Digitalisierungshandlung gem. § 16 oder § 23 UrhG 200
(1) Ausgangsmaterial Ton 202
(2) Ausgangsmaterial Bild 203
(a) Abbildende Digitalisierung einer 2D und einer 3D Vorlage 205
(b) Übersetzende Digitalisierung einer 3D Bildvorlage 206
(3) Ausgangsmaterial Film 207
(D) Unkörperliche Weitervermittlung des unkörperlich aufgebauten Bestandes 207
bb) Bestandsvermittlung in Abstimmung mit Urheberrechteinhabern – Urhebervertragsrecht 208
(A) Lizenzvertragsrechtlich einzuholende Rechte 209
(I) Rechtseinholung für die körperliche Weitervermittlung des unkörperlich aufgebauten Bestandes 209
(1) Ausstellung 209
(2) Verleih 209
(3) Präsenznutzung 210
(II) Rechtseinholung für die unkörperliche Weitervermittlung des körperlich aufgebauten Bestandes 210
(III) Rechtseinholung für die unkörperliche Weitervermittlung des unkörperlich aufgebauten Bestandes 210
(B) Sonderfall Pflichtexemplarbibliotheken und staatliche Archive 211

cc) Bestandsvermittlung ohne Abstimmung mit Urheberrechteinhabern 211
(A) Schrankenbestimmungen in Bezug auf die körperliche Weitervermittlung...211
(B) Schrankenbestimmungen in Bezug auf die unkörperliche Weitervermittlung 212
(I) § 52a UrhG.....213
(II) § 52b UrhG 215
(1) Problem der Annexvervielfältigungskompetenz 216
(2) Problem der „Entgegenstehenden vertraglichen Regelungen“ 218
(3) Problem Anschlussvervielfältigungen 219
(III) § 53a Abs. 1 S. 2 und S. 3 UrhG.....221
(IV) § 137l UrhG 223
(C) Bestandsvermittlung und technische Schutzmaßnahmen 223
(D) Bestandsvermittlung verwaister Werke 224
dd) Bestandsvermittlung als Inhaber von Urheberrechten.....224
(A) Bei Digitalisierungshandlung entstehende Urheber(verwertungs-)rechte.....226
(I) Ton 226
(II) Bild-Vorlage.....226
(1) 2D Vorlage 226
(2) 3D Bild-Vorlage.....232
(III) Zusammenfassung der Digitalisate.....233
(IV) Einschränkung der Gemeinfreiheit durch § 72 UrhG 234
(B) Verwertung digitalisierter kultureller Äußerungen 234
(I) Kommerzielle und kommunikative Verwertung von Digitalisaten.....235
(II) Öffentlich-rechtliche Trägerschaft und kommerzielle Verwertung 236
(III) Monopolstellung bei der Verwertung.....238
(1) Abbildungsverbote 239
(a) Abbildungsverbot aus Eigentum gem. §§ 1004, 903 BGB 239
(b) Abbildungsverbot aus Hausrecht 242
(c) Abbildungsverbot aus Vertrag 243
(d) Abbildungsverbot aus Urheberrecht gem. § 72 i.V.m. 16 UrhG 243
(2) Verwertungsverbote im Hinblick auf (digitalfotografische) Abbildungen des gemeinfreien Werkoriginals 244
(a) Verwertungsverbot aus §§ 1004, 903 BGB „Recht am Bild der eigenen Sache“ 244
(b) Verwertungsverbot aus Hausrecht 245
(c) Verwertungsverbot aus Vertrag 246
(d) Verwertungsverbot aus §§ 1, 3 UWG.....247
(e) Verwertungsverbot aus §§ 823,826 BGB 248
(f) Verwertungsverbot aus §§ 15 ff. UrhG 248
(IV) Recht auf Abbildung ermöglichenden Zugang 248
(1) Öffentliche Aufgabe.....249
(2) Sozialbindung.....249
(3) Kartellrecht.....250
(V) Einschränkung der Gemeinfreiheit durch Haus- und Zugangsvertrag srechtlich gesetzte Abbildungs- und Verwertungsverbote 250

ee) Bestandsvermittlung über Portallösungen – Vernetzung der Gedächtnisinstitutionen 256
(A) Vermittlungshandlungen der einzelnen Gedächtnisinstitutionen im Netzwerk 257
(B) Vermittlungshandlungen des Portalbetreibers des gemeinsamen Netzwerks 259

E. Analyse der gegebenen Regelungsmöglichkeiten 261
I. Regelungsmöglichkeiten in Bezug auf die Tätigkeitsgrundlagen 261
II. Regelungsmöglichkeiten in Bezug auf die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen 262
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben 262
2. Relevante internationale und europäische Vorgaben 263
a) Verbleibende Spielräume 266
aa) Urheberschaft und Inhaberschaft am Urheberrecht 266
bb) Schutzgegenstände 266
cc) Schutzdauer 267
dd) Urheberrechte und Ausnahmen 267
b) Sonderrechtskompetenz des nationalen Gesetzgebers 271

F. Regelungsvorschläge 276
I. Vorschlag in Bezug auf die Tätigkeitsgrundlagen 277
1. Tätigkeitsgrundlagen der (Pflichtexemplar-) Bibliotheken 277
2. Tätigkeitsgrundlagen der Archive 279
3. Tätigkeitsgrundlagen der Museen 280
II. Vorschlag in Bezug auf die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen 280
1. Bestandsaufbau 283
a) Problem Web-Harvesting 284
aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben 285
(A) Art. 5 und Art. 6 RL 2001/29/EG 285
(B) Art. 6 Abs. 2 RL 96/9/EG 286
(C) Art. 5 RL 2009/24/EG 286
bb) Anforderungen aus dem Dreistufentest 287
cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen 288
dd) Vorschlag Erweiterung der §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 5 S. 2, 87c, 69d UrhG 289
(A) Erweiterung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG 289
(B) Erweiterung des § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG 292
(C) Erweiterung des § 87c UrhG 293
(D) Erweiterung des § 69d UrhG 293
b) Problem verwaiste Werke 294
2. Bestandserhaltung 294
a) Vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen 294
aa) Problem Digitalisierung eines fremden Werkstückes 295
(A) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Anforderungen aus dem Dreistufentest 296
(B) Verfassungsrechtliche Anforderungen 296

(C) Vorschlag Erweiterung von § 53 Abs. 2 S. 2 UrhG 296
bb) Problem digitale Langzeitarchivierung und redundante Speicherung 297
cc) Problem digitale Langzeitarchivierung von Datenbankwerken, Datenbanken und Computerprogrammen 298
dd) Problem digitale Langzeitarchivierung lizenzierter Werke 299
b) Bearbeitende und umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen 300
aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Anforderungen aus dem Dreistufentest 300
bb) Verfassungsrechtliche Anforderungen 301
cc) Vorschlag Erweiterung von § 23 S. 2 HS 2 UrhG 301
c) Problem Bestandserhaltung und technische Schutzmaßnahmen 302
aa) Gesetzliche Bestimmungen unmittelbarer Technikgestaltung 302
(A) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben aus Art. 6 RL 2001/29/EG und Anforderungen aus dem Dreistufentest 303
(B) Verfassungsrechtliche Anforderungen 303
(C) Vorschlag Erweiterung von §§ 95a, 95b UrhG 303
bb) Gesetzliche Bestimmungen mittelbarer Technikgestaltung 304
d) Problem Bestandserhaltung und verwaiste Werke 306
3. Bestandsvermittlung 307
a) Bereichsspezifische Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG – Digitaler Verleih von Bestandsexemplaren 309
aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben 311
bb) Anforderungen aus dem Dreistufentest 312
cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen 313
dd) Erweiterungsvorschlag 313
b) Überarbeitung geltender Schrankenbestimmungen 315
aa) § 52b UrhG – Wiedergabe an elektronischen Leseplätzen 315
bb) § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG – Dokumentenlieferservice 316
c) Erweiterung des Schrankenkataloges 318
aa) Regelung für die Nutzung verwaister Werke 318
(A) Erweiterung Schrankenkatalog 320
(I) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben 320
(II) Anforderungen aus dem Dreistufentest 322
(III) Verfassungsrechtliche Anforderungen 323
(B) Sonstige Lösungen 323
(I) Erweiterte kollektive Lizenzen 324
(II) Strafausschließungsgrund 324
(III)Übertragungsfiktion an die öffentliche Hand 325
bb) Kulturflatrate 326
(A) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben 329
(B) Anforderungen aus dem Dreistufentest 329
(C) Verfassungsrechtliche Anforderungen 331
(I) Art. 14 Abs. 1 GG 331
(II) Art. 2 Abs. 1 GG 332
(III) Art. 12 Abs. 1 GG 333

4. Fair-Use für Gedächtnisinstitutionen....334
a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben....335
b) Anforderungen aus dem Dreistufentest....336
c) Verfassungsrechtliche Anforderungen....337
d) Vorschlag für Fair-Use Regelung in § 61 UrhG....338

3. Kapitel: Ausblick....343

A. Perspektive für Europa....346

B. Perspektive für Deutschland....355

Anhang: Verzeichnis der verwendeten Literatur nebst Materialien....356

I. Literatur....356

II. Reine Netzpublikationen und Materialien....385

Index....385

Diese Arbeit hätte ohne die Unterstützung der
Heinrich Böll Stiftung e.V.
meines Doktorvaters Herrn Prof. Dr. jur. Th. Dreier M.C.J.
und meiner Familie
nicht entstehen können.

Danke für Geduld, Vertrauen, finanzielle, fachliche und
emotionale Unterstützung!

Die Arbeit wurde nach Durchlaufen des Promotionsverfahrens
aktualisiert und ist auf dem Stand von März 2011

Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht

Status Quo der rechtlichen, insbesondere urheberrechtlichen Rahmenbedingungen von Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und kommunikativer sowie kommerzieller Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien durch Bibliotheken, Archive und Museen in Deutschland und Regelungsalternativen

Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

Digitale Speichermedien und ihre Vernetzung haben mannigfaltige Auswirkungen auf die generationsübergreifende interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen, das Kulturelle Gedächtnis. Es sind aber nicht nur die technischen Gegebenheiten, die darüber bestimmen, ob und wie das Kulturelle Gedächtnis funktioniert, sondern es ist dies eine Frage auch und insbesondere der Ausgestaltung des Rechtsrahmens, innerhalb dessen die Speicherung und Wiedergabe kultureller Äußerungen stattfindet. Während die Technik faktische Gegebenheiten schafft, ermöglicht bzw. behindert das Recht die Nutzung der technischen Gegebenheiten für die generationsübergreifende interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen und hat damit einen sogar noch größeren, weil letztentscheidenden, Einfluss auf die Ausgestaltung des Kulturellen Gedächtnisses, als die Technik.

Rein technisch betrachtet, ermöglichen digitale Speichermedien in einem nie gekannten Umfang die Aufzeichnung und somit unverfälschte Weitergabe kultureller Äußerungen. Die im Vergleich zu bisher umfangreichere Speicherkapazität und größere Aufbewahrungssicherheit führt zu einer Verschiebung von der Frage „Was soll aufbewahrt werden?“ hin zur Frage „Was soll nicht aufbewahrt werden?“.[1] Aber nicht nur der Umfang gespeicherter Inhalte hat sich verändert. Mit der Vernetzung der digitalen Medien hat sich darüber hinaus die Funktionsweise der Kommunikation kultureller Äußerungen verändert. Über vernetzte digitale Speichermedien lassen sich die digital aufgezeichneten kulturellen Äußerungen unabhängig von einem Trägermedium sozusagen *unkörperlich* derart kommunizieren, dass ein unbekannter Empfänger den Zeitpunkt und Ort der Rezeption selbst bestimmen kann. Dies bietet größtmögliche Teilhabe durch Rezeption der aufgezeichneten kulturellen Äußerungen.[2]

---

[1] siehe: *T. Dreier*, Kulturelles Gedächtnis – Digitales Gedächtnis, in: T. Dreier/E. Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, 3 (11).

[2] Die Unabhängigkeit von einem Ort und der schnelle Zugriff auf kulturelle Äußerungen im Bereich Wissenschaft ermöglicht theoretisch ungebremste Innovation.

Die Besonderheiten der Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien nähren Visionen, wie die mittels Avataren[3] mit längst Verstorbenen wie auch mit noch nicht Geborenen über das Internet kommunizieren zu können. So ist es denkbar, aufgrund des biografischen Wissens von John Lennon einen Avatar zu schaffen, mit dem sich so kommunizieren lässt, wie mit dem lebendigen John Lennon. Es ist ebenso denkbar, schon zu Lebzeiten einen eigenen Avatar zu schaffen, der Nachfahren Rede und Antwort steht.[4] Die Kommunikation mit Avataren simuliert die direkte Kommunikation zweier interagierender Kommunikationspartner, wobei die Interaktion des durch den Avatar vertretenen Kommunikationspartners programmiert ist und die tatsächliche Aktion in der Programmierung besteht, sodass der hervorgerufene Eindruck darüber hinwegtäuscht, dass auch bei der Kommunikation mit einem Avatar ohne direkte Interaktion zwischen den Gesprächspartnern kommuniziert wird, sondern interaktionslos kulturelle Äußerungen generationenübergreifend kommuniziert werden. Ohne dass der Verstorbene Einfluss nehmen könnte, kann der Empfänger an die erhaltenen Informationen anknüpfen und sie innovativ in neuen eigenen kulturellen Äußerungen verwerten.

Genau diese, die Anknüpfung ermöglichende, generationenübergreifende Weitergabe (durch interaktionslose Kommunikation) kultureller Äußerungen, beschreibt das Kulturelle Gedächtnis.

Etwas weniger futuristisch als diese Vision, aber dennoch, weil noch nicht realisiert, eine Zukunftsvision, ist die Vision von der digitalen Bibliotheca Alexandrina, die als Datenbank alles Wissen der Welt (nicht nur Schrift, sondern wie gegenwärtige Bibliotheken auch Bild und Tondokumente) enthält und digital zur Verfügung stellt und so die vergleichsweise umständliche Recherche in Bibliotheken und Archiven vor Ort entbehrlich macht. Die Realisierung dieser Vision schwebt der Europäischen Union mit der Europäischen digitalen Bibliothek „Europeana“ vor.[5]

Zwar bieten die digitalen und vernetzten Medien für die Kommunikation kultureller Äußerungen revolutionäre Möglichkeiten, angesichts der vergleichsweisen Kurzlebigkeit der digitalen Medien ist die Dauerhaftigkeit der Kommunikation von auf digitale Medien aufgezeichneten kulturellen Äußerungen jedoch eher fraglich.

Selbst wenn es technisch gelingen sollte, eine dauerhafte Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale Medien zu erreichen, ist fraglich, ob dies für eine Gedächtnisgemeinschaft von Vorteil ist oder ob nicht vielmehr ein „Ertrinken in der Informationsflut“ droht.[6]

---

[3] Ein Avatar ist ein Bild oder eine Figur, die in virtuellen Umgebungen stellvertretend für den agierenden Menschen steht. *O. Krüger*, Der Avatar im Netz. Identität im Zeitalter des Cyberspace, in: A. Assmann/J. Assmann (Hrsg.), Verwandlungen, 2006, 205 (206).

[4] Siehe: *D. DeGroot*, Keeping Our People Alive. The Role of Digital Immortality in Culture Preservation, in: T. Dreier/E. Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, 2005, 33.

[5] siehe www.europeana.eu (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[6] Der sich am besten mit dem Schlagwort „information overkill“ bezeichnen lässt.

Vertreter übertriebener Hoffnungen und übertriebener Befürchtungen, „Evangelisten“ und „Apokalyptiker“, stehen sich hier gegenüber.[7] Während die einen hoffen, dass über digitale und vernetzte Medien in Zukunft das gesamte kulturelle Leben unverfälscht und sicher überliefert und mittels leistungsstarker Suchmaschinen abgerufen werden kann, befürchten die anderen, dass die spätestens seit der Aufklärung durch den fortwährenden Innovationsdrang der Naturwissenschaften und durch das Effizienzstreben der Ökonomie begonnene rein zukunftsorientierte Ausrichtung und damit verbundene Beschleunigung aller Lebensverhältnisse mit den digitalen und vernetzten Medien eine „Überbeschleunigung“ erfahren hat, bei der die Vergangenheit völlig aus dem Blick gerät und ein orientierungsloser „Blindflug in die Zukunft“ droht.[8]

Damit sich die Vorteile der Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien für das Kulturelle Gedächtnis voll entfalten können und die Nachteile begrenzt bleiben, ist ein zuverlässiger, qualitativ hochwertiger Rückgriff und die Bezugnahme auch auf die Vergangenheit zu gewährleisten.

Im digitalen und vernetzten Zeitalter ist die generationenübergreifende, interaktionslose Kommunikation der durch die Medienentwicklung entstandenen neuen Formen kultureller Äußerungen (Datenbankwerke, Multimediawerke etc.), bestenfalls wiederum über diese Medien,[9] zu gewährleisten. Daneben ist dafür Sorge zu tragen, dass die vorhandenen Formen kultureller Äußerungen (durch retrospektive Digitalisierung) in die digitale Form überführt werden, um die Vorteile der digitalen und vernetzten Kommunikation auch im Hinblick auf diese analogen Formen kultureller Äußerungen nutzbar und fruchtbar zu machen.

Die unverfälschte und originäre, also aufgezeichnete Bezugnahme auf vergangene kulturelle Äußerungen wird in komplexen Gesellschaften durch Gedächtnisinstitutionen besorgt.

Da die das Kulturelle Gedächtnis besorgenden Gedächtnisinstitutionen (Bibliotheken, Archive und Museen) auf die Besonderheiten der jeweiligen Medienentwicklungen nur im Rahmen der ihre Tätigkeit regelnden rechtlichen Bestimmungen reagieren können,[10] ist die Frage, wie das Kulturelle Gedächtnis, also die generationenübergreifende Kommunikation kultureller Äußerungen in einer Gemeinschaft, funktioniert nicht allein eine Frage der gesellschaftspolitische Wandlungsprozesse

---

7 *H. M. Enzensberger,* Das digitale Evangelium, in: Spiegel 2/2000, 92.

8 So ist in der Wissenschaft zu beobachten, dass Information, die nicht im Internet vorhanden ist, nicht mehr wahrgenommen wird und so auf unzureichender Grundlage gearbeitet wird. Wissenschaftlich fundierte Arbeiten setzen den Besuch und die Abarbeitung des Bibliotheksbestandes voraus. Siehe auch: *M. Osten,* Das geraubte Gedächtnis. Digitale Systeme und die Zerstörung der Erinnerungskultur, 2004; ders., Gespeichert, das heißt vergessen, in: T. Dreier/E. Euler (Hrsg.) Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, 2005, 185; ders., Digitalisierung und kulturelles Gedächtnis, in: APuZ 5-6/2006, 3.

9 Etwa durch „digitalen Verleih“, siehe hierzu 2. Kapitel F.II.3.a).

10 Es sind dies die Tätigkeitsgrundlagen und das Urheberrechtsgesetz siehe 2. Kapitel D.II.

prägenden Medienentwicklungen,[11] sondern insbesondere eine Frage der Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens, innerhalb dessen die Gedächtnisinstitutionen die generationenübergreifende Kommunikation kultureller Äußerungen gewährleisten. Was gesellschaftspolitisch wünschenswert und auch technisch machbar ist, stößt oftmals trotz allem an rechtliche (Machbarkeits-) Grenzen.

Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung von unabhängig von einem Medium über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen konfrontieren die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland, unabhängig von medientechnischen, mit zahlreichen (insbesondere urheber-) rechtlichen Fragestellungen.

So ist etwa fraglich, ob und inwieweit sich die kulturellen Äußerungen der Gegenwart frei von der Beachtung möglicher Urheberrechte erhalten lassen, damit das 21. Jahrhundert nicht als „digital dark age" in die Geschichte eingeht.[12] Ebenso ist fraglich, ob sich die kulturellen Äußerungen des 20. Jahrhunderts frei von der Beachtung möglicher Urheberrechte (retrospektiv) digitalisieren und dann über digitale und vernetzte Medien vermitteln lassen, damit das 20. Jahrhundert nicht ein schwarzes Loch im digitalen Umfeld des 21. Jahrhunderts darstellt.

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, inwieweit das Recht Einfluss auf das Kulturelle Gedächtnis hat und medientechnologische Wandlungen nachvollziehen muss, damit sich das Kulturelle Gedächtnis voll entfalten und bestmöglich funktionieren kann.

Ziel der Beschäftigung mit dieser Frage ist es, den medientechnologisch bedingten Wandlungsbedarf der rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die traditionellen Gedächtnisinstitutionen in Deutschland, Bibliotheken, Archive und Museen, das Kulturelle Gedächtnis besorgen, aufzuzeigen und Vorschläge zu unterbreiten, wie der aufgezeigte Wandlungsbedarf sich so decken lassen könnte, dass die Gedächtnisinstitutionen ihre Aufgaben auch im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien adäquat erfüllen können.

Die vorliegende Untersuchung nimmt, indem sie die mit den Auswirkungen der digitalen Speicherung und vernetzten Kommunikation verbundenen (urheber-) rechtlichen Implikationen für Bestandsaufbau-, Bestandserhaltungs- und Bestands-

---

[11] Jede Medienentwicklung hat Auswirkungen auf die Kommunikation kultureller Äußerungen und setzt neue Bedingungen für das Kulturelle Gedächtnis einer Gemeinschaft, siehe: *H. Paschen/C. Coenen/B. Wingert,* Medienentwicklung und kulturelle Transformation, in: TAB-Brief Nr. 21, 2001, 5 (9).

[12] „Es besteht durchaus die Gefahr, dass unsere Zeit trotz unseres Stolzes auf die digitalen Errungenschaften als das dunkle, dokument- und spurenlose Jahrhundert in die Geschichte eingeht. Schon jetzt ist vieles unwiederbringlich verloren, wenn etwa die »Brief«wechsel, die früher der Nachwelt erhalten blieben, in regelmäßigen Abständen und meist vollautomatisch vom E-Mail-Sever gelöscht werden." „Die Kernfrage des Informationsrechts lautet nun: Welcher rechtlichen Regelungen bedarf es, um die erforderliche Speicherung zu gewährleisten." *T. Dreier*, Informationsrecht in der Informationsgesellschaft, in: J.Bizer/B. Lutterbeck/J. Rieß (Hrsg.), Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft, 2002, 65 (74).

vermittlungshandlungen der verschiedenen Gedächtnisinstitutionstypen, wo möglich übergreifend, wo nötig differenzierend, rechtlich untersucht, eine neue, nämlich umfassende und nicht nur Einzelaspekte herausgreifende, Perspektive ein.

Es werden zunächst die Tätigkeitsgrundlagen der das Kulturelle Gedächtnis arbeitsteilig besorgenden traditionellen Gedächtnisinstitutionen (Bibliotheken, Archive und Museen) im Einzelnen untersucht (also inwieweit Pflichtexemplarrecht und Archivgesetze einen Anknüpfungspunkt für den Bereich digitaler und vernetzter Medien bieten). Sodann wird übergreifend dargestellt, was die verschiedenen Gedächtnisinstitutionen de lege late im Hinblick auf Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und kommunikative, aber auch kommerzielle Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien (etwa über Portale) leisten können und wo das Recht sie bei einer effektiven Erledigung ihrer Aufgaben behindert.

Im Anschluss an die Untersuchung des Status quo werden Vorschläge zur Anpassung des urheberrechtlichen Rahmens gemacht. Diese können und sollen aber keine Blaupause für den Gesetzgeber darstellen. Die in der Arbeit aufgezeigten Probleme und vorgeschlagenen Regelungsalternativen sind nicht mehr (aber auch nicht weniger) als eine Diskussionsgrundlage für den unter Beteiligung der verschiedenen Interessengruppen einzuleitenden Gesetzgebungsprozess. Rechtsvorschriften, unabhängig davon ob auf völkerrechtlicher, gemeinschaftsrechtlicher, nationaler oder lokaler Ebene, sind immer Resultate eines politischen Prozesses, in dem alle betroffenen Interessen in einem Kompromiss berücksichtigt werden.

Vorliegend soll möglichst frei von politischen und sachlichen Zwängen auf der Grundlage transparent gemachter Prämissen dieser Prozess legistisch vorbereitet werden.[13]

1. Kapitel: Grundbegriffe

Bevor die legistische Untersuchung begonnen werden kann, ist zu klären, welcher Sachverhalt mit dem steuerungspolitischen Instrumentarium Recht erfasst werden soll. Was ist das Kulturelle Gedächtnis einer Gemeinschaft? Welche Besonderheiten kennzeichnen das Kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien?

Wenn vom „Gedächtnis einer Gemeinschaft“ die Rede ist, dann werden, um so unterschiedliche Dinge wie die organisierte Archivierung von Dokumenten oder künstlerische Verfahren des Rückbezugs auf vorgängige Kunst zu beschreiben Metaphern benutzt. Ein konkreter Sachverhalt wird mit abstrakten Begriffen umschrieben.

---

[13] Die Rechtssetzungswissenschaft kann sich nicht völlig frei von einem wertmäßigen Vorverständnis bei ihrer Methodenwahl machen und daher keine vollkommene Freiheit von politischen und sachlichen Zwängen oder jedenfalls Einflüssen erreichen, siehe: *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.

Die im Zusammenhang mit dem Gedächtnis benutzte Metaphorik entstammt den kulturwissenschaftlichen Disziplinen und lässt sich nicht ohne Weiteres für die Rechtswissenschaften fruchtbar machen. Schon in den Kulturwissenschaften ist die Anwendung von Metaphern umstritten.[14] So wird den kulturwissenschaftlichen Gedächtnistheorien vorgeworfen, dass sie reine „Metaphernmaschinen" seien, die sich an jeweilige technologische, philosophische oder ästhetische Modelle und Vorstellungen anschmiegten und keinen eigenständigen, analytischen Nutzen hätten.[15] Ein anderer Vorwurf geht dahin, dass Metaphern oft ungenau und der Unterscheidung komplexer Sachverhalte nicht dienlich seien.[16]

Viele gesellschaftliche Phänomene lassen sich jedoch nur durch die Benutzung von Methapern beschreiben und beobachten. Der konkrete rechtswissenschaftlich zu erfassende Sachverhalt, den das Kulturelle Gedächtnis bezeichnet, ist in einer außerrechtlichen, interdisziplinären Auseinandersetzung mit dem Gedächtnisbegriff herauszuarbeiten. Es muss die Gedächtnismetaphorik der kulturwissenschaftlichen Disziplinen in einen rechtswissenschaftlich fassbaren Sachverhalt übersetzt werden.

A. Das Gedächtnis einer Gemeinschaft

Das Gedächtnis einer Gemeinschaft ist keine spezifisch rechtliche Größe, sondern eine schwerpunktmäßig gesellschaftliche Thematik. Daher ist der rechtswissenschaftlich zu erfassende Sachverhalt mit Blick auf die (kultur-) wissenschaftliche und gesellschaftspolitische Verwendung des Begriffes darzulegen. Insbesondere in der Terminologie der internationalen Gesellschaftspolitik ist der Gedächtnisbegriff zu einem Standardbegriff geworden. Es ist daher sowohl herauszuarbeiten, was wissenschaftlich, als auch was gesellschaftspolitisch unter Gedächtnis verstanden wird. Während die (geistes-) wissenschaftliche Verwendungsweise den zu erfassenden Sachverhalt umfassend bezeichnet, gibt die gesellschaftspolitische Verwendungsweise Aufschluss darüber, inwieweit die Thematik schon praktisch (gegebenenfalls auch mit Mitteln des Rechts) behandelt wird, was in den vorliegenden Überlegungen vorausschauend zu berücksichtigen ist.

I. Kulturwissenschaftliches Verständnis von Gedächtnis

Die Forschung zum Zusammenhang von Gedächtnis und (Kultur-) Gemeinschaft ist mittlerweile kaum noch zu überschauen und äußerst heterogen. Es gibt unzählige *exemplarische* Studien, die international zum Gedächtnis verschiedener Gemeinschaften in verschiedenen Epochen erstellt wurden. Die Literaturlage ist so

---

[14] Vgl. die Darstellung verschiedener Kritikansätze bei: *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 19 ff., *A. Erll*, Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 2005, 93 ff.

[15] *M. Hagner,* Primärverformung. Johannes Fried über die Historie als neuronales Netzwerk, Buchbesprechung in: Süddeutsche Zeitung vom 3.11.2004, 16 f.

[16] *F. Sick*, Digitales Recht und digitales Gedächtnis, in: dies./B. Ochsner (Hrsg.): Medium und Gedächtnis, 2004, 43 ff.

diffus, dass sie kaum umfassend zu würdigen ist.[17] Zur Herausarbeitung des rechtlich zu erfassenden Sachverhalts werden daher gezielt lediglich die *theoretischen* Konzepte chronologisch dargestellt.

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit anhand von Kultur sich manifestierenden Gruppengedächtnissen setzte etwa mit dem Beginn des 20. Jahrhunderts ein. Erstmals wurden Formen des kollektiven Bezugs auf die Vergangenheit bewusst beobachtet und zum Gegenstand der wissenschaftlichen Theoriebildung gemacht.[18] In den verschiedensten wissenschaftlichen Abhandlungen zum Gedächtnis einer Gemeinschaft wird immer auf zwei wissenschaftliche Studien Bezug genommen: Auf Maurice Halbwachs soziologische Studien zum *„kollektiven Gedächtnis"* und Aby Warburgs kulturhistorische Beschäftigung mit einem *„europäischen Bildgedächtnis"*. Halbwachs und Warburg waren die Ersten, die den Begriff des Gedächtnisses auf Kollektive übertragen und damit sozusagen von der Neurobiologie in die Kultur verlagert haben.[19] Sie vollzogen damit eine entscheidende Wende. Anfang des 20. Jahrhunderts erklärten die meisten Wissenschaftler (ausgehend von Darwin und den Evolutionstheorien der Jahrhundertwende) die Überlebenskraft von Kulturen noch mit einem „Rassengedächtnis". Der Annahme, dass sich das kollektive Gedächtnis evolutionsbedingt vererbt, stand jetzt die Annahme gegenüber, dass es durch *Sozialisation* und *Überlieferung von Generation zu Generation* getragen wird.

1. Halbwachs

Die drei Schriften des französischen Soziologen Maurice Halbwachs[20] nehmen bis heute eine zentrale Stellung bei der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Gedächtnis von Gemeinschaften ein.[21] Halbwachs Konzept des *„mémoire collective"*, eines kollektiven, sozialen Gedächtnisses, beruht auf der Annahme, dass kollektives und individuelles Gedächtnis in einer Beziehung wechselseitiger Abhängigkeit stehen. Halbwachs zufolge kann sich das individuelle Gedächtnis nur innerhalb von sozialen Bezugsrahmen, so genannten *„cadres sociaux"*, entwickeln. Sie sind unabdingbare Voraussetzung für die Entwicklung eines individuellen Gedächtnisses, das sich innerhalb dieser Rahmen in der Kommunikation mit anderen konstituiert.

---

17 Einen guten Überblick mit vielen thematisch sortierten Literaturhinweisen bietet: *A. Erll*, Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 2005.

18 *A. Erll,* Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 2005, 13.

19 *J. Assmann,* Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./T. Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, 9 ff.

20 Halbwachs wurde im August 1944 in das KZ Buchenwald deportiert und dort am 16. März 1945 ermordet. Seine Schriften wurden posthum von seiner Tochter Jeanne Alexandre editiert und herausgegeben.

21 *M. Halbwachs,* Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen, 1985 (original: Les cadres sociaux de la mémoire, 1925); *ders.*, Stätten der Verkündigung im Heiligen Land. Eine Studie zum kollektiven Gedächtnis, 2003 (original: La Topographie lègendaire des Évangiles en Terre Sainte. Étude de mémoire collective, 1941); *ders.*, Das kollektive Gedächtnis, 1991 (original: La mémoire collective, 1950).

Da das Individuum mit oder innerhalb von Gruppen kommuniziert oder interagiert, ist das individuelle Gedächtnis sozial bedingt und gruppenbezogen. Ohne individuelle Gedächtnisse wiederum kann es kein kollektives Gedächtnis geben, welches nur über die Erinnerung der einzelnen Individuen sichtbar wird. Das kollektive Gedächtnis ist keine von den organischen Gedächtnissen losgelöste, überindividuelle Instanz, sondern es verwirklicht und offenbart sich in den individuellen Gedächtnissen.[22]

Halbwachs unterscheidet mehrere Arten kollektiver Gedächtnisse, wie beispielsweise Familie, Religionsgemeinschaft und soziale Klassen. Allen ist gemein, dass es sich um Generationengedächtnisse handelt. Generationen haben als Kollektiv ein Gedächtnis über soziale Interaktion und Kommunikation ihrer Mitglieder, also durch den Austausch „gelebter Vergangenheit", oder mit anderen Worten „lebendiger Erinnerung" zwischen Zeitzeugen und Nachkommen. Das kollektive Generationengedächtnis reicht immer nur so weit, wie sich die ältesten Mitglieder der sozialen Gruppe zurückerinnern können. Forschungen der „Oral History",[23] die den Ansatz von Halbwachs fortgeführt haben, sprechen von einem Zeithorizont von 80 bis allerhöchstens 100 Jahren. Alles was länger als 100 Jahre zurück liegt, fällt demnach aus den kollektiven Generationengedächtnissen heraus.

Halbwachs zufolge beginnt hier die Geschichte. Geschichte ist für Halbwachs „tote, nicht gelebte Vergangenheit".[24] Er grenzt seinen Entwurf der kollektiven (Generationen-) Gedächtnisse scharf von der Geschichte ab. Geschichte und Gedächtnis sind für ihn unvereinbar. Geschichte erhebt den Anspruch auf Universalität, es gibt aber kein universelles, sondern immer nur ein gruppenspezifisches Gedächtnis. Für Halbwachs ist das Anliegen der Geschichte die Vergangenheit. Das kollektive (Generationen-) Gedächtnis hingegen orientiert sich an den Bedürfnissen und Belangen der Gruppe in der Gegenwart. Anders als die Geschichte, die nicht nur den Anspruch auf Universalität, sondern auch auf Objektivität und Wahrheit erhebt,[25] liefern die vergangenheitsbezogenen Inhalte des kollektiven Gedächtnisses kein Abbild der Geschichte. Verzerrungen und Umgewichtungen bis hin zur Fiktion sind möglich.[26]

Halbwachs setzt Gedächtnis einer Gemeinschaft mit der Summe der individuell-autobiographischen Geschichtserfahrungen der Gemeinschaftsmitglieder gleich. Seine Untersuchungen begrenzen sich auf Generationengedächtnisse, deren Medium die *alltägliche Kommunikation* ist und deren Inhalte in erster Linie

---

22 *M. Halbwachs,* Das kollektive Gedächtnis, 1991, 23.

23 *J.Vansina*, Oral Tradition as History, 1985.

24 Zur Abgrenzung Gedächtnis und Geschichte im Verständnis von Halbwachs siehe: *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 42 ff.

25 Auch wenn es keine objektive Geschichte gibt, ist die historische Forschung doch zumindest um Objektivität bemüht.

26 *A. Erll,* Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 2005, 17.

Geschichtserfahrungen im Rahmen individuell-autobiographischer Erinnerungen darstellen. Sie gehen nicht über den Bereich der Alltagskommunikation in den Bereich der objektivierten Kultur hinaus.[27]

2. Warburg

Diesen Schritt unternimmt ein anderer Wissenschaftler der 1920er Jahre, der *Kunst-* und *Kulturhistoriker* Aby Warburg (1866-1929). Warburg beobachtete die ständige Wiederkehr künstlerischer Formen in verschiedenen Epochen und Kulturräumen und führte sie auf die erinnerungsauslösende Kraft kultureller Symbole zurück. Er ging davon aus, dass *Objektivationen der Kultur* (Kunstwerke, Plakate, Tracht, Brauchtum usw.) eine Art „mnemische Energie" haben, und damit die Kraft, ein kollektives Gedächtnis über Jahrtausende hinweg zu stabilisieren.

Nach seiner Auffassung geschieht Kommunikation von kollektiver Erinnerung und Wissen nicht nur mündlich, sondern auch über objektivierte Kultur. In der kulturellen Formgebung kristallisiert kollektive Erfahrung, deren Sinngehalt sich Jahrtausende später blitzartig wieder erschließen kann. Warburg beschränkte sich nicht auf die *mündliche Rede als Medium* des kollektiven Gedächtnisses, sondern stellte das potenziell lange Zeiten überdauernde und weite Räume durchquerende *Kunstwerk als Medium* heraus. Seine Vorstellung von Gedächtnis war nicht auf eine soziale Gedächtnisgemeinschaft beschränkt. Warburg konstruierte ein *„europäisches Kollektivgedächtnis"*. Seine Annahmen rekonstruierte er in einem groß angelegten Projekt, das den Titel „Mnemosyne" trug, den Namen derjenigen Muse, die für die Erinnerung steht und zugleich Mutter der übrigen Musen ist. Es handelte sich um einen Atlas, der das epochen- und länderüberschreitende Bildgedächtnis des Abendlandes veranschaulichen sollte. Sein Ziel war es, die Europa und Asien verbindende Erinnerungsgemeinschaft zu veranschaulichen.

Warburg setzt das Gedächtnis einer Gemeinschaft mit den Kunstwerken der Gemeinschaftsmitglieder gleich. Er schaffte es, mit seiner Theorie einen Zusammenhang zwischen Gedächtnis und kultureller Formensprache herzustellen. In kultureller Formensprache werden historische Ereignisse längst vergangener Zeiten erinnert. Obwohl als soziales Gedächtnis bezeichnet. Es wurden jedoch die soziologischen (Gruppen-) Aspekte seines Bildgedächtnisses nur unzureichend behandelt.

3. Nora

Nach Halbwachs und Warburg war die wissenschaftliche Erforschung der Zusammenhänge von Gedächtnis und Kultur zunächst fast zum Stillstand gekommen. Auf

---

[27] Eine Verallgemeinerung seiner Gedächtnistheorie in Richtung Kulturtheorie hat Halbwachs nicht vorgenommen und die kulturelle Evolution in seiner Forschung ausgeklammert. Die von Halbwachs behandelten Phänomene kulturell objektivierter Formen der Erinnerung (so zum Beispiel in seiner christlichen Gedächtnis-Topographie Palastinas von 1941) sind der Ausgangspunkt für den später von Assmann vorgenommenen Übergang von gelebter Erinnerung zu institutionalisierter Erinnerung.

breiter Basis wurden interdisziplinär und kulturwissenschaftlich ausgerichtete Untersuchungen zum Gedächtnis als kollektiv bedingtes und Kultur konstituierendes und kontinuierendes Phänomen erst in den 1980er Jahren wieder aufgenommen. Das bekannteste Konzept stammt von dem französischen *Historiker* Pierre Nora. Die erinnerungshistorisch ausgerichtete Geschichtsschreibung Noras lässt anhand konkreter Analysen der Herausbildung und Tradierung von Vergangenheitsversionen eine theoretische Konzeption von kultureller Erinnerung erkennen. In einer siebenbändigen Ausgabe mit Aufsätzen zur Geschichte und Kulturgeschichte Frankreichs, die zwischen 1984 und 1992 in Frankreich publiziert wurde und den Namen „*Les lieux de mémoire*" trägt, knüpft er vor allem an die von Halbwachs vorgenommene Trennung von Gedächtnis und Geschichte an.

Mit Halbwachs teilt er die Auffassung, dass Gedächtnis und Geschichte Gegensätze bilden. Anders als Halbwachs bestreitet Nora jedoch die Existenz kollektiver Gedächtnisse. Ein viel zitierter Satz von ihm lautet: „Nur deswegen spricht man soviel vom Gedächtnis, weil es keines mehr gibt".[28] Nach Nora existiert im 19. Jahrhundert noch ein nationales Gedächtnis, das kollektive Identität stiftet. Nach seiner Ansicht zerfällt dieses jedoch im 20. Jahrhundert. Seither gibt es keinen lebendigen, gruppen- und nationenspezifischen, identitätsbildenden Vergangenheitsbezug und damit kein kollektives Gedächtnis mehr. Die Aufgabe des kollektiven Gedächtnisses übernehmen nach Ansicht von Nora so genannte *Erinnerungsorte*, die das Gedächtnis ersetzen. Gegenstand seiner Reflexionen bilden daher nicht kollektive Gedächtnisse, sondern Erinnerungsorte der französischen Nation. Mit Erinnerungsorten sind nicht nur geografische Orte gemeint, sondern alle kulturellen Objektivationen im weitesten Sinne, die Erinnerungsbilder der französischen Nation aufrufen. Darunter fallen auch Denkmäler und Kunstwerke, ebenso wie historische Persönlichkeiten, Texte oder symbolische Handlungen.[29] Damit ein Ort als Erinnerungsort bezeichnet und somit von anderen kulturellen Objektivationen unterschieden werden kann, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein. Erinnerungsorte sind nur solche Orte, die erstens einen materiellen Ausschnitt einer Zeiteinheit bilden, die zweitens die Funktion haben periodisch die Erinnerung wachzurufen und denen drittens eine intentionale symbolische Überhöhung zugesprochen wird.[30]

4. Assmann und Assmann

Aleida und Jan Assmann sind in der deutschen Forschung zum Zusammenhang von Gedächtnis und Kultur führend. Sie prägten den Begriff des Kulturellen

---

[28] *P. Nora,* Zwischen Geschichte und Gedächtnis, 1998, 13.

[29] Nora nennt beispielsweise Paris und Versailles als geografische Erinnerungsorte und Jeanne D´Arc als historische Persönlichkeit oder Discours de la mèthode von René Descartes als textlichen Erinnerungsort.

[30] *A. Erll,* Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 24.

Gedächtnisses und entwickelten ein Konzept, bei dem es sich um eine Weiterentwicklung der theoretischen Vorüberlegungen von Halbwachs und Warburg handelt. Es vereinigt die Aspekte von Gedächtnis (bzw. appräsentierte Vergangenheit), kultureller Formensprache (Warburg) und sozialer Gruppe (Halbwachs).

Der Begriff des Kulturellen Gedächtnisses wurde in einer Vielzahl von Publikationen schrittweise entwickelt. Während der Begriff im Verständnis von Jan Assmann zunächst eng auszulegen war, erweiterte seine Ehefrau Aleida Assmann den Begriff in späteren Publikationen erheblich.

Ausgangspunkt des Konzeptes der Assmanns ist die begriffliche Unterteilung des kollektiven Gedächtnisses als Oberbegriff in die zwei Gedächtnisformationen Kommunikatives und Kulturelles Gedächtnis. Das Kommunikative Gedächtnis beruht auf Alltagskommunikation und das Kulturelle Gedächtnis auf symbolträchtigen kulturellen Objektivationen.

Jan Assmann erläutert den Begriff des Kulturellen Gedächtnisses in Gegenüberstellung zum Begriff des Kommunikativen Gedächtnisses.[31] Sowohl beim Kommunikativen, als auch beim Kulturellen Gedächtnis handelt es sich um ein kollektives Gedächtnis, das sich jedoch in Inhalten, Formen, Medien, Zeitstruktur und Trägern unterscheidet.[32] Das maßgebliche Differenzkriterium ist Jan Assmann zufolge der jeweilige Zeithorizont.

Das auf der Alltagskommunikation beruhende Kommunikative Gedächtnis umfasst einen Zeithorizont von nur drei bis vier Generationen, geht also nicht weiter zurück, als 80 bis (allerhöchstens) 100 Jahre. Dieser Horizont wandert mit dem fortschreitenden Gegenwartspunkt mit, sodass der Zeithorizont immer derselbe ist. Die Inhalte des Kommunikativen Gedächtnisses sind veränderlich und erfahren keine feste Bedeutungszuschreibung. Träger sind die Zeitzeugen einer Erinnerungsgemeinschaft. Jeder gilt hier als gleich kompetent, die gemeinsame Vergangenheit zu erinnern und zu deuten.

Diese Form des Gedächtnisses ist es, die Halbwachs beschreibt, der nur lebendig kommuniziertes Wissen zwischen den Gruppenmitgliedern unter den Gedächtnisbegriff subsumiert und scharf von Geschichte und Tradition abgrenzt. Wie Halbwachs grenzt auch J. Assmann seinen Begriff von Gedächtnis zur Geschichte ab, anders als Halbwachs ist er jedoch der Auffassung, dass die Übergänge zwischen Gedächtnis und Tradition so fließend sein können, dass eine begriffliche Unterscheidung nicht sinnvoll ist.[33] Das, was Halbwachs als Tradition

---

[31] *J. Assmann,* Körper und Schrift als Gedächtnisspeicher. Vom kommunikativen zum kulturellen Gedächtnis, in: M. Csáky/P. Stachel (Hrsg.) Speicher des Gedächtnisses. Bibliotheken, Museen, Archive, 2000, 199 ff.

[32] *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 56.

[33] *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 45. Während Halbwachs nur „gelebte Erinnerung" unter seinen Gedächtnisbegriff subsumiert, und gegen „Tradition" als „organisierte Erinnerung" abgrenzt,

bezeichnet, fällt bei Jan Assmann in den Gegenstandsbereich des Kulturellen Gedächtnisses.

Jan Assmann schafft es damit, einen Übergang von gelebter, kommunizierter Erinnerung zu institutionalisierter, komemorierter Erinnerung herzustellen. Er zeigt auf, dass Gesellschaften dann, wenn die mündliche Überlieferung kulturellen Wissens im Rahmen des Kommunikativen Gedächtnisses abbricht, weil die Zeitzeugen sterben, auf zwei andere Formen des Vergangenheitsbezuges angewiesen sind: auf die wissenschaftlich-historische Forschung einerseits und auf das mediengestützte Kulturelle Gedächtnis andererseits.

Das Kulturelle Gedächtnis hat einen Zeithorizont von mehreren Jahrtausenden. Es reicht nach Assmann weit in die Vergangenheit, die sich immer weiter ausdehnt, weil der Zeithorizont des Kulturellen Gedächtnisses nicht mit dem fortschreitenden Gegenwartspunkt mit wandert. Möglich wird das durch kulturelle Formgebung (in sprachlich, bildlich oder rituellem Sinn, unabhängig vom Medium wie z.B. Schrift, Bild, Brauchtum, der so objektivierten Kultur) des Gedächtnisses, die aus dem informellen Alltagsgedächtnis heraus fällt.[34] Durch kulturelle Formgebung können kollektive Erfahrungen über Jahrtausende hinweg erinnert werden.

Die Kommunikation innerhalb des Kulturellen Gedächtnisses geschieht interaktionsfrei über objektivierte Kultur. Die objektivierte Kultur enthält eine Mitteilung, die später, sozusagen in einer „zerdehnten Situation“, wieder aufgenommen wird.[35] Diese Annahme bedeutet eine Weiterentwicklung der Überlegungen Warburgs, der die sozialen Aspekte kultureller Objektivationen ausblendet. Das Kulturelle Gedächtnis transportiert einen festen Bestand an Inhalten und Sinnstiftungen, zu deren Weitergabe und Deutung Spezialisten ausgebildet werden. Sein Gegenstand sind mythische, als die Gemeinschaft fundierend interpretierte Ereignisse einer absoluten Vergangenheit. Zwischen der im Rahmen des Kommunikativen und der im Rahmen des Kulturellen Gedächtnisses erinnerten Zeit besteht ein fließender Übergang, den Jan Assmann in Anlehnung an den Ethnologen Jan Vansina als „floating gap“ bezeichnet.[36] Vansina hat bei seiner ethnologischen

---

subsumiert J. Assmann auch „Tradition“ unter den Begriff des „kollektiven Gedächtnisses“, indem er dieses weiter unterteilt in „kommunikatives Gedächtnis“ und „Kulturelles Gedächtnis“. „Tradition“ ist laut J. Assmann, entgegen der Annahme von Halbwachs, ebenfalls „gelebte Erinnerung“ (von Kollektiven) und demnach ebenfalls dem Gedächtnis unterzuordnen und nicht davon abzugrenzen.

[34] *J. Assmann,* Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./T. Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, 11; die These, dass Alltag und Kultur zwei Sphären sind, belegt u.a. der Titel eines Klassikers aus der Kultur- und Sozialgeschichte von *R. von Dülmen,* Kultur und Alltag in der Frühen Neuzeit, 1990.

[35] Zur Kommunikation über Text siehe: *K. Ehlich,* Text und sprachliches Handeln. Die Entstehung von Texten aus dem Bedürfnis nach Überlieferung, in: A. und J. Assmann/C. Hardmeier, (Hrsg.): Schrift und Gedächtnis, 1983, 24 ff.

[36] *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 48 ff.; *J. Vansina,* Oral Tradition as History, 1985.

Forschung dieses „floating gap“ im historischen Bewusstsein schriftloser Kulturen beobachtet. Diese erinnern sich nur an die jüngste Vergangenheit, deren Zeitzeugen noch leben und an eine mythische Ursprungszeit. Die dazwischen liegenden Ereignisse geraten in Vergessenheit.

Jan Assmann grenzt das Kulturelle und Kommunikative Gedächtnis anhand der Merkmale „Organisiertheit“, „Geformtheit“, „Identitätskonkretheit“, „Rekonstruktivität“ und „Verbindlichkeit“ markant gegeneinander ab.[37] Das Kulturelle Langzeitgedächtnis erhält sich anders als das Kommunikative Alltagsgedächtnis nicht von selbst. Es bedarf beständiger Pflege und Aufmerksamkeit durch spezialisierte Träger und institutionelle Absicherung seiner Kommunikation in die Gegenwart. Das bezeichnet die „Organisiertheit“ des Kulturellen Gedächtnisses. Anders als das Kommunikative Gedächtnis bedarf das Kulturelle Gedächtnis zur Kontinuierung von Sinn fester Ausdrucksformen und -medien, was seine „Geformtheit“ bezeichnet. „Identitätskonkretheit“ meint, dass das Kulturelle Gedächtnis über die Gedächtnisgemeinschaft aussagt, wer sie ist und wo sie hin will, also die Identität der Gedächtnisgemeinschaft spiegelt. Das Merkmal dient außerdem der Abgrenzung zum Historizismus, dem der Identitätsbezug fehlt.[38] Mit „Rekonstruktivität“ wird der Gegenwartsbezug der Erinnerung herausgestellt. Indem das kollektiv geteilte Wissen immer auf eine aktuelle, gegenwärtige Situation bezogen (perspektiviert) wird, verfährt es rekonstruktiv und ist zudem, weil es dabei auf sich selbst Bezug nimmt, selbst-reflexiv.[39] Mit „Verbindlichkeit“ ist gemeint, dass das Kulturelle Gedächtnis durch den Bezug auf ein normatives Selbstbild der Gruppe eine klare verbindliche Wertperspektive vorgibt. Aus dieser Wertperspektive ergibt sich ein Relevanzgefälle, das den kulturellen Wissensvorrat strukturiert. Wichtig und weniger wichtig, beurteilt sich nach der Funktion für Produktion, Repräsentation und Reproduktion des Selbstbildnisses der jeweiligen Gemeinschaft. In Schriftkulturen beispielsweise organisiert sich das Kulturelle Gedächtnis durch Auslegung, Nachahmung oder Kritik *fundierender Texte*, also solcher Texte, die Antworten auf die Fragen „was sollen wir tun“ und „wer sind wir“ geben.[40] Die fundierenden Texte bilden den Kanon der für die jeweilige Gesellschaft in einem jeweiligen Kontext und Zeitabschnitt wichtigsten Gedächtnisinhalte.

---

37 *J. Assmann,* Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./T. Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, 13 ff.

38 *J. Assmann,* Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./T. Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, 11 und 14.

39 *J. Assmann,* Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./T. Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, 13. Dieser für den Gesichtspunkt der Innovation bedeutsame Umstand wird im Folgenden noch genauer erörtert werden.

40 *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 101 f.

Gegenüberstellung Kommunikatives und Kulturelles Gedächtnis:

	Kommunikatives Gedächtnis	**Kulturelles Gedächtnis**
Inhalt	Geschichtserfahrungen im Rahmen individueller Biographien	Mythische Urgeschichte, Ereignisse in einer absoluten Vergangenheit
Formen	Informell, wenig geformt, naturwüchsig, entstehend durch Interaktion, Alltag	Gestiftet, hoher Grad an Geformtheit, zeremonielle Kommunikation, Fest
Medien	Lebendige Erinnerung in organischen Gedächtnissen, Erfahrungen und Hörensagen	Feste Objektivationen, traditionelle symbolische Kodierung/Inszenierung in Wort, Bild, Tanz usw.
Zeitstruktur	80-100 Jahre, mit der Gegenwart mitwandernder Zeithorizont von drei bis vier Generationen	Absolute Vergangenheit einer mythischen Urzeit
Träger	Unspezifisch, Zeitzeugen einer Erinnerungsgemeinschaft	Spezialisierte Traditionsträger

Quelle: *J. Assmann,* das Kulturelle Gedächtnis, 1992, S. 56.

Dass sich das Kulturelle Gedächtnis inhaltlich von Kultur zu Kultur und von Epoche zu Epoche, sowie äußerlich in seinen Formen und Institutionen unterscheidet, hat Jan Assmann beispielhaft anhand von vier Fallstudien (vier frühen Hochkulturen des Abendlandes und des alten Orients – Ägypten, Israel, Hethiter reich und Griechenland), aufgezeigt.[41] Seine Fallstudien, die mündlich und schriftlich verfasste Gesellschaften betreffen, machen deutlich, dass *Medien* eine prägende Rolle für die Verfasstheit des Kulturellen Gedächtnisses haben. Die konkrete Gestalt des Kulturellen Gedächtnisses hängt entscheidend von den in der Gemeinschaft verfügbaren Medien ab.[42] Daher wird Gedächtnisgeschichte auch häufig als Mediengeschichte geschrieben.[43]

---

[41] *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 163 ff.

[42] *E. Esposito,* Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft, 2002, 10.

[43] *J. Assmann,* Nachwort, in: E. Esposito, Soziales Vergessen, 2002, 414. So unterscheidet *J. Le-Goff* in: ders., Geschichte und Gedächtnis, 1992, fünf (mediale) Phasen der Gedächtnisgeschichte: Oralität als Medium, Entwicklung der Schrift, Buchdruck, Fotografie und Erfindung des Computers.

Die beiden zentralen Medien des Kulturellen Gedächtnisses sind laut Jan Assmann *Mündlichkeit* und *Schriftlichkeit*. Beide erfüllen dieselbe Funktion, nämlich die Weitergabe des Kulturellen Gedächtnisses über die Generationenfolge hinweg, was Vermittlung und Reaktivierung von Sinn gewährleisten und so kulturelle Kohärenz herstellen soll.[44] Mündlichkeit und Schriftlichkeit sind im Hinblick auf die Herstellung kultureller Kohärenz funktionsäquivalent. Allerdings wirken sie sich unterschiedlich auf die Formen der Vergegenwärtigung kulturellen Wissens aus. Das zeigen seine Untersuchungen mündlich und schriftlich verfasster, vergangener Gesellschaftsformen.

Mündliche Überlieferung bedingt die genaue Wiederholung kulturellen Wissens, da Variationen den Überlieferungszusammenhang gefährden würden. Ohne Wiederholung würde der Prozess der Überlieferung zusammenbrechen. Variation würde Vergessen bedeuten. Wiederholung ist in mündlich verfassten Gemeinschaften eine strukturelle Notwendigkeit.[45] In mündlich verfassten Gemeinschaften halten sich Texte in Form von Riten oder Mythenerzählungen nur dann im Kulturellen Gedächtnis, wenn sie weitestgehend Bekanntes zur Sprache bringen. Die schriftliche Überlieferung lässt hingegen Variationen zu. Wiederholung besitzt keine strukturelle Notwendigkeit mehr. Schrift als Medium des Kulturellen Gedächtnisses ermöglicht eine systematische Ideenevolution und Wissensrevolution.[46]

Mit fortschreitender Produktion kulturellen Wissens tritt ein Zustand ein, den Jan Assmann als ein Auseinandertreten des Kulturellen Gedächtnisses in einen *aktuellen und potenziellen Teil* und Aleida Assmann als Entstehen von Vordergrund und Hintergrund beziehungsweise „*Funktionsgedächtnis*“ und „*Speichergedächtnis*“[47] beschreibt. Mit dieser Unterscheidung sollen Prozesse der Aktivierung und des Vergessens beschrieben werden.

Aleida Assmann versteht unter Funktionsgedächtnis das „bewohnte“ Gedächtnis. Es besteht aus bedeutungsgeladenen Elementen, die sich durch Gruppenbezug, Selektivität, Wertbindung und Zukunftsorientierung auszeichnen. Das Speichergedächtnis ist das „unbewohnte“ Gedächtnis, das sich aus bedeutungsneutralen Elementen zusammensetzt, die keinen Bezug zur Gegenwart aufweisen.[48] Während das Speichergedächtnis einfach Wissen ohne Standpunkt und Perspektive enthält, enthält das Funktionsgedächtnis Identitäts- und Orientierungswissen. Im Funktionsgedächtnis wird die Standpunktlosigkeit und Beliebigkeit bloßen Wissens relativiert.

---

44 *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 89.

45 *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 98.

46 *J. Assmann,* Das Kulturelle Gedächtnis, 1992, 99.

47 *A. Assmann,* Speichern oder Erinnern? Das Kulturelle Gedächtnis zwischen Archiv und Kanon, in: M. Csáky/P. Stachel (Hrsg.), Speicher des Gedächtnisses – Bibliotheken, Museen, Archive, 2001, 15 (20).

48 *A. Assmann,* Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des Kulturellen Gedächtnisses, 2006, 134 f.

Aleida Assmann bezeichnet das Speichergedächtnis, in Gegenüberstellung zur Bezeichnung des Funktionsgedächtnisses als Kanon, als Archiv.

Gegenüberstellung Funktions- und Speichergedächtnis:

Das bewohnte Gedächtnis (Funktionsgedächtnis / Kanon)	**Das unbewohnte Gedächtnis (Speichergedächtnis / Archiv)**
Ist verbunden mit einem Träger, der eine Gruppe, eine Institution oder ein Individuum sein kann	Ist losgelöst von einem spezifischen Träger
Schlägt eine Brücke über Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft	Trennt radikal Vergangenheit von Gegenwart und Zukunft ab
Verfährt selektiv, indem es dieses erinnert und jenes vergisst	Interessiert sich für alles; alles ist gleich wichtig
Vermittelt Werte, aus denen sich ein Identitätsprofil und Handlungsnormen ergeben	Ermittelt Wahrheit und suspendiert dabei Werte und Normen

Quelle: *A. Assmann,* Erinnerungsräume – Formen und Wandlungen des Kulturellen Gedächtnisses, 2006, S. 133.

Nach Aleida Assmann existieren in einer Schriftkultur zwangsweise sowohl das Funktions- als auch das Speichergedächtnis nebeneinander. Sie haben sich in einer Art Ko-Evolution entwickelt[49] und erfüllen unterschiedliche Aufgaben.[50]

Mit dem Funktionsgedächtnis ist ein politischer Anspruch verbunden. Die wichtigste Aufgabe des Funktionsgedächtnisses besteht in der Konstruktion einer kollektiven Identität und der Legitimation der bestehenden Gesellschaftsform.[51]

Das Speichergedächtnis dient einerseits als Reservoir zukünftiger Funktionsgedächtnisse, andererseits bildet es eine Korrektivinstanz für das aktuelle Funktionsgedächtnis. Wie wichtig das Speichergedächtnis neben dem identitätskonstruierenden Funktionsgedächtnis für eine Gesellschaft ist, hat George Orwell in seinem Roman 1984, in dem er eine Gesellschaft schildert, die nur noch in einer einzigen Zeit, der von der Partei verordneten „ewigen Gegenwart“ lebt, eindringlich veranschaulicht. Wenn totalitäre Staaten das Kulturelle Speichergedächtnis zerstören oder kontrollieren und zensieren, dann kann niemand sich erinnern, ob die Vergangenheit anders und besser als die Gegenwart war. Das Kommunikative Gedächtnis,

---

[49] *A. Assmann,* Speichern oder Erinnern?, in: M. Csáky/P. Stachel (Hrsg.) Speicher des Gedächtnisses, 2001, 15 (28).

[50] *A. Assmann,* Erinnerungsräume, 2006, 138 ff.

[51] *A. Assmann,* bezeichnet diese Aufgaben des Funktionsgedächtnisses als Distinktion und Legitimation, siehe: Erinnerungsräume, 2006, 138 f.

auf das die Menschen dann reduziert sind und das im Roman von Orwell von der Partei kontrolliert wird, ist zu jeder Art von kritischer Distanz außerstande. Voraussetzung für eine freie, demokratische und sich ständig erneuernde Gesellschaft ist jedoch der freie unkontrollierte Zugriff auf ein Speichergedächtnis.

Funktions- und Speichergedächtnis, die zusammen das Kulturelle Gedächtnis als Totalhorizont ausmachen, sind also gleich wichtig. Während das Funktionsgedächtnis die tragende, legitimierende Unterfütterung der jeweiligen Gegenwart darstellt, bildet das Speichergedächtnis dessen kritische, subversive und revolutionäre Korrektivinstanz. In Schriftkulturen existieren beide Formen. Für die Zukunft (der Kultur) hängt nach Ansicht von Aleida Assmann viel davon ab, dass Speicher- und Funktionsgedächtnis auch unter neuen medialen Bedingungen nebeneinander erhalten bleiben.[52]

Unterschiede zwischen Speicher und Funktionsgedächtnis:

Speicher-Gedächtnis	**Funktions-Gedächtnis**
Residual, unstrukturiert	Konfiguriert, sinnhaft
Unbewohnte Elemente	Bewohnte Lebensgeschichte
Es	Ich-/ (bzw.) Wir-Identität

Quelle: *A. und J. Assmann,* Das Gestern im Heute. Medien und soziales Gedächtnis, in: K. Merten/S. J. Schmidt/S. Weischenberg (Hrsg.), Die Wirklichkeit der Medien. Eine Einführung in die Kommunikationswissenschaft, 1994, 114 ff., (122).

Während Jan Assmann das Kulturelle Gedächtnis zunächst definiert hat als:

„Sammelbegriff für alles Wissen, das im spezifischen Interaktionsrahmen einer Gesellschaft Handeln und Erleben steuert und von Generation zu Generation zur wiederholten Einübung und Einweisung ansteht“,[53]

oder mit anderen Worten,

„den jeder Epoche und jeder Gesellschaft eigentümlichen Bestand der Wiedergebrauchs -Texte, -Bilder und -Riten, in deren Pflege sie ihr Selbstbild stabilisiert und vermittelt, also das kollektiv geteilte Wissen vorzugsweise (aber nicht ausschließlich) über die Vergangenheit, auf das eine Gruppe ihr Bewusstsein von Einheit und Eigenart stützt“,[54]

hat Aleida Assmann durch die Unterscheidung zwischen den beiden Gedächtnisebenen Speicher- und Funktionsgedächtnis den Gegenstandsbereich des Kulturel-

---

52 *A. Assmann,* Erinnerungsräume, 1999, 141.

53 *J. Assmann,* Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./T. Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, 9.

54 *J. Assmann,* Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./T. Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, 9.

len Gedächtnisses enorm erweitert.[55] Das Kulturelle Gedächtnis umfasst nach Aleida Assmann alle Objektivationen, die von einer Gesellschaft aufbewahrt werden, also nicht nur die zentralen Wiedergebrauchstexte, -Bilder und -Riten, in deren Pflege sie ihr Selbstbild stabilisiert und vermittelt, sondern auch Dokumente, die im Archiv lagern und denen keine Aufmerksamkeit mehr geschenkt wird. Das ursprüngliche Verständnis des Kulturellen Gedächtnisses ist im Verständnis des Funktionsgedächtnisses enthalten. Aus dem Gedächtnis, das Gemeinschaft stiftet (Kulturelles Gedächtnis), wird ein Gedächtnis, das alles erinnert (Speichergedächtnis) und bei Bedarf vergegenwärtigt (Funktionsgedächtnis). In einem neueren Aufsatz unterscheidet Aleida Assmann zusätzlich noch das *soziale*[56] und das *kollektive Gedächtnis.*[57] Das soziale Gedächtnis bildet sich in einer kleinen Wir-Gruppe heraus, beispielsweise einer menschlichen Gemeinschaft wie Familie oder Freundeskreis. Das kollektive Gedächtnis bildet sich in einer großen Wir-Gruppe wie der Nation heraus. Das soziale Gedächtnis entwickelt sich im Gespräch, das nationale Gedächtnis im Vollzug von Riten.[58]

5. Zierold

Alle bis hierin vorgestellten Konzepte sind statische Konzepte, die unter dem Gedächtnis einer Gemeinschaft eine *diffuse Masse kultureller Äußerungen* verstehen, deren Umfang sich nach bestimmten, zumeist nicht näher bezeichneten Kriterien beurteilt. Nicht unerwähnt bleiben soll hier ein neueres prozessorientiertes (system-) theoretisches Konzept von Gedächtnis. Es wurde unter Hervorhebung der Bedeutung der Medienevolution für das Gedächtnis einer Gemeinschaft entwickelt. Das Konzept von Martin Zierold liefert sozusagen eine *„medienkulturwissenschaftliche Perspektive“*.[59] Sein prozessorientiertes Konzept von Gedächtnis orientiert sich an systemtheoretischen Modellierungen, die den Grundmechanismus beschreiben, wie in der Vergangenheit etablierte Strukturen (Konnektivitäten oder Semantiken) in der Gegenwart Prozesse orientieren, das heißt Kontingenz herstellen können. An die systemtheoretische Auffassung von „Gedächtnis als Rekursivität von Kommunikationen“[60] und die Auffassung von „Gedächtnis als Konnektivität zwischen Systemkomponenten“[61] anknüpfend, wird „Gedächt-

---

55 *A. Erll,* Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 2005, 32.

56 *A. Assmann/J. Assmann,* Das Gestern im Heute – Medien und soziales Gedächtnis, in: K. Merten/S. J. Schmidt/S. Weischenberg (Hrsg.), Die Wirklichkeit der Medien, 1994, 114 ff.

57 *A. Assmann*, Soziales und kollektives Gedächtnis, „Kulturelles Gedächtnis – China zwischen Vergangenheit und Zukunft“, Netzpublikation siehe Anhang.

58 *A. Assmann*, Soziales und kollektives Gedächtnis, 4.

59 *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006.

60 *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.

61 *P. M. Hejl*, Wie Gesellschaften Erfahrungen machen oder: Was Gesellschaftstheorie zum Verständnis des Gedächtnisproblems beitragen kann, in: S. J. Schmidt (Hrsg): Gedächtnis. Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung, 1991, 293 ff.

nis als Voraussetzungszusammenhang und Perspektive auf Kultur“ aufgefasst.[62] Kultur und Gedächtnis sind zwei zu unterscheidende Konzepte zur Beobachtung und Beschreibung von Gesellschaft.[63] Während „Kultur“ als Programm, in dessen Anwendung als kulturell verstandene Phänomene konstituiert werden, verstanden wird,[64] bezeichnet „Gedächtnis“ die Traditionsperspektive auf bisherige Kulturprogrammanwendungen, sowie den Voraussetzungszusammenhang für künftige Kulturprogrammanwendungen. Gedächtnis bezeichnet nach dieser Ansicht das gemeinschaftliche Voraussetzungssystem, welches jede soziale Operation (Setzung) in der Gegenwart zur Sinnorientierung rekursiv in Anspruch nehmen muss, und damit sozusagen den Voraussetzungszusammenhang und die Perspektive auf Kultur.[65] Abstrakt bezeichnet es den Zusammenhang aller bisherigen Kulturprogrammanwendungen. Es ist das Resultat der bisherigen Programmanwendungen von Kultur und beschreibt die Struktur des Voraussetzungszusammenhanges der Gegenwart. Da das Gedächtnis immer nur für Prozesse in der Gegenwart in Anspruch genommen wird, aktualisiert sich seine spezifische Struktur in diesen Prozessen. Die spezifische Struktur des Gedächtnisses hängt von der jeweiligen Kulturprogrammanwendung in der Gegenwart ab.

Gedächtnis ist in einem solchen Verständnis eine Diskursfiktion, die aber in der Gegenwart für jede soziale Operation wirksam wird, da jede Setzung in der Gegenwart Voraussetzungen in Anspruch nehmen muss. Im Akt einer spezifischen Setzung werden dabei immer nur bestimmte Voraussetzungen der bisherigen Setzungen in Anspruch genommen.

II. Gesellschaftspolitisches Verständnis von Gedächtnis

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Gedächtnis einer Gemeinschaft, insbesondere das populäre Konzept von Jan und Aleida Assmann, hat dazu geführt, dass der Begriff auch in gesellschaftlichen und politischen Zusammenhängen Verwendung findet.

Gesellschaftliche Debatten sind ein wichtiger Indikator für spätere rechtliche Maßnahmen. Die Herausarbeitung des gesellschaftlichen Verständnisses von Gedächtnis macht Aussagen darüber möglich, welche rechtlichen Maßnahmen bereits intendiert sind. Sie sind in die eigenen Überlegungen vorausschauend mit einzubeziehen.

---

62 *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 124.

63 *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 124.

64 Zierold übernimmt ein Konzept von *J. S. Schmidt*, Medien, Kultur, Medienkultur, in: ders. (Hrsg.), Kognition und Gesellschaft, 1992, 425 ff., *ders.*, Geschichten & Diskurse. Abschied vom Konstruktivismus, 2003, 27 ff.

65 *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 149.

Politisch motivierte, rechtliche Maßnahmen können auf nationaler, gemeinschaftsrechtlicher und völkerrechtlicher Ebene getroffen werden.[66] Die voranschreitende Internationalisierung und Europäisierung des Rechts und die zunehmende Verlagerung von Regelungskompetenzen und -inhalten auf die europa- und völkerrechtliche Ebene hat ein komplexes Ebenen übergreifendes Normsystem entstehen lassen. Unabhängig davon, auf welcher konkreten Ebene später Rechtsvorschriften erarbeitet werden, ist aufgrund des Ineinandergreifens der Normen der verschiedenen Ebenen des Ebenen übergreifenden Normsystems die rechtspolitische Verwendung des Gedächtnisbegriffes auf allen Ebenen zu betrachten. Gesellschaftspolitisch wird der Gedächtnisbegriff auf völkerrechtlicher Ebene durch die Organisation der Vereinten Nationen für Ausbildung, Erziehung und Kultur (UNESCO), auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene durch Organe der Europäischen Union (EU) und auf nationaler Ebene durch den/die Beauftragte/n für Kulturelle Angelegenheiten in Deutschland verwendet.

1. Völkerrechtliche Ebene

Der Gedächtnisbegriff wird auf völkerrechtlicher Ebene durch die Organisation der Vereinten Nationen für Ausbildung, Erziehung und Kultur (UNESCO) verwendet. Mit dem Begriff „Gedächtnis“ ist ein von der UNESCO im Jahre 1992 initiiertes Programm überschrieben. Mit dem Programm "Memory of the World" (MOW) sollen dokumentarische Zeugnisse von außergewöhnlichem Wert auf neuen informationstechnischen Wegen zugänglich gemacht und gesichert werden.[67] Das Programm der UNESCO zum Schutz des Weltdokumentenerbes verfolgt also zwei Ziele: Zum einen geht es um den weltweiten Zugang ("access") zu kulturell bedeutsamen und historisch wichtigen Dokumenten. Zum anderen geht es um die Sicherung ("preservation") des dokumentarischen Erbes vor Gedächtnisverlust und Zerstörung. Bei dem Programm handelt es sich nicht um ein finanzielles Förderprogramm mit dem Ziel der Restaurierung des Dokumentenerbes. Vielmehr soll der Eintrag in ein Register, das UNESCO-Weltregister, als internationale Auszeichnung gelten. Die Herkunftsländer verpflichten sich, für die Erhaltung und Verfügbarkeit des jeweiligen dokumentarischen Erbes zu sorgen. Alle zwei Jahre können pro Land zwei Vorschläge zur Aufnahme in das UNESCO-Register des Weltdokumentenerbes eingereicht werden. Zusätzlich sind Gemeinschaftsnominierungen mehrerer Länder möglich. Über die Aufnahme von Dokumenten in das Weltregister berät ein Internationales Komitee, das International Advisory Committee (IAC), dessen Mitglieder vom UNESCO-Generaldirektor berufen werden. Dieser trifft die endgültige Entscheidung über die Anerkennung als UNESCO-Weltdokumentenerbe. Nationale Nominierungskomitees bereiten die Vorschläge für das Weltregister der UNESCO

---

[66] Auf nationaler durch Gesetze, auf gemeinschaftsrechtlicher durch Richtlinien, Verordnungen oder Entscheidungen, auf völkerrechtlicher durch Verträge.

[67] Vgl. die Programmgrundsätze; Netzpublikation siehe Anhang.

vor. Das UNESCO-Weltregister ist ein weltumspannendes, digitales Netzwerk mit ausgewählten, herausragenden Dokumenten: wertvollen Buchbeständen, Handschriften, Partituren, Unikaten, Bild-, Ton- und Filmdokumenten. Das Register umfasst gegenwärtig 120 Dokumente aus aller Welt, darunter als erste Zeugnisse des Buchdrucks die Göttinger Gutenberg-Bibel und den koreanischen Frühdruck Jikji (Anthologie der Zen-Lehre).

Die Übersetzung des Programmtitels auf der deutschen Internetseite der UNESCO lautet *„Gedächtnis der Menschheit“*.[68] Zuweilen findet sich aber auch die Übersetzung *„Weltdokumentenerbe“*.[69]

Das ausgewiesene Ziel des Programms ist der Schutz und die Zurverfügungstellung des „Weltdokumentenerbes“. Dieses macht nach dem Verständnis der UNESCO, repräsentiert durch das IAC, das Gedächtnis der Menschheit aus. Zum (Weltdokumenten-) „Erbe“ zählen alle Dokumente von außergewöhnlichem, über das lokale Interesse hinausgehenden Wert, also solche Dokumente, die weltweite Bedeutung haben.[70] Interessanterweise sind in den UNESCO-Texten nur die in Archiven und Bibliotheken befindlichen Dokumente erwähnt.[71] In der deutschen Übersetzung der Zielsetzung des Programms ist dagegen von den in Archiven, Bibliotheken und *Museen* befindlichen Dokumenten die Rede.[72] Diese Erweiterung entspricht der gängigen Praxis in das Weltregister aufgenommener Dokumente. Im Weltregister sind auch Dokumente aufgeführt, die in Museen deponiert sind. Das Fehlen der ausdrücklichen Erwähnung der Museen seitens der UNESCO, lässt sich vielleicht damit erklären, dass der Begriff Archiv dehnbar ist und im weitesten Sinne auch die in den Museen befindlichen Dokumente erfasst. Die deutsche Übersetzung ist differenzierter. Noch genauer könnte man auch den Begriff (Museums-) Depot erwähnen. Auch die in den (nicht öffentlich zugänglichen) Museumsdepots gelagerten Dokumente können Teil des Weltdokumentenerbes sein und sind über das MOW-Programm zu bewahren und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

Die Gleichsetzung des Gedächtnisbegriffs mit dem Begriff des Kulturerbes rückt ein weiteres wichtiges Dokument der UNESCO ins Blickfeld: Die Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes, verabschiedet von der 32. UNESCO-Generalversammlung im Jahr 2003 (Charter on the Preservation of Digital Heri-

---

68 Vgl. die Programmgrundsätze; Netzpublikation siehe Anhang.

69 *F. Leonhardt*, UNESCO Programm Memory of the World. UNESCO Charta zum Erhalt des digitalen kulturellen Weltkulturerbe, in: T. Dreier/E. Euler (Hrsg.): Kulturelles Gedächtnis im 21 Jahrhundert, 2005, 113 (114).

70 Vgl. die Broschüre der UNESCO, Safeguarding the documentary hertitage of humanity, zum Memory of the World Programm, S. 6; Netzpublikation siehe Anhang.

71 Vgl. die Broschüre der *UNESCO*, Safeguarding the documentary hertitage of humanity, 2003, 6; sowie die Website der UNESO.

72 Vgl. die Programmgrundsätze; Netzpublikation siehe Anhang.

tage).[73] In dieser Charta und den dazu entwickelten Richtlinien werden fachliche und kulturpolitische Maßnahmen im Hinblick auf die Bestandserhaltung des digital(isiert)en kulturellen Erbes vorgeschlagen.

Die Charta baut auf dem MOW-Programm auf. Während das MOW-Programm darauf abzielt, das (kulturelle) Erbe durch dessen Digitalisierung vor dem Verlust durch körperlichen Verfall zu bewahren und einer breiten Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen, zielt die Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes wiederum darauf ab, das im Rahmen des MOW-Programms durch Digitalisierung geschaffene digitale Kulturerbe zu bewahren. Darüber hinausgehend soll auch das originär digitale (kulturelle) Erbe erfasst werden.

Die Erklärung in Form einer Charta ist zwar nur eine rechtsunverbindliche Willensäußerung, die UNESCO wählt diese Form der Willensäußerung jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen bei Themen weltweiter und andauernder Bedeutung.[74] Das vielleicht Wichtigste an der Charta ist ihre Existenz. Sie stellt in ihrem Artikel 4 einen „Handlungsbedarf“ fest und spricht von einer „akuten Bedrohung“ des digitalen Kulturerbes. Weiter heißt es darin: „Bewusstseinsbildung und Engagement sind dringend notwendig, um politische Entscheidungsträger sowohl auf das Potenzial der digitalen Medien als auch auf konkrete Maßnahmen zu ihrer Erhaltung aufmerksam zu machen und die Öffentlichkeit dafür zu sensibilisieren.“ Die „Charta“ selbst ist ein Instrument in diesem Sinne und von hoher rechtspolitischer Bedeutung.

Die Charta definiert in ihrem ersten Artikel das „digitale Erbe“ als bestehend aus „einzigartigen Quellen menschlichen Wissens und menschlicher Ausdrucksweisen“. Nur wenig konkreter wird sie in ihrem siebten Artikel, der mit „Auswahl des zu erhaltenden Materials“ überschrieben ist und bestimmt: „Wie bei jedem dokumentarischen Erbe können die Auswahlprinzipien zwischen den einzelnen Ländern variieren, doch die Hauptkriterien, nach welchen entschieden wird, welche digitalen Materialien bewahrt werden, sind ihre Bedeutung und ihr bleibender kultureller, wissenschaftlicher, sichtbarer und sonstiger Wert. Originär digitalen Materialien sollte klare Priorität gegeben werden. Auswahlentscheidungen und alle folgenden Überprüfungen müssen in verantwortlicher Weise getroffen werden und auf definierten Prinzipien, Grundsätzen, Verfahren und Standards beruhen.“ Verantwortliche in den einzelnen Staaten sollen demgemäß festlegen, was von Bedeutung ist, was kulturellen Wert haben soll, wessen wissenschaftlicher Wert hoch genug eingeschätzt wird, um in die Auswahl des zu Bewahrenden aufgenommen zu werden. Wer, ob ein einzelner Staat oder ein internationales Gremium, eventuell übergeordnete „Prinzipien, Grundsätze, Verfahren und Stan-

---

73 *UNESCO*, Charter on the Preservation of Digital Heritage, 2003.

74 Vgl. die allgemeine Einführung zu den rechtlichen Standard Instrumenten (Konvention, Empfehlung, Erklärung) der UNESCO, in: *UNESCO*, General introduction to the standard-setting instruments of UNESCO.

dards“ für Auswahlentscheidungen verabschiedet und wie die Einhaltung derselben kontrolliert werden soll, bleibt – wie bei solchen internationalen Chartas üblich – offen. Die Bewahrung des digitalen Erbes erfordert neue und andere Bewahrungsstrategien, als die Bewahrung des nicht digitalen Erbes. Nach Ansicht der UNESCO müssen schnell effektive Strategien entwickelt werden, um Schaden am kollektiven sozialen *Gedächtnis* zu vermeiden.[75]

In Artikel 2, der sich dem „Zugang zum digitalen Erbe“ widmet und in dessen erstem Satz es heißt „Ziel der Bewahrung des digitalen Erbes ist sicherzustellen, dass es für die Öffentlichkeit zugänglich bleibt“, wird, entsprechend dem Aufgabengebiet der UNESCO,[76] ein faires Gleichgewicht zwischen den legitimen Rechten der Urheber und anderer Rechteinhaber einerseits und dem öffentlichen Interesse am Zugang zu Materialien des digitalen Erbes andererseits gefordert.

Das in den Dokumenten der UNESCO zum Ausdruck kommende Verständnis vom Gedächtnis einer Gemeinschaft ist wenig konkret. Nach der UNESCO ist der Gedächtnisbegriff mit dem Begriff vom (Weltdokumenten-) Erbe gleichzusetzen. Die Gesamtheit der das Weltdokumentenerbe bildenden kulturellen Äußerungen, das Erbe der Menschheit, wird ungenau mit dem Gedächtnis der Menschheit gleichgesetzt. Was zum (Weltdokumenten-) Erbe (und damit zum Gedächtnis der Menschheit) zählt, welche Dokumente weltweite Bedeutung haben und außergewöhnlich wertvoll sind, muss erst durch das jeweilige regionale, nationale und zuletzt internationale Komitee entschieden werden.

Zusammenfassend lässt sich aus dem Beschriebenen der Schluss ziehen, dass nach dem Verständnis der UNESCO Gedächtnis als eine *Gesamtheit bewahrenswerter Dokumente* aufzufassen ist.

2. Gemeinschaftsrechtliche Ebene

Während auf völkerrechtlicher Ebene das *„Gedächtnis der Menschheit“* thematisiert wird, ist es auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene das *„Gedächtnis Europas“*. Der Gedächtnisbegriff taucht, soweit recherchierbar,[77] zum ersten Mal in einer *Entschließung des Rates vom 25.06.2002* mit dem Titel *„Über die Erhaltung des Gedächtnisses der Zukunft*“ auf.[78] In einer vorhergehenden *Entschließung des Ra-*

---

[75] *A. Abid*, Leiter des Memory of the World Programmes der UNESCO, Conservare il Patrimonio Digitale: Una Prospettiva Unesco, in: Futuro Delle Memorie Digitali e Patrimonio Culturale, Convegno internationale promosso dal Ministero per I beni e le attività culturali e dalla Regione Toscana a cura di Vitoria Tola e Cecilia Castellani, 2004, 65 (86).

[76] Vgl. Art. 1 Nr. 2 c der Verfassung der Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur (UNESCO).

[77] Gedächtnis ist kein Suchbegriff, den die Datenbank EUR-Lex unterstützt. Die Datenbank gibt nur Ergebnisse zu den Suchbegriffen „Digitalisierung“ und „Kulturelles Erbe“ aus.

[78] Entschließung des Rates vom 25. Juni 2002 über die Erhaltung des Gedächtnisses der Zukunft - Konservierung der digitalen Inhalte für künftige Generationen (2002/C 162/02), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 162 vom 06/07/2002, 4 f.

tes vom 21.01.2002 mit dem Titel *„Kultur und Wissensgesellschaft“*,[79] auf die sich die zitierte Entschließung vom 25.06.2002 beruft, wird der Gedächtnisbegriff noch nicht verwendet. Dort ist stattdessen die Rede vom „europäischen Kulturerbe“. Laut der Entschließung vom 25.06.2002 über die Erhaltung des Gedächtnisses der Zukunft – Konservierung der digitalen Inhalte für künftige Generationen besteht das „Gedächtnis der Zukunft“ aus den „in digitaler Form geschaffenen und digital nutzbaren und verfügbaren kulturellen und geistigen Ressourcen der Gesellschaft“.[80] Der Gedächtnisbegriff wird in keiner weiteren Überschrift, wohl aber im Text der *Empfehlung der Kommission vom 24.08.2006* an die Mitgliedstaaten zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, verwendet.[81] In der Empfehlung werden den Mitgliedstaaten Maßnahmen, „um das wirtschaftliche und kulturelle Potenzial des europäischen Kulturerbes mit Hilfe des Internets optimal auszunutzen“, vorgeschlagen. Gleich der erste Absatz der Empfehlung spricht vom „kollektiven Gedächtnis Europas“, welches „Druckwerke (Bücher, Zeitungen, Zeitschriften), Fotografien, Museums- und Ausstellungsstücke, Archivgut und audiovisuelles Material“ umfasst. Die Kommission wählt die zusammenfassende Bezeichnung „kulturelles Material“.[82] Das „kollektive Gedächtnis Europas“ bezeichnet nach Ansicht der Kommission die Gesamtheit des „kulturellen Materials“, welches in Bibliotheken, Archiven und Museen der Mitgliedstaaten zu finden ist. Die zitierte Empfehlung nimmt Bezug auf eine Mitteilung der Kommission vom 30.09.2005 i2010: digitale Bibliotheken.[83] Die Kommission gibt an, in dieser Mitteilung die Strategie für die Digitalisierung, Online-Zugänglichkeit und digitale Bewahrung des „kollektiven Gedächtnisses Europas“ dargelegt zu haben. In der Mitteilung vom 30.09.2005 taucht der Begriff vom kollektiven Gedächtnis Europas indessen nicht auf. Dort wird der Begriff des „kulturellen Erbes“ verwandt. Beide Begriffe werden somit gleichgesetzt, was abgesehen davon, dass auch das „kulturelle Erbe Europas“ nicht definiert wird, nicht zum besseren Begriffsverständnis beiträgt. Die Mitteilung vom 30.09.2005 war der Start der Initiative zur Erschaffung einer Europäischen Digitalen Bibliothek. In der Mitteilung wurden die mit der Grün-

---

[79] Entschließung des Rates vom 21. Januar 2002, „Kultur und Wissensgesellschaft" (2002/C 32/01), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 032 vom 05/02/2002, 1.

[80] Vgl. Abs. 3 der Entschließung des Rates vom 25. Juni 2002 über die Erhaltung des Gedächtnisses der Zukunft - Konservierung der digitalen Inhalte für künftige Generationen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 162 vom 06/07/2002, 4 f.

[81] Empfehlung der Kommission vom 24.08.2006 an die Mitgliedstaaten zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 236 vom 31/8/2006, 28 ff.

[82] Empfehlung der Kommission vom 24.08.2006 an die Mitgliedstaaten zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 236 vom 31/8/2006, 28 Abs. 1.

[83] KOM(2005) 465 endgültig, i2010: Digitale Bibliotheken.

dung der Europäischen Digitalen Bibliothek verbundenen finanziellen, organisatorischen, technischen und rechtlichen Herausforderungen ansatzweise problematisiert, um eine tiefer gehende Diskussion in Form eines Online-Konsultationsprozesses einzuleiten, dessen Ergebnisse die Grundlage für weitere Maßnahmen, wie die zuerst zitierte Empfehlung, bildeten. Interessierte Privatpersonen, sowie wissenschaftliche Einrichtungen, der öffentliche und private Sektor, waren aufgerufen, zu den im Annex der Mitteilung formulierten Fragen bis Ende Januar 2006 Stellung zu nehmen.[84] Die Ergebnisse des Online-Konsultationsprozesses wurden zusammengefasst und veröffentlicht.[85] Eine Pressemitteilung der Europäischen Union vom 02.03.2006 titelte: Die Kommission forciert die Realisierung der Europäischen Digitalen Bibliothek als „Gedächtnis Europas".[86] Die Europäische Digitale Bibliothek soll es laut Viviane Reding, der 2006 für die Informationsgesellschaft und Medien zuständigen Kommissarin der Europäischen Union, ermöglichen, per Mausklick auf das *kollektive Gedächtnis Europas* zuzugreifen.[87]

Zusammenfassend lässt sich aus dem Beschriebenen der Schluss ziehen, dass wie auf völkerrechtlicher Ebene der Gedächtnisbegriff auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene die *Gesamtheit der in Bibliotheken, Archiven und Museen aufbewahrten kulturellen Äußerungen* bezeichnet.

3. Nationale Ebene

Auf nationaler Ebene hat die ehemalige Bundesbeauftragte für Kultur und Medien, Christina Weiss, den Gedächtnisbegriff regelmäßig benutzt. So beispielsweise in einer Rede vor dem „Kulturforum Stadt Berlin der Sozialdemokratie" im Jahre 2003, in der sie zum Umbau der Kulturlandschaft Stellung nimmt und sich gegen Einsparungen im Kulturbereich ausspricht. Für Christina Weiss sind Kultur, Geist und Gedächtnis eine Einheit und wo Theater oder Museen eingespart werden, versündige man sich am Gedächtnis des Landes. Im selben Jahr hebt sie in ihrer Rede zur Eröffnung des „69. Weltkongresses der Bibliothekare und Informationsfachleute" die Bedeutung der Bibliotheken als Zentren der Wissensvermittlung und der Wissenschaft hervor. Zugleich betont sie die Bedeutung der Archivbibliotheken insbesondere der Deutschen Nationalbibliothek als „Gedächt-

---

[84] Auch die Verfasserin hat sich in einer Stellungnahme geäußert, siehe: *E. Euler*, Europäisches Kulturerbe - nachhaltig für alle. Stellungnahme zur Initiative i2010 digitale Bibliotheken der EU, Februar 2006.

[85] http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/results_online_consultation/de.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

[86] Kommission forciert Realisierung der Europäischen Digitalen Bibliothek als „Gedächtnis Europas", Pressemitteilung der EU vom 02/03/2006, Referenznummer IP/06/253.

[87] Kommission forciert Realisierung der Europäischen Digitalen Bibliothek als „Gedächtnis Europas", Pressemitteilung der EU vom 02/03/2006, Referenznummer IP/06/253; siehe auch die von der EU herausgegebene Broschüre: i2010 – digital libraries, 2006.

nis der Nation“. In Büchern und Bibliotheken liegen Christina Weiss zufolge unsere kulturelle Intelligenz und unsere kulturelle Identität. Diese Ansicht bekräftigte sie in der Haushaltsdebatte 2004. Für die (finanziell im Haushaltsplan entsprechend zu berücksichtigende) Bedeutung der Kultur führte sie das Beispiel des Brandes in der Herzogin-Anna-Amalia-Bibliothek von Weimar im Jahr 2004 an, der ihrer Ansicht nach einen enormen geistigen Schaden angerichtet hat, da das klassische Weimar das Herz der deutschen Kulturnation sei und die Herzogin-Anna-Amalia-Bibliothek ihr Gedächtnis. Einmal mehr kommt ihre Einschätzung von Gedächtnis als schriftliches Archivgut, als geistige Inhalte zum Ausdruck. In späteren Reden betont sie die Chancen der neuen Medien für das Gedächtnis und spricht vom Aufbau eines „elektronischen Gedächtnisses“. Der Aufbau eines elektronischen Gedächtnisses könne ungeahnte Allianzen der privaten und öffentlichen Informationsanbieter bewirken. „In einem Bukett von Qualitätsangeboten aus den Bereichen Information, Kultur, Bildung und Unterhaltung, mit einer Mischung von frei abrufbarem und bezahltem Archivgut könnten sich gesellschaftliche mit kommerziellen Interessen treffen“. Möglichst viele qualitätsvolle Archive, wie zum Beispiel die von Museen und Bibliotheken, aber auch von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen, seien auf einer geeigneten Plattform zu platzieren. In einer anderen Rede plädierte sie dafür, die Archive der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter auch Privatpersonen zugänglich zu machen. Es sei ein lohnender Gedanke, die weiten Räume des Kulturellen Gedächtnisses mit neuen Medien zu erschließen. Wegsperren sei ein Rückschritt. Sie sieht nachhaltige Chancen in den neuen Medien. Es bestünde die Möglichkeit, die Inhalte der Gesellschaft in nie gekannter Zugänglichkeit und Verfügbarkeit zu präsentieren. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass das in den Archiven zu findende „Gedächtnis der Nation" digitalisiert abgerufen werden kann. Diese Forderung wiederholt sie auf einer Fachkonferenz zur Entwicklung der Medienpolitik in Deutschland und führt für ihre Vorstellungen konkretisierend das BBC Projekt aus Großbritannien an. Die BBC hat 2004 damit begonnen, ihre Archivbestände allen Breitbandbenutzern aus Großbritannien unter einer Creative Commons Lizenz zur Verfügung zu stellen. Die Creative Commons Lizenzierung der zur Verfügung gestellten Inhalte ermöglicht deren umfassende Weiternutzung unter Wahrung bestimmter Urheberrechte. Das Projekt etabliert nach Ansicht von Christina Weiss langfristig ein „öffentliches elektronisches Kulturelles Gedächtnis“.

Auf der Internetseite des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur sind unter Kulturpolitik die vom Bund geförderten Einrichtungen aufgezählt: Neben der Deutschen Nationalbibliothek und dem 1952 gegründeten Bundesarchiv, die beide aus finanziellen Mitteln des Bundes unterhalten werden, fördert der BKM über einzelne Programme und Stiftungen auch eine Reihe kleinerer, national bedeutender Archive und Bibliotheken, mit der Begründung, dass Archive und Bibliotheken das kulturelle und historische Gedächtnis einer Nation verkörpern.

Zusammenfassend lässt sich aus dem Beschriebenen der Schluss ziehen, dass auf nationaler Ebene, wie auf völkerrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Ebene, das Gedächtnis als *Entität kulturellen Materials* verstanden wird. Die Inhalte des nationalen Gedächtnisses finden sich in den nationalen Bibliotheken, Museen, Archiven, sowie in den Archiven der Rundfunkveranstalter und der Zeitungs- und Zeitschriftenverlage.

B. Das Gedächtnis einer Gemeinschaft = Das Kulturelle Gedächtnis

Die herausgearbeiteten Begriffsverständnisse sind im Folgenden auf ihre Praktikabilität und Tauglichkeit im Hinblick auf das vorliegende Ziel der rechtswissenschaftlichen Untersuchung zu bewerten. Gegebenenfalls ist ein eigenes Begriffsverständnis zu entwickeln.

I. Auswertung

Gesellschaftlich und *rechtspolitisch* wird der Gedächtnisbegriff benutzt, um die Erfüllung ganz verschiedener Aufgaben, vom Erhalt bedeutsamer Monumente bis hin zur Digitalisierung kultureller Äußerungen, zu legitimieren. Der Gedächtnisbegriff hat eine Legitimierungsfunktion für die mit den Verwirklichungswünschen verbundenen hohen Investitionen. Ein klares Begriffsverständnis ist dementsprechend überhaupt nicht intendiert. Das gesellschaftspolitische Verständnis vom Kulturellen Gedächtnis taugt daher nicht zur Bezeichnung eines handhabbaren Untersuchungsgegenstandes.

Die Mehrheit der *wissenschaftlichen Untersuchungen* versteht unter dem Gedächtnis einer Gemeinschaft eine Entität kultureller Äußerungen, die sich, weil klare Begrifflichkeiten fehlen, nicht klar bezeichnen und umreißen lässt. Als statische Konzepte verlieren sie sich in Differenzierungen des Gedächtnisbegriffes, der in ein kommunikatives, kulturelles, soziales und kollektives Speicher- und Funktionsgedächtnis unterteilt wird. Diese differenzierte Einteilung führt ebenso, wie die Einführung weiterer Metaphern (wie z.B. „gesellschaftliche Erinnerung“) zu großer wissenschaftlicher Unschärfe.[88] Vor allem in der internationalen, anglo-amerikanisch dominierten, Auseinandersetzung mit den vorgestellten Konzepten ist der Vorwurf der mangelnden theoretischen Explizität herausgestellt worden.[89]

Die Untersuchungen von *Halbwachs* sind unvollendet geblieben und begrenzen sich auf Generationengedächtnisse, deren Medium die alltägliche Kommunikation ist und deren Inhalte in erster Linie Geschichtserfahrungen im Rahmen indivi-

---

[88] Dieser Vorwurf trifft die Konzepte nicht allgemein. Es gibt durchaus theoriebasierte und systematische Ansätze, wie insbesondere den von *A. Erll,* Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 2005, die Erinnerung klar zu Gedächtnis abgrenzt. Vielfach wird der Gedächtnisbegriff jedoch nur durch den Erinnerungsbegriff ersetzt, aber ebenso wenig herausgearbeitet.

[89] *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 84 ff.

dual-autobiographischer Erinnerungen darstellen. Sie gehen nicht über den Bereich der Alltagskommunikation hinaus in den Bereich der objektivierten Kultur.[90]

Das weitergehende Konzept von *Warburg*, der einen Zusammenhang zwischen Gedächtnis und kultureller Formensprache herstellte und aufzeigte, dass historische Ereignisse längst vergangener Zeiten in kultureller Formensprache erinnert werden, vernachlässigt wiederum die soziologischen Aspekte des Gedächtnisses einer Gemeinschaft. Sein Konzept hat weniger einen wissenschaftstheoretischen, als vielmehr einen künstlerischen Ansatz.

Bei *Nora* können Erinnerungsort alle kulturellen Phänomene werden, die auf kollektiver Ebene bewusst oder unbewusst in Zusammenhang mit Vergangenheit oder nationaler Identität gebracht werden. Seine Sammlung von Aufsätzen über Elemente der französischen Kultur steht zwar für Aspekte einer gemeinsamen Vergangenheit, ergibt in ihrer Vielfalt aber kein verbindliches Gesamtbild ab. Die Erinnerungsorte lassen bei Nora in ihrer Pluralisierung keine Hierarchisierung zu. Jeder kann eine eigene Auswahl aus dem Angebot der Erinnerungsorte treffen. Auch in seinem Werk „Frankreichs Erinnerungsorte“ aus dem Jahr 2005 entwickelt Nora keine Anordnung zu einem kohärenten theoretischen Konzept beziehungsweise Sinngefüge.[91]

Selbst das im internationalen Vergleich am besten ausgearbeitete Konzept zum Gedächtnis einer Gemeinschaft von *Jan* und *Aleida Assmann*, hat sich für die Forschung über den Zusammenhang von Gedächtnis und Kultur „als Segen und Fluch zugleich erwiesen, weil es ebenso viele Fragen aufwirft, wie es zu beantworten scheint.[92]

So haben die von Jan Assmanns gewählten Adjektive für das Gedächtnis einer Gemeinschaft „kulturell“ und „kommunikativ“ keine überzeugende Unterscheidungsfunktion.

Auch das Kulturelle Gedächtnis ist kommunikativ, denn erst durch Kommunikation wird Wissen intersubjektiv vermittelbar, sei es im Rahmen des verbindlichen kulturellen oder im Rahmen des alltagsweltlichen Kommunikativen Gedächtnisses. In der durch Aleida Assmann erfahrenen Erweiterung wird der Gegenstandsbereich des Kulturellen Gedächtnisses ähnlich ausufernd, wie der Gegenstandsbereich der Erinnerungsorte Noras. Der Gegenstandsbereich des Kulturellen Gedächtnisses als Totalhorizont umfasst alle kulturellen Phänomene, die auf kollektiver Ebene bewusst oder unbewusst in Zusammenhang mit

---

[90] Die von Halbwachs behandelten Phänomene kulturell objektivierter Formen der Erinnerung (so zum Beispiel in seiner christlichen Gedächtnis-Topographie Palästinas von 1941) lassen keine Verallgemeinerung seiner Gedächtnistheorie in Richtung Kulturtheorie erkennen. Erst das Konzept von Jan Assmann, der an Halbwachs anknüpft, schafft den Übergang von gelebter, kommunizierter Erinnerung zu institutionalisierter Erinnerung.

[91] *P. Nora,* Erinnerungsorte Frankreichs, 2005.

[92] *A. Erll,* Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, 2005, 112.

(einer absoluten im Gegensatz zu der im Kommunikativen Gedächtnis relativen) Vergangenheit oder nationaler Identität gebracht werden (Funktionsgedächtnis) und darüber hinaus alles kollektiv relevante (sogar identitätsabstrakte) kulturell objektivierte Wissen, als Grundlage (Hintergrund) für Veränderung und Erneuerung der gesellschaftlichen Verfasstheit (Speichergedächtnis).

Speichergedächtnis und Funktionsgedächtnis lassen sich ebenso wenig trennscharf voneinander abgrenzen, wie das Kommunikative vom Kulturellen Gedächtnis. Anhand welcher Kriterien sich beurteilt, ob kulturelles Wissen dem Kommunikativen oder dem Kulturellen Gedächtnis zuzuordnen ist, ist unklar. Da die Grenzen fließend sind und sich stetig wandeln, wäre die Frage der Einteilung zu verschiedenen Zeitpunkten unterschiedlich zu beantworten, die Kriterien jedoch blieben dieselben. Das Konzept von Jan und Aleida Assmann stellt diese jedoch nicht klar heraus. Bei der konkreten Umsetzung des Gedächtniskonzeptes von Assmanns operiert man daher zumeist in dem diffusen Zwischenbereich von Kommunikativem und Kulturellem Gedächtnis, dem so genannten „floating gap“.[93]

Es ist eben nicht so, wie Aleida Assmann behauptet, dass dadurch, dass immer mehr erinnert wird, als tatsächlich gebraucht wird, die Ränder des Funktionsgedächtnisses sichtbar bleiben. Eher trifft ihre Beschreibung des Speichergedächtnisses als „amorphe Masse, die das Funktionsgedächtnis umgibt“ zu.

Das Objekt des Kulturellen Gedächtnisses lässt sich anhand des Konzeptes von Jan und Aleida Assmann ebenso wenig bezeichnen, wie das Gedächtnissubjekt, also der Träger des Kulturellen Gedächtnisses. Denn in der durch Aleida Assmann erfahrenen Erweiterung hat das Kulturelle Gedächtnis keinen Träger mehr. Da es das Speichergedächtnis beinhaltet, teilt es dessen Schicksal. Das Speichergedächtnis beschreibt Aleida Assmann, als nicht begrenzbares Archiv mit einer ständig sich vermehrenden Masse von Daten, Informationen, Dokumenten und Erinnerungen, für die es kein Subjekt mehr gibt, dem sie sich noch zuordnen ließen. Allenfalls, resümiert sie, könne man noch von einem gänzlich abstrakten *Menschheitsgedächtnis* sprechen.[94] Würde man, anknüpfend an dieses Verständnis vom Kulturellen Gedächtnis, davon ausgehen, dass das Gedächtnis einer Gemeinschaft als Totalhorizont alles „kulturelle Wissen“ der Menschheit bezeichnet, dann wäre Subjekt und Träger des Gedächtnisses die Menschheit, die jedoch zu abstrakt ist, um als Gedächtnissubjekt herzuhalten. Individuelle psychologische Phänomene lassen sich nicht auf imaginäre Kollektive übertragen.[95]

---

[93] Für die historische Forschung *P. Krassnitzer,* Autobiographische Erinnerung und kollektive Gedächtnisse. Die nationalsozialistische Erinnerung an das Fronterlebnis im Ersten Weltkrieg und in den Autobiographien von alten Kämpfern, in: V. Borsò/G. Krumeich/B. Witte (Hrsg.), Medialität und Gedächtnis, 2001, 215 (226 FN 23).

[94] *A. Assmann,* Erinnerungsräume, 2009, 137.

[95] *K. L. Klein*, On the Emergence of Memory in Historical Discourse, in: Representations Nr. 69, 2000, 127 (135).

Wissenschaftlich praktikabel, weil theoretisch begründet, ist am ehesten das aus der Kritik an den statischen Verständnisweisen von Gedächtnis als Entität (Gesamtheit bestimmter kultureller Äußerungen) hervorgegangene gegenwartsbezogene und prozessorientierte (system-) theoretische Konzept von *Zierold*.[96] Es baut auf der Erkenntnis auf, dass die statisch-normativen Begriffsverständnisse, die unter dem Gedächtnis einer Gemeinschaft eine Gesamtheit kultureller Äußerungen (Entität) verstehen, dynamische Entwicklungen wie die Medienevolution nicht beziehungsweise nur widersprüchlich erfassen können, indem sie sich durch Einteilung des Gedächtnisses in mehrere Ebenen (Speicher-und Funktionsgedächtnis bzw. Kommunikatives und Kulturelles Gedächtnis) in Ausdifferenzierungen verlieren. Aufgrund dieser Ausdifferenzierungen sind die statischen Konzepte wissenschaftlich nicht praktikabel.

Bei einem prozessorientierten Konzept entfällt das Problem der Einteilung des Gedächtnisses in mehrere Ebenen. Als operative Funktion ist Gedächtnis für die unterschiedlichen Gedächtnisleistungen insgesamt zuständig. Es ist auch nicht mehr nur auf historisierende Zusammenhänge festgelegt. Da nach dem gegenwartsbezogenen Verständnis von Gedächtnis *jede* soziale Operation in der Gegenwart Gedächtnis in Anspruch nimmt, hat das Gedächtnis grundsätzliche Bedeutung.

Gedächtnis im prozessorientierten Verständnis ist der Voraussetzungszusammenhang und die Perspektive auf Kultur.[97] Kultur ist nicht mit Gedächtnis gleichzusetzen,[98] sondern wiederum nur ein „Programm" zur Herstellung von Kontingenz gesellschaftlicher Prozesse.[99]

II. Arbeitsbegriff

Das der Arbeit zugrundeliegende Verständnis basiert auf den, aus der Kritik an den statisch-normativen Konzepten von Gedächtnis hervorgegangenen, prozessorientierten Konzepten. Demgemäß beschreibt das Kulturelle Gedächtnis einen Prozess.

Im Verständnis der vorliegenden Arbeit beschreibt das Kulturelle Gedächtnis die generationenübergreifende, interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen.

---

96 *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 84 ff.; theoretisch noch nicht weiter fundiert auch A. Assmann: Das Kulturelle Gedächtnis „gibt und gab es nie als etwas, das man hat, sondern immer nur als etwas, das man tut. Es ist kein Gegenstand, sondern eine Handlung und ein *Prozess*. Kulturelles Gedächtnis gab und gibt es immer in dem Maße, in dem sich Menschen dazu bekennen, darauf berufen, daraus schöpfen, darein investieren.", zitiert aus, *A. Assmann*, Das Kulturelle Gedächtnis an der Milleniumsschwelle. Krise und Zukunft der Bildung, 2004, 35.

97 *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 124 ff.

98 Wie im Kultur-als-Gedächtnis-Modell von *G. Steiner*, After Babel. Aspects of Language and Translation, 1975.

99 Siehe *M. Zierold*, Gesellschaftliche Erinnerung, 2006, 127 ff., mit Verweis auf *S. J. Schmidt,* Geschichten & Diskurse. Abschied vom Konstruktivismus, 2003, 27 f.

Dieser Prozess bedarf gewisser Voraussetzungen,[100] die sich kennzeichnen und wissenschaftlich untersuchen lassen. Insbesondere bedarf der Prozess der Kommunikation kultureller Äußerungen der Organisation, welche in komplexen Gemeinschaften von *Gedächtnisinstitutionen* geleistet wird.

Das vorliegende Verständnis von Gedächtnis ist zwar prozessorientiert, aber trotzdem fassbar. Es benutzt zwar das Adjektiv „kulturell", verliert sich jedoch nicht in Ausdifferenzierungen von Gedächtnisebenen. Der Begriff das „Kulturelle Gedächtnis", beziehungsweise das Adjektiv „kulturell", dient vorliegend nicht der Abgrenzung und Unterteilung unterschiedlicher Gedächtnisebenen wie bei den Assmanns, sondern dazu, zu verdeutlichen, dass ein individuell psychologisches Phänomen, welches der in den Neurowissenschaften entstandene Gedächtnisbegriff ursprünglich bezeichnet, auf ein Kollektiv übertragen wird.

Durch das Adjektiv „kulturell" wird der Begriff deutlich zum „Gedächtnis der Erde"[101] abgegrenzt. Das Adjektiv „kulturell" impliziert, dass das Gedächtnis der Gemeinschaft, sich anders als das Gedächtnis der Erde nur aus den kulturell geistigen Errungenschaften speist und nicht auch aus natürlich entstandenen „Datensätzen", die Aufschluss über die (Vergangenheit und Zukunft) der Erde geben, wie zum Beispiel Versteinerungen, konservierte Körper oder Knochen.[102] Das Gedächtnis einer Gemeinschaft enthält ausschließlich Kultur- und keine Naturschätze.

Die einzelnen Begriffselemente lassen sich wie folgt näher konkretisieren und erläutern:

1. Gemeinschaft: Gemeinschaft meint (gegebenenfalls rechtlich) zusammengefasste Handlungseinheiten, deren unterste Einheit natürliche Personen sind. Diese sind in der Gemeinschaft verbunden mit anderen. Die Gemeinschaft spiegelt eine gesellschaftliche Verbundenheit. Sie vermittelt und ermöglicht ein „Wir-Gefühl", das heißt eine kollektive Identität. Je besser der Prozess funktioniert, den das Kulturelle Gedächtnis beschreibt, desto stärker ausgeprägt ist das „Wir-Gefühl".

2. Kulturelle Äußerungen: Die kulturellen Äußerungen bezeichnen das Objekt des Gedächtnisses. Kulturelle Äußerungen werden hier weitgefasst verstanden als

---

[100] Insbesondere müssen in rechtsstaatlich verfassten Gemeinschaften die gegebenen rechtlichen (und hier insbesondere die urheberrechtlichen) Rahmenbedingungen so gestaltet werden, dass sie den Prozess der Kommunikation kultureller Äußerungen innerhalb der Gemeinschaft nicht behindern.

[101] *H. Charisius*, Das Gedächtnis der Erde, in: Süddeutsche Zeitung vom 20./21. März 2008, 16.

[102] Naturhistorische Sammlungen bilden einen riesigen Wissensspeicher. Jeder in einer solchen Sammlung archivierte Fund bildet einen Datenpunkt in der Geschichte des Planeten Erde. Seit dem Jahr 2001 arbeitet ein weltweites Datenerfassungskonsortium (das GBIF Global Biodiversity Information Facility, siehe www.gbif.de (Letzter Abruf: 10. April 2010) daran, Informationen von Sammlungsobjekten zu digitalisieren und in weltweit vernetzte elektronische Datenbanken zu speisen. Diese sollen „Weltsimulationen" ermöglichen, die konkrete Aussagen über die sich wandelnde Natur und den Klimawandel geben. Siehe auch: *H. Charisius*, Das Gedächtnis der Erde, in: Süddeutsche Zeitung vom 20./21. März 2008, 16.

alle Äußerungen, die Aufschluss über die geistige und historische Entwicklung des Menschen geben. Als beispielsweise historische, ästhetische, mythische oder religiöse Artikulationen sind kulturelle Äußerungen menschliche Hervorbringungen. Kulturelle Äußerungen haben einen menschlichen Urheber und weisen damit immer einen Bezug zum Menschen auf. Sie sind abzugrenzen von den ausschließlich natürlich entstandenen und zur Kultur des Menschen in keiner Beziehung stehenden, aber unter Umständen dennoch schützenswerten Naturschätzen (Tropfsteinhöhlen, etc.). Für das Gedächtnis von Bedeutung sind nicht nur die wissenschaftlichen, künstlerischen oder erfinderischen, an einen kritischen Betrachter gerichtete Äußerungen, sondern auch die nicht an einen kritischen Betrachter gerichteten, aber dennoch die geistige Entwicklung des Menschen widerspiegelnden kulturellen Äußerungen. Sie können, müssen aber nicht, einen körperlichen Ausdruck gefunden haben. Brauchtum, Riten, Formen des Zusammenlebens, Wertesysteme, Traditionen usw. sind daher ebenso kulturelle Äußerungen, wie Denkmäler, Skulpturen oder Bauwerke.

3. Kommunizieren: communicare (lat.) bedeutet teilen, teilnehmen lassen, gemeinsam machen, hier von kulturellen Äußerungen. Kulturelle Äußerungen lassen sich durch unterschiedliche Kommunikatoren und in ganz unterschiedlichen Formen kommunizieren. Kommunikator ist (sind) zunächst der (beziehungsweise die) eigentliche(en) (Mit-) Urheber der kulturellen Äußerungen. Sodann lassen sich die kulturellen Äußerungen durch Dritte (beispielsweise Gedächtnisinstitutionen) weitervermitteln.

4. Öffentlich: Zu unterscheiden ist zwischen der direkten nicht öffentlichen Kommunikation kultureller Äußerungen, welche als Privatkommunikation grundsätzlich nicht in das Gedächtnis einer Gemeinschaft eingeht und der öffentlichen Kommunikation kultureller Äußerungen an die Allgemeinheit. Öffentliche Kommunikation kultureller Äußerungen meint eine durch alle Gemeinschaftsangehörigen rezipierbare und damit das gemeinschaftliche Gedächtnis prägende Kommunikation kultureller Äußerungen. Öffentlich kommunizieren lassen sich im Nachhinein auch zunächst direkt und privat kommunizierte kulturelle Äußerungen.[103]

Die öffentliche Kommunikation kultureller Äußerungen ist gekennzeichnet durch die Möglichkeit der *Teilnahme* und *Teilhabe* aller Gemeinschaftsangehörigen. Die Möglichkeit der Teilnahme aller Gemeinschaftsangehörigen setzt voraus, dass die Allgemeinheit der Gemeinschaftsangehörigen die kommunizierten kulturellen Äußerungen rezipieren kann. Das bedeutet nicht, dass die Rezeption kostenlos möglich sein muss. Kostendeckende Kommunikation kultureller Äußerungen und Vorsehen von formellen Verfahren für einen geordneten Ablauf sind

[103] Diese Aufgabe haben die die öffentliche Kommunikation unpublizierter kultureller Äußerungen besorgenden Archive.

keine Teilnahmebarrieren. Die Möglichkeit der Teilhabe aller Gemeinschaftsangehörigen setzt weiterhin voraus, dass im Prozess der dauerhaften interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen alle kulturellen Äußerungen gleichermaßen berücksichtigt werden und nicht die kulturellen Äußerungen einer bestimmten Gruppe (beispielsweise einer politischen Macht) dominieren. Das bedeutet nicht, dass nicht eine Auswahl aus den zu kommunizierenden kulturellen Äußerungen im Hinblick auf ihre Bedeutung für das Kulturelle Gedächtnis zu treffen ist. Im Auswahlverfahren müssen jedoch die kulturellen Äußerungen aller Gemeinschaftsangehörigen berücksichtigt werden, damit kein verfälschtes Bild der Gegenwart kommuniziert wird.[104]

5. Interaktionslos: Interaktionslos, also ohne Interaktion zwischen Urheber und Empfänger ist die Kommunikation einer kulturellen Äußerung dann, wenn sie über Zeit und Raum hinweg geschieht. Die interaktionslose Kommunikation ist eine diachrone (indirekt vermittelte) Form der Kommunikation im Gegensatz zur synchronen (direkten, gleichzeitigen) Form der Kommunikation. Interaktionslos ist die Kommunikation einer kulturellen Äußerung beispielsweise immer dann, wenn die kulturelle Äußerung durch einen anderen als den Urheber der Äußerung kommuniziert (also vermittelt) wird und dadurch wechselseitige Aktivitäten zwischen dem Urheber und dem Empfänger der kulturellen Äußerung (z.B. Rückmeldungen) wegfallen. Aber auch dann, wenn der Urheber einer kulturellen Äußerung sich mit seiner kulturellen Äußerung nicht direkt über flüchtige Medien an ein Gegenüber wendet, sondern wenn er sich indirekt über die Zeit überdauernde Medien an unbekannte Empfänger wendet, ist interaktionslose Kommunikation gegeben. Wenn ein potenzieller Empfänger an eine interaktionslos kommunizierte kulturelle Äußerung mit einer weiteren kulturellen Äußerung angeknüpft, wird die Kommunikation sozusagen in einer „zerdehnten Situation“ fortgeführt. Dies ermöglicht die generationenübergreifende Kommunikation kultureller Äußerungen.

6. Medien: Kulturelle Äußerungen erschließen sich dem Menschen erst über Medien. Medien sind Darstellungsformen, Mittel zur Speicherung, Wiedergabe oder Verbreitung von Inhalten.[105] Sie bilden eine Sphäre der Vermittlung.[106] Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang die Bedeutung der Medien als Gedächtnismedien.[107] Als solche sind die Medien Mittel zur Speicherung, Wiedergabe o-

---

[104] Teilhabe an der Auswahl des Weitergegebenen als Voraussetzung demokratischer Gedächtnisinfrastruktur, vgl. *G. Pessach*, Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents, in: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal Nr. 1, 2008, 71 (115).

[105] *G. Wolf,* Der Einsatz Neuer Medien in Rechtslehre und Rechtspraxis, in: Der Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hrsg.), Neue Medien und Recht, 2002, 7 (7).

[106] *H. Winkler*, Mediendefinition, in: Medienwissenschaft, Nr. 1/2004, 9.

[107] *A. Assmann/J. Assmann,* Das Gestern im Heute, in: K. Merten/S. J. Schmidt/S. Weischenberg (Hrsg.), Die Wirklichkeit der Medien, 1994, 114.

der Verbreitung kultureller Äußerungen. Jedes einzelne Element, das zur Vermittlung kultureller Äußerungen benutzt werden kann, kann Medium sein.

Kulturelle Äußerungen erschließen sich abhängig vom Medium dem Menschen über dessen verschiedenen Sinne. Hervorgehobene Bedeutung für die generationenübergreifende Kommunikation kultureller Äußerungen haben der Seh- und der Hörsinn.[108] Das Kulturelle Gedächtnis ist ein audiovisuelles Gedächtnis.[109]

Grundlegend ist die Unterscheidung in körperliche (alle Medien, die Materie haben) und unkörperliche (alle Medien, die keine Materie haben) Medien.

Wenn Menschen sich über *körperliche Medien* (wie z.B. Stein) kulturell äußern, hängt die Reichweite der Kommunizierbarkeit der kulturellen Äußerung in die Zukunft davon ab, ob das Medium erhalten wird, da Äußerung und Medium untrennbar miteinander verbunden sind.[110] Die Reichweite der Kommunizierbarkeit in der Gegenwart dagegen hängt von der Beweglichkeit des Mediums (und damit der kulturellen Äußerung) ab. Beispielsweise lässt sich ein Ölgemälde besser transportieren und damit kommunizieren als eine steinerne Skulptur. Das Material Stein ist aber haltbarer als das Material Leinwand.

Wenn Menschen sich über *unkörperliche Medien* (wie z.B. Sprache) kulturell äußern, dann verflüchtigt sich die Originaläußerung zeitgleich mit dem unkörperlichen Medium. Die kulturelle Äußerung lässt sich zwar wiederholen, sie erfährt jedoch bei jeder Wiederholung eine Transformation, die sich aufgrund der Unkörperlichkeit nicht nachvollziehen lässt. So ist beispielsweise die zeitübergreifende und nachvollziehbare Kommunikation kultureller Äußerungen in Form von mündlicher Weitergabe von Person zu Person undenkbar. Sprachlich lässt sich nur ein Sinn, nicht aber ein exakter Inhalt über Jahrhunderte kommunizieren. Die kulturelle Äußerung lässt sich nur dann unverändert in die Zukunft kommunizieren, wenn sie entweder auf körperliche Medien aufgezeichnet und als Aufzeichnung über eine Kombination von (unkörperlichen und körperlichen) Medien, also sozusagen multimedial,[111] kommuniziert wird, oder wenn die Äußerung in einer Kombination von (unkörperlichen und körperlichen) Medien, also in einer multimedialen *Aufzeichnung*, besteht.[112]

Wenn kulturelle Äußerungen *aufgezeichnet* über eine *Kombination von unkörperlichen und körperlichen Medien* kommuniziert werden, hängt ihre Kommuni-

---

[108] Mehr kulinarisch als kulturell ist die Kommunikation der Generationen über traditionelle Rezepte, welche durch den Bauch geht und Geschmackssinn fordert.

[109] Audiovisuelles Gedächtnis, vgl. *M. Libertus*, Determinanten der Störerhaftung für Inhalte in Onlinearchiven, in: MMR 2007, 143 (149).

[110] Vgl. *M. McLuhan*, Das Medium ist die Botschaft, in: ders., Die magischen Kanäle. Understanding Media, 1995.

[111] Multimedia verstanden als die Verwendung vieler (multipler) Medien in Kombination.

[112] Das Verständnis der Zweiteilung ist wichtig. In den meisten Fällen geht es nicht um bereits über unkörperliche Medien geäußerte, aufgezeichnete kulturelle Äußerungen, sondern um gleich aus einer Kombination von (körperlichen und unkörperlichen) Medien bestehende kulturelle Äußerungen.

zierbarkeit von der jeweiligen Medienkombination ab. Jede Medienkombination hat medienspezifische Vor- und Nachteile und birgt medienspezifische Risiken im Hinblick auf die dauerhafte, interaktionslose Kommunizierbarkeit.

7. Gedächtnisinstitutionen: Die nachvollziehbare, zuverlässige, interaktionslose und insbesondere dauerhafte und somit generationenübergreifende Kommunikation kultureller Äußerungen setzt die *Organisation* des interaktionslosen Kommunikationsflusses durch Institutionen voraus.[113] Dies haben die Untersuchungen von Jan Assmann gezeigt, der nachgewiesen hat, dass in indigenen Gemeinschaften, in denen kulturelle Äußerungen mündlich oder gegenständlich unorganisiert von Generation zu Generation kommuniziert werden, eine schleichende Transformation der Äußerungen stattfindet. Der interaktionslose Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen wird in modernen und komplexen Gemeinschaften von Gedächtnisinstitutionen gewährleistet, die sich als Folge der steigenden Komplexität von Gemeinschaften herausgebildet haben.[114] Der Begriff Gedächtnisinstitution ist relativ jung. Er findet sich derzeit weder im Brockhaus, noch im Duden und auch in keinem sonstigen Lexikon oder Wörterbuch. Er ist aber, seit er zu einem Standardbegriff der Terminologie der Europäischen Union geworden ist, in aller Munde.[115] Für das Gedächtnis einer komplexen Gemeinschaft haben die in der Gemeinschaft vorhandenen Gedächtnisinstitutionen eine hervorgehobene Bedeutung. Der wachsende Komplexitätsgrad von Gemeinschaften und die steigende Produktion kultureller Äußerungen machte eigene Institutionen zur Erschließung und Bereitstellung kultureller Äußerungen erforderlich, die nicht nur kulturelle Äußerungen von jeweils aktueller Relevanz, sondern auch die aktuell nicht relevanten, aber historisch bedeutsamen kulturellen Äußerungen kommunizieren.[116] Die gemeinsame gesellschaftliche Funktion von Gedächtnisinstitutionen besteht darin, dass sie systematisch und dauerhaft einen Bestand kultureller Äußerungen von besonderem Wert als Quellen und Zeugnisse menschlicher Geschichte und Entwicklung aufbauen, diesen erhalten und für die Allgemeinheit zugänglich machen.

Das unterscheidet die Gedächtnisinstitutionen von verwandten Bildungs- und Informationseinrichtungen, deren Tätigkeit auf die kurz- oder mittelfristige Vermitt-

---

[113] Vgl. *J. Assmann*, Der Begriff des Kulturellen Gedächtnisses, in: T. Dreier/E. Euler (Hrsg.): Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, 2005, 21 (24), der allerdings Gedächtnis als Entität auffasst.

[114] Der wachsende Komplexitätsgrad von Gemeinschaften und die steigende Produktion kultureller Äußerungen machte eigene Institutionen zur Erschließung und Bereitstellung kultureller Äußerungen erforderlich, so: *E. Plassmann/H. Rösch/J. Seefeldt/K. Umlauf,* Bibliotheken und Informationsgesellschaft in Deutschland, 2006, 17.

[115] Die Europäischen Union hat eine Reihe von Maßnahmen zu den „Memory Institutions" der Mitgliedstaaten initiiert. In der Terminologie der Europäischen Union dient der Begriff als Oberbegriff für die Institutionen Archiv, Bibliothek und Museum.

[116] Vgl. *E. Plassmann/H. Rösch/J. Seefeld/K. Umlauf,* Bibliotheken und Informationsgesellschaft in Deutschland, 2006, 17.

lung kultureller Äußerungen ausgerichtet ist und die dabei auf den Bestand der Gedächtnisinstitutionen zurückgreifen. Gedächtnisinstitutionen erfüllen ganz allgemein gesprochen den gesellschaftlichen Zweck, kulturelle Zeugnisse im weitesten Sinne im Auftrag einer Gemeinschaft unter Wahrung von Authentizität und Integrität interaktionslos über Medien referenzierbar dauerhaft zu kommunizieren.[117] Sie sind nicht, wie teilweise angenommen,[118] das Gedächtnis der Gemeinschaft, sie sind aber wichtigste Grundvoraussetzung für ein funktionierendes Gedächtnis komplexer Gesellschaften, denn indem sie für die Authentizität und Integrität der kommunizierten kulturellen Äußerungen garantieren und indem sie diese referenzierbar machen, ermöglichen sie erst die nachvollziehbare Kommunikation kultureller Äußerungen. Die nachvollziehbare, interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen ist Voraussetzung für ein historisches Verständnis und die Kommunikation der kulturellen Äußerungen durch andere kulturelle Einrichtungen (wie z.B. Theater, Konzerthäuser aber auch Bildungs- und Forschungseinrichtungen), die freie Meinungsbildung sowie die Schaffung neuer, auf den existierenden kulturellen Äußerungen aufbauenden kulturellen Äußerungen.

Die traditionellen Gedächtnisinstitutionen sind Bibliotheken, Archive und Museen. Sie besorgen in arbeitsteiliger Weise den dauerhaften, interaktionslosen Kommunikationsfluss ausgewählter kultureller Äußerungen in einer Gemeinschaft.[119] Daneben gibt es andere dokumentierende Institutionen, welche die nicht in die Zuständigkeit der genannten Institutionen fallenden kulturellen Äußerungen (beispielsweise Denkmäler, Skulpturen, Bauten, Schlösser, angelegte Gärten und Parks) pflegen.

Damit sich der Begriff Gedächtnisinstitution auch gesetzestechnisch fruchtbar machen lässt und der Anwendungsbereich gesetzlicher Regelungen ausreichend bestimmt ist, ist beispielsweise an die Schaffung eines vom Bundesbeauftragten für Kultur und Medien geführten Registers zu denken, in das sich Gedächtnisinstitutionen bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen und Kriterien eintragen lassen können. Nur die im Register aufgeführten Institutionen könnten dann von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen, welche den Begriff Gedächtnisinstitutionen nutzen, privilegiert werden.

---

[117] Authentische Kommunikation ist dann gegeben, wenn der Inhalt einer kulturellen Äußerung nachprüfbar nicht verändert wurde. Die Integrität einer kulturellen Äußerung ist gewährleistet, wenn sie tatsächlich vom angegebenen Urheber stammt und vollständig, sowie unverändert kommuniziert wurde.

[118] Wie beispielsweise auf der Website des BKM: „Archive und Bibliotheken verkörpern das kulturelle und historische Gedächtnis einer Nation.“ http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Bundesregierung/BeauftragterfuerKulturundMedien/Kulturpolitik/KunstundKulturfoerderung/Einrichtungen/BibliothekenundArchive/bibliotheken-und-archive.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

[119] Vgl. *G. Beger*, Langzeitarchivierung. Das Kulturelle Gedächtnis. Rechtliche Grundlagen, in: T. Dreier/E. Euler (Hrsg.) Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, 2005, 75.

8. Kulturelle Infrastruktur: Der Begriff *kulturelle Infrastruktur* bezeichnet sowohl die *materielle Gedächtnisinfrastruktur* (das Vorhandensein von Gedächtnisinstitutionen, die den gesellschaftlichen Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen garantieren und organisieren), als auch die *rechtliche Gedächtnisinfrastruktur* (die rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die vorhandenen Gedächtnisinstitutionen agieren). Die rechtliche Gedächtnisinfrastruktur setzt sich zusammen aus den einerseits die Tätigkeit der Gedächtnisinstitutionen regelnden und ermöglichenden *rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen* sowie dem andererseits ihre Tätigkeit steuernden *ordnungspolitischen Rechtsrahmen*.

Während die materielle Gedächtnisinfrastruktur finanzielle Mittel voraussetzt, setzt die rechtliche Gedächtnisinfrastruktur die ständige Anpassung an äußere Gegebenheiten, wie insbesondere den medientechnologischen Wandel, voraus. Die Gedächtnisinstitutionen können, seien sie auch noch so zahlreich, den dauerhaften gesellschaftlichen Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen nur dann sicherstellen, wenn geeignete Rechtsrahmenvorschriften eine adäquate Aufgabenerfüllung ermöglichen.

C. Das Kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien

Der konkrete Ablauf des Prozesses, welchen das Gedächtnis beschreibt, also die Art und Weise in der eine (Kultur-) Gemeinschaft den Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen konkret organisiert, hängt entscheidend von den ihr zur Verfügung stehenden *Medien* ab. Erst die Medien ermöglichen die interaktionslose, sprich indirekte Kommunikation kultureller Äußerungen. Mit jeder Medienentwicklung verändern sich die Kommunikationsstrukturen und damit die Bedingungen der Kommunikation kultureller Äußerungen und mithin der konkrete Ablauf des Prozesses, welchen das Gedächtnis einer Gemeinschaft beschreibt.

„Wie jede technische Neuerung verändern auch die Digitalisierung und weltweite Vernetzung […] die Art und Weise, in der wir Menschen miteinander kommunizieren, unsere Geschichte bewahren und unsere Zukunft konstruieren.“[120]

Digitale Medien sind zusammen mit der Digitaltechnik entstanden. Die Digitaltechnik hat nach der Durchführung des Apolloprojekts der US-Regierung in den 1960er Jahren einen vehementen Aufschwung gefunden, der bis heute nicht abgebrochen ist.[121] Zusammen mit der Entwicklung des „Personal Home Computer“ haben die digitalen Medien Einzug in den Alltag gefunden und dienen der Allgemeinheit zur digitalen Aufzeichnung kultureller Äußerungen.[122]

---

[120] *T. Dreier*, Urheberrecht und digitale Werkverwertung: die aktuelle Lage des Urheberrechts im Zeitalter von Internet und Multimedia, 1997, 7.

[121] *K.Urbanski/R. Woitowitz*, Digitaltechnik, 2006, 49.

[122] *G. Wolf,* Der Einsatz Neuer Medien in Rechtslehre und Rechtspraxis, in: Der Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hrsg.), Neue Medien und Recht, 2002, 7 (7).

Digitale Aufzeichnung heißt elektronische Aufzeichnung im Binärcode. In der einheitlichen Sprache des maschinenlesbaren Binärcodes aus Nullen und Einsen, in den sich fast alle Medien (zumindest Sprache, Bild und Ton) übersetzen lassen,[123] können die übersetzten Medien von Maschinen mit denselben Verarbeitungs- und Übertragungstechnologien verwertet werden.[124] Dieser Umstand hat die Vernetzung digitaler Medien möglich gemacht und zur Herausbildung der digitalen Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) geführt, die vielfach auch mit dem ungenauen Begriff „Neue Medien" überschrieben werden.[125] IKT ermöglichen eine Verbindung der Elemente verschiedener herkömmlicher Kommunikationstechniken mit Elementen der Computertechnologie. Aufgrund dieser Verbindung lassen sich digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen elektronisch über Computer kommunizieren, sozusagen „compunizieren".[126]

Die Entwicklung digitaler Medien und darüber hinaus die Möglichkeit der Vernetzung digitaler Medien, hat zu vergleichbar einschneidenden und revolutionären Veränderungen der Kommunikationsstrukturen des Kulturellen Gedächtnisses geführt wie die Entwicklung des Buchdrucks.

Zum einen ist die Menge der interaktionslos, das heißt aufgezeichnet, indirekt vermittelbaren kulturellen Äußerungen, aufgrund stetig steigender Speicherkapazitäten digitaler Medien verbunden mit sinkenden Kosten, nahezu unbeschränkt. Der entscheidende Entwicklungspunkt in der Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien liegt aber darin begründet, dass sich kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien trägerlos, sozusagen unkörperlich aber dennoch interaktionslos, also zeitversetzt, kommunizieren lassen.

Bis zur Entwicklung der digitalen und vernetzten Medien war träger- beziehungsweise körperlos nur die direkte, also nicht zeitversetzte Kommunikation kultureller Äußerungen möglich (beispielsweise Sprache über Telekommunikation). Die Vernetzung der digitalen Medien hat somit eine ganz neue Form der interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen mit sich gebracht:

Erstmals können kulturelle Äußerungen aufgezeichnet und dadurch interaktionslos und dennoch unabhängig vom Medium auf das sie aufgezeichnet sind, also

---

[123] Unabhängig davon, ob digital oder analog, sind die Möglichkeiten der Kommunikation kultureller Äußerungen dadurch eingeschränkt, dass sich gegenwärtig nur solche kulturellen Äußerungen technisch wiedergeben (reproduzieren) lassen, die entweder optisch in Form von Bildern oder Bildfolgen, einschließlich Schriftzeichen oder sonstigen Symbolen, oder akustisch über Tonfolgen, also über die Medien Schrift, Bild und Ton wahrnehmbar sind. Flüchtige Medien wie Geruch und Geschmack lassen sich gegenwärtig nicht aufzeichnen, was für das Gedächtnis insoweit irrelevant ist, als sie keinen Aufschluss auf die geistige Entwicklung des Menschen zulassen.

[124] Vgl. *J. Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005, 53.

[125] Ungenau deshalb, weil "Neu" die Einordnung auf einer Zeitschiene voraussetzt und die heute noch „Neuen" Medien morgen zu den „Alten" zählen werden.

[126] Vgl. Klaus Brepohl, der aus „communication" und „computer" das Kunstwort „compunication" kreiert hat: *K. Brepohl*, Telematik. Die Grundlage der Zukunft, 1983, 14.

sozusagen unkörperlich kommuniziert werden, was nicht nur die zeitübergreifende, sondern insbesondere die raumübergreifende interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen revolutioniert.

Über digitale und vernetzte Medien (Datennetze wie z.B. das Internet) lassen sich digital (also im Binärcode) aufgezeichnete kulturelle Äußerungen unabhängig von dem Medium, auf welches sie aufgezeichnet wurden (Trägermedium), sozusagen *unkörperlich* kommunizieren und zwar über Raum und Zeit hinweg, also ohne direkte Interaktion zwischen den Kommunikationspartnern. Bei der Kommunikation über digitale und vernetzte Medien werden kulturelle Äußerungen aufgezeichnet (also unverfälscht soweit nicht bewusst manipuliert) und trotzdem, unabhängig vom Medium auf das sie aufgezeichnet sind, kommuniziert. Das ging bisher nur als Sendung (Radio, Fernsehen etc.). Nunmehr kann der Empfänger den Ort und den Zeitpunkt des Empfangs und damit der Rezeption selbst bestimmen. Die Vernetzung der digitalen Speichermedien macht es möglich, die digital aufgezeichneten kulturellen Äußerungen unabhängig von dem Medium, auf welches sie aufgezeichnet sind (Trägermedium) dauerhaft derart zu kommunizieren, dass ein Empfänger den Zeitpunkt und Ort der Rezeption selbst entscheiden kann.

Als unkörperliche Aufzeichnungen lassen sich kulturelle Äußerungen unabhängig vom Trägermedium über Datennetze weltweit interaktionslos kommunizieren. Digital aufgezeichnete und über globale Datennetzwerke wie das Internet kommunizierte kulturelle Äußerungen lassen sich (abhängig von den Zugangsmodalitäten, also ob die Kommunikation beispielsweise kommerziell und passwortgeschützt oder unentgeltlich und ungeschützt erfolgt) global von jedem Ort (an dem Netzzugang besteht, also ITK verfügbar ist), zu jeder beliebigen Zeit (in der Netzzugang besteht) von jedermann (der über die entsprechende Technik verfügt) rezipieren. Dies beflügelt die gegenwartsbezogene Kommunikation kultureller Äußerungen, die für das Kulturelle Gedächtnis ebenso wichtig ist, wie die generationenübergreifende Kommunikation kultureller Äußerungen. Das Gros der kulturellen Äußerungen ist in modernen Gemeinschaften vor allem in der jeweiligen Gegenwart relevant und bestimmte Bereiche wie vor allem Wissenschaft und Forschung geben stets denjenigen Medien für die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen den Vorzug, mit denen sich die raumübergreifende Teilhabe aller Gemeinschaftsangehörigen gewährleisten lässt.[127]

Derzeit ist das einzige Medium, welches eine öffentliche durch alle rezipierbare und damit das gemeinschaftliche Gedächtnis prägende Kommunikation unkörper-

[127] Dies gilt jedenfalls solange die über sie getätigte Kommunikation kultureller Äußerungen für einen ausreichend langen Zeitraum gewährleistet ist. Ob die zeitliche Reichweite eines Mediums ausreichend ist, beurteilt sich je nach darüber kommunizierter kultureller Äußerung im Einzelfall.

licher Medienwerke zulässt, das *Internet*.[128] Das öffentlich zugängliche Datennetzwerk Internet (abgekürzte Form des Verbundwortes aus Interconnected: „miteinander verbunden“ und Networks: „Netzwerke“) ist ein elektronischer Verbund von Rechnern und Rechnernetzwerken, der einen Datenaustausch ermöglicht. Der Datenaustausch zwischen den einzelnen Internet-Rechnern (Servern) erfolgt über technisch normierte Internetprotokolle. Umgangssprachlich wird das Internet synonym zu dem Begriff „World Wide Web“ gebraucht, der jedoch nur einen von vielen über das Internet möglichen Diensten beschreibt. Über die standardisierten Protokolle des Verbundnetzes Internet sind viele weitere verschiedene Dienste möglich.[129]

Die kulturellen Äußerungen, die unkörperlich über das Internet kommuniziert werden, haben nicht alle eine Entsprechung in analoger Form, wie etwa die Digitalisierungen analoger Aufzeichnungen von Text-, Bild- oder Tondarstellungen oder die digital erstellten Text-, Bild- oder Tondarstellungen. Die digitalen Medien ermöglichen ganz neue Formen kultureller Äußerungen ohne Entsprechung in analoger Form (born digital material), wie zum Beispiel Multimedia (z.B. Webseiten, CD-ROM Publikationen), erst auf Anfrage generierte Dokumente (z.B. Wetterkarten), automatisch generierte Dokumente (z.B. über JavaScript, servelets), Animationen, Simulationen und Virtual Reality, Datenbanken und interaktive Elemente. Da die technische Entwicklung nicht abgeschlossen ist, lassen sich die Formen der über das Internet kommunizierbaren kulturellen Äußerungen nicht abschließend aufzählen.

Die Internettechnik des weg-flexiblen und paket-orientierten Versands von Daten ermöglicht gegenüber den herkömmlichen Einweg-Kanal-Medien jedermann nicht nur die *Teilhabe*, sondern auch die *Teilnahme* an der interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen. Die Teilhabe, indem der eigene Computers als Client benutzt wird, mit dem sich auf die anderen an das Internet angeschlossenen Server-Computer und auf die in diesen vorhandenen oder wiederum an sie angeschlossenen Trägermedien, auf denen kulturelle Äußerungen digital elektronisch aufgezeichnet sind, zugreifen lässt. Die Teilnahme, indem der eigene Computer als Server-Computer, der anderen Client-Computern Zugriff auf den eigenen Computer und auf die in diesem vorhandenen oder wiederum an ihn angeschlossenen Trägermedien, auf denen eigene und fremde kulturelle Äußerungen digital elektronisch aufgezeichnet sind, erlaubt, benutzt wird. Dadurch, dass jedermann die Möglichkeit der Kommunikation kultureller Äußerungen hat, wird die Gedächtnisinfrastruktur grundlegend demokratisiert.

---

[128] Die Vernetzung über das Internet ist nur eine mögliche Vernetzungsform. Welche weiteren Möglichkeiten sich neben dem Internet etablieren werden, lässt sich nicht voraussagen.

[129] Die mithilfe der Neuen Medien möglichen Dienste sind in Deutschland unter dem Begriff *Telemedien* im Telemediengesetz zusammengefasst worden, das am 26. Februar 2007 in Kraft getreten ist.

Die interaktionslose, unkörperliche und dauerhafte Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien ist denkbar als *Digitalisat* einer zuvor über andere (analoge) Medien kommunizierten kulturellen Äußerung[130] oder als *originär digitale Aufzeichnung*.[131]

Die genannten Vorteile der Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien revolutionieren und verbessern die gegenwartsbezogene interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen. Jedoch ist die Dauerhaftigkeit der Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien eher fraglich.

Die Dauerhaftigkeit der Kommunikation kultureller Äußerungen hat sich im Laufe der Medienentwicklung stets verschlechtert. Das hängt nicht nur damit zusammen, dass neuere Medien tendenziell weniger lange haltbar sind,[132] sondern auch mit der zunehmenden Medienabhängigkeit. So erschließen sich über elektronische Medien kommunizierte kulturelle Äußerungen dem Menschen nicht unmittelbar, sondern erst, wenn die elektronisch aufgezeichneten Signale wieder in menschlich wahrnehmbare Signale zurückübersetzt werden.[133] Erforderlich ist neben Soft- und Hardware ein Wiedergabemedium (ein Bildschirm).

Je schneller sich die Medien entwickeln, desto aufwendiger ist es, die zeitübergreifende interaktive Kommunizierbarkeit kultureller Äußerungen mit ihrer Hilfe zu garantieren.[134] Digital elektronisch aufgezeichnete kulturelle Äußerungen müssen auf-

---

130 Eine digitalisierte kulturelle Äußerung hat eine Entsprechung in analoger Form und wird als digitales Abbild kommuniziert. So beispielsweise druckbildähnliche Netzpublikationen. Quasi alle analogen kulturellen Äußerungen lassen sich digitalisieren. Vgl. *J. Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005, 53.

131 Eine originär digitale kulturelle Äußerung kann eine Entsprechung in analoger Form haben oder aber spezifische Merkmale der digitalen und vernetzten Medien nutzen und hat dann keine analoge Entsprechung wie beispielsweise eine Website, ein Weblog, digitale Datenbanken etc.

132 Während sich mittelalterliche Dokumente auf Pergament nachweislich über tausend Jahre hinweg und länger erhalten haben, haben elektronisch digitale Aufzeichnungen lediglich eine Lebenserwartung von maximal Jahrzehnten, meist nur von Jahren. Gemeint ist die reine Haltbarkeit (≠ Lesbarkeit). Bücher auf säurefreiem Papier mit säurefreier und nicht eisenhaltiger Tinte halten mehrere hundert Jahre, CD, DVD und Festplatte nur zwischen 5-10 Jahre, Siehe die Übersicht in: PC 5/2007, 106, 107.

133 Die *erweiterte Medienabhängigkeit* ist eine Besonderheit der elektronischen Aufzeichnung an sich, keine der digitalen Aufzeichnung. Auch bei der analogen elektronischen Aufzeichnung kultureller Äußerungen sind die analog aufgezeichneten Äußerungen für den Menschen nicht mehr unmittelbar wahrnehmbar. Sie müssen erst wieder in für den Menschen wahrnehmbare Reize/Signale zurückübersetzt werden. Franzika Sick beschreibt also keine Besonderheit, wenn sie in ihrer systemanalytischen Betrachtung vom Computer als Gedächtnismedium zu dem Schluss kommt, dass Computer, weil die auf ihrer CPU gespeicherten Inhalte nur vermittels Software wahrnehmbar gemacht werden können, den Menschen doppelt „amputieren" und von Medien abhängig machen, siehe: *F. Sick*, Digitales Recht und digitales Gedächtnis, in: dies./B. Ochsner (Hrsg.): Medium und Gedächtnis, 2004, 43.

134 Aufgrund der rasant schnellen Entwicklung und Flüchtigkeit von digitalen Speichermedien und Software verschärft die digital elektronische Aufzeichnung kultureller Äußerungen das Problem der dauerhaften Kommunizierbarkeit. Die kurze physische Haltbarkeit der Hardware und die schnelle technische Weiterentwicklung der Hard- und Software bereiten große technische Probleme.

grund der kurzen Haltbarkeit der digitalen Speichermedien in kurzen Zyklen ständig auf neue Speichermedien konvertiert werden und es müssen aufgrund mangelnder Standardisierung von Softwareumgebungen eine Vielzahl von Softwareumgebungen emuliert werden können. Die generationenübergreifende Kommunizierbarkeit kultureller Äußerungen mithilfe digitaler Speicher- und Kommunikationsmedien ist in hohem Maße störungsanfällig. Für das kulturelle Äußerungen maßgeblich über diese Medien kommunizierende 21. Jahrhundert wurde daher die Befürchtung geäußert, dass es als „digital dark age" in die Geschichte eingehen könnte.[135]

Für das Kulturelle Gedächtnis ist die gegenwartsbezogene Kommunizierbarkeit kultureller Äußerungen ebenso wichtig, wie die generationenübergreifende Kommunizierbarkeit kultureller Äußerungen,[136] jedoch ist Kontextualisierung und Kanonisierung nur dann möglich, wenn letztere sich gewährleisten lässt. Das stellt an die Gedächtnisinstitutionen im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen gesteigerte Anforderungen, welche sie im Rahmen der (technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen) Möglichkeiten zu meistern haben.[137] Die traditionellen Gedächtnisinstitutionen, die als Garanten für Dauerhaftigkeit sowie Authentizität und Integrität von interaktionslos kommunizierten kulturellen Äußerungen diese erst referenzierbar machen und damit eine nachvollziehbare Kommunikation kultureller Äußerungen erst ermöglichen, müssen dieser Aufgabe auch im digitalen Umfeld nachkommen, damit das Kulturelle Gedächtnis auch im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien funktioniert.

Interaktionslos, also über Raum und Zeit hinweg, lassen sich kulturelle Äußerungen nur aufgezeichnet kommunizieren. Daher lassen sich unabhängig davon, ob digital oder analog, gegenwärtig nur solche kulturellen Äußerungen technisch wiedergeben (reproduzieren), die entweder optisch in Form von Bildern oder Bildfolgen, einschließlich Schriftzeichen oder sonstigen Symbolen, oder akustisch über Tonfolgen, also über audiovisuelle Medien, wahrnehmbar sind.[138]

---

[135] *T. Kuny*, A Digital Dark Ages? Challenges in the Preservation of Electronic Information, auf einer Konferenz der IFLA 1997; *M. MacLean, B. Davis, (Hrsg.),* Time and Bits. Managing Digital Continuity, 1998; *S. Brand*, Escaping The Digital Dark Age, in: Library Journal 124 (2), 1999, 46.

[136] Angesichts der verbreiteten Nutzung digitaler und vernetzter Medien und der mit dieser Nutzung verbundenen Vorteile, ist dafür Sorge zu tragen, dass nicht nur gemeinfreie Werke zustimmungsfrei digitalisierbar und über digitale und vernetzte Medien kommunizierbar sind, sondern unter bestimmten Umständen auch die urheberrechtlich geschützten Werke und somit die Mehrzahl der kulturellen Äußerungen des 20. Jahrhunderts. Ansonsten bleibt das 20. Jahrhundert ein schwarzes Loch im digitalen Umfeld des 21. Jahrhunderts!

[137] Bestandserhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf über digitale und vernetzte Medien kommunizierte und kommunizierbare kulturelle Äußerungen konfrontieren die Gedächtnisinstitutionen mit zahlreichen (urheber-) rechtlichen Fragestellungen. Siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.

[138] Flüchtige Medien wie Geruch und Geschmack lassen sich gegenwärtig nicht aufzeichnen, was für das Gedächtnis insoweit irrelevant ist, als sie keinen Aufschluss auf die geistige Entwicklung des Menschen zulassen.

Je dauerhafter das Medium ist, auf welches die Aufzeichnung erfolgt, desto dauerhafter ist die interaktionslose Kommunikation. Die Dauerhaftigkeit der digitalen Aufzeichnung kultureller Äußerungen und damit die weite Zeiträume übergreifende Kommunikation ist aufgrund der Kurzlebigkeit digitaler Medien eher fraglich, insbesondere aber waren bis vor kurzem die Verantwortlichkeiten und Kompetenzen der Gedächtnisinstitutionen für die Herstellung der Dauerhaftigkeit der interaktionslosen Kommunikation von über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen ungeklärt. Seit die Verantwortlichkeiten und damit die Kompetenzen für die Herstellung der Dauerhaftigkeit auch in den rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der traditionellen Gedächtnisinstitutionen formuliert werden,[139] müssen die entsprechenden Gedächtnisinstitutionen Strukturen für die alte Aufgabe im neuen Umfeld schaffen.

Die Infrastruktur der traditionellen Gedächtnisinstitutionen (Bibliothek, Archiv, Museum) hat sich im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien gewandelt.[140]

Die Möglichkeit der interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien hat zu *vernetzten Gedächtnisinstitutionen* geführt. Bisher nebeneinander und unabhängig voneinander agierende Institutionen treten über gemeinsame zentrale Zugänge im Internet, beispielsweise über eine gemeinsame Zugangsseite, Portale, als *funktionale Einheit* auf.[141] Das bietet im Hinblick auf die bisher bei den getrennten Institutionstypen parallel abrufbaren kulturellen Äußerungen und die darin enthaltenen Informationen, ganz neue Verknüpfungs- und Wahlmöglichkeiten.

Während im analogen Umfeld die Gedächtnisinstitutionen von den Bildungseinrichtungen und sonstigen kulturellen und teilweise kommerziellen Kommunikatoren kultureller Äußerungen (wie etwa Videotheken) abzugrenzen sind, sind die vernetzten Gedächtnisinstitutionen im digitalen Umfeld von den kommerziellen und nicht kommerziellen Daten-Austausch-Portalen verschiedenster kultureller Äußerungen unpersönlicher und persönlicher Art abzugrenzen.[142]

Als Datenbanken haben diese zwar die Infrastruktur einer Gedächtnisinstitution, setzt die Funktion einer Datenbank doch genau wie eine funktionierende Gedächtnisinstitution die *dauerhafte* und *interaktionslose* Kommunikation der einzelnen Elemente voraus, jedoch erfolgt diese nicht im Auftrag der Gemeinschaft

---

139 Siehe 2. Kapitel D.II.1.

140 *K.-D. Lehmann,* Kulturelle Überlieferung und das kurze Gedächtnis der neuen Medien, in: Herbert-Quandt-Stiftung (Hrsg.), Die Zukunft des Gewesenen. Erinnern und Vergessen an der Schwelle des neuen Millenniums, 2000, 42.

141 Beispiele für vernetzte Gedächtnisinstitutionen gibt es zahlreiche. In Deutschland ist das wohl bekannteste Projekt das BAM Portal (www.bam-portal.de), welches über das Internet die übergreifende Recherche über die Bestände der beteiligten Bibliotheken, Archive und Museen in Deutschland ermöglicht.

142 Wie beispielsweise www.flicker.de, www.gettyimages.de, www.myspace.de, www.itunes.de und viele andere a.A. aber *G. Pessach*, der in diesen neue Gedächtnisinstitutionsformen erblickt, siehe: ders., Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents, in: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal Nr. 1, 2008, 71 (76).

im Hinblick auf Authentizität, Integrität und Echtheit der Überlieferungen, sondern sie ist eine technische Notwendigkeit der Daten-Austausch-Netzwerke. Zudem beurteilt sich die Dauerhaftigkeit von kommerziellen Datenbanken nicht unter dem Gesichtspunkt der Ewigkeit, sondern unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Unter den Begriff vernetzte Gedächtnisinstitutionen fallen daher nur Vernetzungen schon im analogen Umfeld vorzufindender Gedächtnisinstitutionen über digitale öffentliche Netze, wie beispielsweise das Internet. Jedoch kann sich hieraus ein ganz neuer Gedächtnisinstitutionstypus entwickeln.

D. Untersuchungsgegenstand

Das Kulturelle Gedächtnis lässt sich nicht losgelöst von einer Gemeinschaft betrachten. Vorliegend wird das Kulturelle Gedächtnis der Gedächtnisgemeinschaft Deutschland untersucht. Die Bundesrepublik Deutschland ist eine rechtsstaatlich verfasste Gedächtnisgemeinschaft in Form eines demokratischen Bundesstaates. In jeder größeren Gedächtnisgemeinschaft existieren kleinere, in sich abgeschlossene Gedächtnisgemeinschaften. Die einzelnen Länder der Bundesrepublik Deutschland sind wie der Bund selbst, Gedächtnisgemeinschaften. Weitere Gedächtnisgemeinschaften innerhalb Deutschlands, wie beispielsweise Kommunen, lassen sich anführen. Sie ergänzen die bundesstaatliche Ebene, lassen sich jedoch nicht addieren zum Gedächtnis von Deutschland. Dieses ist als größere Gedächtnisgemeinschaft davon zu abstrahieren. Deutschland ist trotz seiner föderalen Prägung ein Nationalstaat und eine Kulturnation. Mit der politischen (bundesrepublikanischen) Verfassung korrespondiert eine gewachsene kulturelle Verfasstheit. Der politische Handlungsraum hat allein schon durch die gemeinsame Sprache eine zweifellos kulturelle Dimension. Deutschland als Gedächtnisgemeinschaft hat ein Kulturelles Gedächtnis.

Wie gut oder wie schlecht dieses ausgeprägt ist, die Qualität der generationenübergreifenden, interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen, hängt in einer komplexen rechtsstaatlich verfassten Gemeinschaft wie der Bundesrepublik Deutschland, in welcher der Prozess der Kommunikation kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen organisiert wird, von der Qualität der gemeinschaftlichen (materiellen und rechtlichen) kulturellen Infrastruktur ab.[143]

Der Fokus der vorliegenden Arbeit richtet sich auf die (urheber-) rechtlichen Implikationen für das kulturelle Gedächtnis Deutschlands im digitalen und vernetzten Zeitalter.

E. Abgrenzung zu verwandten Begriffen

Der Begriff das Kulturelle Gedächtnis wird mit anderen verwandten Begriffen vielfach synonym gebraucht. Auf politischer Ebene hat er eine Legitimierungs-

---

[143] Zum Begriff „Kulturelle Infrastruktur“ siehe 1. Kapitel D.

funktion für die Erfüllung ganz verschiedener Aufgaben, vom Erhalt bedeutsamer Monumente, bis hin zur Digitalisierung kultureller Äußerungen. Die Begriffe (kulturelles) Gedächtnis, (digitales, immaterielles) Kulturerbe, Kultur und Wissen werden vermengt und dazu benutzt, einen nicht klar eingrenzbaren Sachverhalt zu beschreiben. Dabei wird auf die suggestive Wirkung der benutzten Begriffe gebaut, die etwas bezeichnen, das für die Gesellschaft von essenzieller Bedeutung zu sein scheint. Projekte mit dem Ziel das digitale, elektronische Gedächtnis sicherzustellen, können jedoch nur dann effektiv sein, wenn das Objekt ihrer Bemühungen klar bezeichnet wird. Die synonym verwandten Begriffe überschneiden sich in weiten Teilen, jedoch ist eine saubere Abgrenzung vonnöten.

In den folgenden Begriffsbestimmungen liegt der Schwerpunkt in der Abgrenzung der Begrifflichkeiten zum digitalen (elektronischen) Gedächtnis. Für ein weitergehendes Begriffsverständnis wird auf die entsprechenden theoretischen Konzepte verwiesen.

I. Kultur

Am häufigsten wird der Gedächtnisbegriff im Zusammenhang mit dem Kulturbegriff synonym verwendet. Das lässt sich mit der Popularität des Begriffes des „kulturellen“ Gedächtnisses und mit der Bedeutung der Kultur für das Gedächtnis einer Gemeinschaft erklären. Über das Gedächtnis einer Gemeinschaft werden kulturelle Äußerungen, die in ihrer Gesamtheit substantivierend die Kultur ausmachen, kommuniziert.

Seit der UNESCO-Kulturkonferenz von 1982 in Mexiko wird international eine an anthropologischen und ethnologischen Begrifflichkeiten angelehnte Definition von Kultur benutzt, in der die Kultur als Gesamtheit der unverwechselbaren geistigen, materiellen, intellektuellen und emotionalen Eigenschaften angesehen wird, die eine Gesellschaft oder eine soziale Gruppe kennzeichnen und die über Kunst und Literatur hinaus auch Lebensformen, Formen des Zusammenlebens, Wertesysteme, Traditionen und Überzeugungen umfasst.[144] Kultur ist im Verständnis dieser Arbeit also die Gesamtheit aller kulturellen Äußerungen.[145]

Kultur ist nach dem dieser Untersuchung zugrunde liegendem Verständnis nicht mit dem Gedächtnis einer Gemeinschaft gleichzusetzen. Gedächtnis bezeichnet vielmehr den durch eine Gemeinschaft organisierten Prozess der dauerhaften interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen, die sich in ihrer Gesamtheit substantivierend als Kultur bezeichnen lassen. Kultur lässt sich nur

---

[144] Zitiert in: Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, Bundestagsdrucksache 16/7000, 47, FN 4.

[145] Daher ist, gemäß dem Motto „Die Kultur der Freiheit und die Freiheit der Kultur“, auch keine inhaltliche Entscheidung darüber nötig, was zur Kultur zählt und was nicht.

anhand von Elementen beschreiben,[146] deren kleinster gemeinsamer Nenner ist, dass sie Aufschluss über die geistige Entwicklung des Menschen geben.

Wenn Kultur die Gesamtheit der kulturellen Äußerungen bezeichnet, dann sieht man sich auch nicht mit der Schwierigkeit konfrontiert eine autonome Kultur zu bezeichnen. Historischer Fakt ist nicht die Generierung autonomer Kulturen sondern die „Akkulturation",[147] das heißt die fortgesetzte gegenseitige Durchdringung und Ergänzung der Kulturen. Demgemäß speist sich das Gedächtnis einer Gemeinschaft nicht aus einer Kultur, sondern aus einer Vielzahl von Kulturen, und je besser es funktioniert, desto multikultureller ist es.

II. Kulturgut

Kulturgüter sind kulturelle Äußerungen, die einen körperlichen Ausdruck in Form eines materiellen (körperlichen) Gegenstandes gefunden haben. „Kulturgüter sind körperliche Gegenstände, beweglich oder unbeweglich, Einzelstücke oder Sammlungen/Ensembles, vom Menschen geschaffen, verändert, geprägt oder seine kulturelle Entwicklung widerspiegelnd, denen ein historischer, künstlerischer, wissenschaftlicher, architektonischer, archäologischer oder sonstiger kultureller Wert unterschiedlicher Dimension zukommt".[148]

III. Kulturerbe

Kulturerbe bezeichnet die Gesamtheit kultureller Phänomene. Während das Gedächtnis einen Prozess bezeichnet, bezeichnet das Kulturerbe eine Entität. Der Begriff Kulturerbe beschreibt genau das, was vielfach vermeintlich unter dem Gedächtnis einer Gemeinschaft verstanden wird, und zwar die Gesamtheit der vergegenständlichten kulturellen Äußerungen.[149] Das Kulturerbe ermöglicht Rückschlüsse auf die kulturelle Entwicklung des Menschen und ist abzugrenzen vom Naturerbe, welches, anders als das Kulturerbe, natürlichen Ursprungs ist.

IV. Daten, Information und Wissen

Das Gedächtnis einer Gemeinschaft wird vielfach auch im Zusammenhang mit den Begriffen *Daten, Information* und *Wissen* gebraucht. Die Begriffe werden ebenso wie der Gedächtnisbegriff unsystematisch und intuitiv gebraucht. Sie finden in beinahe allen Wissenschaftsdisziplinen Verwendung, wobei die Deutung teilweise erheblich variiert. Jede Wissenschaftsdisziplin hat abhängig von ihrem

---

146 Deren ausführliche Darstellung hier unterbleiben soll, siehe statt vieler: *K. Odendahl*, Kulturgüterschutz, 2005, 356 ff.

147 *Nasr Hamid Abu Zaid,* Schlüsselwort Freiheit, gegen eine (autonome) europäische Identität, in: Süddeutsche Zeitung vom 13. Dezember 2007, 15.

148 *K. Odendahl*, Kulturgüterschutz, 2005, 387.

149 Diese entsprechen den Kulturgütern, zu deren weitergehenden Definition siehe: *K. Odendahl*, Kulturgüterschutz, 2005, 386 ff.

erkenntnisleitenden Forschungsinteresse einen anderen Fokus. Das Begriffsverständnis ist abhängig vom Kontext der Verwendung. Die Begriffe Daten, Information und Wissen bedeuten im Sinne der mathematischen Informationstheorie, im Sinne der Kybernetik, im Sinne der logischen Semantik oder im Sinne der Pragmatik jeweils etwas anderes.[150]

Disziplinen übergreifende Definitionen gibt es nicht, obwohl eine gemeinsame Sprache im Sinne eines begründeten semiotischen Thesaurus die „Fließbandproduktion von Wissen“ ermöglichen könnte, während fachspezifische Untersuchungen mit eingeengtem Blickwinkel nur zu beschränkten Ergebnissen kommen können.[151] Am meisten Einigkeit besteht noch im Hinblick auf den Datenbegriff. Daten bezeichnen zumeist einfach „Einträge“, deren Typ oder syntaktische Struktur bekannt ist. Das kann beispielsweise eine Bitfolge sein. Information und Wissen bauen auf dem Rohstoff Daten auf.

So erfordert Wissen nach einer möglichen Definition, dass für die Daten bekannt ist, was sie beschreiben oder welche Eigenschaften eines Objekts sie repräsentieren, also eine semantische Struktur. In dieser Verständnisweise enthalten Datenbanken Wissen, soweit mit dem Schema der Datenbank die semantische Interpretation der Einträge festgelegt ist. Information wird an eine konkrete Situation gebunden.[152] Wissen wird nach dieser Ansicht dadurch zu Information, dass es zu einem bestimmten Zeitpunkt in einer bestimmten Situation benötigt wird.

Andere Definitionen verwenden die Begriffe Information und Wissen genau umgekehrt: Als Information werden semantisch interpretierte Daten bezeichnet. Zu Wissen werden diese Informationen, wenn Menschen sie wahrnehmen, verarbeiten und reproduzieren oder nutzen können.

Werden kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien kommuniziert, wird zunächst nur der Rohstoff aus dem Wissen und Information bestehen, nämlich Daten kommuniziert. Erst wenn diese wieder in eine für den Menschen

---

[150] Zu unterscheiden sind die mathematische, die semantische und die pragmatische Informationstheorie. Nachweise zu den verschiedenen Informationstheorien in: *W. Kilian,* Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, 99; *E. Euler*, Die Rechtsinformatik als Wissenschaftsdisziplin, 2006, 34 f.

[151] Interdisziplinarität der Wissenschaft verbietet eine widersprüchliche Nomenklatur im Grundsatz. Eine mögliche Erklärung dafür, dass jede Wissenschaft unterschiedliche Ansätze, Methoden und Ziele unter demselben Namen verfolgt, könnte darin liegen, dass Projektgelder nicht für dieselben Projekte mehrfach ausgegeben werden und durch unterschiedliche Begrifflichkeiten die Parallelität verschleiert wird, so: *W. Umstätter*, Die Nutzung des Internets zur Fließbandproduktion von Wissen, in: ders./K. Fuchs-Kittowski/H. Parthey/R. Wagner-Döbler (Hrsg.), Organisationsinformatik und Digitale Bibliothek in der Wissenschaft, 2001, 179 (186).

[152] So fasst *R. Kuhlen*, Information als "(...) die Teilmenge von Wissen, die von jemandem in einer konkreten Situation zur Lösung von Problemen benötigt wird" auf, siehe: ders., Zum Stand pragmatischer Forschung in der Informationswissenschaft, in: Pragmatische Aspekte beim Entwurf und Betrieb von Informationssystemen, 1999, 13,

wahrnehmbare Form zurückübersetzt werden, handelt es sich um Wissen beziehungsweise Information. Daten, Information und Wissen bezeichnen das Objekt des Gedächtnisses, die kulturellen Äußerungen differenzierter. Kulturelle Äußerungen können sowohl als Information (zweckgebunden), aber auch als Wissen (innerhalb einer semantischen Struktur) kommuniziert werden. Über das „digitale“ Gedächtnis werden sie in jedem Fall als Daten (Einträge, deren syntaktische Struktur bekannt ist, nämlich die Bitfolge) kommuniziert.

2. Kapitel: Rechtliche Rahmenbedingungen für das Kulturelle Gedächtnis – de lege lata und de lege ferenda

Gemäß der eingangs formulierten Zielsetzung wird nunmehr der Frage nachgegangen, ob und wenn ja inwieweit die rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland agieren, dem medientechnologischen Wandel entsprechend angepasst werden müssen, damit die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland ihre Aufgaben auch im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien adäquat erfüllen können.

Dazu werden zunächst die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen daraufhin untersucht, ob sie den Gedächtnisinstitutionen die für ihr Tätigwerden in Bezug auf die über digitale und vernetzte Medien geäußerten kulturellen Äußerungen nötigen Kompetenzen geben.

Außerdem wird der ordnungspolitische Rechtsrahmen, welchen im Hinblick auf die Kommunikation kultureller Äußerungen das Urheberrecht bildet, daraufhin untersucht, ob er den Gedächtnisinstitutionen in Bezug auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten und kommunizierbaren kulturellen Äußerungen die Erfüllung der in den Tätigkeitsgrundlagen formulierten Aufgaben überhaupt ermöglicht. Denn selbst wenn die Gedächtnisinstitutionen durch die Tätigkeitsgrundlagen die Kompetenz besitzen sich der Pflege und Kommunikation der über digitale und vernetzte Medien kommunizierten und kommunizierbaren kulturellen Äußerungen anzunehmen, müssen sie hierbei den bundesrechtlich vorgegebenen ordnungspolitischen Rechtsrahmen beachten.

Didaktisch wird begonnen mit einer Problemanalyse (A), auf die aufbauend der gesetzgeberische Interventionszwang (B) herausgearbeitet wird. Im Anschluss wird die gesetzgeberische Intention (C) im Detail formuliert, deren Umsetzung durch Schaffung geeigneter Rechtsvorschriften (E) die vorhergehende Analyse der gegenwärtigen (Rechts-)Lage erfordert (D).

A. Problemanalyse

Das Kulturelle Gedächtnis von Deutschland wird von den es besorgenden und institutionalisierenden Gedächtnisinstitutionen in Deutschland organisiert. Diese können, seien sie auch noch so zahlreich, den dauerhaften, Raum und Zeit übergreifenden, interaktionslosen gesellschaftlichen Kommunikationsfluss kultureller

Äußerungen nur dann sicherstellen, wenn geeignete Rechtsrahmenvorschriften ihnen eine adäquate Aufgabenerfüllung erlauben.

Die Entwicklung der digitalen und vernetzten Medien hat neue Formen kultureller Äußerungen (Multimedia,[153] Datenbanken, (interaktive) Computerprogramme etc.),[154] sowie neue Formen der Kommunikation (körperlos über digitale und vernetzte Medien) dieser neuen und vorbestehenden („digitalisierten") kulturellen Äußerungen hervorgebracht.

Im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien lassen sich kulturelle Äußerungen aufgezeichnet und dennoch ohne Trägermedium über Zeit und Raum hinweg interaktionslos kommunizieren. Die Einheit von Medium und darauf aufgezeichneter kultureller Äußerung hat sich verflüchtigt. Über digitale und vernetzte Medien, insbesondere das Leitmedium der Gegenwart, das Internet, welches digitale Speichermedien vernetzt, werden kulturelle Äußerungen sozusagen körperlos kommuniziert. Die körperlose Kommunikation besteht im Up- und Download einer digital aufgezeichneten kulturellen Äußerung, welche ohne ihr ursprüngliches Trägermedium auf ein anderes Trägermedium vervielfältigt wird.

Damit die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland ihre Kernaufgaben, Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen, auch im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien erfüllen können, müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer sie agieren, den medientechnologisch bedingten Wandel der Kommunikationsstrukturen kultureller Äußerungen mit nachvollziehen. Sicherzustellen ist insbesondere, dass sich die medientechnologischen Errungenschaften des 21. Jahrhunderts nicht nur für die zeitübergreifende, interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen in die Zukunft, sondern auch für die raumübergreifende, interaktionslose Kommunikation in der Gegenwart ausnutzen lassen, also nicht nur die Archivierung, sondern auch die Vermittlung in der Gegenwart optimiert werden kann.

Die Gedächtnisinstitutionen, welche die Zeit und Raum übergreifende Kommunikation kultureller Äußerungen unter Wahrung ihrer Authentizität und Originalität kooperativ organisieren, können ihrer Aufgabe im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien nur dann nachkommen, wenn sie erstens einen klaren Auftrag hierzu haben und zweitens die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen sie nicht bei der Aufgabenerfüllung behindern.

Es müssen einerseits die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen an die Gedächtnisinstitutionen den klaren Auftrag stellen, die interaktionslose Kommunikation kultu-

---

[153] Multimedia-Werke sind als eine Kombination von mehreren verschiedenen Elementen oder Typen von Werken auf einem Medium (z.B. CD-ROM) zu verstehen, vgl. *T. Stögmüller,* Grünbuch über die Auswirkungen des geistigen Eigentums auf die von der amerikanischen Regierung angestrebte „National Information Infrastructure", in: GRUR Int. 1995, 855.

[154] Siehe die Übersicht bei: *J. Rothenberg,* Digital Information Lasts Forever. Or Five Years, Whichever Comes First, 2003, 10.

reller Äußerungen auch über digitale und vernetzte Medien dauerhaft zu gewährleisten, sowie andererseits die ordnungspolitischen Rechtsrahmenbedingungen, innerhalb derer die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland agieren, so umgestaltet werden, dass sie diesem rechtlichen Auftrag nachkommen können, denn die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien, gegenwärtig das Internet, aufgezeichnet kommunizierten kulturellen Äußerungen können auch dann, wenn eine Kompetenzgrundlage in den rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen existiert, nur unter Beachtung der geltenden urheberrechtlichen Rahmenbedingungen in den Bestand einer Gedächtnisinstitution übernommen, in diesem erhalten und aus diesem der Öffentlichkeit vermittelt werden.

Die Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen lassen sich entsprechend nur dann sinnvoll ändern, wenn der mit ihnen formulierte Auftrag sich innerhalb der sonstigen ordnungspolitischen Rechtsrahmenbedingungen erfüllen lässt. Es macht keinen Sinn, etwa der Deutschen Nationalbibliothek aufzugeben, Web-Harvesting zu betreiben,[155] wenn dieses Web-Harvesting gegen geltende Gesetze verstößt und also zu unterlassen ist.

Ordnungspolitisch ist für Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und (kommunikative sowie kommerzielle) Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen insbesondere das Urheberrecht relevant, denn seit für den Urheberrechtsschutz der Maßstab der „kleinen Münze“ gilt,[156] sind fast alle kulturellen Äußerungen urheberrechtlich geschützte Werke. Bestandsaufbau-, Bestandserhaltungs- und Bestandsvermittlungshandlungen im Hinblick auf die körperlos über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen nehmen allesamt urheberrechtliche Verwertungsrechte in Anspruch. Im digitalen Umfeld haben die Urheber kultureller Äußerungen allumfassende Rechte. Es findet nicht einmal für die körperliche Weiterverbreitung eine urheberrechtliche Erschöpfung statt, so dass alle Handlungen der Gedächtnisinstitutionen im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Kernaufgaben hier urheberrechtliche Relevanz besitzen und nur in Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern oder innerhalb von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen vorgenommen werden können.

Der kulturelle Imperativ des Urheberrechts, der im Schöpfungskreislauf kultureller Äußerungen die zentrale Funktionsbedingung des Urheberrechts erblickt,[157] ist im Hinblick auf die körperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen, die

---

[155] „Die Deutsche Nationalbibliothek soll alle deutschsprachigen Internetseiten archivieren – ein ehrgeiziges Projekt mit enormen Problemen“, findet etwa Jürgen Schmieder, vgl. *J. Schmieder*, Internet. Jäger des virtuellen Schatzes, in: Süddeutsche Zeitung vom 15. September 2006, 9.

[156] Die „kleine Münze“ im Urheberrecht besagt, dass keine gesteigerten Anforderungen an die Schutzfähigkeit gestellt werden dürfen. Schützbar sind nicht nur die Meisterwerke der Dichtkunst, der klassischen Musik oder der Malerei, sondern durchaus auch Plakate, Druckerzeugnisse und sonstige kulturelle Äußerungen. Sie gilt wohlgemerkt nicht für alle Werkkategorien des § 2 UrhG.

[157] Zum kulturellen Imperativ siehe: *M. Senftleben*, Der Kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: M. Weller/N. B. Kemle/T. Dreier/P. M. Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Baden-Baden 2010.

untrennbar mit einem körperlichen Trägermedium verbunden sind, in dem Sinne verwirklicht, dass Bestandsaufbau-, Bestandserhaltungs- und Bestandsvermittlungshandlungen im Hinblick auf diese entweder keine urheberrechtliche Relevanz entfalten (etwa weil der Erschöpfungsgrundsatz gilt) oder von einer urheberrechtlichen Schrankenbestimmung gedeckt sind, welche die Interessen der Urheber und Rechteinhaber auf der einen und die Interessen der Allgemeinheit auf der anderen Seite angemessen in Ausgleich bringt.

Der kulturelle Imperativ ist auch im Hinblick auf die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen im Urheberrecht voll zu verwirklichen und es ist dafür Sorge zu tragen, dass die Gedächtnisinstitutionen ihre Kernaufgaben unbehindert, also wo nötig unabhängig von der Zustimmungserfordernis der Rechteinhaber urheberrechtlicher Verwertungsrechte, erfüllen können.

Während die Anpassung der Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen in Deutschland sich auf allen Ebenen wenig problematisch gestaltet, ist die Anpassung des Urheberrechts eine Mammutaufgabe internationaler Dimension. Die nationale Urheberrechtssetzung ist geprägt durch internationale und europäische Urheberrechtsnormen, die dem nationalen Gesetzgeber immer weniger Spielraum belassen.[158]

Dass Rechtsvorschriften sich weit weniger schnell entwickeln, als Medientechnik, und insoweit den Prozess, welchen das Gedächtnis beschreibt, nicht aktiv gestalten und steuern, sondern gegebenenfalls sogar behindern, stellt das im Folgenden aufzulösende Problem dar.

B. Gesetzgeberischer Interventionszwang

Nicht unbedingt besteht jedoch gesetzgeberischer Handlungsanlass. *Interventionszwang* besteht für den Gesetzgeber nur dann, wenn ein bestehendes gesellschaftspolitisches Problem sich nicht von selbst erledigt, und verfassungsrechtliche oder gesetzliche Verpflichtungen, überkommene Staatsziele oder politische Forderungen eine staatliche Intervention im Sinne der *Verantwortung* verlangen.

Wenn der Gesetzgeber zum Eingreifen verpflichtet ist, muss in Deutschland als föderalem Bundesstaat darüber hinaus die Frage beantwortet werden, auf welcher Ebene gesetzgeberisch gehandelt werden muss (Bundes- oder Landesebene).

I. Handlungsanlass

Das skizzierte gesellschaftspolitische Problem im Hinblick auf den medientechnologisch bedingten Anpassungsbedarf der rechtlichen Rahmenbedingungen als Voraussetzung für das Funktionieren des Kulturellen Gedächtnisses der Bundesrepublik Deutschland im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien kann sich nicht von selbst lösen.

---

158 *Reto M. Hilty,* Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, in: GRUR Int. 2006, 179 (180).

Das intervenierende Tätigwerden des Rechtssetzers ist, insoweit ein Anpassungsbedarf der rechtlichen Rahmenbedingungen festzustellen ist, zwingend erforderlich.

Zur Bewahrung und Nutzung der über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen sind einerseits die Tätigkeitsgrundlagen so zu formulieren, dass sie an die Gedächtnisinstitutionen den Auftrag stellen, auch die dauerhafte Kommunikation derjenigen kulturellen Äußerungen, die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommuniziert werden, zu erfassen, sowie ist andererseits dafür Sorge zu tragen, dass die den Auftrag der Gedächtnisinstitutionen betreffenden urheberrechtlichen Rahmenvorschriften so gefasst sind, dass die Gedächtnisinstitutionen ihrem Auftrag gerecht werden können.

II. Gesetzgeberische Verantwortung und Verpflichtung

Fraglich ist, woraus sich eine gesetzgeberische Verantwortung und mithin Verpflichtung zum Tätigwerden ableiten lässt.[159]

1. Primat des Rechts

Die gesetzgeberische Verantwortung für das skizzierte Problem kann im vorliegenden Fall schon aus der dargestellten Notwendigkeit gesetzgeberischer Intervention bejaht werden.

Denn die Aufgaben, die der demokratische Gesetzgeber zu erfüllen hat, bestimmen sich nach den Bedürfnissen der Gemeinschaft.[160]

Daran, dass die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen auch über digitale und vernetzte Medien dauerhaft gewährleistet werden kann, hat die Gemeinschaft ein existenzielles Interesse. Denn der dauerhafte, interaktionslose Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen innerhalb einer Gemeinschaft hat nicht nur entscheidende Bedeutung für die Selbstfindung des Einzelnen, sondern auch für die Orientierung des Einzelnen innerhalb der Gemeinschaft. Die Teilhabe und Teilnahme an der Kommunikation kultureller Äußerungen ermöglicht erst die Gestaltung des eigenen Lebens und des eigenen Selbst. Der Gestaltungsprozess des eigenen Lebens hat immer auch kritischen, wertenden und interpretierenden Charakter und führt zu eigenen kulturellen Äußerungen, welche wiederum das Gedächtnis der Gemeinschaft prägen.[161]

---

[159] Gesetzgeberisches Tätigwerden bei Vorliegen gesetzgeberischer Verantwortung lässt sich gegebenenfalls vom einzelnen Bürger sogar prozessual durchsetzen. Gegen verfassungs- oder gesetzwidriges Unterlassen von Rechtsetzung besteht die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde. Jedoch beschränkt sich der Anspruch auf das Tätigwerden und nicht auf inhaltliche Fragen. Siehe: *H. Sodan*, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, in: NVwZ 2000, 601.

[160] *W. Mößle*, Handbuch des Museumsrechts 7: Öffentliches Recht, 1999, 21.

[161] Diese Wechselwirkung von individuellem und sozialem Gedächtnis hat M. Halbwachs ganz besonders hervorgehoben.

Die Auswahl der innerhalb einer Gemeinschaft kommunizierten kulturellen Äußerungen aus allen zur Verfügung stehenden kulturellen Äußerungen reflektiert die Werteordnung und das Selbstverständnis der Gemeinschaft sowie ihren Entwicklungsstand. Sie bildet sozusagen den „acquis communautaire“ der Gemeinschaft, der gleichzeitig offene Integrationsbasis der Gemeinschaft ist und die Konstruktion einer kollektiven Identität, eines „Wir-Gefühls“, ebenso wie der individuellen Identität überhaupt erst ermöglicht.

Der dauerhafte, interaktionslose Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen ist zudem Voraussetzung für den kulturellen Wandel und die kulturelle Erneuerung jeder Gemeinschaft sowie für den wissenschaftlichen Fortschritt. Er befähigt damit zur besseren Bewältigung der Herausforderungen der Zukunft. Neues baut evolutionär auf Altem auf und entsteht nicht aus dem Nichts.

Nicht zuletzt ist die dauerhafte, interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen, welche innerhalb parlamentarischer, behördlicher oder gerichtlicher Verfahren entstehen, Grundvoraussetzung für transparente und damit freiheitliche Gemeinschaftssysteme wie die Bundesrepublik Deutschland. Denn sie ermöglicht die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vorgänge und die Kontrolle der Staatstätigkeit.[162]

Resümierend lässt sich festhalten: Je besser das Kulturelle Gedächtnis einer Gemeinschaft funktioniert, desto besser steht es um das Gemeinschaftsgefühl, den Innovationsgrad und die Freiheitlichkeit der Gemeinschaft. Jede Gemeinschaft hat ein immanentes Interesse an einem möglichst raumübergreifenden Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen innerhalb der Gemeinschaft und der damit verbundenen Teilhabemöglichkeit aller Gemeinschaftsangehörigen, sowie daran, dass die kulturellen Äußerungen nicht nur möglichst weit in die Zukunft, sondern auch möglichst ungehindert in der jeweiligen Gegenwart kommunizierbar sind und alle Gemeinschaftsangehörigen barrierefrei an der interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen teilhaben und darüber hinaus teilnehmen können.

Dieses gemeinschaftliche Bedürfnis lässt sich über digitale und vernetzte Medien in bisher unbekanntem Ausmaß befriedigen. Die digitalen und vernetzten Medien bieten zahlreiche Vorteile gegenüber den herkömmlichen Kommunikationsmedien. Um die Erfüllung ihrer Aufgaben und damit den gemeinschaftlichen Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen zu perfektionieren, müssen die Gedächtnisinstitutionen diese Vorteile nutzen. Voraussetzung für den funktionierenden, dauerhaften und interaktionslosen Kommunikationsfluss über digitale und vernetzte Medien ist die Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Kommunikationsflusses. Die Verantwortung des Gesetzgebers besteht darin, den Rechtsrahmen, innerhalb dessen die Gedächtnisinstitutionen agieren, so zu gestalten, dass er die Gedächtnisinstitutionen in die Lage versetzt, ihrer Aufgabe des Aufbaus eines Bestandes an

---

[162] „The transparancy of public administration is essential in a democratic society“, *W.Hins/D. Voorhoof*, Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights, in: European Constitutional Law Review 3, 2007, 114.

kulturellen Äußerungen, seiner Erhaltung und Vermittlung auch über digitale und vernetzte Medien bestmöglich nachzukommen.

Die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen und die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer diese agieren, haben einen wesentlichen Einfluss darauf, wie gut der Kommunikationsfluss kultureller Äußerungen innerhalb der Gemeinschaft funktioniert. Der Gesetzgeber, dessen Tätigkeit sich an den Bedürfnissen der Gemeinschaft zu orientieren hat, ist in der Verantwortung, die genannten Rechtsvorschriften dem medientechnologischen Wandel anzupassen.

Die gesetzgeberische Verantwortung im Hinblick auf die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen und ordnungspolitischen Rahmenbestimmungen lässt sich zudem aus denselben verfassungsrechtlichen Leitprinzipien ableiten, welche die Verpflichtung zur Einrichtung und Unterhaltung von Gedächtnisinstitutionen begründen, denn es wäre widersinnig, wenn zwar eine Verpflichtung besteht, Gedächtnisinstitutionen einzurichten, diese dann aber die dauerhafte interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen nicht besorgen können, weil sich keine Verpflichtung des Gesetzgebers begründen lässt, die Rechtsvorschriften entsprechend zu gestalten.[163]

Die Verpflichtung zur Einrichtung und Unterhaltung von Gedächtnisinstitutionen lässt sich aus dem Rechtsstaats-, Demokratie- und Kulturstaatsgebot gewinnen. Die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Tätigwerden kann sich daher neben seiner aus dem „Primat des Rechts“ erwachsenden Verantwortung, auch aus den genannten verfassungsrechtlichen Geboten ergeben.

2. Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip

Das Rechtstaatsprinzip lässt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG und das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG herleiten.[164]

Im Rechtsstaat ist die öffentliche Gewalt an eine, in ihren Grundzügen unabänderliche und auf Dauer angelegte, objektive Wert- und Rechtsordnung gebunden. Im Gegensatz zum absolutistischen Staat wird die Macht des Staates umfassend durch Gesetze determiniert, um die Bürger vor Willkür zu schützen (formeller Rechtsstaatsbegriff). Ein Rechtsstaat moderner Prägung ist darüber hinaus auf die Herstellung und Erhaltung eines materiell gerechten Zustands gerichtet (materieller Rechtsstaatsbegriff). Rechtsstaatliche Kontrolle und Überprüfung verlangt Transparenz und Nachhaltigkeit staatlichen Handelns.

---

[163] Die Verpflichtung zur Einrichtung und Unterhaltung von Gedächtnisinstitutionen wird in der staatsrechtlichen Literatur unter den Begriffen „Einrichtungsgarantie“, „institutionelle Grundrechtstheorie“ oder „Institutionsgewährleistung“ diskutiert. Vergleiche statt vieler hierzu: *B. Manegold*, Archivrecht. Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG, 2001, 52.

[164] Zum Rechtsstaatsprinzip: *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 2004, § 26, 541; *E. Schmidt-Jortzig,* Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, 2569.

Transparenz und staatliche Kontrolle sind zugleich Elemente des grundgesetzlichen Demokratiebegriffes.[165]

Im Verhältnis der Hoheitsgewalt zum Staatsbürger werden neben den herkömmlichen Medien verstärkt digitale und vernetzte Medien eingesetzt.[166] Beispielhaft lassen sich der elektronische Bundesanzeiger,[167] das elektronische Bundesgesetzblatt[168] und die Möglichkeit, Parlamentsdrucksachen als digitale Dokumente zu beziehen,[169] anführen. Der Einsatz elektronischer, digitaler und vernetzter Medien soll (nicht ohne staatliches Eigeninteresse) dem Bürger den Verkehr mit Behörden und Gerichten erleichtern. Seit dem 01.04.2005 gilt in Deutschland das „Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz – JKomG)". Seither können elektronische Schriftsatz- und Kommunikationsformen gleichberechtigt neben der papiergebundenen Schriftform rechtswirksam verwendet werden. Der Gesamteindruck ist, dass die Hoheitsgewalt online geht.

Spätestens dann, wenn die papierlose Kommunikationsform die papiergebundene Kommunikationsform ersetzt und nicht wie gegenwärtig nur ergänzt, also kein „Mehr" sondern ein „Anstatt" darstellt,[170] lässt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus dem Demokratieprinzip, die Transparenz und Nachhaltigkeit staatlichen Handelns verlangen, das Gebot herleiten, dass auch die über die digitalen und vernetzten Medien getätigten, staatlichen Äußerungen interaktionslos dauerhaft und damit nachvollziehbar kommuniziert werden müssen.

3. Kulturstaatsprinzip

Während die meisten Landesverfassungen eine kulturverfassungsrechtliche Staatszielbestimmung oder eine kulturstaatliche Aufgabenzuweisung enthalten, enthält das Grundgesetz bis heute weder noch.[171]

Die Frage, ob eine die Kultur betreffende zusätzliche Staatszielbestimmung in das GG aufgenommen werden sollte, ist im Wirkungskreis von Bundestag und Bundesregierung wiederholt sehr intensiv diskutiert worden. Zum einen wurde in den Jahren 1981-1983 von der Bundesregierung eine Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge" eingesetzt, welche die Frage eingehend untersucht und sich mehrheitlich für die Aufnahme einer Staatsziel-

---

165 *B. Manegold*, Archivrecht, Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG, 2001, 50.

166 Zu den aktuellen Entwicklungen siehe: *V. Boehme-Neßler,* Auf dem Weg zum „unscharfen" Verwaltungsrecht? - Portal-Denken und Netz-Logik im Verwaltungsrecht, in: NVWZ 2007, 650.

167 https://www.ebundesanzeiger.de/ebanzwww/wexsservlet (Letzter Abruf 10. April 2010).

168 www.bundesgesetzblatt.de (Letzter Abruf 10. April 2010).

169 Unter http://www.betrifft-gesetze.de/parlamentsdrucksachen/ (Letzter Abruf 10. April 2010).

170 *O. R. Kissel,* Internet für und gegen alle?, in: NJW 2006, 801.

171 Wenn ein Ornament zum Fundament wird, „Der Staat schützt und fördert die Kultur": Über die Schwierigkeiten, diesen Satz ins Grundgesetz aufzunehmen, *R. Roßmann*, Der Staat schützt und fördert die Kultur, in: Süddeutsche Zeitung vom 24./25. Februar 2007, 2.

bestimmung, die gleichermaßen kulturelle und natürliche Lebensgrundlagen schützt, ausgesprochen hat.[172] Zum zweiten gab die deutsche Einigung Anlass, sich mit den in Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung oder Ergänzung des GG zu befassen. Artikel 35 EinigV benennt Garantien und Verpflichtungen zur Erfüllung kultureller Aufgaben einschließlich ihrer Finanzierung. Im EinigV wird die Bedeutung der Kultur ausdrücklich betont. Artikel 35 EinigV bezeichnet das vereinte Deutschland als „Kulturstaat“ und bestimmt im Weiteren, dass die Erfüllung der kulturellen Aufgaben einschließlich ihrer Finanzierung zu sichern ist. Artikel 5 EinigV empfiehlt den gesetzgebenden Körperschaften, Überlegungen zur Aufnahme von Staatszielbestimmungen in das GG anzustellen. Dieser Empfehlung kam die Gemeinsame Verfassungskommission im Jahr 1992 nach.[173] Auf Empfehlung der Kommission wurde ein auf Artikel 20 GG folgender Artikel 20a GG zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen eingefügt und Umweltschutz zum Staatsziel ernannt. Zu weiteren Staatszielen oder Grundrechtsänderungen gab die Gemeinsame Verfassungskommission keine Empfehlung ab. Zur Diskussion standen außer dem Tierschutz, der mittlerweile nach einem durch das sogenannte „Schächturteil“[174] ausgelösten erneuten Antrag im Jahre 2002 als Ziel in Artikel 20 a GG aufgenommen wurde, auch das Staatsziel Kultur.[175] Die Anträge zur Aufnahme einer kulturellen Staatzielbestimmung verfehlten jedoch die notwendige Zweidrittelmehrheit.

Die Aufnahme einer Kulturstaatszielbestimmung in das Grundgesetz wurde von der Kultur-Enquete-Kommission des Bundestages "Kultur in Deutschland" in der 15. Wahlperiode in einem Zwischenbericht[176] und in der 16. Wahlperiode im Abschlussbericht[177] zum dritten Mal wiederholt. Ein Gesetzentwurf einiger Abgeordneter aus der 16. Wahlperiode vom 18.01.2006 sieht die Einfügung eines Art. 20b GG mit dem Wortlaut „Der Staat schützt und fördert die Kultur“ vor.[178] Der Antrag müsste jedoch neu eingebracht werden, um auch in der 17. Wahlperiode noch aktuell zu sein. Am 1.09.2008 stellte das Land Berlin im Bundesrat den An-

---

172 Unterschiedliche Minderheiten der Kommission schlugen Grundgesetzänderungen im Rahmen der Grundrechte (Artikel 5 Abs. 3 und Artikel 7 Abs. 1 GG) vor, siehe Bundesminister des Innern/Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge. Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn 1983, Rdn. 169 ff.

173 *W. Graf v. Vitzthum,* Staatszielbestimmungen und Grundgesetzreform, in: A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabnitz, 1995, 819 (822 ff).

174 Urteil des BVerfG 104, 337 – Schächten.

175 Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, Bundestagsdrucksache 12/6000.

176 Zwischenbericht der Enquete-Kommission "Kultur in Deutschland". Kultur als Staatsziel, Bundestagsdrucksache 15/5560.

177 Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, Bundestagsdrucksache 16/7000.

178 Gesetzentwurf. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Staatsziel Kultur), Bundestagsdrucksache 16/387.

trag, der Rat möge den Entwurf zur Einfügung des Artikels 20b ins Grundgesetz in den Bundestag einbringen.[179] Denn nicht nur die Bundesregierung und der Bundestag haben das Recht, einen Gesetzentwurf einzubringen, sondern auch der Bundesrat. Während der mitberatende Kulturausschuss empfahl, die Gesetzesvorlage in den Bundestag einzubringen, sprach sich der federführende Rechtsausschuss dagegen aus.[180] So beschloss der Bundesrat am 10.10.2008 in seinem Plenum, den Gesetzentwurf nicht weiterzuleiten.

Ob der Kulturartikel damit vom Tisch ist, bleibt abzuwarten – immerhin wird die Aufnahme von Kultur als Staatsziel schon seit über 25 Jahren diskutiert.

Der Widerstand gegen einen Art. 20b ist nach wie vor sehr groß. Vorgebracht wird, dass durch die Ergänzung des Grundgesetzes um eine Kulturstaatsklausel eine verfassungsrechtliche Einladung zur Staats-Überforderung und Kultur-Überförderung geschaffen würde.[181] Außerdem wird geltend gemacht, dass Überflüssiges nicht ins Grundgesetz gehört, dass ansonsten überfrachtet würde. Die Bundesrepublik sei, indem sie die Kultur mit öffentlichen Mitteln großzügig fördert, ohnehin ein Kulturstaat. Die Kulturförderung sei ein Gebot politischer Klugheit, ökonomischer Vernunft und intellektueller Selbstachtung, kein Gehorsam gegenüber Verfassungssätzen. Die Ergänzung des Grundgesetzes um ein Staatsziel Kultur würde dazu zu führen, dass Debatten darüber, ob ein Gesetz oder ein Haushaltstitel tatsächlich dem Schutz und der Förderung der Kultur dienen, nicht mehr im Parlament oder Kabinett entschieden werden könnten, sondern vor dem Bundesverfassungsgericht entschieden werden müssten. Wer Verfassungsrecht sähe, werde Verfassungsrechtsprechung ernten.[182]

Kultur ist aufgrund dieser berechtigten Bedenken kein ausdrücklich in der Verfassung verankertes, aber ein sich aus anderen Geboten ergebendes Staatsziel. Der Sache nach bestehen an einem kulturstaatlichen Auftrag des Bundes dennoch keinerlei Zweifel, mangels deklatorischer „Kulturstaatsklausel“ bereitet es jedoch einige Probleme sie verfassungsrechtlich herzuleiten.[183]

Das Bundesverfassungsgericht leitet den Kulturauftrag des Staates aus Art. 5 Abs. 3 GG ab. Das Grundrecht auf Freiheit von Wissenschaft und Kunst enthält nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes, neben der subjektivrechtlichen Freiheitsgarantie für die Kunst- und Kulturschaffenden, eine objektive Wertentscheidung der Verfassung für die Freiheit von Kunst und Kultur schlechthin. Diese gebietet „dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung als Kul-

---

179 Gesetzesantrag des Landes Berlin. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 20b), Bundesratsdrucksache 646/08.

180 Wie der Bundestag arbeitet auch der Bundesrat in Fachausschüssen, die dem Bundesrats-Plenum eine Beschlussempfehlung vorlegen.

181 *U. Steiner*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 42, 1984, 7 (39 ff.).

182 *H. Wefing,* Staatsziel Kultur. Kultur und Verfassung, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. Februar 2006, 1.

183 *W. Mößle*, Handbuch des Museumsrechts 7: Öffentliches Recht, 1999, 22.

turstaat versteht“, ein freiheitliches Kunst- und Kulturleben zu erhalten und zu fördern.[184] Das Bundesverfassungsgericht interpretiert Art. 5 Abs. 3 GG sehr weit und entnimmt ihm neben einem Kunstförderungsauftrag auch einen Kulturauftrag.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird die kulturstaatliche Verpflichtung des Bundes vorzugsweise aus den einschlägigen Normen der Landesverfassungen abgeleitet. Da die Landesverfassungsnormen das Verfassungsbild der Bundesrepublik mitprägen, ergibt sich aus der Kulturstaatlichkeit der einzelnen Bundesstaaten nach dieser Ansicht zwangsläufig auch eine Kulturstaatlichkeit des Gesamtstaates.[185]

Am ehesten überzeugt ein anderer wissenschaftlicher Ansatz, der den Kulturauftrag des Staates unmittelbar aus seinen eigenen Existenzbedingungen und aus dem Menschenbild, welches dem Grundgesetz zugrunde liegt, ableitet. Diese Ansicht erweitert die Lehre von den drei Staatselementen[186] um die Kultur als viertes sogenanntes Staatselement.[187] Der Staat ist nach dieser Ansicht verpflichtet, Kultur zu fördern und zu schützen, da die Legitimation des politischen Systems auf einen kulturell vermittelten Sinn, der auf Dauer weder durch Zwang kompensiert, noch durch Konsum ersetzt werden kann, angewiesen ist.

Nur dadurch kann der Staat bestehen, dass er durch menschliches Wirken, durch „Einbildung menschlicher Zwecke in die Natur“ ständig in der Existenz gehalten wird.[188] Der Staat ist auf die Kultur angewiesen, sie bildet seine Existenzgrundlage.[189] Der Staat hat seine eigene Existenz zu sichern und zu legitimieren und daher die Grundlagen für kulturelle Äußerungen und ihre dauerhafte interaktionslose Kommunikation zu schaffen.

Die Schaffung der kulturellen Grundlagen ist Staatsaufgabe, da durch sie erst die Bedingungen zur Erfüllung der verfassungsrechtlich ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben geschaffen werden.[190]

Der Gesetzgeber ist nicht nur in der Verantwortung, die kulturelle Infrastruktur, also die kulturelle Daseinsvorsorge und Grundversorgung, zu gewährleisten,[191] sondern auch den rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen sich die Kommunikation

---

184 BVerfG 36, 321 (331) – Schallplatten; 35, 79 (114) - Hochschulurteil.

185 *W. Mößle*, Handbuch des Museumsrechts 7: Öffentliches Recht, 1999, 23.

186 Die Unterscheidung von Staatsgewalt, Staatsgebiet, Staatsvolk stammt von *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1960.

187 *P. Häberle,* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz, in: APuZ B 16/99, 20 (22).

188 *H. Heller*, Staatslehre, 1934, 126, zitiert bei *G. Robbers*, Hermann Heller: Staat und Kultur, 1983, 93 f.

189 *H. Heller*, Staatslehre, 1934, 126, zitiert bei *G. Robbers*, Hermann Heller: Staat und Kultur, 1983, 93 f.

190 *D. Grimm*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 1984, 46 (58 ff.)

191 Zum Begriff und zur Verantwortung siehe den Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, Bundestagsdrucksache 16/7000, 47 ff. und 84 ff.

kultureller Äußerungen vollzieht, den jeweiligen medienspezifischen Anforderungen anzupassen.

Auch aus dem Kulturstaatsprinzip lässt sich mithin das Gebot an den Staat in seiner Funktion als Gesetzgeber herleiten, geeignete urheberrechtliche Rahmenbedingungen für die dauerhafte, interaktionslose Kommunizierbarkeit kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien zu schaffen.

III. Gesetzgeberische Ebene

Fraglich ist, auf welcher rechtssetzenden Ebene im Falle von Anpassungsbedarf der rechtlichen Rahmenbedingungen Handlungsanlass besteht.

Die gesetzgeberische Zuständigkeit für die ordnungspolitischen urheberrechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland agieren, liegt gem. Art. 73 Nr. 9 GG beim Bund. Der Bundesgesetzgeber steuert in Ausübung ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz im Urheber- und Urhebervertragsrecht maßgeblich das Ausmaß der Handhabbarkeit kultureller Äußerungen. Durch Setzung der ordnungspolitischen, rechtlichen Rahmenbedingungen hat der Bundesgesetzgeber einen entscheidenden, indirekten Einfluss auf die Tätigkeit der verschiedenen Gedächtnisinstitutionen in Deutschland. Diese müssen unabhängig von ihrer Trägerschaft und trotz kultureller Länderhoheit und kommunaler, kultureller Selbstverwaltungsgarantie die ihre Tätigkeit betreffenden ordnungspolitischen, bundesrechtlichen Gesetze beachten. Zwar hat der Bundesgesetzgeber in Folge fortlaufender Internationalisierung und Europäisierung des Rechts nur eingeschränkte nationale Regelungsmöglichkeiten, jedoch besteht aufgrund der Schwierigkeit des Abschlusses multilateraler Verträge, in welchen man sich zumeist nur auf den kleinsten gemeinsamen Nenner einigen kann, grundsätzlich ein weiter Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber, der auszufüllen ist. Die konkrete Ausfüllung muss unter dem Aspekt der Bedürfnisse der Gedächtnisinstitutionen in Deutschland erfolgen.

Im Hinblick auf die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen ist zwischen den gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen (dem Pflichtexemplarrecht) und den untergesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen (Satzung, Verordnung etc.) zu unterscheiden.

Das Pflichtexemplarrecht der regionalen Pflichtexemplarbibliotheken unterliegt der Länderkompetenz nach Art. 70 GG. Die, im Rahmen des durch das Pflichtexemplarrecht berührten Eigentumsrechte aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, zu beachtende Gesetzgebungsbefugnis wird vom Landesgesetzgeber dann nicht überschritten, wenn sie das in ausschließlicher Bundeskompetenz stehende Urheber- und Verlagsrecht (Art. 73 Nr. 9 GG) unberührt lässt. Zwar knüpft Pflichtexemplarrecht immer an urheber- und verlagsrechtliche Begriffe und relevante Inhalte an, die Frage der Zuständigkeit des Gesetzgebers beantwortet sich jedoch nicht nach dem gewählten Anknüpfungspunkt, sondern nach dem Gegenstand des Gesetzes. Hiernach berührt Landespflichtexemplarrecht dann

setzes. Hiernach berührt Landespflichtexemplarrecht dann nicht den Kompetenzbereich des Urheber- und Verlagsrechts, wenn die Pflichtabgabe das Recht des Urhebers, zu bestimmen, ob und wie sein Werk veröffentlicht wird (§ 12 UrhG), unangetastet lässt. Das Pflichtexemplarrecht greift dann nicht in die vom Verlagsrecht (§ 1 VerlG) geordneten Rechtsbeziehungen zwischen Verleger und Verfasser ein, wenn es eine davon unabhängige öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Verlegers begründet.

Das Pflichtexemplarrecht der Bundespflichtexemplarbibliothek (DNB) unterliegt der Bundeskompetenz nach Art. 74 Nr. 13 GG. Es lässt die landesrechtlichen Regelungen über die Ablieferung von Pflichtstücken ausdrücklich unberührt.[192]

In Bezug auf die untergesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen in der Bundesrepublik Deutschland gilt der Grundsatz, dass der Träger einer Gedächtnisinstitution auch deren Organisationsform und Tätigkeitsgrundlagen rechtlich ausgestaltet.

In Bezug auf die Gedächtnisinstitutionen in der Bundesrepublik Deutschland, die von einer privat gegründeten juristischen Person getragen werden, besteht auf gesetzgeberischer Ebene kein Anlass zum Tätigwerden. Jedoch bestehen auch die Organisations- und Tätigkeitsgrundlagen der privat getragenen Gedächtnisinstitutionen aus Normvorschriften (Satzung, Vertrag etc.), im Hinblick auf welche nicht der Gesetzgeber, aber der private Träger tätig werden muss.

Was die staatlich getragenen Gedächtnisinstitutionen angeht, ist für die Frage, welcher Gesetzgeber für die Regelung der Tätigkeitsgrundlagen zuständig ist, danach zu unterscheiden, ob der Bund oder ein Bundesland Träger der jeweiligen Gedächtnisinstitution ist.

Ausgehend von der grundgesetzlich vorgesehenen „*Kulturhoheit der Länder*“ (Art. 30, 70 GG) und der (auch kulturellen) *Verwaltungshoheit der Kommunen* (Art. 28 Abs. 2 GG) bestehen für den Bund nur eingeschränkte Möglichkeiten kulturelle Institutionen einzurichten, beziehungsweise zu unterhalten oder zu finanzieren. Nicht der Bund, sondern die Länder und Kommunen sind grundsätzlich Träger der Gedächtnisinstitutionen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Länder und Kommunen sind damit für die Mehrzahl der rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen zuständig.

Die Kulturhoheit der Länder hat zu einem ungewöhnlich großen Reichtum an kultureller Vielfalt geführt. Jedoch sind aufgrund defizitärer Landeshaushalte auch „Kulturwüsten“ als Folge der Selbstständigkeit der Länder, die zuerst bei freiwilligen Ausgaben wie Kulturausgaben einsparen, zu beklagen. Damit diejenigen Gedächtnisinstitutionen, die nicht in die Zuständigkeit des Bundes fallen, aber für die Bundes-Gedächtnisgemeinschaft eine herausragende Bedeutung (ge-

---

[192] So § 21 DNBG

samtstaatliche Bedeutung*)* haben, nicht Sparzwängen zum Opfer fallen, werden sie vom Bund „institutionell“ gefördert. Institutionelle Förderung meint die Förderung der gesamten Tätigkeit einer Institution. In der Regel bezieht sich die Zuwendung auf einen nicht abgegrenzten Teil der Ausgaben.[193] Da die Länder aufgrund teilweise maroder Finanzhaushalte ohne Bundesmittel Gedächtnisinstitutionen von gesamtstaatlichem Interesse nicht finanzieren könnten, ist die „institutionelle Förderung“ durch den Bund trotz fraglicher Bundeskompetenzen eine Notwendigkeit, welche von den Ländern hingenommen wird.[194]

Die *institutionelle Förderung* ist damit verbunden, dass der Fördernde in den Aufsichtsgremien der jeweiligen geförderten Institutionen mitwirkt. Über die "institutionelle Förderung" hat der Bund je nach Rechtsform der Institution über Aufsichtsräte oder Stiftungsgremien etc. einen maßgeblichen Einfluss auf die Gedächtnisinstitutionen von gesamtstaatlicher Bedeutung. Beispiele für Gedächtnisinstitutionen von gesamtstaatlicher Bedeutung, die nicht in die Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland fallen, auf die der Bund aber aufgrund der institutionellen Förderung über den BKM enormen Einfluss ausübt, sind die drei großen Kulturstiftungen mit ihren Gedächtnisinstitutionen (Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg, Stiftung Preußischer Kulturbesitz, Klassik Stiftung Weimar) und die von der Bundesrepublik Deutschland unterhaltenen drei Museen und zwei Ausstellungshäuser: Deutsches Historisches Museum (Berlin), Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland (Bonn), Jüdisches Museum Berlin (Berlin), Martin-Gropius-Bau (Berlin), Kunst- und Ausstellungshalle der Bundesrepublik Deutschland (Bonn).

Die Länder und Kommunen sind hier zwar Träger der genannten Gedächtniseinrichtungen, können aber deren Tätigkeitsgrundlagen dennoch nicht im Alleingang rechtlich ausgestalten, sondern haben Rücksicht auf den Bund zu nehmen, die auch schon das föderale Prinzip verlangt.

In den wenigen Fällen, in denen der Bund Träger einer (Bundes-) Gedächtnisinstitution ist, gestaltet der Bundesgesetzgeber transparent und nachvollziehbar durch Bundesgesetz die Tätigkeitsgrundlagen der entsprechenden Gedächtnisinstitution.[195]

Im Ergebnis besteht im Hinblick auf die Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen in Deutschland gesetzgeberischer Handlungsanlass auf allen Ebenen. Im Hinblick auf den durch das Urheberrecht formulierten ordnungspolitischen Rechtsrahmen besteht gesetzgeberischer Anlass auf Bundesebene.

---

[193] Merkmale: Globale Zweckbindung der Mittel (Förderung der satzungsmäßigen Aufgaben des Trägers).

[194] Wobei sich gerade hier die Auffassung vertreten lässt, dass die finanziellen Voraussetzungen dafür zu schaffen sind, dass die Länder Gedächtnisinstitute ohne Förderung des Bundes einrichten und unterhalten können.

[195] Z. B. Gesetz über die deutsche Nationalbibliothek DNBG

C. Gesetzgeberische Intention

Gesetzgeberische Intention muss es sein, den Rechtsrahmen, innerhalb dessen die verantwortlichen Gedächtnisinstitutionen die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen besorgen, so auszugestalten, dass nicht nur die körperlich, sondern auch die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten und kommunizierbaren kulturellen Äußerungen umfassend und systematisch in Bestand und Gestalt zur Nutzbarkeit erhalten werden können und sich das Potenzial der digitalen und vernetzten Medien für die interaktionslose Vermittlung kultureller Äußerungen nutzen lässt.

Damit sich die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen für die Allgemeinheit erhalten lassen und sich die medientechnologischen Errungenschaften des 21. Jahrhunderts sowohl für die zeitübergreifende, interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen in die Zukunft, als auch für die raumübergreifende, interaktionslose Kommunikation in der Gegenwart (durch kommunikative wie kommerzielle Verwertung) nutzen lassen, sind einerseits die für den Bestandsaufbau entscheidenden *Tätigkeitsgrundlagen* der Gedächtnisinstitutionen auf die mittlerweile weit verbreiteten innovativen Kommunikationsformen zu erweitern, sowie andererseits insbesondere die *urheberrechtlichen Rahmenbedingungen*, unter denen die Gedächtnisinstitutionen tätig werden, so umzugestalten, dass die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland ihrer Aufgabenstellung auch mithilfe digitaler und vernetzter Medien nachkommen können.

D. Lageanalyse

Wie und ob sich die gesetzgeberische Intention realisieren lässt, ist ausgehend von der geltenden Situation zu beurteilen.

Um den Status quo der geltenden Rechtsvorschriften, die rechtliche Gedächtnisinfrastruktur, der in Deutschland vorhandenen Bibliotheken, Archiven und Museen ermitteln und untersuchen zu können, sind diese die materielle Gedächtnisinfrastruktur ausmachenden, traditionellen Gedächtnisinstitutionen zunächst genau zu bezeichnen und voneinander sowie von anderen Gedächtnisinstitutionstypen in Deutschland abzugrenzen.

I. Materielle Gedächtnisinfrastruktur

Die materielle Gedächtnisinfrastruktur bezeichnet die existierenden Gedächtnisinstitutionen (institutionelle Gedächtnisinfrastruktur).[196] Gedächtnisinstitutionen sind zu Bildungseinrichtungen abzugrenzen. Während Letztere maßgeblich die gegenwartsbezogene Vermittlung kultureller Äußerungen besorgen und hierbei auf den Bestand von Gedächtnisinstitutionen zurückgreifen, garantieren diese ei-

[196] Zum Begriff Gedächtnisinfrastruktur siehe 1. Kapitel D.

ne dauerhafte Kommunikation kultureller Äußerungen über Generationen hinweg. Gedächtnisinstitution ist der Überbegriff für die Institutionen Bibliothek, Archiv und Museum.[197]

1. Bibliothek

Im „ersten" Bibliotheksgesetz der Länder, dem Bibliotheksgesetz von Baden-Württemberg, wird eine Bibliothek in § 1 Abs. 3 des „Gesetzes zur Förderung der Weiterbildung und des Bibliothekswesens" anhand ihrer Aufgaben beschrieben. So haben öffentliche Bibliotheken die Aufgabe, durch einen entsprechenden Literatur- und Informationsdienst den Zielen der Weiterbildung zu dienen und der Bevölkerung die Aneignung von allgemeiner Bildung sowie von Kenntnissen für Leben und Beruf zu ermöglichen. Sie sollen allen Erwachsenen und Jugendlichen Bücher, Zeitschriften, Zeitungen, Musikalien und audiovisuelle Medien auf allen Gebieten der Weiterbildung anbieten.

Thüringen, als das erste Bundesland mit einem echten, also auch als solchem benannten, Bibliotheksgesetz, definiert in § 1 des Thüringer Bibliotheksgesetzes (ThürBibG) Bibliotheken als „geordnete und erschlossene Sammlungen von Büchern und anderen Medienwerken in körperlicher und unkörperlicher Form". Ursprünglich war im Entwurf für das Bibliotheksgesetz in § 3 von „allgemein zugängliche Sammlungen von Büchern und anderen Medien" die Rede.[198]

Zusammenfassend lässt sich eine Bibliothek auffassen als:

Eine Einrichtung, die unter archivarischen, ökonomischen und synoptischen Gesichtspunkten publizierte Information für ihre Benutzer sammelt, ordnet und verfügbar macht.[199]

Dieses Begriffsverständnis stimmt mit der allgemeinen Verständnisweise und der Verwendung des Begriffs in geltenden Gesetzen, insbesondere dem UrhG,[200] überein.

Der Sammelauftrag vieler Bibliotheken ist auf über das Medium Schrift kommunizierte und veröffentlichte kulturelle Äußerungen beschränkt.[201] Er erfasst weder über die Medien Bild oder Ton kommunizierte, noch audiovisuelle kulturelle Äußerungen. Die Bibliotheken werden daher als das „schriftliche" Gedächt-

---

197 Hingegen sind „You Tube" und andere Erscheinungen im Internet als vorübergehende Sammlungen eher zu den „Bildungseinrichtungen" zu zählen. Der Schwerpunkt liegt auf der gegenwartsbezogenen Kommunikation kultureller Äußerungen, hingegen ist die Dauerhaftigkeit (nicht einmal die Integrität und Authentizität weswegen auch die Einordnung als Bildungseinrichtung schwer fällt) nicht garantiert. A. A. *G. Pessach*, Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents, in: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal Nr. 1, 2008, 71, der auch die Vernetzungen im Internet als neue „Memory Institutions" einstuft.

198 Gesetzentwurf. Thüringer Bibliotheksgesetz (THÜRBIBG), Landtagsdrucksache 4/3503.

199 *G. Ewert/W. Umstätter*, Die Definition der Bibliothek, in: Bibliotheksdienst 33, 1999, 957.

200 In §§ 52b, 53a, 54c, 58 UrhG.

201 Beispielsweise der Sammelauftrag der Bayrischen Staatsbibliothek und der Staatsbibliothek zu Berlin.

nis bezeichnet.[202] Manche Bibliotheken sammeln (eingeschränkt durch ihren Aufgabenbereich beziehungsweise in Koordination mit anderen archivierenden Gedächtnisinstitutionen zur Vermeidung von Doppelungen) jedoch auch über die Medien Bild und/oder Ton kommunizierte kulturelle Äußerungen. Alle Bibliotheken sammeln unter dem Gesichtspunkt der Relevanz für die Öffentlichkeit in Gegenwart und Zukunft sammlungswürdige kulturelle Äußerungen, also hochkulturelle Äußerungen, die urheberrechtlichen Schutz genießen.

Die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen für die Sammlungstätigkeit der Bibliotheken beschränken sich auf veröffentlichte kulturelle Äußerungen: Bibliotheken sammeln veröffentlichte kulturelle Äußerungen.[203] Also „nur" die an die Öffentlichkeit gerichteten kulturellen Äußerungen.[204] Wo (digitale und vernetzte oder sonstige) Medien zu Zwecken der Privatkommunikation eingesetzt werden, wird diese Privatkommunikation als unveröffentlichte Kommunikation nicht von den Bibliotheken gesammelt.

Die Bibliotheken lassen sich in Deutschland anhand ihrer Funktionen grob in wissenschaftliche und öffentliche Bibliotheken einteilen. Diese Einteilung ist fragwürdig, da die meisten wissenschaftlichen Bibliotheken auch öffentlich zugänglich sind und der allgemeinen Informationsversorgung dienen und gleichzeitig öffentliche Bibliotheken auch wissenschaftliche Informationen bereitstellen. Es wird daher vorgeschlagen, die Unterscheidung aufzugeben, argumentiert wird auch damit, dass die Trennung zwischen wissenschaftlichen und öffentlichen Bibliotheken nicht zeitgemäß ist und die effektive Nutzung der erweiterten Kommunikations- und Publikationsmöglichkeiten behindert.[205]

Öffentliche Bibliotheken sind die öffentlich zugänglichen Bibliotheken, die der freien Meinungsbildung und dafür nötigen Informationsversorgung nach Artikel 5 Abs. 1 GG und daneben der allgemeinen, politischen und beruflichen Bildung sowie der Unterhaltung und den Freizeitinteressen der Bevölkerung dienen, indem sie die jeweiligen kulturellen Äußerungen zur Verfügung stellen.[206] Dazu zählen die Stadtbüchereien, Gemeindebibliotheken, Schulbibliotheken, Umwelt-

---

[202] Sie „sind" jedoch nicht das Gedächtnis, sondern besorgen den Prozess, den das Gedächtnis beschreibt, beschränkt auf bestimmte Medien, im Falle vieler Bibliotheken das Medium „Schrift".

[203] Siehe hierzu die Abgrenzung der Gedächtnisinstitutionen 2. Kapitel D.I.4.

[204] Wann urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen veröffentlicht sind, ist in § 6 Abs. 1 UrhG bestimmt, nämlich dann, wenn ein Werk „mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist", gleich ob dies in körperlicher oder unkörperlicher Form geschieht.

[205] Ergebnis des von der Bundesvereinigung Deutscher Bibliotheksverbände und der Bertelsmann Stiftung im Jahre 2004 durchgeführten Projektes „Bibliothek 2007": „Die Autonomie der Träger innerhalb der einzelnen Bibliothekssparten und regionalen Zuständigkeiten lässt Synergien und Optimierungschancen häufig ungenutzt. Die zunehmende Autonomie der Hochschulen birgt die Gefahr, dass die bisherigen zentralen bzw. kooperativen Elemente des Bibliothekssystems wegbrechen. Die Trennung zwischen öffentlichen und wissenschaftlichen Bibliotheken ist nicht mehr zeitgemäß und behindert die weitere Entwicklung." , Netzpublikation siehe Anhang.

[206] *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 20 und 38.

bibliotheken, Jugendbibliotheken, Fahrbibliotheken, Krankenhausbibliotheken, Gefängnisbibliotheken, Werkbibliotheken, Blindenbibliotheken, Truppenbibliotheken, Kur- und Hotelbibliotheken.[207]

Wissenschaftliche Bibliotheken sind diejenigen Bibliotheken, die ihren Bestand vor allem auf das wissenschaftliche Studium und die Forschung ausrichten.[208] Dazu zählen die Landes- und Regionalbibliotheken, die Universitäts- und Hochschulbibliotheken, die zentralen Fachbibliotheken, Forschungsbibliotheken, Parlaments-, Behörden- und Gerichtsbibliotheken, Fach- und Spezialbibliotheken sowie die Deutsche Nationalbibliothek.[209]

Während die öffentlichen Bibliotheken regelmäßig aus ihren Beständen aussondern und ein Interesse an einem möglichst aktuellen Bestand haben, gilt in wissenschaftlichen Bibliotheken im Allgemeinen der Grundsatz, den Bestand auf unbegrenzte Zeit aufzubewahren.[210] Die öffentlichen Bibliotheken sind also vorrangig an der Kommunikation bestimmter kultureller Äußerungen in der jeweiligen Gegenwart und weniger an ihrer Kommunikation in die Zukunft interessiert. Diese Aufgabe übernehmen die wissenschaftlichen Bibliotheken. Allerdings auch nur im Hinblick auf bestimmte kulturelle Äußerungen und auch nur eingeschränkt. Bei Raumnot sondieren auch die wissenschaftlichen Bibliotheken aus, jedenfalls soweit abgesichert ist, dass die ausgesonderten kulturellen Äußerungen an einer anderen Bibliothek (Pflichtexemplarbibliothek, Speicherbibliothek) vorhanden sind.[211]

Die Deutsche Nationalbibliothek und die Staats- (Berlin und München) beziehungsweise zentralen Landespflichtexemplarbibliotheken kommunizieren kulturelle Äußerungen, die sowohl in den Beständen der öffentlichen, als auch wissenschaftlichen Bibliotheken zu finden sind, sowohl in die Zukunft, als auch in der jeweiligen Gegenwart. Diese Archivbibliotheken haben für das Gedächtnis von Deutschland eine hervorgehobene Bedeutung.

In Deutschland sind im Jahr 2008 allein rund 9.000 (8.548 öffentliche und 236 wissenschaftliche) Bibliotheken in der Deutschen Bibliotheksstatistik erfasst worden – an gebäudegebundenen Standorten sind das fast 11.000 Bibliothekseinrichtungen mit Zentral- und Institutsbibliotheken sowie Zweigstellen in Stadtteilen.[212] Davon befinden sich ca. 4.300 Bibliotheken in Trägerschaft der Kommunen und Landkreise, 3.620 öffentliche Bibliotheken in katholischer und 760 in evangelischer Trägerschaft. Die 16 Bundesländer unterhalten rund 40 regionale Landes- und Staatsbibliotheken, 80 Universitätsbibliotheken (mit 540 Institutsbibliotheken), ca. 200 Fachhochschulbibliotheken und zahlreiche wissenschaftliche

---

207 *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 38 ff.
208 *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 20.
209 *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 23 ff.
210 *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 145.
211 *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 145.
212 Deutsche Bibliotheksstatistik (DBS), Gesamtauswertung Berichtsjahr 2008.

Spezialbibliotheken. Der Bund unterhält neben der Deutschen Nationalbibliothek rund 50 Parlaments-, Gerichts- und Behördenbibliotheken. Zur überregionalen Bibliotheksversorgung tragen außerdem drei zentrale Fachbibliotheken – für Technik und Naturwissenschaften, Medizin und Umwelt sowie Wirtschaft – bei. Darüber hinaus existiert eine Vielzahl von privat und öffentlich finanzierten Spezialbibliotheken, deren Zugänglichkeit für die Öffentlichkeit unterschiedlich ist."[213]

Die Bibliotheken in Deutschland befinden sich bis auf wenige Ausnahmen somit in staatlicher (öffentlicher) Trägerschaft und zwar der Länder und Kommunen. Dass die Mehrzahl der Bibliotheken von den Ländern und Kommunen getragen wird, ist zurückzuführen auf die föderative Grundordnung, genauer den Kultur-, Bildungs- und Wissenschaftsföderalismus in der Bundesrepublik Deutschland. Primär zuständig für kulturelle Angelegenheiten, für Wissenschaft und Kunst und für das Bildungswesen sind die Bundesländer, deren Kompetenzen wiederum durch die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen eingeschränkt wird, zu der auch die kulturellen Angelegenheiten zählen. Öffentliche Bibliotheken in Trägerschaft der Kommunen gehören (wie alle Kultureinrichtungen) zu den "freiwilligen Aufgaben" der Gemeinden. Das deutsche Bibliothekswesen ist von Dezentralisierung geprägt. Ein Bibliotheksgesetz, über das inzwischen zwei Drittel der EU-Staaten verfügen, oder gar eine zentrale Lenkung durch eine staatliche oder private Institution fehlen in Deutschland.

Eine Reihe bibliothekarischer Verbände und Einrichtungen vertritt in Deutschland die Interessen der Bibliotheken unter anderem im Gesetzgebungsverfahren.[214] Zu nennen ist hier vor allem der Bibliothek & Information Deutschland e.V. (BID) mit Sitz in Berlin, der den gemeinsamen, spartenübergreifenden Dachverband zur Interessenvertretung der bibliotheksbezogenen Verbände und Einrichtungen bildet. Er ist im Jahre 2004 aus der Bundesvereinigung Deutscher Bibliotheksverbände (BDB) hervorgegangen. Die Interessen der deutschen Bibliotheken werden auf europäischer Ebene von einem Dachverband wahrgenommen, dem neben repräsentativen Bibliotheksverbänden und Bibliotheken aus Deutschland auch repräsentative Bibliotheken und Bibliotheksverbände anderer europäischer Staaten angehören (EBLIDA = European Bureau of Library, Information and Documentation Associations).[215]

---

[213] Jürgen Seefeldt auf der Website des Bibliotheksportals knb (Kompetenznetzwerk Bibliotheken): *J. Seefeldt*, Bibliotheken in Deutschland, 2007.

[214] Siehe auch *E. Plassmann/L. Syré*, Die Bibliothek und ihre Aufgaben, Vereine und Verbände des Bibliothekswesens, in: R. Frankenberger/K. Haller, Die moderne Bibliothek. Ein Kompendium der Bibliotheksverwaltung, 2004, 11 (33).

[215] Faktisch ist EBLIDA ein rein bibliothekarischer Interessenverband, satzungsgemäß können jedoch auch Archive und andere Informations- und Dokumentationseinrichtungen und Verbände Mitglied werden. Siehe: www.eblida.org. Deutschland ist bei EBLIDA vertreten mit den Einrichtungen und Verbänden: Bayerische Staatsbibliothek, Bibliothek & Information Deutschland e.V., Nieder-

2. Archiv

Die Tätigkeit der Archive in öffentlicher Trägerschaft wird in Deutschland durch siebzehn Archivgesetze des Bundes und der Länder geregelt. Sie enthalten keine Legaldefinition der Institution Archiv.[216] In einigen Archivgesetzen wird der Begriff „öffentliches" beziehungsweise „staatliches" Archiv definiert, jedoch geben die jeweiligen Definitionen nur eine formale Aufgabenbeschreibung.[217] „Gewissermaßen als Ersatz für die fehlende Definition",[218] werden die Aufgaben der Archive ausführlich beschrieben. Die siebzehn Archivgesetze beschreiben die Archivaufgaben entweder als Legaldefinition des Begriffes „Archivierung", als indirekte Definition des Begriffes „Archivierung"[219] oder als Aufzählung von Aufgaben ohne Verwendung des Begriffes Archivierung. Da sich die Nennung der Archivaufgaben in den Archivgesetzen in Zahl und Art gewaltig unterscheiden, gestaltet sich die Legaldefinition des Archivbegriffs als Aufgabenbeschreibung problematisch.[220] Der Rückgriff auf die Archivgesetze des Bundes und der Länder trägt daher nicht zur Konkretisierung der Definition des Archivbegriffs bei.

Zwar wird der Archivbegriff in keinem Gesetz definiert, er findet jedoch in zahlreichen Gesetzen Verwendung, so auch insbesondere im Urheberrecht und zwar in den §§ 52b, 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 55 UrhG.

Als Archiv im Sinne von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG, der das Anlegen eines (i.V. mit § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 sogar digitalen) Archivs erlaubt, gilt lediglich „eine nach sachlichen Gesichtspunkten vorgenommene Sammlung und Aufbewahrung von Geistesgut jeglicher Art",[221] welche nicht zur Benutzung durch außenstehende Dritte – sei es im Wege eines direkten Zutritts, sei es im Wege eines Kopienversandes – zugänglich ist.[222] Dieses restriktive Verständnis von Archiv ist

---

sächsische Staats - und Universitätsbibliothek Göttingen, Staats- und Universitätsbibliothek Bremen, Staatsbibliothek zu Berlin, Stadtbibliothek Bremen, StadtBibliothek Köln, und dem Informations-, Bibliotheks- und IT-Dienste Zentrum der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.

216 *H.-J. Schreckenbach,* Archivgesetze und Archivterminologie, in: K. Oldenhage/H. Schreyer/W. Werner (Hrsg.), Archiv und Geschichte, 2000, 157 (161).

217 So wird in ähnlich lautenden Definitionen ein öffentliches Archiv definiert als Archiv, das von Stellen des Landes oder von Gemeinden und Gemeindeverbänden unterhalten wird und öffentliches Archivgut übernimmt (vgl. Brandenburgisches ArchivG in der Fassung vom 7. April 1994, § 2 Abs. 7) und ein staatliches Archiv als staatliche Fachbehörde für alle Fragen des Archivwesens (vgl. Bayrisches ArchivG in der Fassung vom 16. Dezember 1999, Art. 4 Abs. 1)

218 *H.-J. Schreckenbach,* Archivgesetze und Archivterminologie, in: K. Oldenhage/H. Schreyer/W. Werner (Hrsg.), Archiv und Geschichte, 2000, 157 (161).

219 Indem der Begriff „Archivierung" am Ende der Aufgabenbeschreibung in Klammer gesetzt wird.

220 *H.-J. Schreckenbach,* Archivgesetze und Archivterminologie, in: K. Oldenhage/H. Schreyer/W. Werner (Hrsg.), Archiv und Geschichte, 2000, 157 (161).

221 BGHZ 140, 183, S. 191; *N. P. Flechsig/M. Fischer*, Speicherung von Printmedien in betriebseigene Datenbankarchive und die Grenze ihrer betrieblichen Nutzung, in: ZUM 1996, 833 (839).

222 *N. P. Flechsig/M. Fischer*, Speicherung von Printmedien in betriebseigene Datenbankarchive und die Grenze ihrer betrieblichen Nutzung, in: ZUM 1996, 833 (839); *P. Katzenberger*, Elektronische Printmedien und Urheberrecht, Stuttgart 1996, 56; *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, § 53 UrhG Rdn. 27.

dem Umstand geschuldet, dass § 53 UrhG als die Urheberrechte der Urheber einschränkende Bestimmung eng auszulegen ist. Das Anlegen eines Archivs durch das Vervielfältigen kultureller Äußerungen ist gemäß dieser Bestimmung nur dann erlaubt, wenn das angelegte Archiv nur als „Reserveexemplararchiv“ dient, nicht aber der Erweiterung des verfügbaren Bestandes.

Allgemein gilt ein weites Begriffsverständnis auch im Urheberrecht. So erfasst der Archivbegriff aus § 52b UrhG, der es öffentlich zugänglichen Archiven, Bibliotheken und Museen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, ihren Bestand an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zugänglich zu machen, [223] gerade nicht die gestützt auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 entstanden „Reserveexemplararchive“, sondern erfordert ein eigenes Verständnis von Archiv, dessen Reserveexemplarsammlung nicht öffentlich zugänglich gemacht werden darf.

Der Archivbegriff ist weit als „eine nach sachlichen Gesichtspunkten geordnete Aufbewahrungsstelle für kulturelle Äußerungen jeglicher Art“[224] aufzufassen. Unter dieses Begriffsverständnis fällt fast jede organisierte Sammlung. Jede Bibliothek und jedes Museum hat auch ein Archiv.

Um die mit dem Archivbegriff bezeichnete Institution von anderen Institutionen abgrenzen zu können, ist der weite Archivbegriff um die spezifische Vorgehensweise der Institution Archiv zu ergänzen. Die Institution Archiv ist eine nach sachlichen Gesichtspunkten geordnete Aufbewahrungsstelle für kulturelle Äußerungen jeglicher Art, die kulturelle Äußerungen „anbietender“ staatlicher Dienststellen, anderer Institutionen oder von Einzelpersonen übernimmt.

Der Auftrag der Archive ist nicht auf über das Medium Schrift kommunizierte kulturelle Äußerungen beschränkt, erfasst werden auch über die Medien Bild oder Ton kommunizierte sowie audiovisuelle kulturelle Äußerungen. Entscheidend ist weniger, über welche Medien kommuniziert wird, entscheidend ist die Anknüpfung an eine bestimmte anbietungspflichtige Stelle, Institution oder Einzelperson. Die von dieser (unter Umständen einseitig informatorisch) kommunizierten kulturellen Äußerungen werden unabhängig vom Medium, über das sie kommuniziert werden, übernommen. Insbesondere werden auch diejenigen kulturellen Äußerungen erfasst, welche über digitale und vernetzte Medien kommuniziert werden.

Archive übernehmen nicht alle kulturellen Äußerungen, sondern nur solche, die nach einer Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Relevanz für die Öffentlichkeit in Gegenwart und Zukunft als archivwürdig eingestuft werden. Die Einstufung als archivwürdig erfolgt im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG zur Gewährleistung der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit oder zu Nachweiszwecken, jedenfalls nicht im Hinblick auf die Eignung einer kulturellen Äußerung zur Unterstützung des kulturellen Lebens. Archive er-

---

223 Hierzu siehe 2. Kapitel D.II.2.f)cc)(B)(II) § 52b UrhG.

224 So die archivwissenschaftliche Fachliteratur beispielsweise: *H. O. Miesner/W. Leesch*, Grundzüge einer deutschen Archivterminologie, in: Archivmitteilungen 10, 1960, 134; *G. Enders*, Archivverwaltungslehre, 2004; *A. Menne-Haritz,* Schlüsselbegriffe der Archivterminologie, 1992.

fassen anders als Bibliotheken nicht vorrangig hochkulturelle Äußerungen, die regelmäßig die Werkeigenschaften aus § 2 UrhG erfüllen und urheberrechtlichen Schutz genießen, sondern auch triviale kulturelle Äußerungen. Zweck der Archivierung kultureller Äußerungen in Archiven ist die Abbildung und Nachvollziehbarmachung eines historischen (Kommunikations-) Vorgangs.

Die übernommenen kulturellen Äußerungen werden unter dem Blickpunkt ihrer Archivwürdigkeit ausgewertet und wenn sie als archivwürdig eingestuft werden von bis dahin bloßem „Registraturgut" zu „Archivgut" umgewidmet. Archive übernehmen archivwürdige kulturelle Äußerungen auch und gerade dann, wenn diese nicht publiziert worden sind, also neben veröffentlichten auch unveröffentlichte kulturelle Äußerungen. Für die unveröffentlichten kulturellen Äußerungen, welche von Archiven übernommen werden, hat sich der Terminus „Unterlagen" eingebürgert, der in den gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen definiert wird.

Entscheidend ist die Unterscheidung von Archiven in öffentlicher und Archiven in privater Trägerschaft.

Archive in öffentlicher Trägerschaft sind 1. die staatlichen Archive (Archive der Verfassungsorgane, Behörden, Gerichte und sonstigen Stellen des Bundes und der Länder), 2. die kommunalen Archive (Archive der Gemeinden, für welche die Landesarchivgesetze aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG nur Rahmenbestimmungen enthalten) und 3. die Archive sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts (Universitäten, Hochschulen, Akademien, öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Religionsgemeinschaften und Stiftungen).

Für letztere gelten die Archivgesetze nur eingeschränkt.[225] Sie regeln die Einzelheiten der Archivierung in eigener Zuständigkeit und haben Unterlagen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr benötigen, dem zuständigen staatlichen Archiv zur Übernahme anzubieten.[226]

Archive in privater Trägerschaft sind vor allem Familien-, Haus- und Herrschaftsarchive, Pressearchive und Wirtschaftsarchive.[227] Ihre Organisation und ihre Benutzungsverhältnisse richten sich nach bürgerlichem Vertragsrecht, welches wiederum die allgemeinen Gesetze zu beachten hat. Zu den Archiven in privater Trägerschaft zählen insbesondere auch die Archive der Parteien, denn die Parteien sind keine Träger öffentlicher Verwaltung, sondern trotz ihrer verfassungsrechtlichen Einbindung und öffentlichen Institutionalisierung durch Art. 21 GG nichtrechtsfähige Vereine des Zivilrechts.[228]

---

[225] Der Umfang der Geltung des jeweiligen Archivgesetzes des Landes ist dem jeweiligen Gesetz zu entnehmen.

[226] Vgl. § 15 Abs. 3 Saarländisches ArchivG und Art. 14 Abs. 2 Bayrisches ArchivG.

[227] *H. Richtering*, Herrschafts-, Familien- und Hausarchive, in: Der Archivar 1984, Sp. 413 ff.; *M. Englert*, Pressearchive, in: Der Archivar 1984, Sp. 435 ff.; *O. Dascher*, Archive der Wirtschaft, in: Der Archivar 1984, Rdnr. 419 ff.

[228] *H. Günther,* Rechtsprobleme der Archivbenutzung, in: R. Polley (Hrsg.), Archivgesetzgebung in Deutschland, 2001, (124 f.); *G. Buchstab*, Grundsätzliche Überlegungen und aktuelle Lage der Partei-

Die staatlichen Archive sind als Teile der Staatsorganisation hierarchisch aufgebaut. In den Bundesländern gibt es eine oberste Landesarchivbehörde (welche die Funktion einer Aufsichtsbehörde hat), eine obere Archivbehörde (welche die Aufgaben der Landesarchivverwaltung wahrnimmt) sowie die nachgeordneten unteren Archivbehörden (welche die Kommunalarchive und ehrenamtlichen Archivpfleger privater Archive beraten).

In der Bundesrepublik Deutschland gibt es insgesamt 52 staatliche Archive der Bundesländer (ohne Außenstellen), daneben ungezählte Archive in privater Trägerschaft und 6 Archive des Bundes (Bundesarchiv, Deutscher Bundestag – Parlamentsarchiv, Bundesrat - Arbeitsbereich IV Dokumentation, Auswärtiges Amt - Politisches Archiv (Referat 117), Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR - Abteilung Archiv und das Geheime Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz).[229] In den Stadtstaaten (Berlin, Bremen und Hamburg) und einigen Bundesländern (Brandenburg, Saarland und Schleswig-Holstein) ist jeweils ein Staats- bzw. Landesarchiv für das gesamte Land zuständig. In den übrigen Bundesländern reicht die Anzahl der Staatsarchive von zwei (Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz) bis zu neun in Bayern.

Die Archivarinnen und Archivare haben sich in einem bundesweiten Interessenverband, dem Verband deutscher Archivarinnen und Archivare (VdA), zusammengeschlossen, der die Interessen der Archive und seiner Mitarbeiter bundesweit vertritt. Die Interessen der deutschen Archive werden auf europäischer Ebene von Arbeitsgruppen des internationalen Interessenverbandes der Archive und Archivverbände (ICA = International Council on Archives) vertreten.[230]

3. Museum

Wie für das Bibliothekswesen gibt es auch für das Museumswesen kein übergreifendes Museumsgesetz. Auftrag und Aufgaben der Museen sind bestenfalls in den Organisationsstatuten und Errichtungsakten festgehalten. Hier wird der Begriff Museum jedoch nicht (auch nicht indirekt) legaldefiniert.

Mit dem Begriff Museum wurde im Laufe der Geschichte eine Vielzahl von Dingen bezeichnet: das Museum als Ort (Hügel) im alten Griechenland, an dem der Poet Museio bestattet war; das Museum Alexandrinum, Museum Romanum, oder Museum Graecum als Schule, Gymnasium bzw. Universität; das Museum als Kunstkammer, "Müntz-Cabinett" oder Wunder- und Raritätenkammer. Zedlers Universal-Lexikon aus dem Jahr 1739 listet entsprechend viele Bedeutungen

---

archive in Europa, in: ders (Hrsg.), Das Gedächtnis der Parteien. Parteiarchive in Europa, 1996, 11; *A. Freys*, Das Recht der Nutzung und des Unterhalts von Archiven, 1989, 21 f.

229 Vgl. www.staatsarchive.de (Letzter Abruf: 26. März 2009).

230 Diesem gehören 86 deutsche Archive und Archivverbände unter anderem der Verband deutscher Archivarinnen und Archivare (VdA) an, siehe: www.ica.org (Letzter Abruf: 12. April 2010).

auf.[231] Zu einem späteren Zeitpunkt werden auch Journale und Lesegesellschaften mit dem Titel „Museum“ benannt.

In der Krünitzschen Enzyklopädie von 1805 bezeichnet das Wort Museum bereits einen Ort für eine öffentliche Sammlung und als Institution mit gesellschaftlicher Relevanz.[232] In die Betrachtung einbezogen wird auch bereits das Museumspublikum: Das Museum wird als öffentlicher und lebendiger Ort des Diskurses mit einer publikumsorientierten Infrastruktur beschrieben.

Rahmenbedingungen für die Museumsarbeit geben die vom Internationalen Museumsrat ICOM verfassten und weltweit anerkannten ethischen Richtlinien (ICOM Code of Ethics for Museums/2001) vor.

Ein Museum wird nach ICOM definiert als:

„eine gemeinnützige, ständige, der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung im Dienst der Gesellschaft und ihrer Entwicklung, die zu Studien-, Bildungs- und Unterhaltungszwecken materielle Zeugnisse von Menschen und ihrer Umwelt beschafft, bewahrt, erforscht, bekannt macht und ausstellt“.

Diese Definition aus den ICOM-Statuten (1986/2001) wird von den deutschen Museen weitgehend als verbindliche Grundlage anerkannt. In Deutschland wird sie durch die Definition des Deutschen Museumsbundes aus dem Jahr 1978 um einige Merkmale erweitert, welche die Aufgaben und das Selbstverständnis der Museen in Deutschland beschreiben. Nach der Definition des Deutschen Museumsbunds von 1978 darf ein (öffentliches) Museum keine kommerzielle Struktur aufweisen, muss fachlich geleitet und wissenschaftlich betreut werden und eine wissenschaftliche Sammlung führen.

In Deutschland gibt es über 6.000 museale Einrichtungen.[233] Die Museen in Deutschland befinden sich mehrheitlich in staatlicher, zum Teil auch in privater Trägerschaft. Das deutsche Museumswesen ist von Dezentralisierung geprägt, was auf die föderative Grundordnung, genauer den Kultur- Bildungs- und Wissenschaftsföderalismus in der Bundesrepublik Deutschland zurückzuführen ist. Öffentliche Museen in Trägerschaft der Kommunen gehören zu den "freiwilligen Aufgaben" der Gemeinden.

Auch die Museen in Deutschland haben sich zur organisierten Interessenvertretung zu Verbänden und Einrichtungen zusammengeschlossen. Zu nennen ist hier vor allem der Deutsche Museumsbund e.V. Der Deutsche Museumsbund ist der bundesweite Interessenverband aller Museen sowie der in ihnen Beschäftigten. Die

---

[231] *J. H. Zedler*, Grosses vollständiges Universal-Lexicon der Wissenschaften und Künste (1732-1754), ist vollständig digitalisiert und im digitalen Bestand der Bayrischen Staatsbibliothek abrufbar!

[232] *J. G. Krünitz*, Die Ökonomische Encyklopädie (1773-1858); wurde in einem Projekt der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) digitalisiert und steht im Volltext digital im Internet zur Verfügung.

[233] Vgl. die statistische Erhebung zur Museumsstatistik, in: *Institut für Museumsforschung* (Hrsg.), Statistische Gesamterhebung an den Museen der Bundesrepublik Deutschland für das Jahr 2008, 2009.

freiwillige Mitgliedschaft steht ergo sowohl Institutionen, als auch im Museumsbereich tätigen Einzelpersonen offen. Der Deutsche Museumsbund kooperiert eng mit den regionalen Museumsorganisationen (Museumsbünden, welche die Interessen der Museen auf Bundeslandebene vertreten), ist jedoch nicht ihr Dachverband. Auf europäischer Ebene werden die Interessen der deutschen Museen von einem Netzwerk (NEMO = Network of European Museums Organisations) wahrgenommen, dessen deutsche Direktorin beim deutschen Museumsbund angegliedert ist.[234]

4. Abgrenzung

Die Aufgaben der verschiedenen Gedächtnisinstitutionstypen überschneiden sich teilweise (gerade Archive und Bibliotheken besorgen teilweise dieselben Aufgaben).

Auch bei arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung im Hinblick auf die Erhaltung (durch Bestandsaufbau und Erhaltung) und Vermittlung der Gesamtheit kultureller Äußerungen lässt sich nicht hundertprozentig verhindern, dass Aufgaben doppelt, also von verschiedenen Gedächtnisinstitutionen gleichzeitig, erledigt werden. Dennoch gibt es distinktive Merkmale, anhand welcher sich die verschiedenen Gedächtnisinstitutionstypen voneinander eindeutig abgrenzen lassen.

Zunächst sind die staatlichen von den privaten Gedächtnisinstitutionen zu unterscheiden.

Staatliche und private Einrichtungen unterscheiden sich schon in der Organisationsform. Die hierarchisch gegliederte Behördenform kommt nur für staatliche Gedächtnisinstitutionen in Betracht. Zumeist haben diese jedoch Anstalts- (vgl. die Deutsche Nationalbibliothek), Stiftungs- oder eine privatrechtliche Gesellschaftsform. Weniger häufig sind die staatlichen Gedächtnisinstitutionstypen in den Behördenaufbau integriert (vgl. die Bayrische Staatsbibliothek, die als staatliche Fachbehörde der Mittelstufe dem Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst unmittelbar nachgeordnet ist und der die regionalen staatlichen Bibliotheken nachgeordnet sind). Für die privaten Bibliotheken, Archive, Museen kommt die Behördenform nicht in Betracht, sie sind dementsprechend nicht hierarchisch gegliedert.

Sodann unterscheiden sich staatliche wie private Gedächtnisinstitutionstypen untereinander hauptsächlich durch ihren jeweiligen Bestand. In idealtypischer Abgrenzung verfügen die Bibliotheken über einen Bestand an veröffentlichten kulturellen Äußerungen (Publikationen), die Archive über einen Bestand an unveröffentlichten kulturellen Äußerungen („Unikate“), die Museen über einen Bestand an kulturellen Äußerungen, bei dem es weniger auf den Inhalt, als auf die Ausdrucksform der kulturellen Äußerung ankommt („Exemplarische Kostbarkeiten“).[235]

---

[234] Genaueres siehe www.ne-mo.org (Letzter Abruf: 10. April 2010).

[235] Zur Abgrenzung vgl. die Abgrenzung der Bibliothek zu verwandten Institutionen bei: *E. Plassmann/H. Rösch/J. Seefeldt/K. Umlauf,* Bibliotheken und Informationsgesellschaft in Deutschland, 2006, 10 ff.

Innerhalb der Archive sind weitere Feineinteilungen nötig. Zu unterscheiden sind diejenigen Archive, die veröffentlichte, an die Allgemeinheit gerichtete kulturelle Äußerungen dauerhaft kommunizieren (Archive für Publikationen), von denjenigen Archiven, die (in der Regel) unveröffentlichte kulturelle Äußerungen, die innerhalb parlamentarischer, behördlicher oder gerichtlicher Verfahren entstanden sind und sich nicht an die Allgemeinheit richten, sondern der internen Dokumentation für eigene Zwecke der jeweiligen staatlichen Stelle unter Einschluss der Rechnungshöfe, sowie der langfristigen Beurteilung der Staatstätigkeit dienen (Archive der Staatstätigkeit), dauerhaft kommunizieren.

Von besonderer Relevanz sind diejenigen Gedächtnisinstitutionen, denen es maßgeblich auf die dauerhafte und damit sowohl auf die Kommunikation der kulturellen Äußerungen in die Zukunft, als auch in der jeweiligen Gegenwart ankommt. Diejenigen Gedächtnisinstitutionen, die einen Schwerpunkt auf letzteren Aspekt legen und regelmäßig ihren Bestand dem aktuellen Bedarf seiner Nutzer anpassen, sind eher zu den Bildungseinrichtungen zu zählen, als zu den Gedächtnisorganisationen. Daher sind beispielsweise nur die Archivbibliotheken, also diejenigen Bibliotheken, denen es vorrangig um den Aufbau eines Bestandes kultureller Äußerungen, um diesen zu erhalten, geht und weniger darum diesen zu vermitteln, zu den Gedächtnisinstitutionen im engeren Sinne zu zählen.

II. Rechtliche Gedächtnisinfrastruktur in Deutschland

Die rechtliche Gedächtnisinfrastruktur bezeichnet einerseits die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen, sowie andererseits die ordnungspolitischen, urheberrechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die (bezeichneten) Gedächtnisinstitutionen agieren.

Die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen sind im Folgenden daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie Kompetenzgrundlage für den Aufbau eines Bestandes an unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen sind.

Die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen sind, damit trotz aller Heterogenitäten innerhalb der verschiedenen Typen von dokumentierenden Stellen allen existierenden Gedächtnisinstitutionen ein Überblick über die gleichartigen Probleme im Umgang mit über digitale und vernetzten Medien kommunizierten und kommunizierbaren, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen vermittelt werden kann,[236] daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie die von den Gedächtnisinstitutionen arbeitsteilig vorzunehmende Erfüllung der Aufgabenfelder Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und kommunikativer sowie kommerzieller Bestandsvermittlung im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien, gegenwärtig das Internet, kommunizierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen zulassen.

---

[236] Auf Besonderheiten von herausragender Bedeutung wird explizit hingewiesen werden.

1. Tätigkeitsgrundlagen

Die das Aufgabengebiet und die Kompetenz zur Erfüllung des Aufgabengebiets formulierenden, rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen sind im Organisationsakt (Gesetz, Verordnung, Satzung, Beschluss, Vertrag etc.) der jeweiligen Institution enthalten. Sie ermöglichen den Gedächtnisinstitutionen die Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien nur bei entsprechender Aufgabenzuweisung. Nur wenn die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen es den Gedächtnisinstitutionen aufgeben, auch die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen in den Bestand zu übernehmen, existiert eine für diese Tätigkeit nötige Kompetenzgrundlage.

Da die traditionellen Gedächtnisinstitutionen sich die Aufgabe der zeit- und raumübergreifenden, interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen teilen, indem sie sich jeweils eines gesonderten Kreises von kulturellen Äußerungen annehmen und sie dies auf der Grundlage unterschiedlicher gesetzlicher Tätigkeitsgrundlagen tun, wird im Folgenden der jeweilige Gegenstand des Bestandsaufbaus im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien für die drei traditionellen Gedächtnisinstitutionstypen Bibliothek, Archiv und Museum jeweils gesondert dargestellt und werden die entsprechenden Tätigkeitsgrundlagen gesondert daraufhin untersucht, ob sie die für den Bestandsaufbau im Hinblick auf den dargestellten Gegenstand nötige Kompetenzgrundlage bieten.

a) Bibliotheken

Im Bibliothekswesen erfolgt der Bestandsaufbau durch Sammlung (im Gegensatz dazu in Archiven durch Übernahme). Sammeln bedeutet die systematische Suche und Erwerbung einer durch den Sammlungsauftrag abgegrenzten Art oder Kategorie kultureller Äußerungen.

Bibliotheken sammeln „veröffentlichte“ kulturelle Äußerungen. Für die an die Öffentlichkeit gerichteten, über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen hat sich der Begriff „Netzpublikationen“ eingebürgert.

Unter Netzpublikationen versteht man im Bibliothekswesen „elektronische Publikationen, die nicht auf einem physikalischen Datenträger, sondern über Netze verfügbar sind“.[237] Unterscheiden lassen sich die „druckbildähnlichen“ und die „netzspezifischen Netzpublikationen“. Die druckbildähnlichen Netzpublikationen entsprechen den analogen Publikationen im Wesentlichen, sie entsprechen dem „look and feel“ einer gedruckten Publikation, während die webspezifischen Netzpublikationen keine Entsprechung in analoger Form haben und sich durch dynamische Entwicklung, interaktive Kommunikationsfunk-

[237] *A. V. Meyer*, Netzpublikationen. Geschäftsgang und Verfügbarmachung, in: Berliner Handreichungen zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft Nr. 210, 2007, 9.

tionen und multimediale Komponenten definieren.[238] Beispiele für Netzpublikationen sind öffentlich einsehbare E-Mail-Newsletter, elektronische Zeitschriften, Wikis, Weblogs (Internet-Tagebücher), E-Books oder auch Datenbanken und allgemein Internetseiten.

Dass kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommuniziert und publiziert werden können, ist eine Entwicklung, die noch nicht in allen Tätigkeitsgrundlagen der Sammlungstätigkeit der Bibliotheken in Deutschland nachvollzogen worden ist. Nicht alle Bibliotheken in Deutschland verfügen daher über die nötige Sammlungskompetenz in Bezug auf Netzpublikationen. Diese bildet jedoch unabhängig von urheberrechtlichen Rahmenbedingungen die Grundvoraussetzung für den Aufbau eines Bestandes an Netzpublikationen.

Staatliche Bibliotheken können nicht ohne Weiteres über ihre Kompetenzen hinausgehende Aufgaben wahrnehmen, denn haushaltsrechtliche Bestimmungen erlauben die Verwendung öffentlicher Mittel nur im Rahmen des Kompetenzbereiches. Die Mittel entsprechen dem nach den Aufgaben berechneten Finanzbedarf. Die Erfüllung von außerhalb des Kompetenzbereichs liegender Aufgaben würde auf Kosten der mit den zuerkannten Mitteln zu finanzierenden Aufgaben gehen und gegen haushaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen. Wenn der Sammelauftrag oder der Haushalt staatlicher Bibliotheken die Sammlung von Netzpublikationen nicht hergeben, sind sie entsprechend anzupassen. Ein im Falle von staatlichen Bibliotheken mit gesetzlicher Tätigkeitsgrundlage unter Umständen langwieriges legislatives Verfahren.[239]

Private Bibliotheken kommen zwar nicht in Konflikt mit staatshaushaltsrechtlichen Erwägungen, müssen ihr Tätigwerden jedoch gegenüber ihrem Träger verantworten und sind an dessen Vorgaben gebunden.

Im Folgenden werden unabhängig von urheberrechtlichen Möglichkeiten des Bestandsaufbaus von Netzpublikationen die kompetenziellen Möglichkeiten für die Sammlung von Netzpublikationen dargestellt.

Die das Aufgabengebiet und die Kompetenz zur Erfüllung des Aufgabengebiets formulierenden, rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der Bibliotheken sind im Organisationsakt (Gesetz, Verordnung, Satzung, Beschluss, Vertrag etc.) der jeweiligen Bibliothek enthalten.

Die Kompetenz beziehungsweise formale Zuständigkeit einer Bibliothek für die Sammlung von kulturellen Äußerungen, zum Zweck der sich hieran anschließenden Bestandsbewahrung und Bestandsvermittlung, ist dem in den Tätigkeitsgrundlagen der Bibliothek enthaltenen Sammelauftrag zu entnehmen.

---

238 *H. Wiesenmüller/L. Jendral/H. Schäffler/S. Schomburg/C. Höck/M. Kohlmann,* Auswahlkriterien für das Sammeln von Netzpublikationen im Rahmen des elektronischen Pflichtexemplars, in: Bibliotheksdienst, 2004, 1423 (1423).

239 Ab der ersten Diskussion über die notwendige Änderung bis hin zur tatsächlichen Änderung des DNBG, sind über zehn Jahre verstrichen.

Zu unterscheiden ist zwischen den untergesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen der privaten und öffentlich-rechtlichen Bibliotheken und den gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen. Gesetzliche Tätigkeitsgrundlagen in Bezug auf die Sammlungstätigkeit der Bibliotheken gibt es nur in den Fällen, in denen nicht nur die Sammlungskompetenz der Bibliotheken zu begründen ist, sondern auch die Abgabeverpflichtung der Inhaber der Sammlungsobjekte, sprich gesetzliche Tätigkeitsgrundlagen sind nur dem Pflichtexemplarrecht der Pflichtexemplarbibliotheken zu entnehmen.

aa) Untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen – private und öffentlich rechtliche Bibliotheken

Es können an dieser Stelle nicht alle Tätigkeitsgrundlagen der Bibliotheken untersucht und die geltenden Möglichkeiten für die Sammlung von Netzpublikationen jeder einzelnen Bibliothek dargestellt werden. Die Möglichkeiten, welche die untergesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen für die Sammlung von Netzpublikationen eröffnen, können sich jedoch an den Möglichkeiten, welche die gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen des Pflichtexemplarrechts eröffnen, orientieren, die im Folgenden dargestellt werden. Untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen umzugestalten ist weniger (zeit-) aufwendig, als gesetzliche Tätigkeitsgrundlagen umzugestalten. Das Gesetzgebungsverfahren ist ein in der Regel sehr (zeit-) aufwendiges Verfahren. Wenn der Sammelauftrag, welcher die Kompetenz der Bibliothek für ihr Tätigwerden beim Bestandsaufbau begründet, einer untergesetzlichen Grundlage (Verordnung, Satzung, Beschluss, Vertrag, Richtlinie etc.) zu entnehmen ist, dann lässt er sich durch Umgestaltung dieser untergesetzlichen Grundlage unproblematisch auf Netzpublikationen ausdehnen.

bb) Gesetzliche Tätigkeitsgrundlagen = Pflichtexemplarrecht

Im Hinblick auf die Vollständigkeit des Bestandsaufbaus sind untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen unzureichend. Weitestgehende Vollständigkeit ihrer Sammlungen können nur die Pflichtexemplarbibliotheken erreichen. Der Sammelauftrag dieser staatlichen Bibliotheken korrespondiert mit einer Abgabeverpflichtung. Das Pflichtexemplarrecht begründet also einerseits die Sammlungskompetenz der Pflichtexemplarbibliothek, als auch anderseits die Abgabeverpflichtung bestimmter Abgabeverpflichteter.

(A) Grundlagen des Pflichtexemplarrechts

Die Pflicht, Belegstücke von Druckwerken an staatliche Bibliotheken abzugeben, entwickelte sich historisch aus der Zensur und dem Privilegienwesen.[240] Seit Beginn des 19. Jahrhunderts ist Hauptzweck, eine möglichst vollständige Sammlung und Überlieferung des kulturellen und wissenschaftlichen Schaffens zu errei-

[240] BVerfG 58, 137 – Pflichtexemplar.

chen.[241] Diese lässt sich ohne Mitwirken der Rechteinhaber kultureller Äußerungen auch auf der Basis von Freiwilligkeit nicht erzielen.[242] Daher begründet das Pflichtexemplarrecht eine öffentlich-rechtliche Abgabeverpflichtung. Das Pflichtexemplarrecht enthält keine Ermächtigung für die Exekutive, durch Einzelakt auf ein bestimmtes von ihr benötigtes Vermögensobjekt oder eine Vermögensposition zuzugreifen, sondern begründet die Abgabeverpflichtung in genereller und abstrakter Weise. Die Abgabepflicht trifft die Urheber beziehungsweise Rechteinhaber an abgabepflichtigen kulturellen Äußerungen. Ihr Sach- oder Urheberrechtseigentum ist schon bei seiner Entstehung mit der Verpflichtung zur Ablieferung belastet. Die allgemein und im Vorhinein bestehende Ablieferungsverpflichtung wird durch die konkrete Ablieferungsverpflichtung aktualisiert. Die Pflichtexemplarregelung ist somit eine objektivrechtliche Vorschrift, die in allgemeiner Form den Inhalt des (urheberrechtlichen) Eigentums bestimmt. Sie ist also eine Inhaltsbestimmung und keine Enteignung. Die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtmäßigkeit der Pflichtabgabe ist mittlerweile dahingehend entschieden, dass sie keine unzulässige Enteignung und kein Sonderopfer, sondern ein legitimes Anliegen der Gemeinschaft darstellt.[243]

(B) Anpassungsbedarf des Pflichtexemplarrechts

Das Pflichtexemplarrecht der Pflichtexemplarbibliotheken ist in Pflichtstücks- beziehungsweise Pflichtabgabegesetzen,[244] Landespressegesetzen[245] und Bibliotheksgesetzen geregelt,[246] wobei Einzelheiten den jeweiligen Ausführungsbestimmungen (Verordnungen) zu entnehmen sind.[247]

Pflichtabgabevorschriften existieren in Deutschland auf Bundes- und Länderebene. Auf Bundesebene ist die Pflichtabgabe im DNBG und einer Verordnung über die Pflichtablieferung von Medienwerken an die Deutsche Nationalbibliothek geregelt.[248] Die Länder haben aufgrund der föderalistischen Struktur der Bundesrepublik Deutschlands jeweils eigene Gesetze und Durchführungsverord-

---

241 *G. Beger*, Bibliotheksrecht, in: R. Frankenberger/K. Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek, 2004, 365 (377).

242 Vor dem Gesetz über die Deutsche Bibliothek, also bevor die Sammlungstätigkeit der Bibliothek auf eine gesetzliche Grundlage gestellt wurde, basierte die Sammlung auf freiwilligen Belegstücken.

243 Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juli 1981, in: BVerfG, 58, 126 ff.

244 Vgl. Gesetz über die Ablieferung von Pflichtexemplaren Berlin.

245 Vgl. Hessisches Gesetz über Freiheit und Recht der Presse, Hessisches Pressegesetz in der Fassung vom 26. November 2002, § 9.

246 So insbesondere im Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek vom 22. Juni 2006 in § 14.

247 Vgl. die nach § 20 des DNBG, welcher den Bundesbeauftragten für Kultur und Medien dazu ermächtigt eine Pflichtablieferungsverordnung zu normieren.

248 Das im DNBG enthaltene Bundespflichtexemplarrecht wurde unter Berufung auf Art. 74 Nr. 13 GG geschaffen. Es lässt die landesrechtlichen Regelungen über die Ablieferung von Pflichtstücken in § 21 DNBG ausdrücklich unberührt.

nungen.[249] Das DNBG hat eine Vorbildfunktion.[250] Auf einem Modellentwurf beruhend sind die Pflichtabgabevorschriften der Länder überwiegend in § 12 der Pressegesetze der Länder enthalten. Das Pflichtexemplarrecht ist in elf Ländern im Pressegesetz geregelt. Nur in fünf Ländern (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen) existiert ein autonomes Gesetz. In grundsätzlichen Fragen stimmen die Gesetze – mit geringfügigen Modifikationen – überein.

Dass kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommuniziert werden können, ist eine neuere Entwicklung, die noch nicht in allen Pflichtexemplarrechtsvorschriften nachvollzogen worden ist.

(I) Sammlungsauftrag – Ablieferungsverpflichtung

Oftmals knüpfen die Pflichtexemplarrechtsvorschriften ausschließlich an eine mediale körperliche Ausdrucksform, nämlich das „Druckwerk“ an. Der Begriff Druckwerk lässt sich zwar weit auslegen und erfasst unter Umständen auch elektronische Datenträger (z.B. CD/DVD), setzt in jedem Fall aber ein körperliches Sammlungsobjekt voraus. Die an die Öffentlichkeit gerichteten, über digitale und vernetzte Medien, also in unkörperlicher Form kommunizierten kulturellen Äußerungen, die sogenannten Netzpublikationen, werden vom Begriff Druckwerk nicht mehr erfasst.

Aber nicht nur die gegenwärtigen Bestimmungen des Sammlungsobjektes im Sammelauftrag vieler Pflichtexemplarvorschriften hindern die Pflichtexemplarbibliotheken an der umfassenden Sammlung von Netzpublikationen. Auch die Bestimmungen in Bezug auf die Abgabepflichtigen und die konkrete Erfüllung der Abgabepflicht bedarf der Anpassung an den medientechnologisch bedingten Wandel der Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien.

Gegenwärtig ist ablieferungspflichtig zumeist der „Verleger“ einer „verlegten“ kulturellen Äußerung. „Verleger“ und „verlegt“ sind schwierige, auslegungsbedürftige Begriffe. Zum Beispiel ist schon fraglich, ob der nicht kommerzielle Selbstverleger unter den Verlegerbegriff fällt. Dies ist aufgrund einer eigenen, dies klarstellenden Definition des Verlegerbegriffs in den Pflichtexemplarvorschriften zu bejahen.

Netzpublikationen werden nicht im ursprünglichen Sinne „verlegt“, also mittels eines Druck- oder sonstigen Vervielfältigungsverfahrens hergestellt und verbreitet. Sie werden über ein öffentliches Netz zugänglich gemacht (kommuniziert). Jeder an das Internet angebundene Rechner kann dabei als Inhalte-Anbieter (Content-Server) dienen. Sollen Inhalte nicht nur dann, wenn der Rechner an das Internet angebunden ist über das Internet abrufbar sein, dann lassen sie sich auf ei-

---

[249] Das (Landes-) Pflichtexemplarrecht unterliegt der Länderkompetenz nach Art. 70 GG.

[250] Nicht immer ist das DNBG jedoch die modernste Pflichtabgabenvorschrift. So sieht man sich in Sachsen-Anhalt bereits seit 1996 zur Sammlung von Netzpublikationen befugt.

nen kommerziellen Server mit Speicherplatz laden und über eine Seite im Internet der Öffentlichkeit kommunizieren. Die Inhalte werden in beiden Fällen erst im Moment ihres Abrufs „vervielfältigt“. Bei Netzpublikationen ist die vorherige Vervielfältigung durch den Verleger für die Verbreitung obsolet. „Verleger“ einer Netzpublikation kann danach jeder sein.

(II) Umfang Ablieferungsverpflichtung

Die Ablieferungspflicht ist im Hinblick auf die sammlungsrelevanten, über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen nicht bereits mit der Anbietung bzw. der Ablieferung durch Überspielen auf den Server der jeweiligen Pflichtexemplarbibliothek erfüllt. Während die Ablieferung durch Eigentumsübertragung des körperlichen Trägermediums im analogen Umfeld ausreichend war, besteht im digitalen Umfeld zusätzlich die Verpflichtung einer lizenzvertraglichen Rechtseinräumung im Hinblick auf den unkörperlich kommunizierten Inhalt, die kulturelle Äußerung, an sich. Denn während kulturelle Äußerungen sich über ein zu Eigentum erworbenes körperliches Trägermedium (relativ) unproblematisch im Bestand erhalten[251] und aus dem Bestand heraus vermitteln lassen,[252] lassen sich die unkörperlich in den Bestand übernommenen über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen nur bei entsprechender Rechtseinräumung weiter nutzen und damit weiter kommunizieren. Die meisten Nutzungen von kulturellen Äußerungen, die im analogen Umfeld über körperliche Medien kommuniziert werden, sind urheberrechtlich nicht erfasst und reguliert. Hingegen berührt fast jede Nutzung eines digitalen Inhalts Urheberrechte.[253] Ist schon die mit der Aufnahme in den Bestand verbundene Vervielfältigung eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung eines digitalen Inhalts, so ist es auch jede darüber hinausgehende Nutzungshandlung (etwa der Aufruf zur Rezeption). Betroffen ist zumindest das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG. Nutzungshandlungen im Hinblick auf digitale Inhalte bedürfen daher (soweit keine Schrankenbestimmungen greifen) der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers. Damit die Pflichtexemplarbibliotheken ihre gesetzlichen Aufgaben auch im Hinblick auf die unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerun-

---

[251] So ist es bei Übertragung des Sacheigentums an dem materiellen Träger einer kulturellen Äußerung für die Gedächtnisinstitutionen problemlos möglich, die kulturelle Äußerung über Restaurierung des materiellen Träger zu erhalten, ohne dabei eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlung vornehmen zu müssen und mit dem Urheberrecht in Konflikt zu kommen.

[252] Etwa durch Ausleihe des materiellen Trägers. Das Verleihen der käuflich erworbenen, beziehungsweise von Pflichtexemplarbibliotheken verpflichtend übernommenen, Bücher ist einer Bibliothek unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG (Vergütungspflichtigkeit) gestattet.

[253] Im digitalen Umfeld wird sogar der bloße Werkgebrauch, der urheberrechtlich im analogen Umfeld von der Zustimmung des Urheberrechtsinhabers frei gestellt ist, zu einer urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlung.

gen wahrnehmen können, sind ihnen die hierfür erforderlichen Rechtsbefugnisse bei der Ablieferung/Anbietung lizenzvertraglich einzuräumen. Das Pflichtexemplarrecht verpflichtet in Bezug auf in den Sammelauftrag fallende, über einen körperlichen Träger kommunizierte kulturelle Äußerungen zur Übertragung von Sacheigentum an einem Vervielfältigungsstück. In Bezug auf in den Sammelauftrag fallende, unkörperlich über öffentliche Netze in digitaler elektronischer Form kommunizierte kulturelle Äußerungen begründet das Pflichtexemplarrecht die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Einräumung beschränkter Rechte aus Urheberrechtseigentum.[254] Die zwangsweise Übertragung von Urheberrechten ist vergleichbar mit der zwangsweisen Übertragung von sachenrechtlichem Eigentum. Sie bedeutet eine Beschränkung der sich aus Art. 14 Abs. 1 GG ergebenden eigentumsrechtlichen Rechtsposition, denn Art. 14 Abs. 1 GG erfasst sowohl das sachenrechtliche, als auch das geistige Eigentum.[255] Das Bundesverfassungsgericht hat in dem kulturpolitischen Anliegen der Pflichtexemplarregelungen eine legitime Einschränkung des Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes gesehen, wenn unzumutbare (wirtschaftliche) Nachteile vermieden werden.[256] Eine Entschädigung ist zudem schon aufgrund des urheberrechtlichen Grundsatzes, der bestimmt, dass die Urheber tunlichst an allen Nutzungen ihrer Werke partizipieren können sollen, zu leisten. In Parallele zur Pflichtabgabe körperlicher Werkexemplare ist für die unkörperliche Pflichtabgabe und damit verbundene Pflichteinräumung urheberrechtlicher Befugnisse eine Entschädigung zu leisten. Schwierig zu bestimmen ist die Höhe der für die Rechtseinräumung zu bezahlenden Entschädigung, weshalb eventuell auch auf eine Klage in Bezug auf die Entschädigung und die gerichtliche Klärung gesetzt wird.[257] Jedenfalls hängt die Höhe der Entschädigung unmittelbar mit dem Umfang der einzuräumenden Rechte zusammen. Im digitalen Umfeld sind neue Maßstäbe für die Berechnung der Höhe der Entschädigung zu finden.

Der Umfang der einzuräumenden Nutzungsbefugnisse ergibt sich nicht direkt aus den die Ablieferungspflicht statuierenden Bestimmungen in den Pflichtexemplarge-

---

[254] *J. Heckmann/M. P. Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), AfP 2008, 269, unter V.2.

[255] Urheberrecht als Teil von Art. 14 Abs. 1 GG: BVerfG 31, 229 (241) – Schulbuchprivileg; 31, 248 (252) - Bibliotheksgroschen; 79, 1 (26 f.), Zum Thema Urheberrecht als Eigentum gem. Art. 14 siehe auch: *H. Möller*, Art. 14 GG und das „geistige Eigentum“, in: JurPC 2002, Web-Dok. 225/2992, Abs. 1-58.

[256] Einen Spezialfall bilden die eine öffentlich-rechtliche Anbietungspflicht begründenden Archivgesetze. Anbietungspflichtig sind in der Regel nur solche kulturellen Äußerungen, die entweder gar keinen Urheberrechtsschutz genießen und rein formellen Inhalt haben, oder aber die zwar urheberrechtlich geschützt sind, jedoch nicht kommerziell vertrieben werden und für die insoweit auch nach dem Grundsatz, dass der Urheber tunlichst an allen Nutzungen seines Werkes zu beteiligen ist, keine Entschädigung zu entrichten ist.

[257] Zur Bestimmung der Entschädigungshöhe beim körperlichen Pflichtexemplar vgl. BayVGH vom 4. November 1992, Az. 7 B 90.3264.

setzen[258] und auch nicht direkt aus den gesetzlichen Aufgabenbestimmungen der Pflichtexemplarbibliotheken.[259] Heranzuziehen ist zusätzlich die Auslegungsregel des § 31 Abs. 5 UrhG. Danach ist der Vertragszweck entscheidend für den Umfang der einzuräumenden Nutzungsbefugnisse. Der Zweck des zwischen der jeweiligen Pflichtexemplarbibliothek und dem Ablieferer einer über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerung abzuschließenden urheberrechtlichen Lizenzvertrages liegt darin begründet, dass die jeweilige Pflichtexemplarbibliothek ihre gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen kann.

Wenn zu den Aufgaben auch der Aufbau eines Bestandes von über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen, dessen Erhaltung und Vermittlung zählt, dann müssen der Pflichtexemplarbibliothek die erforderlichen Urheberrechte eingeräumt werden. Der Vertragszweck beschränkt zugleich den Umfang der einzuräumenden Nutzungsrechte. Es ist nur der zur Erfüllung der Aufgaben mindestens erforderliche Umfang an Rechten einzuräumen. Etwa ist für die Befugnis zur Weitervermittlung ausreichend, wenn der Bestand innerhalb der Räumlichkeiten der jeweiligen Pflichtexemplarbibliothek zur Rezeption vermittelt werden kann. Weitergehende Vermittlungsoptionen (etwa über digitale und vernetzte Medien) kann nicht der die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen bestimmende Gesetzgeber, sondern in Form von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen nur der die rechtlichen Rahmenbedingungen bestimmende Urheberrechtsgesetzgeber (der mit dem Gesetzgeber des Bundespflichtexemplarrechts der DNB übereinstimmt) vorsehen.[260]

Der zwischen der Pflichtexemplarbibliothek und dem Rechteinhaber abzuschließende Lizenzvertrag ist aufgrund dessen, dass die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Rechte verpflichtend einzuräumen sind, nicht vom Grundsatz der

---

[258] Etwa § 16 DNBG, welcher den Inhalt der Ablieferungspflicht nur insoweit regelt, als er bestimmt, dass „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“ sind.

[259] Die genaue Aufgabendefinition der Deutschen Nationalbibliothek etwa findet sich in § 2 DNBG. Nach § 2 Nr. 1 DNBG hat die Bibliothek die Aufgabe „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 im Original zu sammeln, zu inventarisieren, zu erschließen und bibliografisch zu verzeichnen, auf Dauer zu sichern und für die Allgemeinheit nutzbar zu machen, sowie zentrale bibliothekarische und nationalbibliografische Dienste zu leisten.“

[260] Der Urheberrechtsgesetzgeber hat sich mit § 52b UrhG auf eine Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen in den Räumlichkeiten der jeweils privilegierten Gedächtnisinstitution beschränkt hat und geht damit nicht über das hinaus, was den Pflichtexemplarbibliotheken auch ohne die Schranke des § 52b UrhG aufgrund lizenzvertraglich einzuräumender Nutzungsrechte möglich ist.

Privatautonomie geprägt, sondern stark einer Zwangslizenz angenähert.[261] Eine Zwangslizenz-Regelung kann insbesondere kulturpolitische Gründe haben.[262] Eine urheberrechtliche Zwangslizenz verleiht eine ohne oder gegen den Willen des Urhebers eingeräumte Befugnis, ein urheberrechtlich geschütztes Werk in bestimmter Weise zu nutzen.[263] Anders als bei einer gesetzlichen Schranke bedarf es jedoch einer positiven Nutzungsrechtseinräumung.

(III) Bereits angepasste Pflichtexemplarvorschriften

Erst einige wenige Pflichtexemplargesetze haben die Entwicklung nachvollzogen, dass kulturelle Äußerungen sich nicht nur über ein Trägermedium interaktionslos kommunizieren lassen, sondern auch körperlos über digitale und vernetzte, öffentliche Medien einer breiten Öffentlichkeit zugänglich machen lassen. Es sind dies die Deutsche Nationalbibliothek und die regionalen Pflichtexemplarbibliotheken von Baden-Württemberg,[264] Hamburg,[265] Sachsen-Anhalt[266] und Thüringen.[267] und In den übrigen Bundesländern sollen die Pflichtexemplar-Gesetze jedoch ebenfalls in naher Zukunft geändert werden.

(1) Sammlungsauftrag- Ablieferungsverpflichtung aus dem Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG)

Das Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek enthält sozusagen das Herzstück des Bundespflichtexemplarrechts.[268] Sinn und Funktion des Bundespflichtexemplarrechts ist die möglichst vollständige Sammlung und Überlieferung des kulturellen und wissenschaftlichen Schaffens der deutschen Nation. Dieser Aufgabe kann es im 21. Jahrhundert, in dem kulturelle Äußerungen nicht mehr nur körperlich auf Trägermedien kommuniziert werden, sondern auch unkörperlich über öffentliche (digitale elektronische) Netze, nur gerecht werden, wenn nicht an das Trägermedium einer kulturellen Äußerung, sondern an die kulturelle Äuße-

---

[261] Vgl. *J. Heckmann/M. P. Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), in: AfP 2008, 269, Punkt 3.

[262] *C. Wolff*, Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht, 2005, 109 f.

[263] *F. Melchiar,* in: G. Schricker, Urheberrecht, Vor §§ 44a UrhG, Rdn. 29.

[264] Auf der Grundlage des Gesetzes über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in Stuttgart vom 23. Februar 2007

[265] Auf der Grundlage des „Gesetzes zur Änderung des Pflichtexemplargesetzes" vom 8. September 2009, GVBl. Hamburg Teil I, S. 330

[266] Auf der Grundlage des durch Art. 3 des Dritten Medienrechtsänderungsgesetzes vom 15. März 2010 geändertem Landespressegesetz.

[267] Auf der Grundlage des Thüringer Gesetzes zum Erlass und zur Änderung bibliotheksrechtlicher Vorschriften – Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz vom 16. Juli 2008, Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Thüringen Nr. 8, 2008, 243 f.

[268] Es wird ergänzt durch die, es konkretisierende, Verordnung über die Pflichtablieferung von Medienwerken an die Deutsche Nationalbibliothek.

rung an sich angeknüpft wird.[269] Diese Entwicklung wurde im DNBG, wie nachfolgend aufgezeigt wird, mittlerweile vollzogen.

Der Sammelauftrag der zentralen Archivbibliothek der Bundesrepublik Deutschland, der *Deutschen Nationalbibliothek*,[270] war bis zum Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek in § 2 des vorhergehenden Gesetzes über die Deutsche Bibliothek auf das Kommunikationsmedium *„Druckwerk"* als Sammelobjekt beschränkt. Die Begriffsdefinition in § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Deutsche Bibliothek lautete:

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

Diese Begriffsdefinition setzte ein *körperliches (Träger-) Medium* voraus.[271] Der Sammelauftrag ließ sich noch dahingehend auslegen, dass auch die *elektronischen, trägergebundenen* Medien (sogenannte „Non book materials") gesammelt werden konnten. Eine Analogie im Hinblick auf die nur über digitale und vernetzten Medien *elektronisch trägerlos* kommunizierten kulturellen Äußerungen war jedoch mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht mehr vereinbar.[272] Bereits 1996 hatten daher staatliche wie verlegerische Stellen eine Erweiterung des Sammelauftrags der Bibliothek auf digitale, nicht trägergebundene kulturelle Äußerungen für notwendig gehalten.[273] Im September 2001 einigten sich die Bibliothek und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels auf ein freiwilliges Ablieferungsverfahren für Publikationen, die über digitale und vernetzte Medien kommuniziert werden.[274] Das freiwillige Ablieferungsverfahren erfasste jedoch nur wissenschaftliche Publikationen bedeutender Verlage. Nicht gewerbliche Publikationen, die so genannte „graue Literatur",[275] oder die Programme kleinerer Verlage konnten nicht vollständig erfasst werden.

---

[269] *H. Müller*, Elektronisches Pflichtexemplarrecht oder das Recht des Bürgers auf ungehinderten Zugriff zu elektronisch gespeicherten Informationen, in: Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie, 1997, 199.

[270] Vgl. *E. Plassmann/H. Rösch/J. Seefeldt/K. Umlauf,* Bibliotheken und Informationsgesellschaft in Deutschland, 68.

[271] *K. Walter*, Das Pflichtexemplar in der Gesetzgebung des Bundes und der Länder in: C. Bohrer (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung in Europa, 2000, 49 (49).

[272] *K. Walter*, Das Pflichtexemplar in der Gesetzgebung des Bundes und der Länder in: C. Bohrer (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung in Europa, 2000, 49 (50).

[273] Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), Bundestagsdrucksache 16/322.

[274] Rahmenvereinbarung zur freiwilligen Ablieferung von Netzpublikationen zum Zwecke der Verzeichnung und Archivierung zwischen der Deutschen Bibliothek und dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. vom März 2002, abrufbar unter: http://info-deposit.d-nb.de/entwicklung/recht_boersen.htm (Zuletzt abgerufen am 9. September 2007).

[275] Graue Literatur ist ein Begriff für Publikationen, die außerhalb des Buchhandels erscheinen. Siehe: *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 83.

Daher wurde das Bundespflichtexemplarrecht grundlegend überdacht und auf (elektronisch trägerlos) über digitale und vernetzte Medien publizierte kulturelle Äußerungen, sogenannte „Netzpublikationen“, erweitert.[276]

Der Sammelauftrag der Deutschen Nationalbibliothek in der Fassung des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek aus dem Jahre 2006[277] umfasst nach § 2 Nr. 1 DNBG:

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 von 2006 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 von Medienwerk in §§ 2 DNBG gehören nicht nur *originär* unkörperlich kommunizierte Publikationen, sondern auch *Digitalisate* älterer Publikationen, die im Internet öffentlich zugänglich gemacht werden. Durch die Digitalisierung werden auch Publikationen, deren ursprüngliche Form nicht sammelpflichtig war, in der digitalisierten Form sammelpflichtig (z. B. Digitalisate von Publikationen vor 1913, von im Ausland gedruckten Publikationen oder von Handschriften).[278]

Indem der Begriff „Druckwerk“ durch den Begriff „Medienwerk“ ersetzt wird, wird nicht mehr an ein körperliches Trägermedium angeknüpft. Der Begriff Medienwerk erfasst alle denkbaren Ausdrucksformen kultureller Äußerungen, einschließlich der in unkörperlicher Form über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen. Angeknüpft wird direkt an die kulturelle Äußerung, welche als Medienwerk bezeichnet wird, was sie auch ist, insoweit sie erst über Medien (bspw. Schrift, Bild und Ton) erfahrbar und rezipierbar ist.

Der aus „Medium“ und „Werk“ zusammengesetzte Begriff „Medienwerk“ macht deutlich, dass die DNB nur hochkulturelle Äußerungen, nämlich urheberrechtlich als Werk geschützte kulturelle Äußerungen sammelt.

Der Begriff Medienwerk wird in § 3 Abs. 2 und § 3 Abs. 3 DNBG unterteilt in „körperliche“ (Abs. 2) und „unkörperliche“ (Abs. 3) Medienwerke:

§ 3 Abs. 2 DNBG: *Medienwerke in körperlicher Form sind alle Darstellungen auf Papier, elektronischen Datenträgern und anderen Trägern.*

---

[276] *E. W. Steinhauer,* Pflichtablieferung von Netzpublikationen. Urheberrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Ablieferungspflicht von Netzpublikationen an die Deutsche Nationalbibliothek, in: KUR 2009, 161.

[277] Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek vom 22. Juni 2006, BGBl. I 2006, 1338, Streitigkeiten über die Groß- beziehungsweise Kleinschreibung des Artikels bleiben damit bestehen.

[278] Wie vormals bei den Reprints.

§ 3 Abs. 3 DNBG: *Medienwerke in unkörperlicher Form sind alle Darstellungen in öffentlichen Netzen.*

Der eigentlich der Erläuterung und Konkretisierung dienende Abs. 3 verunklart das zunächst sehr klare Begriffsverständnis aus § 3 Abs. 1. Es ist unklar, wieso nur die Darstellungen in öffentlichen Netzen vom Begriff des „unkörperlichen Medienwerkes" erfasst werden sollen. Begrifflich ist ein Medienwerk in unkörperlicher Form sicher auch die Darstellung in einem nicht öffentlichen Netz. Der Begriff Medienwerk passt auf alle urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen unabhängig davon, ob sie körperlich mittels Trägermedium oder unkörperlich ohne Trägermedium über digitale und vernetzte Medien kommuniziert werden. Durch die Konkretisierung aus § 3 Abs. 3 DNBG soll wohl der sich allein aus dem Zusammenspiel von § 2 und § 3 Abs. 1 DNBG ergebende Sammelauftrag der DNB eingegrenzt werden. Systematisch wäre diese Eingrenzung allerdings besser und klarer in § 2 DNBG selbst, oder aber in den Ausführungsbeschränkungen zum Sammelauftrag vorzunehmen. Der eigentlich für alle urheberrechtlich geschützten, körperlich sowie unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen passende Begriff „Medienwerk" hätte zur Eingrenzung des Sammelauftrages der DNB keiner weiteren Konkretisierung bedurft. Bestenfalls einer erläuternden Konkretisierung im Sinne einer „Insbesondere" Bestimmung.[279]

Der aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 3 DNBG herauszulesenden Intention des Gesetzgebers, dass Darstellungen in Intranets nicht von der DNB gesammelt werden sollen,[280] wird schon dadurch genügt, dass die in Intranets unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen nicht veröffentlicht sind, was aber gem. § 2 DNBG Voraussetzung für die Sammlungstätigkeit der DNB ist.

Voraussetzung für die Sammlungstätigkeit der DNB ist seit der Neufassung des DNBG nicht mehr, dass das Sammlungsobjekt „verlegt" wurde, sondern gemäß § 2 Nr. 1 a) und b) DNBG dessen „Veröffentlichung". Das Merkmal „v*eröffentlicht*" erfasst deutlicher als die Merkmale „verlegt" und „hergestellt" aus § 2 Nr. 1 des ersetzten Gesetzes über die Deutsche Bibliothek auch Publikationen, die außerhalb des kommerziellen Buchhandels erscheinen, die so genannte graue Literatur.[281] Die Begriffe „verlegt" oder „hergestellt" bedurften einer eigenen Definition in § 19 Abs. 2 des ersetzten Gesetzes über die Deutsche Bibliothek, die beispielsweise auch nicht kommerzielle Selbstverleger gesondert erwähnte, um nicht als allein auf Gewerbebetriebe zielende Kriterien missverstanden zu werden.

---

[279] Etwa: § 3 Abs. 2 DNBG: Medienwerke in körperlicher Form sind *insbesondere* alle vom Sammelauftrag erfassten Darstellungen auf Papier, elektronischen Datenträgern und anderen Trägern.

§ 3 Abs. 3 DNBG: Medienwerke in unkörperlicher Form sind *insbesondere* alle vom Sammelauftrag erfassten Darstellungen in öffentlichen Netzen.

[280] Vgl. Begründung der Regierung, in: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), Bundestagsdrucksache 16/322, 14.

[281] „Graue Literatur" ist ein Begriff für Publikationen, die außerhalb des Buchhandels erscheinen. Siehe: *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 83.

Indem der Begriff „verlegt“ durch den Begriff „veröffentlicht“ ersetzt wird, entfällt zudem die Problematik, dass eine Netzpublikation nicht im ursprünglichen Sinne „verlegt“ wird.

Wann urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen veröffentlicht sind, bestimmt § 6 Abs. 1 UrhG, nämlich dann, wenn sie *„mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist“*.

Der Begriff der Öffentlichkeit selbst wird nicht in § 6 UrhG, sondern in dem die Verwertungsrechte des Urhebers bestimmenden § 15 UrhG legal definiert. § 15 Abs. 3 UrhG bestimmt:

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.

Es ist umstritten, ob die in § 15 Abs. 3 UrhG enthaltene Definition der Öffentlichkeit auch für § 6 Abs. 1 UrhG gilt,[282] oder ob dieser von einem eigenen Begriff der Öffentlichkeit ausgeht.[283]

Wenn das im Urheberrecht traditionell sehr weite Verständnis von Öffentlichkeit aus §15 Abs. 3 UrhG[284] auch auf § 6 UrhG angewandt wird, so führt das zu einer Verstärkung der mit der Veröffentlichung verbundenen nachteiligen Folgen für den Urheber (z.B. die kürzeren Schutzfristen, die mit Veröffentlichung anfangen zu laufen). Von der Veröffentlichung eines unkörperlichen Werkes ist daher erst dann auszugehen, wenn es einem nicht von vornherein bestimmt abgegrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird,[285] und nicht schon dann, wenn es einer Mehrzahl von Personen (mindestens zwei nicht durch persönliche Beziehungen miteinander verbundenen Personen) zugänglich gemacht wird.[286] Hingegen sollte es keinen Unterschied machen, ob das Werk den Angehörigen der Öffentlichkeit gleichzeitig oder sukzessive zugänglich gemacht wird.

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. Diese sind, weil veröffentlicht, schon dann zu sammeln,

---

282 *H. Ahlberg,* in: P. Möhring/K. Nicolini, UrhG, § 6 Rdn. 11; *M. C. G. Marquardt,* in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger, UrHG, 2006, § 6 Rdn. 5.

283 *P. Katzenberger*, in G. Schricker, Urheberrecht, § 6 Rdn. 9 ff.

284 *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, § 15 UrhG Rdn. 39 ff.; *J. v. Ungern-Sternberg*, in: G. Schricker, Urheberrecht, § 15 Rdn. 66 ff.

285 So die Ansicht welche einen engeren eigenen Öffentlichkeitsbegriff für § 6 Abs. 1 UrhG verlangt, vgl. *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze (Hrsg.), UrhG, 2008,§ 6 Rdn. 7.

286 Vergleiche den weiten Öffentlichkeitsbegriff aus § 15 Abs. 3 UrhG. Ansonsten würden auch Beiträge aus Intranets großer Firmen, in denen die Mitarbeiter nicht mehr alle durch persönliche Beziehungen verbunden sind, als veröffentlicht gelten. Dies wäre nicht mit dem Know-how-Schutz und Berufsgeheimnissen zu vereinbaren.

wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Dies 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“* die §§ 17 (Verbreitungsrecht) und 19a (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) UrhG aufgreift. Gesammelt werden sollen auch diejenigen unkörperlichen Medienwerke, die erst auf Verlangen bereitgestellt oder gedruckt (z. B. Publishing oder Printing on Demand) werden.[287]

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 Anbietungs- und Ablieferungspflichten. Entweder sind die vom 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 Handlung der Deutschen Nationalbibliothek 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 entgegen nimmt. Ei-

[287] Begründung des DNBG, § 3 Abs. 1- 3, 12, im Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), Bundestagsdrucksache 16/322.

ne Nutzungsrechtseinräumung gem. §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG im Hinblick auf § 16 UrhG ist insoweit nicht erforderlich.

Beim Verfahren durch „Bereitstellung zur Abholung“ nach Maßgaben der Bibliothek[288] besteht die Handlung der Deutschen Nationalbibliothek 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 herunter zu speichern. Hierzu setzt sie zielgerichtetes Web-Harvesting ein.[289] 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 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 „Geschäftsgang“ der Netzpublikationen.[290] 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 im Hinblick auf § 16 UrhG erfolgt bei der Bereitstellung zur Abholung auf einem entsprechendem Dokumentenserver konkludent bereits durch die Bereitstellung.

Während der Sammelauftrag in der Fassung des ursprünglichen Gesetzes schon im Gesetz selbst umfassend eingeschränkt wurde und die Einschränkungen durch die Ausführungsbestimmungen enthaltende (so genannte Pflichtstück-) Verordnung nur noch präzisiert wurden, wird der Sammelauftrag in der Fassung des DNBG nur geringfügig im Gesetz selbst (zeitlich und regional) eingeschränkt. Im Hinblick auf die unkörperlichen Medienwerke wurde daher teilweise der Schluss gezogen, dass die DNB nach der Neufassung des DNBG verpflichtet sei, das gesamte deutsch-

---

[288] Auf Nachfrage bei der DNB hat N. Stephan von der DNB zu den Maßgaben der Bibliothek am 22. Oktober 2007 folgende Auskunft gegeben: „Die "Maßgaben der Bibliothek" sind…(noch) nicht konkret festgelegt; es können daher Einzelabsprachen getroffen werden. Wichtig ist, dass eine Schnittstelle vorhanden sein muss, die es der Deutschen Nationalbibliothek ermöglicht, evtl. vorhandene Metadaten sowie die Internetveröffentlichung selbst abzuholen.“

[289] Zum Begriff und zur urheberrechtlichen Zulässigkeit von Web-Harvesting siehe 2. Kapitel D.II.2.d)bb)(B)(I)(2).

[290] *A. V. Meyer*, Netzpublikationen. Geschäftsgang und Verfügbarmachung, in: Berliner Handreichungen zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft 210, 2007.

sprachige Internet zu archivieren.[291] Die Masse der unter den abstrakten Sammelauftrag des DNBG fallenden, unkörperlichen Medienwerke ist im Hinblick auf allein derzeit über 18.000 Millionen deutsche Top-Level Domains nicht zu bewältigen.[292] Daher ermächtigt das DNBG in § 20 dazu, den Sammelauftrag durch die Ausführungsbestimmungen enthaltende (so genannte Pflichtstück-) Verordnung maßgeblich weiter einzuschränken. 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 möglich!

Die Deutsche Nationalbibliothek hat den erweiterten gesetzlichen Auftrag durch Neufassung der Pflichtablieferungsverordnung und der Sammelrichtlinien konkretisiert.[293] Darin wird der umfassende Sammlungsauftrag und die damit korrespondierende, umfassende Ablieferungspflicht im Hinblick auf Netzpublikationen so weitreichend eingeschränkt, dass die Deutsche Nationalbibliothek der Archivierungsanforderung gerecht werden kann und eben nicht alle deutschsprachigen Internetseiten archivieren muss.[294] Der Haushalt der Deutschen Nationalbibliothek, welcher selbst wiederum dem Haushalt des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien zuzurechnen ist, wurde dem auf nichtkörperliche Medienwerke erweiterten Sammelauftrag, dessen Erfüllung zusätzliches Personal und die Bereitstellung von IT-Infrastruktur notwendig macht, angepasst.[295]

(2) Pflichtexemplarrecht in Baden-Württemberg

In das Gesetz über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in Stuttgart wurde durch die Anpassungsverordnung vom 23.2.2007[296] § 1a eingefügt:

Auszug aus dem Gesetz über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in Stuttgart:

§ 1a

Für digitale Publikationen gelten die Vorschriften dieses Gesetzes entspre-

---

[291] *R. Löbbert*, Jeder Chat ein Dokument, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29. Oktober 2006, 33.

[292] Denic Pressemitteilung vom 12.07.2007, online abrufbar unter: www.denic.de/de/denic/presse/pres_83.html (Letzter Abruf : 08. Januar 2008).

[293] Verordnung über die Pflichtablieferung von Medienwerken an die Deutsche Nationalbibliothek (Pflichtablieferungsverordnung PflAV) vom 17. Oktober 2008, BGBl. I, 2013.

[294] *J. Schmiederer*, Internet. Jäger des virtuellen Schatzes, in: Süddeutsche Zeitung vom 15. September 2006, 9.

[295] Die Deutsche Nationalbibliothek bekommt gemäß § 13 Abs. 4 Mittel vom Bund nach Maßgabe des Bundeshalts, ihrem Haushaltsplan muss gem. Abs. 3 der Bundesbeauftragte für Kultur und Medien zustimmen, im übrigen gelten die gem. § 13 Abs. 1 die haushaltsrechtlichen Bestimmungen des Bundes.

[296] GBl., 107

chend. Digitale Publikationen sind Medienwerke in unkörperlicher Form, die in öffentlichen Netzen dargestellt werden.

Diese schlanke Erweiterung, des auch ansonsten sehr schlanken Gesetzes, sollte eine Totalüberholung und Neufassung entbehrlich machen. Sie wirft jedoch viele Fragen auf. So zum Beispiel, wie die von § 1a geforderten Analogien im Einzelfall jeweils herzustellen sind. Gerade im Hinblick auf die Abgabepflicht aus § 1 ist mehr als unklar, wann sie auch Netzpublikationen betrifft. § 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 nicht 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 Versendungskosten und das zweite Exemplar an die andere Landesbibliothek auf deren Anforderung gegen eine Entschädigung in Höhe von 50 v.H. des Ladenpreises frei von Versendungskosten 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 Druckwerks 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“[297] und Anknüpfungspunkt kann somit nicht der Sitz des Verlegers sein. Sodass fraglich ist, wie abgabepflichtige Netzpublikationen in Baden-Württemberg identifizierbar sind. Lediglich die von den Verlagen in Baden-Württemberg über das Internet kommunizierten Netzpublikationen fallen klar unter die nach Baden-Württembergischen Pflichtexemplarrecht abgabepflichtigen Netzpublikationen. Im Hinblick auf alle anderen Netzpublikationen müssen die regionalen Pflichtexemplarbibliotheken in

[297] Netzpublikationen werden nicht mittels eines Druck- oder sonstigen Vervielfältigungsverfahrens hergestellt und verbreitet. Sie werden über ein öffentliches Netz zugänglich gemacht (kommuniziert). Jeder an das Internet angebundene Rechner kann als Inhalte-Anbieter (Content-Server) dienen. Die Inhalte werden erst im Moment ihres Abrufs „vervielfältigt“. Bei Netzpublikationen ist die vorherige Vervielfältigung durch den Verleger für die Verbreitung obsolet. „Verleger“ einer Netzpublikation kann jeder sein.

Baden-Württemberg sich mit den Anbietern möglicher Inhalte in Verbindung setzen, um die Abgabepflichtigkeit zu klären.

Der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg sollte sich um Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen, die Mühe machen, sein Pflichtexemplarrecht einer Generalüberholung zu unterziehen.

Dabei sollte auch die Gesetzessystematik wiederhergestellt werden, welche unter der Einfügung des § 1a gelitten hat. Der § 1a ist, anders als die sonstigen Paragrafen, nicht überschrieben und klemmt zwischen § 1, der den Umfang der Ablieferungspflicht bestimmt, und § 2, der die Begriffsbestimmung Druckwerke enthält.

Trotz der nach hier vertretener Ansicht unklaren Rechtslage in Baden-Württemberg, sammeln archivieren und erschließen die beiden Landesbibliotheken in Baden-Württemberg Netzpublikationen über das Baden-Württembergische Online Archiv (BOA),[298] einem der ersten Depotsysteme für Netzpublikationen, schon seit dem Jahr 2004.

Das BOA wird zusammen mit dem Landesarchiv betrieben. Auswahl, Sammlung und Beschreibung erfolgen in gegenseitiger Abstimmung gemäß der Sammelrichtlinien und Erschließungsregeln. Der Schwerpunkt liegt zurzeit auf über das Internet veröffentlichten Dokumenten im PDF Format[299] und Webseiten, die in Baden-Württemberg veröffentlicht werden (Pflichtexemplar) oder sich inhaltlich auf Baden-Württemberg beziehen. Erstere können nicht über die Internetseite von BOA, sondern gestützt auf § 52b UrhG nur an einem elektronischen Leseplatz innerhalb der Bibliotheken zugänglich gemacht werden.[300] Letztere fallen nicht unter das Pflichtexemplarrecht und können nur mit Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber gespeichert und zugänglich gemacht werden. Die Betreiber des BOA müssen sich, dem Ziel der dauerhaften Zugänglichmachung entsprechend, zeitlich unbegrenzte und medienunabhängige Nutzungsrechte einräumen lassen. Problematisch gestaltet sich der Ansatz der Sammlung für die Ewigkeit. Sie 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.

Das Gesetz über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in Stuttgart wird durch die Verordnung des Wissenschaftsministeriums zur Durchführung des Gesetzes über die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Badische Landesbibliothek in Karlsruhe und die Württembergische Landesbibliothek in

---

[298] *H. Wiesenmüller*, Bestandserhaltung von Online-Publikationen an Regionalbibliotheken: Das Projekt 'Baden-Württembergisches Online-Archiv' (BOA), in: Bibliotheksdienst, 2004, 471.

[299] Weil sich dieses überall gleich darstellt und damit theoretisch zitierbar ist, nichtsdestotrotz handelt es sich um ein proprietäres Format, und nicht um ein offenes Format.

[300] Zu § 52b UrhG siehe: 2. Kapitel D.II.2.f)cc)(B)(II).

Stuttgart (Pflichtexemplarverordnung)[301] ergänzt. Diese wiederum durch Sammelrichtlinien und Erschließungsregeln der Bibliotheken.

Erst Letztere geben wirklich Aufschluss darüber, was von den Regionalbibliotheken in Stuttgart und Karlsruhe gesammelt wird. Dies macht es für die Ablieferungspflichtigen zusätzlich schwer, ihrer Ablieferungspflicht nachzukommen und zwingt die regionalen Pflichtexemplarbibliotheken Stuttgart und Karlsruhe, wollen sie ihrem formulierten Anspruch der vollständigen Sammlung von Netzpublikationen nachkommen, selbst nach diesen zu suchen.

(3) Pflichtexemplarrecht in Sachsen- Anhalt

In Sachsen-Anhalt wird bereits seit 1996 davon ausgegangen, dass eine Kompetenz zur Sammlung von Netzpublikationen besteht. Diese wurde aus § 2 der Verordnung über die Durchführung der Ablieferungspflicht von Druckwerken in der Fassung vom 12.06.1996 hergeleitet.[302]

Die zitierten gesetzlichen Grundlagen in Sachsen-Anhalt begründeten jedoch weder die Kompetenz der Universitäts- und Landesbibliothek in Halle zur Sammlung von Netzpublikationen, noch eine Abgabepflichtigkeit. Der Begriff Druckwerk, so wie er in § 6 des Landespressegesetzes von 1996 definiert wurde, lies sich (in Übereinstimmung mit § 2 der Verordnung über die Durchführung der Ablieferungspflicht von Druckwerken) noch dahingehend auslegen, dass auch die *elektronischen* Medien erfasst waren, allerdings nur die *trägergebundenen* Medien (sogenannte „Non book materials“). Eine Analogie im Hinblick auf die nur über digitale und vernetzten Medien, *elektronisch trägerlos* kommunizierten Veröffentlichungen, sogenannte Netzpublikationen, war mit dem Wortlaut der Vorschrift, entgegen der Auffassung der Landesbibliothek, nicht mehr vereinbar.[303]

Probleme bereitete unter anderem der Verlegerbegriff im Hinblick auf Netzpublikationen. Verleger kann in öffentlichen Netzen jeder sein. Jedoch nicht jeder (Selbst-) Verleger wird, wenn er sie überhaupt kennt, seiner Abgabepflicht nachkommen oder als Abgabepflichtiger identifizierbar sein. Die Landesbibliothek sammelte nach internen Sammelrichtlinien denn auch nur Inhalte der ihr bekannten Verleger. Aufgrund derer freiwilliger Mitarbeit war es bisher nicht erforderlich, die Tragfähigkeit der gesetzlichen Grundlagen gerichtlich zu prüfen.

Die, Sammlung von Netzpublikationen geschieht in Sachsen-Anhalt in Absprache mit den verlegerischen Stellen und Institutionen. Die Verlagslandschaft in Sachsen-Anhalt ist klein und überschaubar und zu den verlegerischen Stellen und Institutionen besteht ein freundschaftliches Verhältnis. Die Universitäts- und Landesbibliothek Halle ist nie auf Widerstand bei der Sammlung von Netzpublikationen gestoßen.

---

[301] Vom 26. März 1976 (GBl., 447), geändert durch ÄndVO vom 1. 9. 2000 (GBl., 664).

[302] Verordnung über die Durchführung der Ablieferungspflicht von Druckwerken in der Fassung vom 12. Juni 1996 , GVBl. LSA 1996, 208.

[303] *K. Walter*, Das Pflichtexemplar in der Gesetzgebung des Bundes und der Länder in: C. Bohrer (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung in Europa, 2000, 49 (50).

Die nicht nur weil öffentliche Mittel für eine Aufgabe verwendet wurden, die nur nach dem Verständnis der Landesbibliothek, nicht jedoch nach dem vom (Landes-) Gesetzgeber formulierten Auftrag, zum Aufgabenbereich zählte, aus haushaltsrechtlichen Erwägungen längst überfällige Änderung des Pressegesetzes wurde durch Art. 3 des Dritten Medienrechtsänderungsgesetzes vom 15.03.2010 und Einfügung der §§ 6 und 11 des Landespressegesetzes vorgenommen.[304] Insoweit nunmehr ein klarer Auftrag besteht lässt sich der Mehrbedarf an Personal und IT-Ausstattung bei der haushaltsrechtlichen Verteilung der Mittel berücksichtigen.

Auch das Pressegesetz in Sachsen-Anhalt wurde nicht „generalüberholt", sondern in § 6 Abs. 5 Landespressegesetz eine Analogie zu den Regelungen für Druckwerke hergestellt. Die hiermit verbundenen Probleme wurden in § 11 Abs. 7 des Landespressegesetzes dadurch entschärft, dass die Abgabepflichtigkeit für digitale Publikationen überarbeitet wurde und im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien öffentlich zugänglich gemachten digitalen Publikationen an den Berechtigten anknüpft.[305]

(4) Pflichtexemplarrecht in Thüringen

Das Pflichtexemplarrecht in Thüringen wurde am 16.07.2008 mit dem Thüringer Gesetz zum Erlass und zur Änderung bibliotheksrechtlicher Vorschriften – Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz – geändert.[306] In das für die Pflichtabgabeverpflichtung relevante Thüringer Pressegesetz wurde bei § 12 ein Abs. 3 angefügt, welcher die Pflichtabgabe für digitale Publikationen vorsieht.

Das Thüringer Bibliotheksgesetz unterscheidet in Druckwerke (§ 12 Abs. 1) und digitale 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 Begriff verwendet, der im DNBG (etwa in § 3 DNBG) synonym zum Begriff Medienwerk Verwendung findet.

Digitale Publikationen sind nach Artikel 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 Pressegesetzes auch digital elekt-

---

[304] GVBl. Sachsen-Anhalt 2010, S. 112.

[305] So bestimmt § 11 Abs. 7 Landespressegesetz: *„Für digitale Publikationen gilt Absatz 1 mit der Maßgabe entsprechend, dass zur Ablieferung verpflichtet ist, wer den betreffenden Datenträger wie ein Verleger oder gleichgestellter Drucker oder sonstiger Hersteller im Sinne von Absatz 1 verbreitet oder berechtigt ist, die betreffende digitale Publikation öffentlich zugänglich zu machen und den Sitz, eine Betriebsstätte oder den Hauptwohnsitz in Sachsen-Anhalt hat."*

[306] GVBl. für den Freistaat Thüringen Nr. 8, 2008, 243 f.

ronisch auf körperliche Trägermedien gespeicherte Dokumente umfasst, entbehrlich gemacht.[307]

Auch wenn etwas unklar formuliert,[308] 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.

(5) Pflichtexemplarrecht in Hamburg

Durch das "Gesetz zur Änderung des Pflichtexemplargesetzes" vom 8.09.2009 wurde in Hamburg das elektronische Pflichtexemplar eingeführt.[309] Die Änderung orientiert sich stark an dem in Baden-Württemberg geltenden Recht und schafft in § 1 des 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.*"

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 etc. erheblich.

Es ist zu begrüßen, dass in Hamburg auf die Anforderungen, welche die digitalen und vernetzten Medien an das Pflichtexemplarrecht stellen, reagiert wurde, jedoch gelten für die hergestellte Analogie statt Generalüberholung dieselben Bedenken wie für das Pflichtexemplarrecht in Baden-Württemberg.[310]

Gleichfalls 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

---

[307] Nach überwiegender Ansicht erfasst der Begriff Druckwerk auch offline Medien, also digital auf körperliche Trägermedien aufgezeichnete elektronische Daten.

[308] Denn „Datenträger“ ist auch ein Blatt Papier, jedoch ist offensichtlich nur der Träger einer elektronischen Aufzeichnung gemeint.

[309] GVBl. Hamburg Teil I, S. 330.

[310] Hierzu siehe 2. Kapitel D.II.1.a)bb)(B)(III)(2).

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.[311] Die Reichweite der Ablieferungsverpflichtung sollte für die Abgabeverpflichteten und den Rechtsanwender aus Gründen der Rechtsklarheit aus einer Rechtsverordnung widerspruchsfrei, deutlich und verständlich hervorgehen.

(IV) Koordinierte und/oder kooperative oder zentrale Sammlung von Netzpublikationen

Wenn auch die übrigen Pflichtexemplarbibliotheken in naher Zukunft ihr Pflichtexemplarrecht auf die Sammlung von Netzpublikationen erweitern und Netzpublikationen nicht mehr nur von der DNB, sondern auch von allen Regionalbibliotheken dezentral gesammelt werden, bietet sich angesichts beschränkter Mittel und unter Effizienzgesichtspunkten eine koordinierte und kooperative, wenn nicht gar zentrale Sammlung an. Diese ist auch vor dem Hintergrund der doppelten Belastung der Abgabeverpflichteten zu bedenken. So hat etwa der Börsenverein des deutschen Buchhandels in seiner Stellungnahme zum Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz und Thüringer Bibliotheksgesetz, um Doppelbelastungen der Abgabeverpflichteten zu vermeiden, den Vorschlag gemacht, dass die DNB als zentrale Schnittstelle die digitalen Pflichtstücke einsammelt und an die dezentralen Bibliotheken als dezentrale Stellen weitergibt.[312] Dieser Vorschlag wäre jedoch wiederum mit enormen Zusatzbelastungen für die DNB verbunden, die nicht nur den eigenen Bestandsaufbau im Hinblick auf Netzpublikationen zu verantworten hätte, sondern darüber hinaus jeweils feststellen müsste, ob für einen abgelieferten Inhalt gegebenenfalls auch eine Landespflichtexemplarbibliothek zuständig wäre, an den sie den Inhalt weiterzureichen hätte.

Man könnte im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen auch darüber nachdenken, dass zentral nur die Deutsche Nationalbibliothek, die über die nötigen Ressourcen an fachkundigem Personal und die hierzu nötige technische Infrastruktur verfügt, sich der Aufgabe des kontinuierlichen Bestandsaufbaus und der dauerhaften Bestandserhaltung widmet.

Alle anderen Bibliotheken könnten sich ohne Serviceeinbußen für den Bibliotheksnutzer (wie zum Beispiel „sofortiger Verfügbarkeit“, welche analog nur dann gegeben ist, wenn die Publikation sich im Bestand der jeweiligen Bibliothek befindet, ansonsten muss sie über Fernleihe beschafft werden) darauf beschränken, den Zugang zu den zentral auf einem Archivserver der Deutschen National-

---

[311] *E. Steinhauer,* Virtueller Zettelkasten zum Bibliotheksrecht vom 09. November 2009, Netzpublikation siehe Anhang.

[312] Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Thüringer Bibliotheksgesetz (ThürBibG) und Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz (ThürBibRG) vom 23. Mai 2008, 4.

bibliothek gespeicherten „digitalen“ kulturellen Äußerungen über Austauschformate und Schnittstellen dezentral zu ermöglichen.

Rechtlich ginge dies wohlgemerkt nur bei denjenigen Netzpublikationen, für die der Deutschen Nationalbibliothek die entsprechenden Nutzungsrechte eingeräumt worden sind. Also grundsätzlich nur bei denjenigen Netzpublikationen, welche unter einer Open-Content beziehungsweise Open-Access Lizenzvereinbarung[313] veröffentlicht worden sind, durch die jedermann ein einfaches Nutzungsrecht zur Werknutzung angeboten bekommt.[314] Bei den nicht frei, sondern nur unter bestimmten Zugangsvoraussetzungen, verfügbaren Netzpublikationen, bekommt die Deutsche Nationalbibliothek in Erfüllung der Abgabepflichtigkeit aus dem DNBG nur die, durch ihre Aufgabe begrenzten, notwendigen Nutzungsrechte eingeräumt, mithin nur das Recht die zwangsweise abgelieferten Pflichtexemplare innerhalb ihrer beiden Einrichtungen (Leipzig und Frankfurt a.M.) an einem elektronischen Leseplatz zugänglich zu machen.[315] Eine dezentrale Zugänglichmachung ist nicht möglich.

Eine Zentralisierung der Sammlungstätigkeit mit dezentraler Bestandsvermittlung ist nur im Hinblick auf Open Content Netzpublikationen möglich. Wenn hier die zentrale Stelle die Bestandserhaltung (etwa durch mehrfach redundante Speicherungen) gewährleisten kann, sind dezentrale redundante Speicherungen an mehreren Stellen nicht nötig. Für die unter einer Open Content Lizenzvereinbarung kommunizierten Veröffentlichungen ist es dann unter ökonomischen, fachlichen und Effizienzgesichtspunkten nicht sinnvoll, wenn jede Bibliothek in Deutschland sie sammelt und in ihren Bestand übernimmt. Das für Wissenschaft und Forschung, sowie für die Öffentlichkeit wesentliche Bedürfnis an ungehinderter, dauerhafter Kommunikation dieser kulturellen Äußerungen, wäre auch bei zentralem Bestandsaufbau mit dezentraler Bestandsvermittlung gewährleistet.

Im Hinblick auf die unfreien Veröffentlichungen besteht hingegen Bedarf an einer koordinierten und kooperativen Sammlung. Die Deutsche Nationalbibliothek kann trotz aufgestockter Ressourcen mangels der rechtlichen Möglichkeit von Web-Harvesting[316] ihrem Anspruch auf vollständige Sammlung aller Netzpublikationen in Breite und Tiefe praktisch nicht gerecht werden. Die Landesgesetzgeber sind daher in der Pflicht ihr Landespflichtexemplarrecht so umzugestalten, dass die regionalen Pflichtexemplarbibliotheken kooperativ mit der DNB zusammenarbeiten und regionale Pflichtabgaben von Netzpublikationen sammeln und zugänglich machen können. Diese können dann auch

---

[313] Siehe beispielsweise die Digital Peer Publishing Lizenzen (DPPL) abrufbar unter: http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/ oder die international gültigen Creative Commons Lizenzen (CCL) abrufbar unter: http://creativecommons.org/about/license/ (Beide Links letzter Abruf: 12. April 2010).

[314] Vgl. *A. Metzger/T. Jaeger*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, in: GRUR Int. 1999, 839 (842 f.); *dies.*, Open-Content-Lizenzen nach deutschem Recht, in: MMR 2003, 431 (432 f.)

[315] *J. Heckmann/M. P. Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), AfP 2008, 269), unter V.2.

[316] Siehe hierzu die Prüfung 2. Kapitel D.II.2.d)bb)(B)(II).

von der Deutschen Nationalbibliothek aufgenommen und zugänglich gemacht werden, da wer regional abgabepflichtig ist, auch gegenüber der DNB abgabeverpflichtet ist. Dieser Schluss gilt nur andersherum nicht. Daher und weil die Pflichtabgabevorschriften an den Sitz des Ablieferungspflichtigen anknüpfen,[317] sind die regionalen Pflichtexemplarbibliotheken in Baden-Württemberg und Bayern, wo die meisten Verlage und auch viele abgabepflichtige Institutionen sitzen, bei entsprechendem Pflichtexemplarrecht gegenüber den sonstigen Bibliotheken im Vorteil. Soweit eine Pflichtabgabe für Netzpublikationen besteht und diese auch gesammelt werden, können sie aufgrund von § 52b UrhG ein weitaus größeres Angebot an ihren elektronischen Leseplätzen zugänglich machen, als die anderen Pflichtexemplarbibliotheken in Deutschland.

b) Archive

Archive sammeln nicht, um ihren Bestand aufzubauen, sie „übernehmen“ kulturelle Äußerungen „anbietender“ staatlicher Dienststellen, anderer Institutionen oder von Einzelpersonen. Die übernommenen kulturellen Äußerungen werden unter dem Blickpunkt ihrer Archivwürdigkeit ausgewertet und wenn sie als archivwürdig eingestuft werden, von bis dahin bloßem „Registraturgut“ zu „Archivgut“ umgewidmet. Archive übernehmen archivwürdige kulturelle Äußerungen auch und gerade dann, wenn diese nicht publiziert worden sind, also neben veröffentlichten auch unveröffentlichte kulturelle Äußerungen. Für die unveröffentlichten kulturellen Äußerungen, welche von Archiven übernommen werden, hat sich der Terminus „Unterlagen“ eingebürgert, der in den gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen definiert wird.

Das Verfahren der reinen Übernahme und des an die Archive Herantragens kultureller Äußerungen scheint sich im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien öffentlich kommunizierten kulturellen Äußerungen der anbietenden Stellen immer weiter aufzulösen. Zwar existiert zumindest für die staatlichen Stellen auch im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten Äußerungen eine Anbietungsverpflichtung, jedoch wird diese vorsätzlich vernachlässigt. Insbesondere dann, wenn die anbietungspflichtigen Stellen ein eigenes Informationsangebot über digitale und vernetzte Medien kommunizieren, sehen sie dieses oftmals nicht als von der Anbietungspflicht umfasst an. Zudem sind die praktischen Verfahren unausgereift und es fehlt ein geordneter „Geschäftsgang“ für das Anbieten von über digitale und vernetzte Medien kommunizierten Äußerungen, sodass eine Anbietung auch aus diesem Grund unterbleibt. Die Archive sind im Hinblick auf das digitale und vernetzte Umfeld gezwungen, sich kulturelle Äußerungen, die in ihren Sammelauftrag fallen, zu „holen“.[318] Die Tätigkeit der Archive nähert sich

---

[317] Bsp. § 15 DNBG

[318] Sie setzen hierzu wie auch die Bibliotheken teilweise Web-Harvesting ein, so z.B. das Landesarchiv von Baden-Württemberg, siehe das Baden-Württembergische Online-Archiv BOA: http://la.boa-bw.de/menu.do?index (Letzter Abruf: 10. April 2010).

damit, was die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten, archivwürdigen kulturellen Äußerungen angeht, der Tätigkeit der Bibliotheken an. Sie „übernehmen“ nicht nur, sondern „sammeln“, was über digitale vernetzte Medien öffentlich kommuniziert wird.

Der archivrechtliche Begriff „Unterlagen“ erfasst neben den veröffentlichten kulturellen Äußerungen der anbietenden Stellen die unveröffentlichten kulturellen Äußerungen der anbietenden Stellen. Im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien kommunizieren die anbietenden Stellen verstärkt über das Internet. Entweder als unveröffentlichte, aber trotzdem aufbewahrungspflichtige E-Mail-Kommunikation, oder in Form von veröffentlichter Information auf eigens dafür erstellten Internetseiten. Archive stehen in der Verantwortung, die unkörperlich über das Internet kommunizierten Äußerungen der anbietenden Stellen zur Nachvollziehbarmachung der geführten Kommunikation zu archivieren und so nachvollziehbar zu machen, wie Politik und Verwaltung ihr Handeln an den Lebenssituationen der Bürger ausrichten.[319] Man könnte insoweit in Beibehaltung des archivrechtlichen Begriffes „Unterlagen“ von der Pflicht zur Archivierung von Netzunterlagen sprechen. Der Begriff „Netzunterlagen“ erfasst alle über das Internet unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen der anbietenden Stellen.

Der Begriff Netzunterlagen überschneidet sich im Anwendungsbereich mit dem Begriff Netzpublikationen. Zusätzlich zu den von letzterem Begriff erfassten, veröffentlichten kulturellen Äußerungen erfasst er noch die unveröffentlichten kulturellen Äußerungen. Dadurch, dass sich die beiden Begriffe überschneiden, überschneiden sich auch die bisher klar voneinander abgrenzbaren Aufgabenbereiche der Institutionen Bibliothek und Archiv. Archive sammeln alle, veröffentlichte und unveröffentlichte, kulturellen Äußerungen der anbietenden Stellen. Bibliotheken sammeln die veröffentlichten kulturellen Äußerungen der genannten Stellen und darüber hinaus anderer Stellen. Bisher waren die veröffentlichten kulturellen Äußerungen der genannten Stellen nicht vom Sammelauftrag der Bibliotheken umfasst. Bibliotheken sammelten bisher nur verlegte, also mittels eines Druck- oder sonstigen Vervielfältigungsverfahrens hergestellte und verbreitete kulturelle Äußerungen. Verlegt und sodann öffentlich kommuniziert werden die in den Auftrag der Archive fallenden Äußerungen nur in seltenen Fällen, zum Beispiel als Informationsbroschüre mit ISBN Kennung.

Im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien müssen Bibliotheken und Archive zur Vermeidung von kostenintensiven Archivierungsdoppelungen ihre Tätigkeit besser aufeinander abzustimmen.

Kompetenzgrundlage für die Übernahmetätigkeit der Archive bilden entweder die Archivgesetze (Bundes- und Landesarchivgesetze), beziehungsweise, soweit Archive in privater Trägerschaft oder öffentlich-rechtlicher Trägerschaft nicht

---

[319] *K. Naumann*, Websites für die Nachwelt. Das Landesarchiv rettet Web-Auftritte vor dem digitalen Vergessen, in: Archivnachrichten des Landesarchivs Baden-Württemberg Nr. 35, 2007, 27.

von den Archivgesetzen erfasst werden, den Archivgesetzen nachgebildete eigene Organisationsgrundlagen.[320]

Es ist fraglich, ob die unterschiedlichen Legaldefinitionen des Begriffs Unterlagen in den Tätigkeitsgrundlagen, die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen der anbietungspflichtigen Stellen in allen Fällen erfassen, ob also die anbietungspflichtigen Stellen zur Anbietung von über digitale und vernetzte Medien kommunizierten Äußerungen jeweils tatsächlich verpflichtet sind, sowie andererseits, ob die im Netz frei zugänglichen kulturellen Äußerungen der anbietungspflichtigen Stellen von den zur Übernahme gegebenenfalls ermächtigten Archiven einfach durch eigenmächtige Sammlung in den Bestand übernommen werden können, ohne dass sie ihnen im vorgegebenen formellen Anbietungsverfahren angeboten werden.[321]

aa) Untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen – private Archive

Der Anpassungsbedarf der untergesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen lässt sich nicht abstrakt formulieren, sondern ist im Einzelnen zu prüfen. Untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen lassen sich einfach umgestalten, insoweit ein langwieriges, gesetzgeberisches Verfahren entbehrlich ist. Zudem beschränken sich private Archive zumeist auf eine Stelle, deren kulturelle Äußerungen archiviert werden, und mit der sie eng zusammenarbeiten.

Damit der den Organisationsgrundlagen zu entnehmende Archivierungsauftrag der privaten Archive die archivierungswürdigen, über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen erfasst, darf er nicht an den materiellen Träger einer kulturellen Äußerung anknüpfen, sondern muss, um alle, auch die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich aber trotzdem aufgezeichnet und damit interaktionslos kommunizierten kulturellen Äußerungen der anbietenden Stelle zu erfassen, an die Aufzeichnung der kulturellen Äußerung an sich anknüpfen.

Der archivrechtliche Terminus „Unterlage“ muss also im Ergebnis so definiert werden, dass er nicht nur körperliche Objekte erfasst.

bb) Archivgesetze – staatliche Archive

Das öffentliche Archivwesen ist in Archivgesetzen des Bundes und der Länder geregelt. Das Bundesarchivgesetz gilt für die Behörden und Gerichte des Bundes, die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts und die sonstigen Stellen des Bundes und regelt die Tätigkeit des Bundesarchivs. Die Landesarchivgesetze gelten für die Behör-

---

[320] Von den Archivgesetzen nicht erfasst werden z.B. Archive sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts, wie Universitäten, Hochschulen, Rundfunkanstalten, Stiftungen.

[321] Das Anbietungsverfahren ist ebenso wie das Ablieferungsverfahren formell geregelt und wird in seiner praktischen Umsetzung grundsätzlich je nach spezieller Unterlagenart zwischen der anbietungspflichtigen Stelle und dem Archiv vereinbart.

den, Gerichte und sonstigen Stellen des Landes und regeln die Tätigkeit der Landesarchive.

(A) Grundlagen der Archivgesetzgebung

In Deutschland ist es aufgrund der besonderen geschichtlichen Entwicklung im Gegensatz zu anderen Ländern (wie beispielsweise England und Frankreich) nie zur Schaffung eines nationalstaatlichen Zentralarchivs gekommen. Seit dem hohen Mittelalter, dem Beginn archivarischer Tätigkeit in Deutschland, dominieren regionale Archive die historische Entwicklung, was die Entstehung eines Zentralarchivs wie in anderen Staaten verhinderte.[322] Eine Folge dieser Sondersituation ist auch, dass sich in Deutschland Bundes- und Landesgesetzgeber im Vergleich zu anderen Staaten erst sehr spät mit einer Archivgesetzgebung befassten.[323] Den Anstoß zur Archivgesetzgebung in Bund und Ländern gaben datenschutzrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Tätigkeit der Archive. Sie wurde nach den Empfehlungen der Datenschutzbeauftragten der Länder von 1982 und dem Volkszählungsurteil des BVerfG[324] begonnen.

Die Archivgesetze des Bundes und der Länder lassen sich mit dem Pflichtexemplarrecht des Bundes und der Länder vergleichen. Sie begründen einerseits die *Kompetenz* der Archive, so wie das Pflichtexemplarrecht die Sammlungskompetenz der Pflichtexemplarbibliotheken begründet, sowie andererseits eine *Anbietungspflicht*, so wie das Pflichtexemplarrecht eine Abgabeverpflichtung begründet. Während das Pflichtexemplarrecht an die Ablieferungspflichtigen anknüpft, knüpfen die Archivgesetze an die *Anbietungspflichtigen* an. Anbietungspflichtig sind bestimmte, in den Archivgesetzen genannte Stellen. Nach den Archivgesetzen des Bundes und der Länder sind diese zur Anbietung der bei ihnen anfallenden *Unterlagen* verpflichtet.

(B) Anpassungsbedarf der Archivgesetze

Das Problem im Hinblick auf die Erfassung der über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen resultiert daraus, dass die Archivgesetze selbst in ihren novellierten Fassungen teilweise älter sind, als die Vernetzung der digitalen Medien über das Internet. Bei der Abfassung der Archivgesetze war die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerung mittels deren Aufzeichnungen nur über Trägermedien möglich. Trägermedium und Aufzeichnung waren untrennbar miteinander verbunden. Dass kulturelle Äußerungen sich nicht nur über ein Trägermedium interaktionslos, also aufgezeichnet, kommuni-

---

322 *B. Ottnad,* Die Geschichte des Archivwesens vom 16. Jahrhundert bis zur Gegenwart, in: G. Richter (Hrsg.), Aus der Untersuchung des Archivars, 1986, 12 (15 ff.)

323 *B. Manegold*, Archivrecht. Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG, 2001, 22 f.

324 BVerfG 65, 1 (64, 67) – Volkszählung.

zieren lassen, sondern auch ohne Trägermedium und damit körperlos über digitale und vernetzte Medien, ist eine Entwicklung, welche in den Archivgesetzen noch nachzuvollziehen ist.

Einige Archivgesetze lassen sich schon jetzt dahingehend auslegen, dass auch die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen anbietungspflichtiger Stellen erfasst werden. Bei der Mehrzahl der Archivgesetze ist es, weil sie an ein materielles Trägermedium anknüpfen, schwierig, eine entsprechende Analogie herzustellen.

Zu den Archivgesetzen, welche die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen nicht unmittelbar erfassen, zählt insbesondere das Bundesarchivgesetz (BArchG). In § 2 Abs. 5 BArchG werden Unterlagen als Träger von Aufzeichnungen umschrieben. Der Wortlaut erfasst kulturelle Äußerungen nur über ein materielles Trägermedium.

Gleiches gilt für die Archivgesetze der Länder Brandenburg, Sachsen und Thüringen. Während das Archivgesetz des Freistaates Thüringen wie das Bundesarchivgesetz Unterlagen mit den Trägern von Aufzeichnungen gleichsetzt, werden in Brandenburg und Sachsen Unterlagen mit Informationsträgern gleichgesetzt, von denen einige exemplarisch aufgezählt werden.

Die Gleichsetzung des Begriffes Unterlagen mit einem materiellen Träger scheint jedenfalls auszuschließen, dass auch unkörperlich, nämlich gerade ohne Träger, kommunizierte kulturelle Äußerungen erfasst werden.

Tatsächlich sollen nur diejenigen Kommunikationsvorgänge der anbietungspflichtigen Stellen archiviert werden, die der nachvollziehbaren Rekonstruktion bedürfen und fähig sind, sprich nur die zu Unterlagen erwachsenen Kommunikationsvorgänge, die sich interaktionslos weiter kommunizieren lassen. Also nur Aufzeichnungen.

Jedoch hat jede Aufzeichnung einen Träger. Im Falle der über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen ist Trägermedium ein (Content-) Server, eine an ein Netzwerk angeschlossene Festplatte, die Date(ie)n zum Abruf bereithält.[325] Die von den anbietungspflichtigen Stellen über digitale und vernetzte Medien unkörperlich[326] kommunizierten kulturellen Äußerungen sind auf einem Server aufgezeichnet und damit (zumindest zeitweise) verkörpert. Unkörperlich ist nur ihre Kommunikation.

Der Server als materieller Träger der Aufzeichnung kann jedoch nicht die Unterlage im Sinne des Archivgesetzes ausmachen, denn dann wäre anbietungspflichtig der Server selbst, was nicht praktikabel wäre. Die aufgeführten Archivgesetze lassen jedoch Raum zur erweiternden Interpretation. Nach dem Sinn und Zweck der Norm soll über den materiellen Träger, an den die Anbietungspflicht anknüpft, die

---

[325] Jede Information hat einen materiellen Träger, mit dem sie mehr (insoweit dieser feste Materie hat) oder weniger (insoweit es sich um magnetisiere Trägerpartikel oder elektromagnetische Wellen etc. handelt) eng verbunden ist.

[326] Aber nicht immateriell.

darauf aufgezeichnete Information übernommen werden können. Der Unterlagenbegriff erfasst sinngemäß ausgelegt jedoch nicht nur den Träger einer Aufzeichnung, sondern auch und insbesondere diese selbst. Anbietungspflichtig ist daher nach einer erweiternden Interpretation nicht maßgeblich der materielle Träger einer Aufzeichnung, sondern gerade (und unter Umständen nur) die Aufzeichnung. Interpretiert man den Unterlagenbegriff, indem man maßgeblich auf die Aufzeichnung abstellt, dann hat die anbietungspflichtige Stelle nicht ein bestimmtes materielles Trägermedium der Aufzeichnung abzugeben, sondern die Aufzeichnung spätestens in dem Moment, in dem sie von einem bestimmten Träger gelöscht werden soll, auf einen beliebigen, anbietungsfähigen Datenträger zu überspielen und auf diesem dem jeweiligen Archiv anzubieten (bspw. auf CD-ROM).

Die wenigsten der anbietungspflichtigen Stellen sind sich ihrer Anbietungspflicht im Hinblick auf die von ihnen über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen bewusst. Ihre Erfüllung unterbleibt infolgedessen.

Im Falle, dass die Archivgesetze für die Erfüllung der Anbietungsverpflichtung die Übergabe eines materiellen Trägermediums vorsehen, können die anbietungspflichtigen Stellen ihrer Anbietungspflicht im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen nicht bereits per se durch die bloße Kommunikation über öffentliche Netze wie das Internet (ein digitales und vernetztes Medium) nachkommen. Selbst wenn die Archivgesetze abstrakt die Anbietung eines Trägermediums verlangen, kann jedoch das konkrete Verfahren der Anbietung zwischen dem Archiv und der anbietungspflichtigen Stelle zwar dahingehend abgesprochen werden, dass der Anbietungspflicht auch Genüge getan werden kann, indem die kulturellen Äußerungen, um die es geht, vom Archiv selbst über ein öffentliches Netz abgeholt, sprich herunter gespeichert werden sollen. Jedoch bedarf es dieser konkreten Absprache zur Ausfüllung des abstrakten Gesetzes.

Die Anbietungsverpflichtung lässt sich ohne diese konkrete Absprache im Geltungsbereich der aufgezählten Archivgesetze nicht allein durch die bloße Kommunikation kultureller Äußerungen über öffentliche Netze der anbietungspflichtigen Stellen erfüllen.

Das verschärft die praktischen Probleme des Anbietungsverfahrens und belastet die anbietungspflichtigen Stellen im Geltungsbereich der Archivgesetze, die für die Erfüllung der Anbietungsverpflichtung die Übergabe eines materiellen Trägermediums vorsehen, solange sie keine derartige Absprache mit dem jeweiligen Archiv getroffen haben, mit zusätzlichen Aufgaben. Aus Sicht der anbietungspflichtigen Stellen wäre es praktisch, wenn sich das jeweilige Archiv die unkörperlich kommunizierten Äußerungen selbsttätig auf einen eigenen Server herunter speichern dürfte, weil die bloße Kommunikation kultureller Äußerungen über öffentliche Netze schon die Anbietungspflicht erfüllt. Die selbsttätige Übernahme

der Archive, das aktive Sammeln und Holen im Gegensatz zur bloßen Übernahme angebotener kultureller Äußerungen, liegt im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen im Interesse der anbietungspflichtigen Stellen.

Die geschilderte Problematik stellt sich nicht im Anwendungsbereich der Archivgesetze von Bayern, Berlin und Saarland, die zum Unterlagenbegriff auch Dateien, also einen strukturierten Bestand inhaltlich zusammengehörender Daten, zählen.

Eine Datei bezeichnet gerade die Aufzeichnung an sich. Sie kann auf einem beliebigen Trägermedium gespeichert werden und in digital elektronischer Form ohne dieses unkörperlich kommuniziert werden. Im Geltungsbereich der Archivgesetze, die Dateien als Unterlage aufführen, lässt sich ohne Weiteres vertreten, dass die über öffentliche, digitale und vernetzte Medien der allgemeinen Öffentlichkeit angebotenen kulturellen Äußerungen, auch den Archiven zur Übernahme angeboten werden. Dass also die bloße Kommunikation kultureller Äußerungen über öffentliche Netze wie beispielsweise das Internet schon die Erfüllung der sich aus den Archivgesetzen ergebenden Anbietungspflicht bedeutet. Die Archive haben den Auftrag sich die über öffentliche Netze unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen anbietungspflichtiger Stellen zur Archivierung selbsttätig zu holen, also herunter zu speichern.

Unklar ist die Gesetzeslage in Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein. Die Unklarheit resultiert daraus, dass in den Archivgesetzen dieser Länder teilweise Dateien zwar genannt werden (so in den Archivgesetzen von Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt), jedoch in einer Aufzählung von Informationsträgern und mit diesen gleichgesetzt werden, obwohl es sich bei Dateien technisch um die Aufzeichnung an sich und nicht um den von dieser zu trennenden Dateien – beziehungsweise Informations-Träger handelt.

Anbietungspflichtig ist auch in Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein nach dem Gesetzeswortlaut, der mit dem allgemeinen Sprachgebrauch von Unterlage konform geht, ein materieller Informationsträger. Die Gesetzeslage ist daher mit derjenigen in den Ländern Brandenburg, Sachsen und Thüringen und derjenigen in der Bundesrepublik Deutschland zu vergleichen und eine Analogie durch erweiternde Auslegung herzustellen.

Insgesamt ist anzuraten, dass die Archivgesetze in der Legaldefinition des Unterlagenbegriffs klarer die Aufzeichnung der kulturellen Äußerung als solcher erfassen und nicht zu sehr auf den Träger der Aufzeichnung abstellen.

c) Museen

Die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen fal-

len aus dem Zuständigkeitsbereich der Museen heraus. Museen sammeln derzeit keine über das Internet kommunizierten, sondern nur über das Internet kommunizierbare kulturelle Äußerungen. Sie nutzen das Internet mithin nicht zum Bestandsaufbau und -ausbau, sondern bestenfalls zur Vermittlung eines vorhandenen Bestandes. Virtuelle Museen ermöglichen eine Rezeption ihrer Bestände über das Internet, also über digitale und vernetzte Medien.[327] Insoweit die Museen ihren Bestand an kulturellen Äußerungen über das Internet kommunizieren, wird er von anderen Gedächtnisinstitutionen gegebenenfalls in den Bestand integriert (so sammelt die Deutsche Nationalbibliothek laut Auftrag auch die „Netzpublikationen" der Museen). In Bezug auf die Museen zeigt sich deutlich die im digitalen Umfeld nicht mehr nötige, institutionelle Aufteilung. Kulturelle Äußerungen lassen sich über digitale und vernetzte Medien unabhängig von ihrer ursprünglichen Beschaffenheit unkörperlich kommunizieren. Die ursprünglich institutionelle Arbeitsaufteilung der Gedächtnisinstitutionen macht im digitalen Umfeld keinen Sinn und zu erwarten ist deren Zusammenwachsen zu einer funktionalen Einheit oder Vernetzung.[328]

2. Ordnungspolitischer urheberrechtlicher Rahmen

Unabhängig davon, ob die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen den traditionellen Gedächtnisinstitutionen die Erweiterung ihres Bestandes um die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien (das Internet) kommunizierten kulturellen Äußerungen kompetenziell erlauben, können diese ihre Aufgabengebiete Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen, nur innerhalb des vorrangig zu beachtenden, ordnungspolitischen Rechtsrahmen, welcher in der Normenhierarchie höher steht, erfüllen. Relevant ist hier, wie im Folgenden aufgezeigt werden wird, insbesondere das Urheberrecht.

a) Inhalt und Umfang Urheberrechtsschutz

Das urheberrechtlich geschützte Werk ist ein Immaterialgut, das in der Regel in einem körperlichen Werkstück konkretisiert wird,[329] jedoch keine körperliche Ausdrucksform finden muss.[330] Maßgeblich für den Urheberrechtsschutz ist die vom Urheber mit der Veröffentlichung seines Werkes bestimmte, konkrete Form und der hierdurch bewirkte, konkrete geistig-ästhetische Gesamteindruck, den es

---

[327] Wie etwa das LeMo, Lebendiges virtuelles Museum Online, ein Portal, über das das Fraunhofer Institut für Software- und Systemtechnik (ISST), das Deutsche Historische Museum (DHM) in Berlin und das Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland (HdG) in Bonn gemeinsam im Internet deutsche Geschichte von der Gründung des Deutschen Reichs im 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart präsentieren, siehe: http://www.dhm.de/lemo/home.html (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[328] Beziehungsweise zumindest Vernetzung wie über das BAM Portal, das die digitalen Bestände von Bibliotheken, Archiven und Museen über ein einheitliches Portal zugänglich macht siehe: http://www.bam-portal.de/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[329] BGH GRUR 2002, 532, S. 534 – Unikatrahmen.

[330] *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 39 Rdn. 6.

unabhängig von der Form der Kommunikation (körperlich oder unkörperlich) ausübt. Urheberrechtlich geschützt wird der immaterielle Wert des Werkes, also nicht die körperliche Substanz eines Werkes, sondern das Werk in seinem geistigen Gehalt, also die geistige Substanz eines Werkes.

Die eigentümerähnliche Position, die das Urheberrecht als Teilgebiet des Rechts des geistigen Eigentums vermittelt, besteht in Verbots- und Verfügungsrechten. Der „Eigentümer" von „geistigem Eigentum" verfügt nicht über ein körperliches Werkstück, sondern über Verwertungs- beziehungsweise Nutzungsrechte.[331] Er kann aufgrund einer ausschließlichen Rechtsposition bestimmen, wie mit „seiner" kulturellen Äußerung verfahren werden darf und kann bestimmte Nutzungen erlauben und andere verbieten.[332] Im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich geführte, interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen führt die Vielfalt der multimedialen Nutzungsmöglichkeiten zu entsprechend vielen selbstständigen, urheberrechtlichen Nutzungsarten und Nutzungsrechten,[333] die es zu beachten gilt.

Der Urheberrechtsschutz ermöglicht die kommerzielle Verwertung kultureller Äußerungen und behindert dadurch eine freie, das heißt unabhängig vom Einverständnis des Urhebers beziehungsweise derivativen Rechteinhabers (Verwerters) zulässige, Kommunikation der kulturellen Äußerungen.

Seit für den Urheberrechtsschutz der Maßstab der „kleinen Münze" gilt, welcher besagt, dass keine gesteigerten Anforderungen an die urheberrechtliche Schutzfähigkeit einer kulturellen Äußerung gestellt werden dürfen,[334] sind fast alle kulturellen Äußerungen (Ausdrücke des Menschen) urheberrechtlich geschützte „Werke".[335]

Über welche Werkkategorie jeweils Urheberrechtsschutz besteht, ist eine schwierige Frage des Einfalls. Zu unterscheiden ist grob das Urheberrecht im engeren Sinne, welches die „persönlichen geistigen Schöpfungen" erfasst und als mögliche Schutzgegenstände Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst gem.

---

[331] *U. W. Hösch*, Eigentum und Freiheit. Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistungen des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, 2000.

[332] Die Urheber von Publikationen machen von ihren Verfügungsrechten in der Regel Gebrauch, indem sie sie gem. §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG einer professionellen Verwertungsagentur – etwa einem Verlag – übertragen. Diese sind dann die „Rechteinhaber" und haben die durch das Urheberrecht begründete „Eigentümerähnliche" Position inne.

[333] *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, vor § 31 Rdn. 177.

[334] Die kleine Münze im Urheberrecht gilt nach Ansicht der Rspr. nicht für die Einordnung in alle Werkkategorien des § 2 UrhG. Gesteigerte Anforderungen werden insbesondere für die Einordnung in die Werkkategorie Kunstwerk gestellt. Auch wenn man der Vorgehensweise der Rspr. folgt und unterschiedliche Maßstäbe der Schutzfähigkeit je nach unterschiedlicher Werkkategorie anlegt, genießt, was gesteigerten Anforderungen nicht genügt, nicht automatisch keinen Urheberrechtsschutz, sondern Urheberrechtsschutz durch Einordnung in eine Werkkategorie mit geringeren Anforderungen.

[335] Auch die am Ende der vorliegenden Arbeit gemachten Formulierungsvorschläge für Gesetzestexte, solange sie keine Umsetzung erfahren haben. Gesetzestexte sind gem. § 5 Abs. 1UrhG vom Urheberrechtsschutz ausgenommen.

§ 2 UrhG, sowie Datenbankwerke oder Sammelwerke gem. § 4 UrhG benennt,[336] sowie das Urheberrecht im weiteren Sinne, welches die (in einer wesentlichen Investition begründet liegenden) „verwandten Schutzrechte“ erfasst und als Schutzgegenstände beispielsweise Darbietungen, Tonträger, Sendungen, Filme und Datenbanken benennt.

Seit nicht mehr nur persönlich geistige Schöpfungen geschützt werden, sondern auch wesentliche Investitionen urheberrechtlichen Leistungsschutz aus den §§ 70 ff. UrhG genießen,[337] hat sich das Urheberrecht sozusagen vom Kultur- zum Industrierecht entwickelt.[338] Diese Entwicklung hat sich insbesondere durch die digitalen Medien vollzogen, die viele der verwandten (Investitions-) Schutzrechte erst haben entstehen lassen (so z.B. die Computerprogramme und die Datenbankwerke). Auch neue Werkarten sind durch die modernen Informations- und Kommunikationstechnologien entstanden, beispielsweise die Multimediawerke.[339]

In Ausnahmefällen ist zwar nicht das Werk als solches, jedoch dessen Präsentation oder Ausgabe urheberrechtlich geschützt. Auch in diesen Fällen lässt sich ein Werk nicht ohne Zustimmung des Rechteinhabers nutzen. Solche Ausnahmesituationen können insbesondere bei besonderen Layouts, wissenschaftlichen Ausgaben oder bearbeiteten Ausgaben, wie zum Beispiel Übersetzungen, vorliegen.[340]

Auch die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen lassen sich fast ausnahmslos in die urheberrechtlichen Werkkategorien einordnen.

Zumeist wird im Hinblick auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen ein doppelter Schutz bestehen. Einerseits sind die Rechte dessen, der die Wahrnehmbarkeit einzelner Werke über digitale und vernetzte Medien ermöglicht, zu beachten (so z.B. der Programmierer oder Web-Seiten-Ersteller als Computerprogramm- beziehungsweise gegebenenfalls Datenbankhersteller), sowie andererseits die Rechte dessen, der die einzelnen über digitale und vernetzte Medien wahrnehmbar gemachten Werke geschaffen hat.

---

[336] Bearbeitungen genießen einen selbstständigen Schutz unter den Voraussetzungen von § 3 UrhG wobei ihre Verwertung gem. § 23 UrhG von der Zustimmung des Urhebers des bearbeiteten Werkes abhängt (anders ein in freier Benutzung gem. § 23 UrhG entstandenes neues Werk).

[337] So besteht ein urheberrechtlicher Schutz für ausübende Künstler, Veranstalter, Tonträgerhersteller, Sendeunternehmer, Lichtbildhersteller, Filmproduzenten und Datenbankhersteller auch bei fehlender persönlich geistiger Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG. Der Schutz von Verlegern ist aktuell (2009) in der Diskussion!

[338] *Gerhard Schricker*, Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, in: GRUR 1992, 242 ff.; vergleiche auch *C. M. Correa*, Fair Use in the Digital Era, in: IIC 2002, 570 (583 und 585).

[339] Die entweder Schutz über die einzelnen Werkkategorien, so: *F. Koch,* Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia-Anwendungen, in: GRUR 1995, 459 (463 f.), oder über § 2 Abs. 1 Nr.6 als Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden, genießen, so: *T. Hoeren*, Multimedia = Multilegia. Die immaterialgüterrechtliche Stellung des Multimediaherstellers, in: CR 1994, 390 (391 ff.).

[340] T. Kreutzer, Digitalisierung gemeinfreier Werke durch Bibliotheken, Digitalisierungsleitfaden herausgegeben vom Hochschulbibliothekszentrum des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 2011, S. 13 ff.

Jedoch nicht immer gibt es ein körperliches Pendant zu den über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen, beziehungsweise genießt die Ausdrucksform einen besonderen Schutz, der neben dem Schutz an dem vermittelten Werk besteht.

So können beispielsweise die unkörperlich über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen als *Webseiten* einen Schutz als Werk der bildenden Kunst,[341] Computerprogramm[342] oder Datenbank(werk)[343] genießen,[344] wohingegen die einzelnen in die Webseite integrierten Werke einen Schutz als Filmwerk und filmähnliches Werk, Sprachwerk, Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art oder Lichtbildwerk genießen können.[345]

Aber nicht alle kulturellen Äußerungen erfahren urheberrechtlichen Schutz. Manche kulturellen Äußerungen sind wegen des vorrangigen Interesses an freier Kommunizierbarkeit vom Urheberrechtsschutz ausgenommen, so z.B. die amtlichen Werke im Sinne von § 5 UrhG.

Auch wenn das Werk als solches urheberrechtlich geschützt ist, können gleichwohl einzelne Werkteile aus dem urheberrechtlichen Schutz herausfallen und ohne Zustimmung digitalisiert und genutzt werden. So unterliegt das Titelblatt eines Schriftwerkes im Regelfall, weil es nur den Titel des Werkes sowie bibliografische Angaben zu Autor oder Verlag enthält, also reine Informationen, beziehungsweise Elemente die nicht die notwendige Gestaltungshöhe für den urheberrechtlichen Schutz erreichen, keinem Urheberrechtsschutz. Auch die in Schriftwerken üblichen Verzeichnisse und Register sind in der Regel urheberrechtlich nicht geschützt.[346]

---

[341] Wobei die Rechtsprechung strenge Anforderungen an die Individualität bei Werken der bildenden Künste stellt. Allerdings gelten die Schutzvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG für alle Werkarten. Das Gesetz geht von einem einheitlichen Werkbegriff aus. Deshalb ist es systemwidrig für verschiedene Werkkategorien unterschiedliche Anforderungen zu stellen und sind Webseiten als Werke der kleinen Münze im Ergebnis schon dann in den Schutz des Urheberrechts mit einzubeziehen, wenn sie nur knapp über dem Durchschnitt liegende Farb- und Formgestaltungen aufweisen. So *S. Ott,* Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, 243.

[342] Urheberrechtlicher Schutz einer Webseite als Computerprogramm ist dann anzunehmen, wenn sich die Erstellung der Webseite nicht in der Verwendung reiner HTML-Befehle erschöpft sondern auch komplexere Computersprachen zur Erstellung herangezogen werden, deren Verwendung Spielraum für eine individuelle Gestaltung zulässt, wie etwa Javaskript, Dynamic HTML, Active-X oder XML. Siehe: *S. Ott,* Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, 249.

[343] Urheberrechtlicher Schutz einer Webseite als Datenbankwerk kommt jedoch nur im Einzelfall in Betracht, weil es regelmäßig an der Unabhängigkeit der einzelnen Webseiten eines Webauftritts, oder der verschiedenen auf einer Webseite angeordneten Elemente fehlt. Datenbankschutz können genießen Veranstaltungskalender, oder Adresssammlungen etc. Als Teile einer Webseite können auch Linklisten einen Schutz als Datenbankwerk zugänglich sein. Siehe: *S. Ott,* Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, 255.

[344] Zur Einordnung einer Webseite in die bestehenden Werkkategorien ausführlich: *S. Ott,* Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, 241 ff.

[345] *M. C .G. Marquadt,* in: A.-A. Wandke/W. Bullinger (Hrsg.), UrhG, 2006, § 4 Rdn. 13.

[346] Dies betrifft insbesondere Inhaltsverzeichnis, Tabellenverzeichnis, Abbildungsverzeichnis, Literaturverzeichnis, Sachregister, Personenregister und Ortsregister. Diese lassen sich daher ohne Zustim-

Insoweit das Urheberrecht die Verwertung und damit auch Vermittlung beziehungsweise überhaupt Kommunikation kultureller Äußerungen regelt, lässt es sich auch als „Kommunikationsverfassung“ verstehen.

Die nationale Urheberrechtssetzung ist ein Bestandteil der nationalen Kultur- und Informationspolitik. „In dieser Eigenschaft drückt sie den Wunsch jeder souveränen Nation aus, ihren Bürgern die Begegnung mit Urheberwerken zu ermöglichen, um sie am kulturellen Erbe ihres Landes teilhaben zu lassen“.[347]

Urheberrechtsschutz ist ein wesentliches Instrument zur Förderung der kulturellen und kulturwirtschaftlichen Entwicklung.[348]Dieser überindividuelle Schutzzweck lässt sich als „kultureller Imperativ“ des Urheberrechts auffassen.[349]

b) Nationales Urheberrecht und globale, digitale Vernetzung

Im Zusammenhang mit global vernetzten, digitalen Medien (wie dem Internet) stellen sich immer auch grenzüberschreitende kollisionsrechtliche Fragen. Da es kein einheitliches, weltweites oder europaweites Urheberrecht gibt,[350] ist für die Frage, welches materielle, nationale Urheberrecht Anwendung findet, nach dem Schutzlandprinzip entscheidend, für welches Land Schutz beansprucht wird. Das heißt, deutsches Recht ist dann anzuwenden, wenn die Verletzung deutscher Urheberrechte geltend gemacht wird.

Grundsätzlich können durch einzelne Bestandsaufbau-, Bestandserhaltungs- und Bestandsvermittlungshandlungen von Gedächtnisinstitutionen über global vernetzte digitale Medien immer auch ausländische Urheberrechte betroffen sein und ist immer auch eine Verletzung dieser ausländischen Urheberrechte denkbar. So verhält es sich mit jeder Nutzung einer urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerung, die über global vernetzte, digitale Medien weltweit zugänglich und nutzbar ist. Eine Untersuchung aller Urheberrechtssysteme scheidet schon gedanklich aus. Entscheidend ist aus der Perspektive der vorliegenden Arbeit das nationale Recht.[351] Dieses dürfen die Gedächtnisinstitutionen nicht sehenden Auges verletzten, und eine Ver-

---

mung der Rechteinhaber umfassend nutzen und etwa über digitale und vernetzte Medien in Suchprogrammen wie „Google book search" oder „libreka.de“ zugänglich machen.

[347] *J. C. Ginsburg,* Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, in: GRUR Int. 2000, 97 (97).

[348] *G. Schricker*, Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, in: GRUR 1992, 242 (246).

[349] So *M. Senftleben*, Der Kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: M. Weller/N. B. Kemle/T. Dreier/P. M. Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Baden-Baden 2010.

[350] „Nach dem Territorialitätsprinzip besteht an jedem Werk ein Bündel nationaler Urheberrechte, die in Umfang und Bestand voneinander unabhängig sind.“ BVerfGE 81,208 ff., S. 222.

[351] Solange eine Nutzungshandlung die (insbesondere wirtschaftlichen) Interessen der Rechtsinhaber nicht verletzt, mag sie zwar im Einzelfall urheberrechtlich nur mit Zustimmung zulässig sein, es ist jedoch bei einer Vornahme ohne die eigentlich erforderliche Zustimmung nicht mit einer Verfolgung aufgrund Urheberrechtsverletzung zu rechnen. Eben darum ist die Gefahr der Geltendmachung einer Verletzung ausländischer Urheberrechte durch die genannten Handlungen zu vernachlässigen und rein theoretischer Natur.

teidigung durch die Rechtsinhaber bei massenhafter Verletzung ist in Bezug auf das vor Ort geltende Recht nicht nur theoretischer Natur.

c) Allgemeine Auswirkungen auf das Kulturelle Gedächtnis

Gedächtnisinstitutionen können dann, wenn Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen betrifft, ihren Aufgaben nur unter Beachtung der bestehenden, eine eigentümerähnliche Position vermittelnden Urheber- und Leistungsschutzrechte erfüllen.

Gedächtnisinstitutionen können nur diejenigen über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen, für welche die Rechtsordnung entweder (wie im Falle von amtlichen Werken im Sinne von § 5 UrhG) keinen Urheberrechtsschutz vorsieht, oder für die ein nur zeitweilig vorgesehener Schutz bereits abgelaufen ist, ohne Abstimmung mit den Rechtsinhabern in den Bestand übernehmen, erhalten und vermitteln.

Die urheberrechtlich geschützten über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen können nur entweder innerhalb der gleichzeitig von der Rechtsordnung vorgesehenen Schranken dieser Rechte oder in Abstimmung mit den Rechteinhabern in den Bestand übernommen, erhalten oder vermittelt werden.

Das Urheberrecht ist daher der für Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen relevante Rechtsrahmen. Die Kommunikation urheberrechtlich geschützter, unkörperlicher Medienwerke wird maßgeblich durch das Urheberrecht gesteuert. Das Urheberrecht bildet im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien sozusagen die „Kommunikationsverfassung“ des Kulturellen Gedächtnisses. Die rechtlichen Probleme der Kommunikation von urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen über die digitalen und vernetzten Technologien sind innerhalb des Urheberrechts als Magna Charta zu lösen.[352]

d) Auswirkungen auf Bestandsaufbauhandlungen

Fraglich ist, inwieweit (beziehungsweise ob überhaupt) die traditionellen Gedächtnisinstitutionen innerhalb des geltenden, urheberrechtlichen Rahmens ihre Kernaufgabe Bestandsaufbau im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte, unkörperlich über das Internet kommunizierte kulturelle Äußerungen sinnvoll erfüllen können.[353]

---

[352] Vgl. *R. Kreile/J. Becker*, Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten, in: GRUR Int. 1996, 677 (680).

[353] Im Zusammenhang mit global vernetzten digitalen Medien (wie dem Internet) stellen sich immer grenzüberschreitende kollisionsrechtliche Fragen. Da es kein einheitliches weltweites oder europaweites Urheberrecht gibt, ist für die Frage, welches materielle nationale Urheberrecht Anwendung findet, nach dem Schutzlandprinzip entscheidend, für welches Land Schutz beansprucht wird. Das heißt, deutsches Recht ist dann anzuwenden, wenn die Verletzung deutscher Urheberrechte geltend gemacht wird. Im Prinzip können durch einzelne Bestandsaufbau-, Bestandserhal-

Der Aufbau eines Bestandes an, beziehungsweise die Erweiterung eines vorhandenen Bestandes um die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten oder kommunizierbaren kulturellen Äußerungen ist der grundlegende Arbeitsschritt für die dauerhafte, interaktionslose Kommunizierbarkeit kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien.

Bestandsaufbau ist synonym mit Bestandserweiterung zu verstehen. Dies impliziert zugleich, dass die Retro-Digitalisierung[354] bereits im Bestand vorhandener kultureller Äußerungen nicht zum Bestandsaufbau zählt. Die Digitalisierung des vorhandenen Bestandes kultureller Äußerungen wird zumeist vorgenommen, um den vorhandenen Bestand analog aufgezeichneter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien, also möglichst raumübergreifend, kommunizieren zu können.[355]

Bisweilen dient die Digitalisierung auch der Bestandserhaltung.[356] Im Aufgabenfeld Bestandsaufbau ist die Digitalisierung, obwohl durch sie ein über digitale und vernetzte Medien kommunizierbarer Bestand an kulturellen Äußerungen aufgebaut wird, auszuklammern.[357]

---

tungs- und Bestandsvermittlungshandlungen von Gedächtnisinstitutionen über global vernetzte digitale Medien immer auch ausländische Urheberrechte betroffen sein und ist immer auch eine Verletzung dieser ausländischen Urheberrechte denkbar. So verhält es sich mit jeder Nutzung einer urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerung, die über global vernetzte digitale Medien weltweit zugänglich und nutzbar ist. Solange eine Nutzungshandlung die (insbesondere wirtschaftlichen) Interessen der Rechtsinhaber nicht verletzt, mag sie zwar im Einzelfall urheberrechtlich nur mit Zustimmung zulässig sein, es ist jedoch bei einer Vornahme ohne die eigentlich erforderliche Zustimmung nicht mit einer Verfolgung aufgrund Urheberrechtsverletzung zu rechnen. Eben darum ist die Gefahr der Geltendmachung einer Verletzung ausländischer Urheberrechte durch die genannten Handlungen zu vernachlässigen und rein theoretischer Natur. Eine Untersuchung aller Urheberrechtssysteme scheidet schon gedanklich aus. Entscheidend ist aus der Perspektive der vorliegenden Arbeit das nationale Recht. Dieses dürfen die Gedächtnisinstitutionen nicht sehenden Auges verletzten, und eine Verteidigung durch die Rechtsinhaber bei massenhafter Verletzung ist in Bezug auf das vor Ort geltende Recht nicht nur theoretischer Natur.

[354] Begriff siehe *G. Spindler/J. Heckmann*, Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 127 I UrhG –E). Schließt die Archive?, in: ZUM 2006, 620 (621 FN 7); sowie *J. Heckmann*, Retrodigitalisierung, in: G. Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 123.

[355] *M. Knoche*, Papierklänge. Über die Restaurierung von Partituren, in: Süddeutsche Zeitung vom 6./7. September 2008, 14: „Das Digitalisat eines Originals ermöglicht die weltweite Verfügbarkeit. Die Digitalisierung leistet einen Beitrag zur Bestandsschonung und zur Zugänglichkeit.“ Zudem lässt sich durch Digitalisierung der Depotbestand der Öffentlichkeit zugänglich machen, und so Schätze heben, die ansonsten im Kulturellen Gedächtnis nicht präsent sind, sondern schlummern ohne zugänglich und damit kommunizierbar zu sein.

[356] So dient etwa die Erzeugung digitaler Sekundärformen in Bibliotheken der Bestandserhaltung säuregefährdeter Bestände. Siehe hierzu auch *M. Dörr/W. Enderle/H. Hauffe,* Elektronische Publikationen und Informationsdienstleitungen, in: R. Frankenberger/K. Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek, 2004, 391.

[357] Siehe aber Digitalisierung zur Bestandsvermittlung unter 2. Kapitel D.II.2.f)aa)(B) Unkörperliche Weitervermittlung des körperlich aufgebauten Bestandes.

Im Aufgabenfeld Bestandsaufbau geht es um den Aufbau (beziehungsweise die Erweiterung) eines Bestandes von originär in digitaler Form kommunizierten kulturellen Äußerungen, die noch nicht in analoger Form im Bestand enthalten sind. Unterscheiden lässt sich dabei die körperliche Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale Trägermedien und die unkörperliche Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien. Kulturelle Äußerungen können als digital elektronische Aufzeichnungen über körperliche Trägermedien (wie z.B. aufgezeichnet auf eine CD-ROM oder DVD), sprich körperlich, oder durch das Herunterladen und Aufzeichnen auf ein körperliches Trägermedium (etwa einen Server), sprich unkörperlich, in den Bestand übernommen werden.

aa) Körperlicher Bestandsaufbau

Werden kulturelle Äußerungen in digitaler Form aufgezeichnet auf digitalen körperlichen Trägermedien, also körperlich, kommuniziert, dann lassen sich eben diese Medien und hierüber die darauf aufgezeichneten kulturellen Äußerungen in den Bestand übernehmen.

Beim körperlichen Bestandsaufbau wird ein materielles Medium, das Trägermedium, zu Eigentum erworben. Das sachenrechtliche Eigentum an dem Trägermedium berechtigt zur Übernahme des materiellen Trägermediums und der hierauf aufgezeichneten kulturellen Äußerung in den Bestand der Gedächtnisinstitution.[358]

Die meisten Nutzungen von kulturellen Äußerungen, die im analogen Umfeld über körperliche Medien kommuniziert werden, sind urheberrechtlich nicht erfasst und reguliert. Bestandsaufbauhandlungen bei denen kulturelle Äußerungen dergestalt in den Bestand übernommen werden, dass das Sacheigentum an ihrem körperlichen Träger erworben wird, sind urheberrechtlich irrelevant.

bb) Unkörperlicher Bestandsaufbau – Download

Der Aufbau eines Bestandes von über digitale und vernetzte Medien unabhängig vom Trägermedium, also unkörperlich, kommunizierten kulturellen Äußerungen besteht in der „Abspeicherung“ und damit Verkörperung durch digital elektronische Aufzeichnung auf ein Trägermedium, im sogenannten Download. Dies ist mit einer Vervielfältigung der kommunizierten kulturellen Äußerung verbunden und berührt damit das klassische und zentrale durch das Urheberrecht begründete Verwertungsrecht, nämlich das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG. Bestandsaufbauhandlungen im digitalen und vernetzten Umfeld sind mit einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungshandlung verbunden. Für diese ist mangels einer sie erlaubenden Schrankenbestimmung gem. § 16 UrhG die Zustimmung des Urhebers einzuholen. Gem. § 16 UrhG sind Vervielfältigungen, *„gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl“*, nur mit Zustimmung möglich.

---

[358] Vorausgesetzt, dass es mit Zustimmung des Rechteinhabers in Verkehr gebracht wurde, siehe die in § 17 Abs. 2 UrhG geregelte Erschöpfung.

Das ausschließliche Vervielfältigungsrecht ist so weit umschrieben, dass es, um die unkörperliche Kommunikation urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien überhaupt zu ermöglichen, einer Einschränkung bedurfte. Die dieser Kommunikation inhärenten, nur vorübergehenden Vervielfältigungen sind daher gemäß § 44a UrhG zulässig und bedürfen nicht der Zustimmung.[359]

Für die dauerhaften Vervielfältigungen zur Aufnahme einer kulturellen Äußerung bei Bestandsaufbauhandlungen gibt es keine dem § 44a UrhG entsprechende Schrankenregelung. Sie bedürfen grundsätzlich der Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern.

(A) Bestandsaufbauhandlungen in Abstimmung mit Urheberrechteinhabern – Urhebervertragsrecht

Die Beschaffung unkörperlich kommunizierter kultureller Äußerungen weist im Hinblick auf die urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen einige Besonderheiten gegenüber der Beschaffung körperlich kommunizierter kultureller Äußerungen auf:

Die aufgezeichnet auf physische Trägermedien und über diese (also körperlich) kommunizierten kulturellen Äußerungen werden über das Sacheigentum am Trägermedium erworben. Der Aufbau eines Bestandes von körperlich über physische Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen in Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern geschieht durch Übernahme des zumeist durch Kauf (§ 433 BGB)[360] erworbenen, physischen Trägers.

Der Erwerb des Sacheigentums am Trägermedium ist Voraussetzung, um dieses und damit die darauf aufgezeichnete kulturelle Äußerung in den Bestand übernehmen zu können. Urheberrechte müssen beim reinen Aufbau eines Bestandes von auf einem körperlichen Trägermedium aufgezeichneten kulturellen Äußerungen hingegen keine erworben werden.[361]

Während bei körperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen ein körperliches Werkstück erworben wird und das gesamte (Sach-) Eigentum an der Verkörperung übergeht, gilt dies nicht für den verkörperten, immateriellen Inhalt. Dennoch kann dieser, soweit ein körperliches Werkstück erworben wurde, über dieses (relativ) un-

---

[359] A.A. T. Kreutzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Baden-Baden 2008, S. 277, der darauf aufmerksam macht, dass § 44a Nr. 2 UrhG nur gilt, wenn die Vervielfältigung Teil einer „rechtmäßigen Nutzung“ ist. Daher bedarf es nach Ansicht von Kreutzer der Einwilligung des Rechtsinhabers oder der Rechtfertigung durch eine andere Schrankenbestimmung, damit die Vorschrift überhaupt eingreift. Nach Kreutzer ist § 44a UrhG ein bislang unerreichter Tiefpunkt in der Qualität der Gesetzgebung im europäischen Urheberrecht.

[360] Auch Schenkung gem. § 516 BGB ist möglich.

[361] Dagegen müssen bei bestehendem Urheberrechtsschutz für Nutzungshandlungen, die mit einer Vervielfältigungshandlung verbunden sind und für die keine Schrankenregelung existiert, entsprechende Nutzungsrechte erworben werden. Die Nutzungshandlung Weiterverbreitung ist wegen des in § 17 Abs. 2 UrhG normierten „Erschöpfungsgrundsatzes“, wiederum zustimmungsfrei möglich.

problematisch erhalten (Bestandserhaltung) und vermittelt (Bestandsvermittlung) werden,[362] was Sinn und Zweck des Bestandsaufbaus ist. Die Eigentumsposition an der Verkörperung berechtigt zu sachenrechtlichen Nutzungen der Verkörperung, welche auch den Erhalt des verkörperten Inhalts (und dessen Vermittlung) ermöglichen, ohne dass hierfür die Zustimmung des Urheberrechteinhabers nötig ist.

An den nur unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen wird hingegen keine Verkörperung erworben, die zu sachenrechtlichen Nutzungen berechtigt. Um über die unkörperlich kommunizierten kulturelle Äußerung nicht nur im Sinne der eigenen Rezeption, sondern auch im Sinne der Erhaltung und Weitervermittlung verfügen zu können, bedarf es einer Lizenz, die zu diesen Nutzungen berechtigt. Diese ist auch im Hinblick auf die „frei", das heißt ohne Zugangsbeschränkungen im Internet zugänglichen kulturellen Äußerungen, wie zum Beispiel frei zugängliche Texte, Musikdateien und sonstige Informationen, zu erwerben. In der Regel berechtigt der beim „Erwerb" einer unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerung (zumeist konkludent) abgeschlossene Lizenzvertrag nur zu einer ge- beziehungsweise verbrauchenden Nutzung im Sinne der Rezeption. Eine weitergehende Nutzung im Sinne der Erhaltung (etwa durch vervielfältigende Digitalisierung) oder Vermittlung (durch vervielfältigende Kommunikation) ist abhängig von der Zustimmung des Urheberrechteinhabers.

Die über digitale und vernetzte Medien unabhängig von einem körperlichen Trägermedium unkörperlich kommunizierten oder kommunizierbaren kulturellen Äußerungen werden nicht über das Sacheigentum an einem körperlichen Träger erworben, sondern es werden Nutzungsrechte (Urheberrechte) durch den Abschluss von Lizenzverträgen erworben. In diesen Verträgen räumt der Urheber oder sonstige Rechteinhaber unter Beachtung zwingender, urheberschützender Vorschriften bestimmte räumlich, zeitlich und inhaltlich beschränkte Nutzungsrechte exklusiv oder nicht exklusiv ein (§§ 29 Abs. 2, 31 UrhG).

Der Aufbau eines Bestandes an urheberrechtlich geschützten, unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen setzt zunächst nur die Zustimmung in die mit dem Bestandsaufbau verbundene Vervielfältigungshandlung gem. § 16 UrhG voraus. Diese wird zumeist konkludent erklärt. Der Abschluss eines formellen (schriftlichen) Lizenzvertrages ist noch nicht erforderlich. Da jedoch der Bestandsaufbau nicht losgelöst von den weiteren Aufgabengebieten erfolgt und für die Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung im Hinblick auf die urheberrechtlich geschützten, unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen in jedem Fall ein formeller, urheberrechtlicher Lizenzvertrag über die erforderlichen Nutzungsrechte abzuschließen ist, bietet es sich an, in diesen auch schon die Zustimmung in die mit dem Bestandsaufbau verbundene Vervielfältigungshandlung aufzunehmen.

---

[362] Gegebenenfalls sogar durch seine (Retro-) Digitalisierung und unter Einsatz vernetzter Medien.

Die Nachweisbarkeit der gem. § 16 UrhG erforderlichen Zustimmung ist im Hinblick auf die urheberechtlichen Sanktionen unbedingt zu empfehlen. Gedächtnisinstitutionen haben somit nicht nur die kulturelle Äußerung an sich in den Bestand zu übernehmen und zu archivieren, sondern auch den Nachweis darüber, dies in Abstimmung mit dem (unter Umständen sogar den) Urheberrechteinhaber(n) getan zu haben.

Die für die Aufgabenpunkte Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung schon beim Bestandsaufbau zu erwerbenden Nutzungsrechte ergeben sich aus der Darstellung der urheberrechtlichen Probleme bei der Behandlung der jeweiligen Aufgabenfelder.

Der Bestandsaufbau durch Erwerb des Vervielfältigungsrechts aus § 16 UrhG setzt den (konkludenten) Abschluss eines urheberrechtlichen Lizenzvertrages zwischen der bestandsaufbauenden Gedächtnisinstitution und dem (beziehungsweise den) Urheberrechteinhaber(-n) voraus.

Die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich, das heißt nicht über ein körperliches Trägermedium, urheberrechtlich geschützten, kommunizierten kulturellen Äußerungen können von den Gedächtnisinstitutionen jedenfalls dann durch Abspeichern in den Bestand übernommen werden, wenn der Urheberrechteinhaber der mit dem Abspeichern zwangsweise verbundenen Vervielfältigungshandlung gem. § 16 UrhG zustimmt.

Im Folgenden werden die insoweit geltenden, urhebervertragsrechtlichen Möglichkeiten dargestellt.

(I) Urhebervertragsrecht – Urheberrechtlicher Lizenzvertrag gemäß §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG

Alle Gedächtnisinstitutionen können (soweit kompetenziell hierzu befugt) innerhalb ihrer finanziellen Möglichkeiten die unabhängig von einem körperlichen Trägermedium unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen durch deren Vervielfältigung dann in ihren Bestand übernehmen, wenn sie lizenzvertraglich (ggfs. konkludent) das Vervielfältigungsrecht eingeräumt bekommen.

Das Urheberrecht sieht in § 29 UrhG vor, dass Urheberrechte als ausschließliche oder einfache Rechte übertragen werden können.

Überträgt der Urheber lediglich einfache Nutzungsrechte, entspricht dies einer positiven Nutzungserlaubnis. Diese kann der Urheberrechteinhaber zahlreichen Parteien erklären, die das Werk auf die gestattete Art nutzen, andere von der Nutzung jedoch nicht ausschließen können, da sie nicht die ausschließlichen Nutzungsrechte erworben haben. Auf die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Urheber und dem Nutzer, also im primären Urhebervertragsrecht, finden neben den allgemeinen, urheberrechtlichen Bestimmungen auch die urhebervertrags-

rechtlichen Sonderbestimmungen aus den §§ 31 – 44 UrhG Anwendung, die dem Schutz der potenziell schwächeren Partei Urheber dienen.[363]

Überträgt der Urheber seine Rechte als ausschließliche Nutzungsrechte, so entspricht dies einer Totalveräußerung seiner absoluten Verwertungsrechte. Er bleibt lediglich Inhaber der wirtschaftlich nicht verwertbaren, sogenannten „Urheberpersönlichkeitsrechte". Ausschließlich können Rechte nur einmal verwertet werden. Der Erwerber ausschließlicher Nutzungsrechte darf das Werk auf die ihm gestattete Art und Weise nutzen und als Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte andere insoweit von der Verwertung ausschließen. Des Weiteren darf der Erwerber ausschließlicher Nutzungsrechte diese seinerseits Dritten einräumen. Auch auf die vertraglichen Beziehungen zwischen dem derivativen Urheberrechteinhaber und Nutzer, also im sekundären Urhebervertragsrecht, finden neben den allgemeinen, urheberrechtlichen Bestimmungen die urhebervertragsrechtlichen Sonderbestimmungen aus den §§ 31 – 44 UrhG Anwendung, wenngleich das Schutzbedürfnis der Urheber beim primären Urhebervertragsrecht höher einzustufen ist, als dasjenige der Beteiligten der nachfolgenden Stufe![364]

Die Übertragung der (ausschließlichen oder einfachen) Nutzungsrechte kann gem. § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG räumlich, zeitlich und inhaltlich beschränkt werden. Der Erwerber darf das Werk dann nur in der vom Urheber festgelegten Art und Weise nutzen. So kann der Urheberrechteinhaber Nutzungsrechte an einem Werk beispielsweise mit der Beschränkung übertragen, dass die Nutzung nur in

---

[363] Die Annahme, dass der Urheber die potenziell schwächere Partei ist, gilt in Bezug auf Vertragsverhandlungen zwischen dem Urheber und einem Dritten, der die Rechte des Urhebers Verwerten möchte (beispielsweise einem Verlag). Ist der Urheber selbst der Verwerter seiner Rechte, ist er im Verhältnis zum Nutzer grundsätzlich die stärkere Partei. Ebenso wie der derivative Rechteverwerter im Verhältnis zum Nutzer die stärkere Partei ist. Im Folgenden wird zwischen dem „Urheberrechteinhaber" und dem „Nutzer" unterschieden, wobei Urheberrechtsinhaber nicht ein derivativer Verwerter sein muss, sondern auch der Urheber selbst sein kann und der Nutzer nicht nur Interesse an konsumierender Nutzung, sondern auch an verwertender kommerzieller Nutzung haben kann. Die Betrachtung ist im Einzelfall spezifisch danach auszurichten, wer gerade Urheberrechteinhaber ist beziehungsweise welches berechtigte Nutzungsinteresse besteht. Dadurch bleibt gewährleistet, dass die Interessen nicht vermengt werden und berechtigte Urheberrechtspersönlichkeitsinteressen nicht aus dem Blick geraten. Die Kritik am Begriff „Urheberrechteinhaber" (etwa von *R. M. Hilty,* Sündenbock Urheberrecht?, in: D. Klippel/A. Ohly (Hrsg.) Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 107 (113)), welche behauptet durch diesen würden Interessen vermengt und er beinhalte die Gefahr, dass Urheberpersönlichkeitsinteressen aus dem Blick geraten, ist nur dort gerechtfertigt, wo keine Einzelfallbetrachtung vorgenommen wird. Ansonsten wird durch den Begriff „Urheberrechteinhaber" der sowohl den Begriff „Urheber", als auch den Begriff „Verwerter" erfasst, sogar mehr Begriffsklarheit und Interessenberücksichtigung durch feinere Einzelfallspezifische Unterscheidungen gewährleistet, als durch die Dreiteilung in die Interessen „Urheber", „Verwerter" und „Nutzer", denn diese Einteilung vergisst, dass der „Urheber" ambivalent auch als „Verwerter" oder als „Nutzer" auftreten kann und somit eine Einzelfallspezifische Betrachtung in jedem Fall erforderlich ist.

[364] *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, vor §§ 31, Rdn. 27.

Deutschland, nicht jedoch im Ausland erlaubt ist.[365] Er kann Nutzungsrechte ferner nur für einen gewissen Zeitraum übertragen. Schließlich kann er inhaltlich beispielsweise die Art und Weise des Vertriebswegs oder der Werkvermittlung festlegen.

Insoweit der Umfang der Nutzungsrechtseinräumung nicht durch öffentlich-rechtliche Abgabe- beziehungsweise Anbietungspflichten vorgegeben ist, hängt es vom Verhandlungsgeschick der Gedächtnisinstitution und ihren finanziellen Möglichkeiten ab, welche Nutzungsrechte sie sich einräumen lassen können. Die Nutzungsrechtseinräumung kann durch die Rechteinhaber in weiten Teilen, insbesondere im Hinblick auf die mit dem Bestandsaufbau intendierte Bestandsvermittlung, stark beschränkt werden.

Zudem ist der Umfang der Nutzungsrechtseinräumung immer auch abhängig von den Möglichkeiten der Rechtseinräumung des Vertragspartners. Insoweit der Urheber seine Urheberrechte bereits als ausschließliche Rechte übertragen hat, verfügt er selbst nicht mehr über die Möglichkeit der Gedächtnisinstitution Nutzungsrechte einzuräumen. Diese muss sich an den derivativen Rechteinhaber halten. Den Verwertungsgesellschaften in Deutschland kommt insoweit eine entscheidende Rolle zu. Jedoch nicht alle Urheber übertragen ihre Rechte an die jeweils zuständigen Verwertungsgesellschaften. Das gilt gerade im Hinblick auf die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen. Das es für unkörperlich kommunizierte Werke über das Internet keine zentralen Rechteinhaber wie Verlage gibt, erschwert die Bestandsaufbauhandlungen im Hinblick auf die urheberrechtlich geschützten, unkörperlich über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen erheblich.

(II) Urheberrechtlicher Lizenzvertrag gemäß §§ 29 Abs. 2, 32 Abs. 3 UrhG – Open-Content-Open-Access Lizenzierung

Ein Sonderfall des lizenzvertragsrechtlichen Erwerbes urheberrechtlicher Nutzungsrechte bildet die offene Lizenzierung (Open-Content, beziehungsweise Open-Access Lizenzierung), hier wird die Zustimmung zur Vervielfältigung bereits im Voraus erteilt und ist eine weitere Abstimmung nicht notwendig.

Die Begriffe Open-Content und Open-Access werden nicht einheitlich verwendet.

Verstanden in einem weiteren Sinne umfasst der Begriff Open-Content alle Lizenzgestaltungen, welche die lizenzgebührenfreie Vervielfältigung und Verbreitung, sowie die Zugänglichmachung der Inhalte durch jedermann zu jedem Zweck oder zu bestimmten (z.B. nichtkommerziellen) Zwecken gestatten. In einem engeren Sinne werden nur solche Lizenzgestaltungen als "offen" verstanden, die neben der Vervielfältigung und Weitergabe auch gestatten, dass jedermann die Werke verändert und in der veränderten Version an Dritte weitergibt oder diesen zugänglich macht. Damit soll eine inhaltlich parallele Verwendung zum Begriff "Open-Source" hergestellt

[365] Was die digitale und vernetzte globale Nutzung behindert.

werden. Bei Open-Source Software ist es essentiell, dass jedermann die Software zu jedem (kommerziellen oder nichtkommerziellen) Zweck in unveränderter und in veränderter Version vervielfältigen, verbreiten und zugänglich machen darf.[366] Grundlage der Open-Access Initiative sind die so genannten BBB-Deklarationen von Budapest, Bethesda (US-Bundesstaat Maryland) und Berlin, welche den Begriff jeweils unterschiedlich definieren.

Der Budapester Initiative zu Folge bedeutet Open-Access, dass Interessierte die Volltexte lesen, herunterladen, kopieren, verteilen, drucken, in ihnen suchen, auf sie verweisen und sie auch sonst auf jede denkbare legale Weise *benutzen* können. Damit verbunden sein sollen weder finanzielle, gesetzliche oder technische Barrieren jenseits von denen, die mit dem Internet-Zugang selbst verbunden sind. In allen Fragen des Wiederabdrucks und der Verteilung, und in allen Fragen des Urheberrechts überhaupt, sollte die einzige Einschränkung darin bestehen, den jeweiligen Autorinnen und Autoren die Kontrolle über ihre Untersuchung zu belassen. Es soll außerdem gesichert werden, dass ihre Untersuchung angemessen anerkannt und zitiert wird.[367]

Nach der Bethesda Erklärung fallen nur diejenigen Lizenzgestaltungen unter den Begriff Open-Access, die nicht nur die (lizenzgebühren-) freie Vervielfältigung und Weitergabe gestatten, aber keine weitergehenden Nachnutzungen gestatten, sondern die über die bloße Benutzung des Werkes hinausgehende Nachnutzungen, wie insbesondere Änderungen vornehmen zu dürfen und veränderte Formen des Werkes weiterverbreiten zu dürfen, gestatten.[368]

Von früheren Open-Access-Erklärungen, die sich auf die Forderung nach freier Zugänglichkeit (weitergehend Bearbeitbarkeit) der wissenschaftlichen Zeitschriftenliteratur im Internet beschränkten, unterscheidet sich die Berliner Erklärung dadurch, dass sie auch die in Bibliotheken, Archiven und Museen verwahrten kulturellen Äußerungen in diese Forderung mit einbezieht. Eingebracht wurde diese Ausweitung von dem europäischen Projekt ECHO, an dem das Max-Planck-Institut für Wissenschaftsgeschichte maßgeblich beteiligt ist.[369] Die Open-Access-Definition der Berliner Erklärung (verbindlich ist die englische Fassung, die deutsche Fassung enthielt bis 2006 das im Original enthaltene Recht zur Veränderung von Werken nicht) nimmt frühere Definitionsversuche (insbesondere der Bethesda-Erklärung) wörtlich auf. Open-Access lizenzierte kulturelle Äußerungen aller Art sollen für alle verantwortbaren Zwecke über digitale und vernetzte Medien frei verbreitet und bearbeitet werden dürfen.[370]

---

366 *T. Jaeger/A. Metzger*, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, in: MMR 2003, 431 (431).

367 Budapest Open Access Initiative, 2002, Netzpublikation siehe Anhang.

368 Siehe Bethesda Statement on Open Access 2003, Netzpublikation siehe Anhang.

369 Siehe die Webseite: http://echo.mpiwg-berlin.mpg.de/home (Letzter Abruf: 12. April 2010).

370 Berliner Erklärung über den Zugang zu wissenschaftlichem Wissen, 2006, Netzpublikation siehe Anhang.

Die Berliner Erklärung wurde auf Betreiben der Max-Planck-Gesellschaft gemeinsam mit der Deutschen Forschungsgemeinschaft, der Leibniz-Gemeinschaft, der Helmholtz-Gemeinschaft Deutscher Forschungszentren, der Fraunhofer-Gesellschaft, der Hochschulrektorenkonferenz sowie dem Wissenschaftsrat verabschiedet. Im Unterschied zu den Deklarationen von Budapest und Bethesda bekennen sich in ihr erstmals Spitzenorganisationen eines ganzen Landes zum Prinzip des Open-Access. Inzwischen haben mehr als 150 Forschungseinrichtungen und Wissenschaftsorganisationen im In- und Ausland die Erklärung unterzeichnet.[371] Die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland sind bisher zurückhaltend, die Erklärung zu unterzeichnen.

Je nach Definition überschneiden oder entsprechen sich die Begriffe Open-Content und Open-Access. Weil im vorliegenden Zusammenhang für den Bestandsaufbau die Einräumung des Vervielfältigungsrechts gemäß § 16 UrhG genügt und dieses nach allen Verständnisweisen Teil der Lizenzgestaltung ist, wird nicht weiter zwischen den Begriffen unterschieden. Unabhängig davon, ob die Lizenzgestaltungen nur ein einfaches Benutzungsrecht im Sinne der Vervielfältigung und Weitergabe einräumen oder aber darüber hinausgehend die Bearbeitung des lizenzierten Inhaltes, wird vorliegend zusammengefasst von Open-Content-Open-Access Lizenzen (OC-OA Lizenzen) gesprochen.[372]

Die genannten Lizenzen beinhalten die unentgeltliche *Vorab*-Einräumung einfacher Nutzungsrechts für jedermann gemäß § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG (in Anlehnung an das im Softwarebereich etablierte Open-Source Lizenzmodell wird diese Bestimmung nach dem bekanntesten Open-Source Programm Linux „Linux-Klausel“ genannt). Sie sind prinzipiell auch auf körperlich kommunizierte kulturelle Äußerungen anwendbar, wurden jedoch speziell für die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen geschaffen und sollen deren technisch unbegrenzte Kommunizierbarkeit und Wahrnehmbarkeit auch rechtlich ermöglichen. Welche einfachen Nutzungsrechte die Lizenzen dem Lizenznehmer einräumen, ist von Lizenz zu Lizenz verschieden.

Alle Lizenzen ermöglichen eine uneingeschränkte und insbesondere lizenzgebührenfreie Benutzung der lizenzierten kulturellen Äußerungen durch Vervielfältigung und Verbreitung. Urheber, die ihre kulturellen Äußerungen unter einer OC-OA Lizenz anbieten, machen von den ihnen automatisch zustehenden Urhe-

---

[371] Zu den Erstunterzeichnern gehörten unter anderem: die Hochschulrektorenkonferenz, der Wissenschaftsrat, die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die Max-Planck-Gesellschaft, die Fraunhofer-Gesellschaft, die Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz e. V., die Helmholtz-Gemeinschaft sowie der Deutsche Bibliotheksverband.

[372] Eine Liste welche unterschiedliche Open-Content Lizenzen aufführt, stellt das Institut für Rechtsfragen der freien und Open-Source Software ifrOSS zur Verfügung. Online abrufbar unter: http://www.ifross.org/ifross_html/lizenzcenter.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

berrechten nur eingeschränkten, autonomen Gebrauch. Mit Ausnahme der unverzichtbaren Urheberpersönlichkeitsrechte[373] werden die wesentlichen urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte, wie insbesondere das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG, der Allgemeinheit (Jedermann) als einfache Nutzungsrechte eingeräumt.[374]

In den OC-OA Lizenzen wird die Nutzungshandlung „Vervielfältigung" gerade intendiert. Alle OC-OA Lizenzen umfassen das Vervielfältigungsrecht, welches als Nutzungsrecht mindestens eingeräumt wird.[375]

Die Kommunikation von urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen unter OC-OA Lizenzen hat bei wissenschaftlichen Publikationen einen beachtlichen Interessenzuwachs erfahren. Die Lizenzen ermöglichen in Verbindung mit modernen Formen der Weitergabe von urheberrechtlich geschützten Werken über digitale und vernetzte Medien die schnelle Diffusion von Wissen als Grundlage der Generierung weiteren Wissens. Urheber von unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierbaren kulturellen Äußerungen lizenzieren diese dann unter OC-OA Lizenzen, wenn sie möchten, dass diese weit und ungehindert verbreitet (kommuniziert) werden können.

Sofern eine urheberrechtlich geschützte über digitale und vernetzte Medien (das Internet) unkörperlich kommunizierte kulturelle Äußerung unter einer OC-OA Lizenz der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt wird, ist für die Vervielfältigung der entsprechenden Netzpublikationen durch Abspeichern auf einen eigenen Server der Gedächtnisinstitution keine Zustimmung gem. § 16 UrhG des Urhebers mehr erforderlich. Diese wurde vielmehr wirksam im Voraus gegeben.[376]

Der Bestandsaufbau der Gedächtnisinstitutionen um die unter OC-OA Lizenzen angebotenen kulturellen Äußerungen ist daher rechtlich bedenkenlos möglich. Alle Gedächtnisinstitutionen können im sogenannten „Selbstbedienungsverfahren", also ohne vom Urheber beziehungsweise Rechteinhaber die gemäß § 16 UrhG erforderliche Zustimmung einzuholen, weil diese bereits im Voraus erklärt wurde, die gemäß §§ 29 Abs. 2, 32 Abs. 3 UrhG lizenzierten und über digitale und vernetzte Medien (das Internet) unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen in ihren Bestand übernehmen. Über digitale und vernetzte Medien kommuni-

---

[373] Vollständige Auflistung bei *M. Rehbinder*, Urheberrecht, 2002, Rdn. 323.

[374] Zum Spannungsverhältnis zwischen Open-Content Lizenzen und Verlagsverträgen siehe: *R. Mantz*, Open Content Lizenzen und Verlagsverträge – Die Reichweite des § 33 UrhG, in: MMR 2006, 784.

[375] Siehe beispielsweise die Digital Peer Publishing Lizenzen (DPPL) abrufbar unter: http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/ oder die international gültigen Creative Commons Lizenzen (CCL) abrufbar unter: http://creativecommons.org/about/license/ (beide Links letzter Abruf: 10. April 2010).

[376] Dass Urheber im Voraus einfache Nutzungsrechte unentgeltlich einräumen können, wird durch § 32 Abs. 3 UrhG sichergestellt.

zierte kulturelle Äußerungen, die unter einer OC-OA Lizenz angeboten werden, lassen sich mittels spezifischer Suchmaschinen gezielt auffinden und im Hinblick auf bestimmte Kriterien selektieren (beispielsweise ist die gezielte Suche nach deutschsprachigen Inhalten möglich).[377]

Der OC-OA Lizenzvertrag kommt durch die Ausübung der durch ihn eingeräumten Rechte zustande.[378] Die Gedächtnisinstitutionen schließen also schon beim Abspeichervorgang einen Lizenzvertrag gem. §§ 29 Abs. 2, 32 Abs. 3 UrhG ab. Die OC-OA lizenzierten, urheberrechtlich geschützten, unkörperlich über digitale und vernetzte Medien (das Internet) kommunizierten kulturellen Äußerungen können von allen kompetenziell hierzu ermächtigten Gedächtnisinstitutionen urheberrechtlich bedenkenlos in den Bestand übernommen werden. Der Lizenzvertrag beinhaltet das Recht, die für den Bestandsaufbau notwendige Vervielfältigung vornehmen zu dürfen, und kommt mit der Abspeicherung zustande.

(III) Sonderfall Pflichtexemplarbibliotheken und staatliche Archive – Zwangslizenzierung

Besonderheiten beim Bestandsaufbau gelten da, wo dieser mit einer öffentlich-rechtlichen Abgabeverpflichtung beziehungsweise einer öffentlich-rechtlichen Anbietungsverpflichtung korrespondiert. Der auf öffentlich-rechtliche Abgabebeziehungsweise Anbietungspflichten begründenden Pflichtexemplar- und Archivgesetzen beruhende Bestandsaufbau durch Erwerbung von geistigen Eigentumsrechten (Nutzungsrechten) weist gegenüber des Bestandsaufbaus, der nicht auf Pflichtexemplar- beziehungsweise Archivgesetze gestützt werden kann, einige Besonderheiten auf und ist daher gesondert darzustellen.

Im Anwendungsbereich von Pflichtexemplar- und Archivgesetzen korrespondiert der Bestandsaufbau mit Ablieferungs- beziehungsweise Anbietungspflichten. Jedoch haben auch die Gedächtnisinstitutionen, die ihren Bestandsaufbau auf Pflichtexemplar- oder Archivgesetze stützen können, die Urheberrechte der abgabe- beziehungsweise anbietungspflichtigen Urheber zu beachten.

Pflichtexemplar- und Archivgesetze beschränken nicht Urheberrechte. Insoweit sie Gedächtnisinstitutionen zum Aufbau eines Bestandes an unkörperlich über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen ermächtigen und verpflichten, bieten sie keine Grundlage, um die damit verbundene, urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlung erlaubnisfrei vornehmen zu können. Zwar knüpfen Pflichtexemplar- und Archivgesetze an urheberrechtliche Begriffe und relevante Inhalte an, da sie jedoch nicht den Gegenstand des durch das Urheberrecht gewährten geistigen Eigentums als solchen berühren und insbesondere das Recht des Urhebers, zu bestimmen, ob und wie sein Werk veröffentlicht wird (§ 12

---

[377] Z.B. über die Suchmaschine von Creative Commons unter: http://search.creativecommons.org/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[378] *T. Jaeger/A. Metzger*, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, in: MMR 2003, 431 (436).

UrhG), unangetastet lassen, bilden sie dogmatisch keine Schrankenbestimmungen im Sinne von §§ 44a ff. UrhG, sondern, insoweit sie eine öffentlich-rechtliche Ablieferungs- beziehungsweise Anbietungspflicht im Hinblick auf bestimmte kulturelle Äußerungen begründen, eine bloße Inhalts- und Schrankenbestimmung des durch das Urheberrecht begründeten und durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten, urheberrechtlichen Verwertungsrechte.[379] Bei einer Schrankenregelung im Sinne von §§ 44a f. UrhG handelt es sich um eine Ausgleichsregelung zwischen Urheberrechteinhaber und werknutzender Allgemeinheit, die bestimmte Tatbestände vorsieht, in denen eine Werknutzung erlaubnisfrei möglich ist und die insoweit den Gegenstand des Urheberrechtsschutzes berührt.[380]

Die Pflichtexemplar- und Archivgesetze räumen den in ihren Anwendungsbereich fallenden Gedächtnisinstitutionen keine Möglichkeiten der erlaubnisfreien Nutzung urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen ein. Diese haben die Urheberrechte der ihre Abgabe- beziehungsweise Anbietungspflicht erfüllenden Pflichtigen zu beachten und sind zu Nutzungen der urheberrechtlich geschützten, unkörperlich über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen nur dann berechtigt, wenn ihnen entsprechende Nutzungsrechte explizit eingeräumt werden.

Auch Pflichtexemplarbibliotheken und staatliche Archive, die in den Anwendungsbereich der öffentlich-rechtliche Abgabe- beziehungsweise Anbietungspflichten begründenden Gesetze fallen, müssen sich daher für den Aufbau eines Bestandes von urheberrechtlich geschützten, über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen lizenzvertraglich das für die mit der Übernahme in den Bestand verbundene Vervielfältigung erforderliche Vervielfältigungsrecht einräumen lassen.

Die Nutzungsrechtseinräumung im Hinblick auf die mit dem Bestandsaufbau verbundene Vervielfältigungshandlung unterliegt jedoch einem Kontrahierungszwang aus den jeweiligen Pflichtabgabe- bzw. Anbietungsvorschriften, der sich einklagen lässt. Den Gedächtnisinstitutionen, die ihren Bestandsaufbau auf Pflichtabgabe- beziehungsweise Anbietungsvorschriften stützen können, ist das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG zum Zwecke des Bestandsaufbaus verpflichtend lizenzvertraglich (konkludent) einzuräumen.[381]

Der abzuschließende Lizenzvertrag ist aufgrund dessen, dass die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Rechte verpflichtend einzuräumen sind, nicht vom

---

[379] BVerfG 31, 229 (241) - Schulbuchprivileg; BVerfG 31, 248 (252) - Bibliotheksgroschen; BVerfG 79, 1 (26 f.), Zum Thema Urheberrecht als Eigentum gem. Art. 14 siehe auch: *H. Möller*, Art. 14 GG und das „geistige Eigentum“, in: JurPC 2002, Web-Dok. 225/2992, Abs. 1-58.

[380] *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, vor §§ 44a ff., Rdn. 1. Auch die Schrankenbestimmungen aus §§ 44a ff. UrhG sind am verfassungsrechtlichen Maßstab des Art. 14 GG zu messen. Darüber hinaus unterliegen sie noch zahlreichen europäischen und internationalen Vorgaben, die dem nationalen Gesetzgeber wenig Spielraum für die Ausgestaltung des nationalen Urheberrechts lassen.

[381] Für die DNB siehe: *J. Heckmann/M. P. Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), in: AfP 2008, 269 unter V.2.

Grundsatz der Privatautonomie geprägt, sondern stark einer Zwangslizenz angenähert.[382] Eine Zwangslizenz-Regelung kann insbesondere kulturpolitische Gründe haben.[383] Eine urheberrechtliche Zwangslizenz verleiht eine ohne oder gegen den Willen des Urhebers eingeräumte Befugnis, ein urheberrechtlich geschütztes Werk in bestimmter Weise zu nutzen.[384] Anders als bei einer gesetzlichen Schranke bedarf es jedoch einer positiven Nutzungsrechtseinräumung.

Urheber und Rechteinhaber, die eine Ablieferungs- beziehungsweise Anbietungsverpflichtung aus öffentlich rechtlichen Vorschriften trifft, können diese nicht alleine durch die OC-OA Lizenzierung erfüllen. Die im Voraus getätigte Lizenzierung beinhaltet nur ein Angebot zum Abschluss des Lizenzvertrages. Der Lizenzvertrag selbst kommt erst durch die Annahme des Angebotes durch Ausübung der angebotenen, eingeräumten Rechte zustande. Zur Erfüllung der Ablieferungsverpflichtung, welche bezweckt, dass die Netzpublikation in den Bibliotheksbestand übergeht, reicht das nicht aus. Die OC-OA Lizenzierung kann mit der Erfüllung einer Ablieferungsverpflichtung oder Anbietungsverpflichtung kombiniert werden, diese jedoch nicht substituieren.

(1) Ablieferungspflicht aus Pflichtexemplarrecht

Der Bestandsaufbau der Pflichtexemplarbibliotheken geschieht gestützt auf das Pflichtexemplarrecht.

Das Pflichtexemplarrecht beschränkt nicht Urheberrechte, sondern begründet eine öffentlich-rechtliche (Ablieferungs-) Verpflichtung. Das Pflichtexemplarrecht gibt den Pflichtexemplarbibliotheken somit nicht das notwendige, rechtliche Instrumentarium, urheberrechtlich geschützte Netzpublikationen eigenmächtig zu sammeln.[385] Die öffentlich-rechtliche Ablieferungsverpflichtung der ablieferungspflichtigen Inhaber von Urheberrechten an ablieferungspflichtigen Netzpublikationen besteht darin, diejenigen urheberrechtlichen Nutzungsrechte einzuräumen, welche die Pflichtexemplarbibliotheken zur Erfüllung ihrer Pflichtaufgaben benötigt.[386] Damit die Pflichtexemplarbibliotheken urheberrechtlich geschützte Netzpublikation vervielfältigen und in ihren Bestand übernehmen können, bedürfen sie einer positiven Nutzungsrechtseinräumung im Sinne von §§ 29 Abs. 2, 31, 16

---

382 Vgl. *J. Heckmann/M. P. Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), in: AfP 2008, 269, Punkt 3.

383 *C. Wolff*, Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht, 2005, 109 f.

384 *F. Melchiar,* in: G. Schricker (Hrsg.), Urheberrecht, Vor §§ 44a UrhG, Rdn. 29.

385 Das Landespflichtexemplarrecht schon deswegen nicht, weil es normenhierarchisch unter dem Bundesgesetzlich geregeltem Urheberrecht steht. Jedoch auch das im DNBG geregelte Bundespflichtexemplarrecht beschränkt nicht das Urheberrecht, dessen Schranken dogmatisch in den §§ 44a UrhG enthalten sind.

386 Für die DNB siehe: *J. Heckmann/M. P. Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), in: AfP 2008, 269 unter V.2.

UrhG durch den Urheber beziehungsweise Rechteinhaber.[387] Die Nutzungsrechtseinräumung im Hinblick auf die mit dem Bestandsaufbau verbundene Vervielfältigungshandlung unterliegt jedoch einem sich aus dem Pflichtexemplarrecht ergebenden Kontrahierungszwang, der sich einklagen lässt. Die Bundespflichtexemplarbibliothek, die Deutsche Nationalbibliothek, kann zudem von Möglichkeiten der Verwaltungsvollstreckung Gebrauch machen.[388]

Die Erfüllung der sich aus den Pflichtexemplarrechtsvorschriften ergebenden Ablieferungsverpflichtung setzt grundsätzlich die „Ablieferung" der Netzpublikation voraus. Die Pflichtexemplarbibliotheken sind in der Regel keine „holenden" Bibliotheken, sondern sie lassen sich die Pflichtexemplare „bringen".

Bei der sich aus Pflichtexemplarrecht ergebenden Ablieferungsverpflichtung handelt es sich generell um eine Bringschuld,[389] welche im Falle von Netzpublikationen erst erfüllt ist, wenn diese durch einen registrierten Ablieferer auf einen Dokumentenserver der Bibliothek geladen werden.

Das DNBG ermöglicht als erstes Pflichtexemplarrecht darüber hinaus in § 16 DNBG die Erfüllung der Ablieferungsverpflichtung durch „Bereitstellung zur Abholung". Die ursprüngliche Bringschuld wird beibehalten, jedoch um eine sie substituierende Holschuld ergänzt.[390] Entscheidend ist das Vorhandensein einer Schnittstelle, die es der Pflichtexemplarbibliothek ermöglicht, eventuell vorhandene Metadaten sowie die Netzpublikation selbst abzuholen. Die Bereitstellung zur Abholung wird derzeit technisch durch das „Open Archives Initiative[391]– Harvesting" realisiert. Im Fall der „Open Archives Initiative – Harvesting" bietet der Ablieferungsverpflichtete einen Dokumentenserver an, über den die Metadaten der auf diesem Server befindlichen Netzpublikationen such- und auffindbar

---

387 Die auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruhende Nutzungsrechtseinräumung unterliegt jedoch, aufgrund der durch das Pflichtexemplarrecht begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Rechteinhabers zur Nutzungsrechtseinräumung, einem gerichtlich einklagbaren Kontrahierungszwang.

388 In Betracht kommen Zwangsgeld oder Ersatzzwangshaft, hingegen nicht die Ersatzvornahme, da es sich bei der Abgabe der Willenserklärung zur Nutzungsrechtseinräumung bei unkörperlichen Werkexemplaren um eine unvertretbare Handlung handelt, vgl. *R. Lackmann*, in: H.-J. Musielak (Hrsg.), ZPO, 2007, § 894 Rdn. 1.

389 Der Begriff Bringschuld ist ebenfalls ein Begriff aus dem deutschen Schuldrecht. Bei der Bringschuld fallen Leistungsort und Erfolgsort am Sitz des Gläubigers zusammen. Der Schuldner muss also die Leistung dem Gläubiger bringen.

390 Holschuld ist ein Begriff aus dem Schuldrecht. Mit dem Begriff wird umschrieben, dass der Schuldner seine Leistungshandlung an seinem Wohnsitz vorzunehmen hat und dort auch der Leistungserfolg eintreten soll. Bei der Holschuld muss sich der Gläubiger also die Leistung beim Schuldner abholen, dort ist der Leistungs- und Erfüllungsort. Die Holschuld ist in § 269 Abs. 1 BGB geregelt.

391 Die Open Archives Initiative (OAI) ist eine Initiative von Betreibern von Preprint-Servern und anderen Dokumentenservern, um die auf diesen Servern abgelegten elektronische Publikationen im Internet besser auffindbar und nutzbar zu machen. Dazu werden verschiedene einfache Techniken entwickelt und bereitgestellt, insbesondere das OAI Protocol for Metadata Harvesting (OAI-PMH) zum Einsammeln und Weiterverarbeiten von Metadaten.

sind (OAI-Repository).[392] Über eine OAI-Schnittstelle können alle für die Verarbeitung notwendigen Metadaten abgeholt werden. Eine zeitgleiche, persönliche Interaktion zwischen Ablieferer und Pflichtexemplarbibliothek ist hierfür ebenso wenig erforderlich, wie beim Abschluss eines OC-OA Lizenzvertrages.[393]

(2) Anbietungspflicht aus Archivgesetzen

Im Anwendungsbereich der Archivgesetze des Bundes und der Länder geschieht der Bestandsaufbau der Archive gestützt auf eine öffentlich-rechtliche Anbietungsverpflichtung. Die Anbietungspflicht der Archivgesetze erfasst Behörden, Gerichte und sonstige staatliche Stellen und die bei diesen anfallenden „Unterlagen". Soweit die Anbietungspflicht auch „Netzunterlagen" erfasst und diese urheberrechtlich geschützt sind, geben die Archivgesetze keine Grundlage, um die urheberrechtlich geschützten Netzunterlagen eigenmächtig zu sammeln. Die Archivgesetze beschränken nicht Urheberrechte, sondern begründen eine öffentlich-rechtlich Anbietungsverpflichtung. Soweit die Anbietungsverpflichtung auch „Netzunterlagen" erfasst, die urheberrechtlich geschützt sind, besteht die öffentlich-rechtliche Anbietungsverpflichtung der anbietungspflichtigen Inhaber von Urheberrechten an anbietungspflichtigen Netzunterlagen darin, diejenigen urheberrechtlichen Nutzungsrechte einzuräumen, welche die Archive zur Erfüllung ihrer Pflichtaufgaben benötigen. Damit die staatlichen Archive die urheberrechtlich geschützten Netzunterlagen vervielfältigen und in ihren Bestand übernehmen können, bedürfen sie einer positiven Nutzungsrechtseinräumung im Sinne von §§ 29 Abs. 2, 31, 16 UrhG durch den Urheber beziehungsweise Rechteinhaber.[394]

Die Nutzungsrechtseinräumung im Hinblick auf die mit dem Bestandsaufbau verbundene Vervielfältigungshandlung unterliegt jedoch einem Kontrahierungszwang, der sich von den Archiven einklagen lässt.[395]

(B) Bestandsaufbauhandlungen ohne Abstimmung mit Urheberrechteinhabern

Der Aufbau eines Bestandes an urheberrechtlich geschützten über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen ohne Erwerb urheberrechtlicher (Nut-

---

[392] Z.B. die Digital Peer Publishing NRW: http://www.dipp.nrw.de/ueberdipp/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[393] Unterstützt werden derzeit das Datenformat ONIX sowie die Ressourcen-Formate text, application/pdf und die Archivformate application/zip, application/gzip, application/gzip-compressed. Zukünftig soll die Übertragung von Metadaten in weiteren Datenformaten möglich sein.

[394] Die auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruhende Nutzungsrechtseinräumung unterliegt jedoch, aufgrund der durch das Pflichtexemplarrecht begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Rechteinhabers zur Nutzungsrechtseinräumung, einem gerichtlich einklagbaren Kontrahierungszwang.

[395] Zu den rechtlichen Möglichkeiten der Archive *B. Manegold*, Archivrecht. Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG, 2001, 52 ff.

zungs-) Rechte im sogenannten „Selbstbedienungsverfahren“[396] ist nur dort möglich, wo das für den Bestandsaufbau erforderliche Vervielfältigungsrecht durch eine gesetzliche Lizenz eingeräumt wird, also eine Schrankenbestimmung für die entsprechende Bestandsaufbauhandlung existiert. Insbesondere das technisch automatisierte Einsammeln von unkörperlich über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen mittels Web-Harvesting, in der Intention einen großen Bestand an Inhalten aus dem Web aufzubauen, um einen bestimmten Bereich des World Wide Web (z.B. den Bereich .de) als Zeugnis der menschlichen Entwicklung zu einem bestimmten Zeitpunkt im „Informationszeitalter“ zu dokumentieren, müsste auf eine urheberrechtliche Schranke gestützt werden können.

(I) Web-Harvesting

Das automatisierte Sammeln von Inhalten aus dem World Wide Web (WWW) zum Zwecke der Archivierung in einem digitalen Archiv wird als Web-Harvesting bezeichnet.[397]

(1) Technologischer Hintergrund

Zentrales Element des Web-Harvesting ist die Software-Komponente „Web-Crawler“. Ein Web-Crawler ist ein Computerprogramm, das automatisch das Web durchsucht, Webseiten analysiert und die Ergebnisse als Archivdatei in eine definierte Zielumgebung schreibt.

Unterscheiden lassen sich das zielgerichtete Web-Harvesting (focused crawl) und das flächige Web-Harvesting (broad crawl). Während beim zielgerichteten Web-Harvesting der Web-Crawler nur bestimmte (in einer Liste, der sogenannten URL seed list) vorgegebene Web-Adressen aufsucht und in ein digitales Archiv abspeichert, durchsucht der Web-Crawler beim flächigen Web-Harvesting das Web anhand lediglich formaler Regeln, die als Auswahlgrundlage der zu archivierenden Inhalte dienen.[398] Grundlage des flächigen Web-Harvesting ist die Verfolgung von Hyperlinks anhand formulierter Regeln. Eine URL seed list dient hier nur als Einstieg. Sie wird automatisch dynamisch erweitert, indem die auf den zunächst aufgesuchten Webseiten enthaltenen Hyperlinks weiterverfolgt und (samt integrierten Inhalten) auf Regelkonformität überprüft werden.

Anders als beim zielgerichteten Web-Harvesting erfolgt die Sammlung von Netzpublikationen durch flächiges Web-Harvesting ganz ohne Mitwirkung der Urheber

---

[396] Siehe *H. Liegmann,* Selbstbedienung oder Lieferung frei Haus?, in: Dialog mit Bibliotheken 14, 2002, 15 ff.

[397] *H. Liegmann*, Web-Harvesting: Aktivitäten von Nationalbibliotheken, in: B. Hoen (Hrsg.), Planungen, Projekte, Perspektiven. Zum Stand der Archivierung elektronischer Unterlagen, 2006, 57.

[398] *H. Liegmann*, Web-Harvesting: Aktivitäten von Nationalbibliotheken, in: B. Hoen (Hrsg.), Planungen, Projekte, Perspektiven, 2006, 57 f.

beziehungsweise Rechteinhaber. Die Gedächtnisinstitution beschafft sich die Netzpublikation selbst.[399]

Die derzeit auf dem Markt erhältlichen Produkte, mit denen sich Web-Harvesting zur Archivierung bestimmter Bereiche des Web einsetzen lässt, sind mit zahlreichen technischen Defiziten behaftet.[400] So können Inhalte des sogenannten „deep web", also desjenigen Teils des World Wide Web, der von Suchmaschinen nicht erfasst wird (z.B. passwortpasswortgeschützte Seiten und solche, die erst auf Anfrage generiert werden), ebenso wenig von einem Harvester eingesammelt werden, wie gut verborgene Hyperlinks. Dynamische Elemente als Teile von Webseiten können Endlosschleifen (crawler traps) verursachen, in denen sich der Web-Crawler verfängt. Oft sind Webseiten nicht ihren jeweiligen Spezifikationen entsprechend programmiert. Während moderne Web-Browser kulant über solche HTML-Fehler hinwegsehen, können die gegenwärtigen Web-Crawler fehlerhafte Dokumente nicht angemessen verarbeiten.[401]

(2) Urheberrechtliche Zulässigkeit

In Bezug auf urheberrechtlich geschützte Werke im Web stellt die mit dem Abspeichervorgang beim Web-Harvesting verbundene Vervielfältigung eine (in Deutschland nach § 16 UrhG) relevante Handlung dar und bedarf als solche entweder der Einwilligung des Urhebers (beziehungsweise Rechteinhabers)[402] oder einer gesetzlichen Grundlage.

(a) Urheberrechtliche Zulässigkeit des zielgerichteten Web-Harvesting

Wenn beim zielgerichteten Web-Harvesting die Sammlung von Inhalten dahingehend beschränkt wird, dass nur solche Inhalte aus dem Web gesammelt werden, bei denen der Urheber beziehungsweise Rechteinhaber in die Sammlung eingewilligt hat, dann bestehen aufgrund des Einverständnisses in die urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlung keine rechtlichen Bedenken.[403]

---

399 In diesem Zusammenhang wird auch vom „Selbstbedienungsverfahren" gesprochen, vgl. *H. Liegmann,* Selbstbedienung oder Lieferung frei Haus?, in: Dialog mit Bibliotheken 14, 2002, 15.

400 Das kommerzielle, Freeware- und Open-Source-Angebot ist vorrangig auf die Bedürfnisse des selektiven Web-Harvesting ausgerichtet und genügt überwiegend den Anforderungen an Archivierungswürdigkeit nicht. Siehe: *H. Liegmann*, Web-Harvesting: Aktivitäten von Nationalbibliotheken, in: B. Hoen (Hrsg.), Planungen, Projekte, Perspektiven, 2006, 58 f.

401 Zu den technischen Problemen siehe ausführlich: *H. Liegmann*, Web-Harvesting: Aktivitäten von Nationalbibliotheken, in: B. Hoen (Hrsg.), Planungen, Projekte, Perspektiven, 2006, 58 f.

402 Welche vorab (und für das Web-Harvesting bedeutsam ggfs. sogar maschinenlesbar) in einer sogenannten „Copyleft" - Lizenz (Creative Commons u.a.) erklärt werden kann. Die Möglichkeit zur Einräumung unbeschränkter einfacher Nutzungsrechte ergibt sich aus den §§ 29 Abs. 2, 31 Abs. 1, 2 UrhG.

403 So verfährt beispielsweise das wohl bekannteste Projekt aus dem Ausland, das von der Nationalbibliothek Australiens betriebene Web-Archiv PANDORA (Preserving and Accessing Networked Documentary Resources of Australia), ein Archiv, das aus ausgewählten australischen Online-Publikationen besteht.

Unter das rechtlich als unproblematisch einzustufende „zielgerichtete Web-Harvesting mit Einwilligung“ fällt beispielsweise die mittels „Open Archives Initiative (OAI)[404]-Harvesting“ betriebene Sammlung. Im Fall des OAI-Harvesting bietet ein Informationsdienstleister einen Dokumentenserver (OAI-Repository) an,[405] über den die Metadaten der auf diesem Server befindlichen Inhalte such- und auffindbar sind, sodass sich ein Informationsdienstleister (nicht nur Bibliotheken und Archive) automatisch über neue Inhalte informieren kann. Falls es solche gibt, können diese über eine OAI-Schnittstelle abgeholt werden. Eine manuelle Interaktion ist hierfür nicht mehr erforderlich.[406] OAI-Harvesting geschieht mit dem ausdrücklichen Einverständnis der Netzpublikationen auf einem Dokumentenserver hinterlegenden Urheberrechteinhaber.

Insbesondere die DNB nutzt das OAI-Harvesting zur Erfüllung ihres Sammelauftrages und kommt damit den nach § 15 DNBG Ablieferungspflichtigen entgegen,[407] die ihre sich aus § 14 DNBG ergebende Ablieferungspflicht nach § 16 S. 2 DNBG durch Bereitstellung auf einem Dokumentenserver nach Maßgaben der Bibliothek erfüllen können.[408]

(b) Urheberrechtliche Zulässigkeit des flächigen Web-Harvesting

Beim flächigen Web-Harvesting wird nicht zwischen rechtlich geschützten und ungeschützten Inhalten unterschieden und es wird diese Unterscheidung auch nicht zuvor in einer URL seed list getroffen. Es werden auch solche Inhalte gesammelt, die nicht zur Sammlung bestimmt sind und durch die Urheberrechteinhaber bewusst zur Abfrage eines Informationsdienstleisters über OAI-Repositorys bereitgehalten werden. Die geharvesteten Informationen werden nicht (zur Erfüllung einer Ablieferungsver-

---

[404] Die Open Archives Initiative ist eine Initiative von Betreibern von Preprint-Servern und anderen Dokumentenservern, um die auf diesen Servern abgelegten elektronischen Publikationen im Web besser auffindbar und nutzbar zu machen. Dazu werden verschiedene einfache Techniken entwickelt und bereitgestellt, insbesondere das OAI Protocol for Metadata Harvesting (OAI-PMH) zum Einsammeln und Weiterverarbeiten von Metadaten.

[405] Z.B. die Digital Peer Publishing NRW: http://www.dipp.nrw.de/ueberdipp/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[406] Unterstützt werden derzeit das Datenformat ONIX sowie die Ressourcen-Formate text, application/pdf und die Archivformate application/zip, application/gzip, application/gzip-compressed. Zukünftig soll die Übertragung von Metadaten in weiteren Datenformaten möglich sein.

[407] Das OAI-Harvesting als „Abholungsverfahren“ ist vor allem hilfreich für Ablieferungspflichtige, die über große Mengen ablieferungspflichtiger Inhalte verfügen, und für die das „Ablieferungsverfahren“ über Anmeldeformular daher nicht realisierbar ist.

[408] Zu den Maßgaben der Bibliothek hat auf Nachfrage N. Stephan von der DNB am 22. Oktober 2007 folgende Auskunft gegeben: *„Die Maßgaben der Bibliothek sind …. (noch) nicht konkret festgelegt; es können daher Einzelabsprachen getroffen werden. Wichtig ist, dass eine Schnittstelle vorhanden sein muss, die es der Deutschen Nationalbibliothek ermöglicht, evtl. vorhandene Metadaten sowie die Internetveröffentlichung selbst abzuholen.“*

pflichtung oder aus sonstigen Motiven) zur Sammlung „angeboten“,[409] sondern ohne Abstimmung mit den Urheberrechteinhaber automatisiert gesammelt.[410] Allein aus der Tatsache, dass der Rechteinhaber das unkörperliche Medienwerk zum (kostenfreien) Abruf im Internet bereitgestellt hat, kann nicht eine konkludente Nutzungsrechtseinräumung angenommen werden. Beim flächigen Web-Harvesting lässt sich nicht verhindern, dass fremdes, urheberrechtlich geschütztes Material ohne die nach § 16 UrhG erforderliche Einwilligung archiviert wird. Die mit der Archivierung verbundene Vervielfältigung bedarf dann, wenn keine Einwilligung des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers vorliegt, einer gesetzlichen Grundlage.

(aa) Konkludente Einwilligung

Obwohl kein ausdrückliches Einverständnis vorliegt, könnte gegebenenfalls eine konkludente Einwilligung in flächiges Web-Harvesting bereits in der Zurverfügungstellung von Netzpublikationen gesehen werden. Die Annahme einer konkludenten Einwilligung in eine Verwertungshandlung birgt die Gefahr in sich, die Balance der Interessen zwischen Urheberrechteinhaber und Werkverwender zu verschieben und ist daher streng zu handhaben.[411]

Während beim „Content-Caching“, bei dem Suchmaschinen Momentanaufnahmen von Webseiten herstellen und diese Momentanaufnahmen Nutzern über einen Cache-Link zur Verfügung stellen, eine konkludente Einwilligung des Urhebers auch für den Cache-Link für möglich gehalten wird,[412] scheitert die Annahme einer konkludenten Einwilligung beim Web-Harvesting schon an der von den Bibliotheken und Archiven angestrebten *langfristigen* Verfügbarkeit der angelegten digitalen Archive. Denn beim Content-Caching ist die nur vorübergehende, *kurzfristige* Verfügbarkeit der betroffenen Seiten entscheidend für die Unterstellung, dass es sich hierbei in Parallele zur Proxy-Server-Problematik, um eine dem Web inhärente Technologie handelt,[413] während beim Web-Harvesting eine derartige technologische Inhärenz nicht gegeben ist.

Selbst wenn man eine konkludente Einwilligung für das Speichern (und Nutzen) von Webseiten im Sinne eines dem Urheberrechtssystem fremden „Opt-

---

[409] Das Anbieten zur Sammlung setzt ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein voraus, welches nicht einfach unterstellt werden kann. Die DNB kann sich zur vollständigen Sammlung aller im Web „angebotenen“ Inhalte daher nicht etwa auf eine vorhandene Einwilligung in die mit der Sammlung verbundene Vervielfältigung berufen.

[410] In diesem Zusammenhang wird auch vom „Selbstbedienungsverfahren“ gesprochen, vgl. *H. Liegmann,* Selbstbedienung oder Lieferung frei Haus? in: Dialog mit Bibliotheken 14, 2002, 15.

[411] *S. Ott*, Der Google Cache - Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung?, in: MIR 2007, Dok. 195, Rdn. 1 (5).

[412] *M. Bahr,* The Wayback Machine und Google Cache – eine Verletzung deutschen Urheberrechts?, in: JurPC Web-Dok. 29/2002, Abs. 1 (9).

[413] *M. Bahr,* The Wayback Machine und Google Cache – eine Verletzung deutschen Urheberrechts?, in: JurPC Web-Dok. 29/2002, Abs. 1 (8 f.).

Out“[414] gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen für möglich hält,[415] liegen die mindestens erforderlichen Voraussetzungen jedenfalls beim flächigen Web-Harvesting nicht vor. Denn selbst wenn Rechteinhaber der Verwendung ihrer über das Web öffentlich kommunizierten kulturellen Äußerungen ausdrücklich widersprechen können,[416] aber nicht haben, beschränkt sich das flächige Web-Harvesting, dem es gerade um eine vollständige und lückenlose Sammlung bestimmter Bereiche des Web geht, nicht auf den absolut notwendigen Umfang der Speicherung. Zudem kann nicht generell unterstellt werden, dass jeder Anbieter urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen im Web ein Interesse am dauerhaften Vorhandensein seines Angebotes hat.

Da die Urheberrechteinhaber zu den mit der Sammlung durch flächiges Web-Harvesting verbundenen Vervielfältigungshandlungen weder ausdrücklich noch konkludent ihr Einverständnis erklärt haben, ist zu klären, ob eine bestehende, gesetzliche Grundlage die Zustimmung der Urheberrechteinhaber entbehrlich macht.

(bb) Schrankenbestimmung

Bei der Suche nach einer gesetzlichen Grundlage ist einzig darauf abzustellen, ob das Urheberrecht in den §§ 44a ff. UrhG (eine) Ausnahmeregelung(en) zugunsten der Bibliotheken und Archive für den Einsatz von flächigem Web-Harvesting enthält.[417] Dies gilt uneingeschränkt auch für Pflichtexemplarbibliotheken und staatliche Archive. Zwar korrespondiert im Falle von Pflichtexemparbibliotheken die Sammlung mit Pflichtabgabevorschriften, diese können jedoch nicht die gesetzliche Grundlage für urheberrechtlich relevante Handlungen sein. Für die Landespflichtexemplarbibliotheken gilt dies schon aufgrund der Normenhiercharchie.[418] Aber auch das DNBG begründet nur die Sammlungskompetenz der DNB, die sich in Bezug auf die mit ihrer Sammlungstätigkeit verbundenen, urheberrechtlich relevanten Handlungen im Übrigen an geltendes Urheberrecht halten

---

[414] Nach dem „Opt-Out-System“ wird von der Zulässigkeit einer urheberrechtlich relevanten Handlung ausgegangen, solange der Urheberrechteinhaber ihr nicht widerspricht. Das geltende Urheberrecht basiert auf dem „Opt-In-System“, also der Annahme, dass eine urheberrechtlich relevante Handlung nur mit vorheriger Einwilligung des Urheberrechteinhabers, beziehungsweise bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Ausnahmebestimmung, zulässig ist.

[415] Zu den Voraussetzungen siehe *S. Ott*, Der Google Cache - Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung?, in: ZUM 2007, 119 (126 f.).

[416] Der Abspeicherung von Webseiten lässt sich bspw. durch META-Tags oder Robots.txt im Code einer Webseite widersprechen.

[417] Die wiederum nach den Grundsätzen des Regel-/Ausnahmeprinzips restriktiv auszulegen ist, vgl. *J. W. Goebel/J. Scheller/W. Zimmermann*, Digitale Langzeitarchivierung und Recht, 2004, 40 ff.

[418] Das UrhG als Bundesrecht bricht das Landespflichtexemplarrecht.

muss.[419] Selbiges gilt für die staatlichen Archive, deren Bestandsaufbau mit Anbietungspflichten korrespondiert.

Gegenwärtig existiert keine spezifisch auf den Einsatz von flächigem Web-Harvesting zugeschnittene Urheberrechtsschranke.[420] Da beim Web-Harvesting digitale Archive angelegt werden, liegt ein Rückgriff auf das Archivprivileg aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG nahe.[421] Dieses gestattet unter bestimmten Voraussetzungen i.V.m. § 52 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 oder Nr. 3 das Anlegen digitaler Archive.[422]

Das Vervielfältigungsrecht als das klassische und zentrale Verwertungsrecht der Urheberrechteinhaber wird durch die Archivschranke dahingehend eingeschränkt, dass diese es für zulässig erklärt:

(Abs. 2 S. 1) *„…. einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen,* (Nr. 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.*

(Abs. 2 S. 2) *Dies gilt im* (soeben genannten) *Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich*

(Nr.2) *eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet oder wenn zusätzlich*

(Nr. 3) *das Archiv im öffentlichen Interesse tätig ist und keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt.*

Es ist fraglich, ob die das ausschließliche Verwertungsrecht der Urheberrechteinhaber einschränkende Schrankenbestimmung, den traditionellen Gedächtnisinstitutionen einen geeigneten Handlungsspielraum eröffnet, um ihren Bestand an über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen mittels Web-Harvesting aufzubauen.

Einschränkungen macht die Archivschranke zunächst „nur“ hinsichtlich der späteren Nutzung durch Vervielfältigungshandlungen. So wird etwa die Nutzung von digitalen Vervielfältigungen digitaler Aufzeichnungen gem. § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG auf analoge (Vervielfältigungs-) Nutzungshandlungen beschränkt. Eine digitale Nutzung des gestützt auf die Archivschranke angelegten, digitalen Archivs ist nur unter den Voraussetzungen von § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG möglich, nämlich dann, wenn das digitale Archiv von einem Archiv, das im öffentli-

---

[419] Daher bildet § 16 DNBG auch keine neue Schranke des Urheberrechts, sondern begründet die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Nutzungsrechtseinräumung bestimmter urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte. Im Einzelnen siehe: *J. Heckmann/M. P. Weber*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), in: AfP 2008, 269.

[420] Hierzu ausführlich: *E. Euler*, Web-Harvesting versus Urheberrecht. Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht, in: CR 2008, 64.

[421] Ausführlich dazu *J. Harder*, Digitale Universitätsbibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, 2007, 163-207.

[422] Die Gesetzesbegründung zum DNBG beruft sich in § 2 (Aufgaben und Methoden) Nummer 1 letzter Teilsatz auch für den Einsatz von flächigen Web-Harvesting auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG.

chen Interesse tätig ist und keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt, angelegt wurde. Privilegiert zur digitalen Nutzung eines gestützt auf die Archivschranke angelegten, digitalen Archivs sind also nur bestimmte Gedächtnisinstitutionen.

Die traditionellen Gedächtnisinstitutionen können das flächige Web-Harvesting als Bestandsaufbaumaßnahme (unabhängig davon, ob sie den Bestand später gem. § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG nur analog oder aber gem. § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG auch digital nutzen möchten) nur dann auf die zitierten Regelungen aus §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG stützen, wenn erstens die beim Web-Harvesting realisierte Vervielfältigungshandlung einer digitalen 1:1 Kopie von der Archivschranke überhaupt erfasst wird und die mittels Web-Harvesting eingesammelten Werke zu den gestützt auf die Archivschranke vervielfältigbaren Werkkategorien zählen, zweitens die traditionellen Gedächtnisinstitutionen zu den durch die Archivschranke privilegierten Einrichtungen zählen, drittens die Vervielfältigungen in ein eigenes Archiv übernommen werden, viertens ein Archivierungszweck vorliegt und fünftens als Vervielfältigungsvorlage ein eigenes Werkstück benutzt wird.

(aaa) Anwendbarkeit der Archivschranke auf das Web-Harvesting

Der Gesetzgeber hat das, Vervielfältigungshandlungen (unter bestimmten Voraussetzungen) ohne Zustimmung des Urheberrechteinhabers gestattende, Archivprivileg aus §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG im Jahre 1965 damit begründet, dass es Raumeinsparungen (etwa durch Mikroverfilmung) oder etwa eine zusätzliche Unterbringung des Bestandes an einem vor Katastrophen sicherem Ort ermöglichen soll. Da eine zusätzliche Verwertung des urheberrechtlich geschützten Werkes dadurch nicht geschaffen werde, seien Urheberrechteinhaberinteressen nicht betroffen.[423] Aus dieser Begründung wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber ursprünglich nicht um die hier zu problematisierenden Vervielfältigungshandlungen durch 1:1 Kopie von über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten Werken ging, sondern um Digitalisierungsmaßnahmen zur Bestandserhaltung.

Der Wortlaut der Regelung aus §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG erfasst jedoch auch den hier zu problematisierenden Fall und gestattet das Anlegen eines digitalen Archivs in Form der Vervielfältigung (sprich redundanten Speicherung) einer originär digitalen Aufzeichnung.

Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Archivschranke, der eine Bestandserhaltung unabhängig vom originären Zustand der aufgezeichneten kulturellen Äußerungen ermöglichen soll und dementsprechend keine Einschränkungen im Hinblick auf die zur Bestandserhaltung notwendigen Vervielfältigungshandlungen vorsieht.

---

[423] Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Bundestagsdrucksache IV/270, 73.

Das Archivprivileg aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG erfasst damit im Ergebnis grundsätzlich sowohl die bei der Digitalisierung eines analogen Werkstücks als auch die bei der Kopie eines digitalen Werkstücks anfallende Vervielfältigungshandlungen, mithin auch das Web-Harvesting.

(bbb) Vervielfältigbare Werkkategorien im Rahmen der Archivschranke

Zwar ist das auf §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG gestützte Anlegen eines digitalen Archivs nicht auf den Fall der Retrodigitalisierung beschränkt, sondern erfasst auch den Fall der redundanten (mehrfachen) Speicherung zu Bestandserhaltungszwecken, jedoch können nicht alle Werkkategorien gestützt auf die Archivschranke vervielfältigt werden.

Bestimmte Werkkategorien lassen sich nicht gestützt auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG vervielfältigen. So schließt § 53 Abs. 5 UrhG die Anwendbarkeit der Archivschranke aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG für Datenbankwerke aus. Ebenfalls nicht anwendbar ist sie für Datenbanken sowie für Computerprogramme. Datenbanken dürfen nur unter den Voraussetzungen von § 87c UrhG, der als abschließende Sonderregelung den §§ 44a ff. UrhG vorgeht, vervielfältigt werden.[424] Computerprogramme dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 69d UrhG vervielfältigt werden, welcher den § 44a ff. UrhG als lex specialis vorgeht. Durch § 69d UrhG ausgeschlossen ist insbesondere § 53 UrhG.[425]

Auf der Grundlage von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG lassen sich nur diejenigen unkörperlich über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen in ein eigenes, digitales Archiv übernehmen, welche keinen zusätzlichen Schutz gem. § 4 UrhG als Datenbankwerke (wegen § 53 Abs. 5 UrhG) oder gem. §§ 69d, 87c UrhG als Datenbanken oder Computerprogramme genießen.

Technisch ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Web-Harvester so programmiert wird, dass er nur die im Rahmen der Archivschranke vervielfältigbaren Werkkategorien harvestet. Jedoch stellt dies gesteigerte Anforderungen an die Programmierer und wird in vielen Fällen auch nicht praktikabel sein, da die schwierige urheberrechtliche Einordnung der verschiedenen Werkarten letzten Endes immer eine individuelle und keine programmierbare Entscheidung darstellt. Die weitgehende Einschränkung der Anwendbarkeit der Archivschranke im Hinblick auf die Werkkategorien und damit das Vervielfältigungssubjekt führt im Ergebnis dazu, dass in vielen Fällen der Bestandsaufbau mittels Web-Harvesting von vornherein ausscheidet und die Archivschranke damit nicht den für flächendeckendes Web-Harvesting notwendigen Handlungsspielraum eröffnet.

(ccc) Privilegierte Institutionen

Privilegiert werden nur Archive, die (so § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG) im öffentlichen

---

[424] *T. Dreier*, in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2006, § 87c UrhG, Rdn. 1.
[425] *T. Dreier*, in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2006, § 69d Rdn. 3.

Interesse tätig sind und die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen. Der Archivbegriff erfasst jede „nach sachlichen Gesichtspunkten vorgenommene Sammlung und Aufbewahrung von Geistesgut jeglicher Art."[426] Jede im öffentlichen Interesse nicht kommerziell tätige Gedächtnisinstitution kann auf der Grundlage von § 53 UrhG ein Archiv anlegen, in dessen Bestand zur Erhaltung kulturelle Äußerungen aufgenommen werden können.

(ddd) Übernahme in ein „eigenes" Archiv

Das Archiv muss gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG ein *eigenes* Archiv darstellen. Dieses Adjektiv wird nach herrschender Ansicht verstanden als ein lediglich zur internen Nutzung bestimmtes Archiv.[427] Diese Auslegung deckt sich mit dem Archivierungszweck, kann allerdings nicht mehr getrennt von diesem betrachtet werden und verliert eine eigenständige, prüfungsrelevante Bedeutung. Daher sprechen gute Gründe dafür, das Adjektiv „eigenes", als „zu Eigentum gehörendes" aufzufassen. Einer solchen Auslegung steht insbesondere nicht der Archivierungszweck entgegen, der als weitere Voraussetzung gegeben sein muss. Die Praxis bestätigt diese Auffassung, denn Bibliotheken und Archive nutzen Web-Harvesting, um ihren „zu Eigentum gehörenden" Bestand auszubauen.

(eee) Archivierungszweck

Die Archivschranke setzt in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG außerdem voraus, dass die Aufnahme eines Werkes in ein eigenes Archiv *geboten* sein muss und die Aufnahme selbst *keinen gewerblichen Zwecken dient.* Mit dem Ausschluss, dass die Aufnahme in ein digitales Archiv keinen gewerblichen Zwecken dienen darf, soll klargestellt werden, dass die zunehmend als attraktiv erkannte Vermarktung der Archivierungsleistung als solche[428] nicht vom Privileg des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG gedeckt wird.[429] Mit dem „Archivierungszweck" vereinbar ist nur die „Bestandssicherung", nicht hingegen der „Bestandsaufbau".[430] Grund für die Privilegierung der Aufnahme von Vervielfältigungen in ein eigenes Archiv ist, dass die Archivierung insbesondere in Bibliotheken erleichtert werden soll.[431] Der Archivierungszweck besteht in der *Si-*

---

[426] BGHZ 140, 183 (191) – elektronische Pressearchive (zu § 53 UrhG); *N. P. Flechsig/M. Fischer*, Speicherung von Printmedien in betriebseigene Datenbankarchive und die Grenze ihrer betrieblichen Nutzung, in: ZUM 1996, 833 (839).

[427] *H. Schack,* Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen?, in: AfP 2003, 1 (2).

[428] Vgl. *H. Schack,* Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen?, in: AfP 2003, 1 (2).

[429] Der Hinweis darauf, dass mit der Archivierung keine gewerblichen Zwecke verfolgt werden dürfen, dient lediglich der Klarstellung, versteht sich im Übrigen von selbst, so der RegE eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 15.06.2006, vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Bundestagsdrucksache 16/1828, 26.

[430] Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Bundestagsdrucksache IV/270, 73.

[431] *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, § 53 Rdn. 27.

cherung und *internen Nutzung* des *vorhandenen Bestandes* an geschützten Werken; bei Gedächtnisinstitutionen etwa darin, Raum zu sparen oder den Bestand sicher zu lagern, ohne dass dadurch eine zusätzliche Verwertung des Werkes vorliegt, durch welche der Urheber betroffen wird. Die Anfertigung eines digitalen Archivs nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG darf also nur darauf abzielen, durch digitale „Sicherungskopien" bereits gegebene, mit bestehenden (Leistungsschutz- und Urheber-) Rechten in Einklang stehende Nutzungsmöglichkeiten zu sichern und zu konservieren. Öffentliche Einrichtungen, die im öffentlichen Interesse tätig sind und keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, können gem. Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 nicht nur digitale Archive anlegen, sondern diese im Rahmen des Bestandssicherungszweckes (hingegen nicht zu Bestandsaufbauzwecken!), also intern, auch digital nutzen.[432]

Ungeachtet von § 53 Abs. 6 S. 1 UrhG, nach dem privilegiert hergestellte Vervielfältigungsstücke weder verbreitet, noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden dürfen,[433] ist es den privilegierten Gedächtnisinstitutionen schon aufgrund des von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG geforderten *Archivierungszwecks* verwehrt, ihre Archive für externe Dritte zu öffnen.[434] § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG privilegiert nur zur Erfüllung des Archivzwecks, keineswegs jedoch dazu, (leistungsschutz- oder urheber-) rechtlich geschützte Werke durch möglichst leichte und kostengünstige Vervielfältigung einer breiten Öffentlichkeit zu vermitteln.[435]

Die Grenzen des privilegierten internen Gebrauchs sind überschritten, wenn das Archiv auch zur Verwendung durch außenstehende Dritte bestimmt ist.[436] Ein Archiv im Sinne von § 53 Abs. 2 S 1 Nr. 2 UrhG dient allein der Bestandssicherung und Bewahrung von kulturellen Äußerungen, sein Zweck ist es nicht, archivierte

---

[432] Die digitale Nutzung eines internen, Bestandserhaltungszwecken dienenden, Archivs, ist nur den im öffentlichen Interesse tätigen Öffentlichen Einrichtungen, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbsweck verfolgen, möglich. Archive, die nicht die aus § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, also etwa Wirtschaftsarchive, können einmal in den Bestand übernommene digitale Aufzeichnungen, zwar digital zu Bestandserhaltungszwecken vervielfältigen, dann aber nur noch analog nutzen. A. A. *H. Schack,* Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen?, in: AfP 2003, 1 (4 und 8), der schon die Anfertigung unternehmenseigener, auch betriebsinterner, digitaler Archive zur Bestandserhaltung ausschließt. Er beruft sich dabei auf Art. 5 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, wohingegen sich der Umsetzungsgesetzgeber in Bezug auf die vorgenommene (Beibehaltung) der Regelung in § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 auf Art. 4 Abs. 3 Buchst. o der Richtlinie beruft (siehe Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Bundestagsdrucksache 15/38, 21).

[433] BGHZ 134, 250 ff., S. 259 f. – CB-Infobank I (zu § 53 UrhG).

[434] *H. Schack,* Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen?, in: AfP 2003, 1 (2).

[435] *H. Schack,* Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen?, in: AfP 2003, 1 (2).

[436] BGHZ 134, 250 (258) – CB-Infobank I (zu § 53 UrhG); *U. Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Dokumente in Datenbanken, in: AfP 1993, 613 (618).

Vervielfältigungsstücke einer Nutzung durch Dritte zugänglich zu machen.[437] Externen Dritten dürfen aufgrund von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG nur diejenigen „Sicherungskopien" zugänglich gemacht werden, durch die ein ihnen im Einklang mit bestehenden Urheberrechten bereits zugänglicher, aber beschädigter Bestand wiederhergestellt wird.

Beim Einsatz von Web-Harvesting ist nicht die Bestandssicherung oder Bestandswiederherstellung, sondern der *Bestandsaufbau* im Hinblick auf unkörperlich über das Internet kommunizierte kulturelle Äußerungen intendiert. Es fehlt somit an dem von § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG vorausgesetzten Archivierungszweck.

Daran ändert im Übrigen auch der mit dem zweiten Gesetz zur Änderung des Urheberrechts neu geschaffene § 52b UrhG nichts, selbst wenn er dadurch weitgehend leerläuft. § 52b UrhG erlaubt bestimmten Einrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen die Zugänglichmachung ihres Bestandes an elektronischen Leseplätzen, enthält aber kein Recht zur Annexvervielfältigung.[438] Damit fehlt eine Regelung, wie die privilegierten Einrichtungen zu einem für die öffentliche Zugänglichmachung auf den Leseplätzen erforderlichen, digitalen Werkexemplar kommen können.[439] Dieses Manko lässt sich nicht durch eine nunmehr weite Auslegung des Archivprivilegs beheben, sondern nur, indem noch eine dem § 52a Abs. 3 UrhG vergleichbare Annexvervielfältigungskompetenz geschaffen wird.[440]

(fff) Eigenes Werkstück als Vervielfältigungsvorlage

Zuletzt setzt § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG voraus, dass als Vorlage für die Vervielfältigung ein *eigenes Werkstück* verwendet wird. Damit wird die gegebene Auslegung des Archivzwecks und die Absicht des Gesetzgebers zu verhindern, dass durch die Archivschranke zusätzliche Verwertungen urheberrechtlich geschützter Werke möglich werden, bestätigt. Weder dürfen die privilegierten Gedächtnisinstitutionen gestützt auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG ihren Bestand durch Vervielfältigungen/Kopien eigener Werkstücke ausbauen, noch dürfen sie fremde Werkstücke vervielfältigen, um den eigenen Bestand auszubauen.

Beim Web-Harvesting werden gezielt „fremde" Werke eingesammelt.[441] Auch dann wenn Pflichtexemplarbibliotheken solche Netzpublikationen harvesten, bei denen eine Ablieferungspflicht besteht, oder staatliche Archive solche Netzunter-

---

[437] *N. P. Flechsig/M. Fischer*, Speicherung von Printmedien in betriebseigene Datenbankarchive und die Grenze ihrer betrieblichen Nutzung, in: ZUM 1996, 833 (846).

[438] Zu diesem Begriff: *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, § 52a Rdn. 16.

[439] *C. Berger*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven - Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, in: GRUR 2007, 754 (756).

[440] Siehe hierzu den Vorschlag 2. Kapitel F.II.3.b)aa).

[441] Wobei unklar ist, wann es sich bei digital aufgezeichneten Werken um „eigene" Werke handelt. Zur Einordnung eines digital aufgezeichneten Werkes als eigenes Werk siehe: 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(B)(II)(1)(g).

lagen harvesten, bei denen eine Anbietungspflicht besteht, sind diese zunächst „fremd“. Die eigenmächtige Sammlung nach dem Selbstbedienungsverfahren würde eine vorweggenommene, unrechtmäßige Ersatz-Beschaffungsmaßnahme darstellen, für die keine rechtliche Grundlage existiert.[442]

(II) Bestandsaufbau und Verwaiste Werke

Besonders problematisch gestaltet sich der Bestandsaufbau auch im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte über das Internet kommunizierte Werkarten, deren Urheber nicht zu ermitteln oder ausfindig zu machen sind und die auch nicht im Voraus unter einer OC-OA Lizenz angeboten werden. Es ist fraglich, ob es gesetzliche Bestimmungen gibt, die ausnahmsweise den Bestandsaufbau zu Archivierungszwecken von den sogenannten „verwaisten“ Werken privilegieren. Verwaiste Werke sind Werke, deren Urheberrechteinhaber nicht, beziehungsweise nur unter Einsatz unverhältnismäßigen Aufwandes, zu identifizieren oder lokalisieren sind.[443] Dies gilt beispielsweise bei einem von mehreren Urhebern geschaffenen Werk, bei dem die Zustimmung in die Vervielfältigung eines jedes einzelnen Miturhebers einzuholen ist, oder bei Werken, bei denen der Urheber verstorben ist und als Rechteinhaber die Erben ausfindig zu machen sind, auf die das Urheberrecht gemäß § 28 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 1922 BGB übergegangen ist.[444] Schätzungen gehen davon aus, dass rund 40 Prozent[445] bis 50 Prozent aller Werke „verwaist“ sind.

Bei verwaisten Werken stehen die archvierungswilligen Gedächtnisinstitutionen vor dem Problem, dass sie die Einwilligung der Rechteinhaber in die mit der Sammlung verbundene Vervielfältigung gar nicht einholen können, selbst wenn sie es wollten.

---

[442] Das wird in der Gesetzesbegründung zum DNBG (siehe: Begründung des DNBG zu § 2 (Aufgaben und Methoden) Nummer 1 letzter Teilsatz, im Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), Bundestagsdrucksache 16/322) wohl übersehen, wenn es dort heißt: „*Die Bibliothek muss zur Erfüllung ihrer Aufgaben Kopien fertigen, insbesondere im Rahmen der Sammlung elektronischer Daten im Internet oder deren Überführung in andere Formate zum Erhalt einer zeitgemäßen Zugriffsmöglichkeit. Die urheberechtliche Befugnis der Bibliothek zum Erstellen dieser Kopien ergibt sich aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG und bedarf keiner erneuten Regelung in diesem Gesetz. Große Datenmengen in elektronischer Form – etwa aus dem Internet, aber auch aus internen Datenbanken – können nur in automatisierten Verfahren kopiert werden.“* Richtig ist lediglich, die aus dieser Aussage zu gewinnende Feststellung, dass die Schranken für die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen (Werke) sich lediglich aus dem UrhG ergeben können und nicht etwa aus dem DNBG. Insoweit sich Erlaubnistatbestände nur aus dem UrhG ergeben können, ist ihre Formulierung im DNBG eine bloße Wiederholung und als solche überflüssig (kann aber der Verständlichkeit dienen).

[443] Zur Definition siehe: *S. v. Gompel*, Audiovisual Archives and the Inability to Clear Rights in Orphan Works, in: IRIS Plus Legal observations of the European audiovisual observatory, Issue 2007 - 4, 2; *A. Gowers*, Gowers Review of Intellectual Property, Dezember 2006, 69.

[444] *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen, in: GRUR Int. 2008, 271.

[445] So die British Library, Intellectual Property: A Balance. The British Library Manifesto, 2006, 3.

Die Sammlung verwaister Werke muss urheberrechtlich unterbleiben, weil niemand sie legitimieren kann. Weder lässt sich ein Rechteinhaber ermitteln, der einer mit der Sammlung verbundenen Vervielfältigung zustimmen kann, noch findet sich eine die Vervielfältigung legitimierende Ausnahmebestimmung in den §§ 44a ff. UrhG.

Es kann insbesondere nicht auf das Archivprivileg aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG zurückgegriffen werden, das unter bestimmten Voraussetzungen das Anlegen digitaler Archive gestattet,[446] denn mit dem „Archivierungszweck" aus § 53 UrhG vereinbar ist nur die „Bestandssicherung", nicht dagegen der „Bestandsaufbau".[447]

Weil Lösungen außerhalb der Gesetzgebung (wie z. B. die Einrichtung von Datenbanken mit Informationen über verwaiste Werke, die verbesserte Einbindung von Informationen zur Rechteverwaltung in digitale Inhalte sowie optimierte Vertragspraktiken) zwar denkbar, jedoch kaum praktisch realisierbar sind, ist eine gesetzgeberische Lösung herbeizuführen.[448]

(III) Bestandsaufbau unter Widerspruchsvorbehalt

Die Hoffnung vieler Gedächtnisinstitutionen ist, dass sich die fehlende Schrankenprivilegierung durch das Vorsehen einer Opt-Out-Regelung, welche es den Urheberrechteinhabern ermöglicht der erfolgten Speicherung im Nachhinein zu widersprechen, sodass diese dann (aus dem Kulturellen Gedächtnis) gelöscht werden, ersetzen lässt.

Im Urheberrecht gilt jedoch das Opt-In-System, also die Annahme, dass eine urheberrechtlich relevante Handlung nur mit Einwilligung des Urhebers, beziehungsweise bei Vorliegen einer Ausnahmebestimmung, zulässig ist. Die Opt-Out-Regelung, die Annahme der Zulässigkeit einer urheberrechtlich relevanten Handlung, solange der Urheberrechteinhaber ihr nicht widerspricht, ist dem geltenden Urheberrecht fremd.

Selbst wenn man eine konkludente Einwilligung für das Speichern (und Nutzen) von Webseiten im Sinne eines dem Urheberrechtssystem fremden Opt-Out-Systems gleichwohl für möglich hielte,[449] liegen die dafür erforderlichen Voraussetzungen beim Web-Harvesting von Webseiten durch Gedächtnisinsti-

---

[446] Die Gesetzesbegründung zum DNBG beruft sich in § 2 (Aufgaben und Methoden) Nummer 1 letzter Teilsatz auch für den Einsatz von flächigen Web-Harvesting auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG.

[447] Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), Bundestagsdrucksache IV/270, 73.

[448] Vorschläge siehe 2. Kapitel F.II.1.b) bei Bestandsaufbau, 2. Kapitel F.II.2.d) bei Bestandserhaltung, 2. Kapitel F.II.3.c)aa) bei Bestandsvermittlung.

[449] *S. Ott*, Der Google Cache - Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung?, in: MIR 2007, Dok. 195, Rdn. 1 (5 ff.); *S. Ott,* Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen?, in: ZUM 2007, 119 (126f.).

tutionen nicht vor. Zwar besteht technisch die formale Möglichkeit der Werkverwendung ausdrücklich widersprechen zu können,[450] jedoch widerspricht diese Möglichkeit der Intention der Gedächtnisinstitutionen, bestimmte Bereiche des Web vollständig in ihren Bestand zu übernehmen. Die Archivierung von Webseiten durch die Gedächtnisinstitutionen beschränkt sich aufgrund der angestrebten Vollständigkeit nicht auf einen absolut notwendigen Umfang und es kann auch nicht generell unterstellt werden, dass jeder Anbieter urheberrechtlich geschützter Inhalte im Web ein Interesse am dauerhaften Vorhandensein seines Angebots hat.

Gedächtnisinstitutionen bauen nicht im eigenen, kommerziellen Interesse einen Bestand an über digitale und vernetzte Medien kommunizierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen auf. Der Aufbau eines Bestandes an über digitale und vernetzte Medien kommunizierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen ist selbst dann, wenn keine transaktionskostenintensive Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern dieser Äußerungen erfolgt, dadurch dass die entsprechende Technik und das entsprechende Personal vorhanden sein muss, sehr kostenintensiv und erfolgt allein zu der dem Gemeinschaftswohl dienenden Funktion der dauerhaften, interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen. Jedoch heiligt der Zweck die Mittel nicht. Obwohl die traditionellen Gedächtnisinstitutionen die über das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen nicht aus einem kommerziellen Interesse heraus, sondern in Erfüllung ihres im Interesse der Gemeinschaft liegenden Auftrages in ihren Bestand übernehmen, und die zu dieser Gemeinschaft zählenden Urheberrechteinhaber in den meisten Fällen zustimmen würden, ist ihr ausdrückliches Einverständnis einzuholen. Eine konkludente Zustimmung darf nicht angenommen werden. Auch der Bestandsaufbau unter Widerspruchsvorbehalt durch Vorsehen einer sogenannten Opt-Out-Regelung ist daher nicht urheberrechtskonform.

Obwohl zumindest durch die reine Archivierung beim Bestandsaufbau keine Interessen der Urheberrechteinhaber verletzt werden, ist, mangels einer die Gedächtnisinstitutionen privilegierenden Schranke, urheberrechtskonform nur der mit Zustimmung der Urheberrechteinhaber in die mit der Archivierung verbundene Vervielfältigung erfolgende Bestandsaufbau von über digitale und vernetzte Medien kommunizierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen. Eine Widerspruchsregelung, welche vorsieht, dass die Urheberrechteinhaber redundant gespeicherter, urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen der redundanten Archivierung widersprechen können, kann Schrankenbestimmungen nicht substituieren.[451]

---

[450] Der Abspeicherung von Webseiten lässt sich bspw. durch META-Tags oder Robots.txt im Code einer Webseite widersprechen.

[451] Selbst dann, wenn der Nutzen der redundanten Speicherung urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen für die Allgemeinheit groß ist und kein Schaden

e) Auswirkungen auf Bestandserhaltung

Wenn konkrete Bestandserhaltungsmaßnahmen urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen betreffen, können diese nur unter Beachtung der bestehenden, eine eigentümerähnliche Position vermittelnden Urheber- und Leistungsschutzrechte erfolgen.

Fraglich ist, inwieweit (beziehungsweise ob überhaupt) die traditionellen Gedächtnisinstitutionen innerhalb des geltenden urheberrechtlichen Rahmens ihre Kernaufgabe Bestandserhaltung im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte, unkörperlich über das Internet kommunizierte kulturelle Äußerungen sinnvoll erfüllen können.

Die Aufgabe zur Bestandserhaltung ergibt sich als logische Konsequenz aus der Aufgabe Bestandsaufbau und steht in engem Zusammenhang zur Aufgabe Bestandsvermittlung.

Die kulturpolitische Bedeutung der Bestandserhaltung besteht darin, das auf materiellen Informationsträgern gespeicherte Wissen als geistiges Erbe über die Jahrhunderte hinweg zu erhalten.[452] Gedächtnisinstitutionen streben die Erhaltung bis in die Ewigkeit an, jedenfalls aber die längste mögliche Erhaltungszeit.[453] Obwohl schon der Begriff Archivierung intendiert, dass es um eine Erhaltung für lange Zeit geht, hat sich für die zeitüberdauernde Archivierung der Begriff „Langzeitarchivierung“ eingebürgert.[454] Unter Langzeitarchivierung versteht man die langfristige Erhaltung der dauerhaften Verfügbarkeit von interaktionslos, das heißt über Raum und Zeit hinweg, also aufgezeichnet kommunizierten kulturellen Äußerungen. Von Langzeitarchivierung spricht man in wirtschaftlichen Zusammenhängen bereits dann, wenn Aufzeichnungen mindestens 10 Jahre aufbewahrt und zugreifbar gehalten werden, das heißt, wenn die Archivsystemlösung zumindest den Anforderungen des Handelsgesetzbuches aus §§ 239, 257 HGB, sowie der Abgabenordnung und den Grundsätzen ordnungsmäßiger DV-gestützter Buchführungssysteme (GoBS) an die sichere, ordnungsgemäße Aufbewahrung von kaufmännischen Dokumenten entspricht. Während die Langzeitarchivierung in wirtschaftlichen Zusammenhängen vor allem technische Schwierigkeiten bereitet und Archivsystemlösungen erfordert, die zwei verschiedene, dem Ziel gegenläufige Faktoren beherrschen, nämlich zum einen die begrenzte Lebensdauer digitaler Speichermedien, sowie zum anderen den rasanten technischen Fort-

---

beim Urheberrechteinhaber zu erwarten ist, bleibt es auch bei Vorsehen einer Opt-Out Regelung bei der Urheberrechtswidrigkeit der redundanten Speicherung.

[452] *G. Ewert/W. Umstätter*, Lehrbuch der Bibliotheksverwaltung, 1997, 78.

[453] „Etwas für die Ewigkeit zu erhalten ist Illusion“. *I. Mazzoni*, Was Restauratoren für unsere kulturelles Gedächtnis tun, in: Süddeutsche Zeitung vom 31. August 2006, 13.

[454] Der Begriff Bestandserhaltung ist ein Pleonasmus, da Archivierung den Langzeitaspekt bereits impliziert, er hilft aber den Unterschied zur Kurzzeitarchivierung (Backup) hervorzuheben.

schritt im Bereich der digitalen Speichertechnologien,[455] bereitet sie in kulturellen Zusammenhängen, wenn es um urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen, also um „Werke“, geht, vor allem urheberrechtliche Probleme, was im Folgenden an konkreten Erhaltungsmaßnahmen dargestellt wird.

aa) Erhaltung durch respektive Digitalisierung

Da es nicht sicher ist, ob die neuen digitalen Medien überhaupt technisch für die Bestandserhaltung geeignet sind oder ob nicht viel mehr ältere Medien und Methoden wie die Mikroverfilmung die verlässlichere Bestandserhaltungsmethode darstellen, bildet die Digitalisierung zur Bestandserhaltung gegenwärtig eher die Ausnahme.[456] Dagegen wird zur Bestandserhaltung digitaler Aufzeichnungen oftmals eine Konvertierung von digital zu analog vorgenommen. Digitalisierungsmaßnahmen werden maßgeblich zur Vermittlung des vorhandenen analogen Bestandes über digitale und vernetzte Medien eingesetzt.

Die Digitalisierung analoger Dokumente ist, da die digitale Kopie aus messtechnischen Gründen wie auch aus Gründen der Speicherplatzökonomie nicht beliebig genau sein kann, immer mit Qualitätsverlust verbunden. Ein Digitalisat kann jedoch in vielen Fällen so genau sein, dass es für einen Großteil der möglichen (auch zukünftigen) Anwendungsfälle ausreicht. Wenn diese Qualität durch das Digitalisat erreicht wird, spricht man von *Preservation Digitalisation*, also der Digitalisierung zur Erhaltung (= Ersetzungskopie). Der Begriff verkennt jedoch, dass nicht alle zukünftigen Anwendungsfälle bekannt sein können. Beispielsweise ermöglicht eine hochauflösende digitale Fotografie zwar das Lesen des Texts einer Pergamenthandschrift, kann aber z. B. nicht für physikalische oder chemische Verfahren zur Altersbestimmung der Handschrift verwendet werden.

Die Digitalisierung zur Erhaltung des vorhandenen Bestandes an analog aufgezeichneten kulturellen Äußerungen durch Konversion in die digitale Form (Retrodigitalisierung) stellt nur in den Fällen ein rechtliches Problem dar, in denen an den analogen Aufzeichnungen noch Urheberrechte bestehen. Wenn die zeitlich beschränkten Urheberrechte nicht mehr bestehen, gilt das vormals urheberrechtlich geschützte Werk als „gemeinfrei“. Es bestehen keine eigentumsähnlichen Rechtspositionen und Verbotsrechte mehr an dem Werk, welches nunmehr von der Allgemeinheit „frei“, das heißt ohne Zustimmung des vormaligen Urheberrechteinhabers, genutzt werden kann. Dies ist im Hinblick auf nur noch durch Digitalisierung zu erhaltende kulturelle Äußerungen im Allgemeinen der Fall.

Zu beantworten sind daher vorrangig nicht die Rechtsfragen der Digitalisierung

---

[455] *H. Liegmann,* Langzeitverfügbarkeit digitaler Publikationen, in: Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie, Sonderheft Nr. 81, 2001, 99 (100).

[456] *W. Frühauf/H. Unger/G. Brinkhus*, Bestandserhaltung in: R. Frankenberger/Klaus H. (Hrsg.), Die Moderne Bibliothek, 2004, 301 (319).

(Retrodigitalisierung beziehungsweise respektive Digitalisierung) zur Bestandserhaltung, sondern die Rechtsfragen der Erhaltung digital elektronischer Aufzeichnungen unabhängig davon, ob diese auch in analoger Form vorliegen, oder vorliegen können (Text, Bild oder Ton), oder ob diese nur in digitaler Form vorliegen können („digital born material“ wie Computerprogramme und Datenbanken).

bb) Digitale Bestandserhaltung

Digitale Bestandserhaltung meint die Erhaltung elektronisch digitaler Aufzeichnungen urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen. Im vorliegenden Zusammenhang wird thematisiert, welche urheberrechtlichen Fragen denkbare Bestandserhaltungsmaßnahmen in Bezug auf die Erhaltung elektronischer, digitaler Aufzeichnungen aufwerfen.[457]

Der aufgebaute Bestand an den über digitale und vernetzte Medien unabhängig von einem Trägermedium unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen lässt sich nur aufgezeichnet, also in Abhängigkeit von einem Speichermedium „verkörpert“, dauerhaft erhalten. Die Bestandserhaltung von unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen unterscheidet sich daher nicht von der Bestandserhaltung unkörperlich kommunizierbarer kultureller Äußerungen, die jedoch nicht unkörperlich, sondern über körperliche Trägermedien als digital elektronische Aufzeichnungen (bspw. DVD-ROM, CD-ROM etc.) in den Bestand übernommen werden. Einmal im Bestand, sind ursprünglich körperlos über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen als digital elektronisch aufgezeichnete kulturelle Äußerungen zu erhalten.

Wenn digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen urheberrechtlich geschützt sind, müssen absolute Rechte der Urheber oder derivativer Rechteinhaber beachtet werden. Was technisch mittlerweile machbar ist, ist rechtlich daher nicht ohne weiteres zulässig. Bestandserhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf digital elektronisch aufgezeichnete Werke sind mit zahlreichen, urheberrechtlichen Nutzungsarten verbunden. Es ist fraglich, ob sie ohne,oder nur in Abstimmung mit dem Urheber bzw. derivativem Rechteinhaber an dem aufgezeichneten Werk vorgenommen werden können. Letzteres würde Bestandserhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf Multimedia-Werke, also eine Kombination von mehreren verschiedenen Elementen oder Typen von Werken auf einem Medium wie CD-ROM,[458] geradezu verunmöglichen. Diese haben oft nicht nur einen Urheber. Insoweit nicht ein derivativer Rechteinhaber über die gesammelten, ausschließlichen Ver-

---

[457] Hierzu auch *E. Euler*, Zur Langzeitarchivierung digital aufgezeichneter Werke und ihrer urheberrechtlichen Einordnung und Beurteilung, in: AfP 2008, 474 ff.

[458] Zum Begriff siehe: *T. Stögmüller,* Grünbuch über die Auswirkungen des geistigen Eigentums auf die von der amerikanischen Regierung angestrebte „National Infomation Infrastructure“, in: GRUR Int. 1995, 855.

wertungsrechte verfügt,[459] könnte es erforderlich sein, von einer Vielzahl von Urhebern die Zustimmung zu der – eine Vielzahl von urheberrechtlichen Nutzungsarten betreffenden – Bestandserhaltungsmaßnahme, einholen zu müssen.[460]

(A) Bestandserhaltungsmaßnahmen als urheberrechtliche Nutzungsarten

Bestandserhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte, digital aufgezeichnete Werke sind mit zahlreichen Nutzungen derselben verbunden, die urheberrechtlich als *Entstellung* oder andere *Beeinträchtigung* gem. § 14 UrhG, als *Änderung* gem. §§ 39, 62 UrhG, als *Vervielfältigung* gem. § 16 UrhG oder als *Bearbeitung* oder sonstige *Umgestaltung* gem. § 23 UrhG einzuordnen sein könnten. Damit nicht bei jeder einzelnen Bestandserhaltungsmaßnahmenbetrachtung erneut die Begrifflichkeiten definiert und gegeneinander abgegrenzt werden müssen, ist eine allgemeine Betrachtung voranzustellen. Die vorgenommenen Begriffsdefinitionen und Abgrenzungen sind entscheidend für das Verständnis der folgenden Einzelfallbetrachtung. Damit diese nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen kommt, sind die Widersprüche in den von Kommentaren, Rechtsprechung und Literatur vorgenommenen Begriffsdefinitionen und Abgrenzungen aufzulösen.[461]

Beeinträchtigung gem. § 14 UrhG ist jede objektive Änderung des vom Urheber bewirkten konkreten, geistig-ästhetischen Gesamteindruckes des Werkes.[462] Diese kann sowohl durch einen Eingriff in die körperliche als auch in die geistige Substanz des Werkes bewirkt werden, etwa indem das Werk in einen anderen Sachzusammenhang gebracht wird.[463] Beeinträchtigung ist der Oberbegriff für alle den geistig-ästhetischen Gesamteindruck eines Werkes verändernden Maßnahmen und umfasst die Begriffe Änderung und Entstellung.[464]

Entstellung ist ein besonders schwerwiegender Fall der Beeinträchtigung.

Änderung bezeichnet alle Maßnahmen, die mit einem Eingriff in die Sub-

---

[459] Z.B. bei einer Multimediapräsentation für die Rechte der eingeschlossenen Fotografien, Grafiken oder Texte, des grafischen und technischen Designs, der Präsentations- und Viewersoftware.

[460] Zum Risiko der Blockade von Einzelurhebern bei der Verwertung eines Gesamtwerkes in einer neuen Nutzungsart vgl. *J. Heckmann/T. Hillegeist,* Zur Aufnahme einer Zeitschrift in eine Online-Datenbank. Urteilsanmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 26.02.2008 I-4 U 157/07, AfP 2008, 483.

[461] Einerseits werden die Begriffe je nach Zusammenhang unterschiedlich definiert und nicht klar gegeneinander abgegrenzt, zum anderen bleibt fraglich, ob die jeweiligen urheberrechtlichen Bestimmungen alternativ oder nebeneinander anwendbar sind. Die Annahme, dass die urheberrechtlichen Bestimmungen nur alternativ anwendbar sind, setzt eine klare Abgrenzung eindeutig definierter Begrifflichkeiten per se zwingend voraus. Aber auch die Annahme, die von einem Nebeneinander der Bestimmungen ausgeht, setzt, um nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen zu kommen, eine klare Abgrenzung klar definierter Begrifflichkeiten voraus.

[462] *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 14 UrhG, Rdn. 10.

[463] BGH, GRUR 2002, 532 (534) – Unikatrahmen.

[464] *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 14 UrhG Rdn. 5.

stanz des Werkes verbunden sind.[465] Der Urheber wird sowohl gegen Eingriffe in die körperliche als auch in die geistige Substanz geschützt.[466] Der Begriff Änderung umfasst sowohl die den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Werkes verändernden Substanzeingriffe, als auch solche Substanzeingriffe, die keine Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Werkes haben.[467]

Nicht jede Änderung ist eine Beeinträchtigung, also eine den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Originals verändernde Maßnahme, wohl aber ist jede Beeinträchtigung auch eine Änderung.

Nicht alle den geistig-ästhetischen Gesamteindruck eines Werkes objektiv verändernden Beeinträchtigungen (Entstellung bzw. Änderung) fallen in den Anwendungsbereich von § 14 UrhG.[468] Das urheberpersönlichkeitsrechtlich ausgestaltete Recht aus § 14 UrhG schützt das Bestands- und Integritätsinteresse des Urhebers und wendet sich gegen eine Beeinträchtigung, die berechtigte geistige oder/und persönliche Urheberinteressen gefährdet, die in der innerhalb von § 14 UrhG vorzunehmenden Interessenabwägung höher zu bewerten sind als die Interessen desjenigen, der die Beeinträchtigung vornimmt.[469] Dafür, ob § 14 UrhG einschlägig ist, sind drei Stufen zu prüfen. Erst wenn (1.) wirklich eine Beeinträchtigung (Änderung oder Entstellung) vorliegt, diese (2.) berechtigte Urheberinteressen gefährdet und die gefährdeten Urheberinteressen in der (3.) vorzunehmenden Interessenabwägung höher zu bewerten sind als die desjenigen, der sie vornimmt, ist § 14 UrhG einschlägig.

Ist der Tatbestand des § 14 UrhG erfüllt, sind die beeinträchtigenden Maßnahmen unzulässig und steht dem Urheber ein Verbotsrecht in Bezug auf die entstellende oder auf sonstige Weise seine im Rahmen einer Interessenabwägung höher zu bewertenden Interessen beeinträchtigende Maßnahme zu.

Das im Urheberrecht allgemein geltende, generelle Änderungsverbot wird durch die §§ 39, 62 UrhG bekräftigt. Gem. § 39 Abs. 1 UrhG gilt das dem Schutz der Werkintegrität dienende, allgemeine Änderungsverbot auch bei der vertraglichen Einräumung oder Übertragung von Nutzungsrechten,[470] sowie gem. § 62

---

465 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 39 UrhG Rdn. 6.

466 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 39 UrhG Rdn. 5 ff.

467 Ungenau insoweit *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 39 UrhG Rdn. 5, 6, § 23 Rdn. 8 und § 14 Rdn. 6.

468 Sondern sind beispielsweise als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung gem. § 23 UrhG einzuordnen.

469 *T. Hoeren*, Rechtsfragen zu Bestandserhaltung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulschriften, 2005, 12.

470 § 39 UrhG gilt wie alle Bestimmungen aus den §§ 31 – 44 UrhG sowohl für das primäre, als auch das sekundäre Urhebervertragsrecht, so *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, vor § 31 UrhG Rdn. 27.

Abs. 1 UrhG auch bei der gesetzlichen Einräumung von Nutzungsrechten aufgrund von Schrankenbestimmungen aus §§ 44a ff. UrhG.

Das Änderungsverbot aus den §§ 39 Abs. 1, 62 Abs. 1 UrhG erfasst wohlgemerkt nur diejenigen Änderungen, für die keine *Änderungsbefugnis* besteht. Insoweit für bestimmte Änderungen eine Änderungsbefugnis besteht, werden diese nicht vom Änderungsverbot aus den §§ 39 Abs. 1, 62 Abs. 1 UrhG erfasst. Eine Änderungsbefugnis kann sich bei urhebervertragsrechtlich eingeräumtem Nutzungsrecht aus ausdrücklicher Vereinbarung oder aus dem vertraglich vereinbarten *Nutzungszweck* ergeben. Je weniger das Werk für die erlaubte Nutzungsart geändert werden muss, desto geringer ist der Änderungsspielraum. Bei Nutzungsarten ohne Bearbeitungscharakter entfällt i.d.R. jegliche Änderungsbefugnis.[471] Eine Änderungsbefugnis kann sich bei gesetzlich eingeräumten Nutzungsrecht aus der gesetzlich eingeräumten Nutzungsart, bzw. aus dem *Schrankenzweck* ergeben. Wenn der Schrankenzweck nicht erreicht werden könnte, wenn notwendigerweise mit der schrankenbasierten Nutzung verbundene Änderungen untersagt werden könnten, sind diese dem Urheber zumutbar. Sie werden vom Schrankenzweck ebenso wie die direkt gesetzlich eingeräumte Nutzungsart privilegiert. Die §§ 62 Abs. 2 bis Abs. 4 UrhG führen weitere Änderungen auf, die bei Nutzungshandlungen, die sich auf Schrankenbestimmungen stützen lassen, zulässig sind.

Änderungen, für die trotz vertraglich oder gesetzlich eingeräumten Nutzungsrechts keine Änderungsbefugnis besteht, können gem. § 39 Abs. 2 UrhG, der über § 62 Abs. 1 Satz 2 UrhG analoge Anwendung findet, dann zulässig sein, wenn sie dem Urheber bzw. derivativem Rechteinhaber zumutbar sind, dieser also seine Zustimmung nach Treu und Glauben nicht versagen kann. Die Vorschrift aus § 39 Abs. 2 UrhG ist als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.[472] Maßgeblich dafür, ob Änderungen auch dann vorgenommen werden dürfen, wenn keine Änderungsbefugnis besteht, sind die Umstände des konkreten Einzelfalls, die im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung gegenüberzustellen sind. Im Zweifel ist zugunsten des Urhebers gegen eine Änderungsbefugnis des Nutzers zu entscheiden. Der Anwendungsbereich von § 39 Abs. 2 UrhG ist daher eng. Er erfasst nur solche von keiner Änderungsbefugnis umfassten Änderungen, die durch Art oder Zweck der erlaubten Nutzung des Werkes geboten sind.[473] Die nach Treu und Glauben gebotene Einwilligung stimmt daher vielfach mit der Änderungsbefugnis überein, die sich schon aus dem vertraglichen Nutzungszweck bzw. dem Schrankenzweck gewinnen lässt.[474]

Vervielfältigung i.S. von § 16 UrhG ist jede körperliche Festlegung des Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittel-

---

471 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 39 UrhG Rdn. 13.
472 Vgl. BGH, AfP 1976, 102 (105) – Schulerweiterung.
473 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 39 UrhG Rdn. 16.
474 *A. Dietz,* in: G. Schricker**,** Urheberrecht, § 39 Rdn. 14.

bar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.[475] Als Vervielfältigungen i.S. von § 16 UrhG gelten nicht nur identische, sondern auch nahezu identische Vervielfältigungen. Geringfügige Umgestaltungen ändern nichts am Tatbestand der Vervielfältigung.[476] Selbst weitergehende Änderungen sind noch als Vervielfältigung einzuordnen, solange und soweit sie ohne eigene schöpferische Ausdruckskraft geblieben sind und noch im Schutzbereich des Originals liegen. Das ist der Fall, wenn dessen Eigenart auch in der Nachbildung erhalten bleibt und der durch das vervielfältigte Werk hervorgerufene, geistig-ästhetische Gesamteindruck mit dem der Vervielfältigung weitgehend übereinstimmt.[477] Vervielfältigungen können mit einer Änderung (einem Substanzeingriff) verbunden sein, die nicht unbedingt eine Veränderung des geistig-ästhetischen Gesamteindrucks bewirken muss!

Eine *Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung* i.S. von § 23 UrhG ist dann gegeben, wenn das abhängige Werk einen anderen Gesamteindruck als das benutzte Werk hervorruft. Zwar bleibt das auf diese Weise benutzte Werk erkennbar, insoweit wird es auch vervielfältigt, allerdings in mehr oder weniger abgeänderter Form, das heißt einen veränderten, geistig-ästhetischen Gesamteindruck hervorrufend.[478] Der Gesamteindruck wird i.d.R. verändert, wenn in die körperliche Substanz eines Werkes eingegriffen wird. Er kann jedoch ebenfalls verändert werden, wenn in die geistige Substanz des Werkes eingegriffen wird, etwa indem das Werk in einen anderen Sachzusammenhang gestellt wird und hierdurch insgesamt ein anderer Gesamteindruck entsteht.[479] Insoweit kann selbst dann, wenn das abhängige Werk das benutzte als solches unverändert wiedergibt, eine Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung i.S. des § 23 UrhG vorliegen. In Abgrenzung zur freien Benutzung aus § 24 UrhG weist die Bearbeitung bzw. sonstige Umgestaltung noch dieselben schöpferischen Wesenszüge und Eigenheiten wie das benutzte Original auf.[480] Bearbeitungen und sonstige Umgestaltungen können als Beeinträchtigung oder Entstellung in den Anwendungsbereich von § 14 UrhG fallen.[481]

Bei *Bearbeitungen* wird das benutzte Werk für weitere Nutzungsformen angepasst (z.B. übersetzt, verfilmt etc.).[482] Die Bearbeitung setzt lediglich ein individuelles, aber nicht notwendigerweise schöpferisches Schaffen voraus.[483]

---

475 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 16 Rdn. 6.

476 *Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 16 UrhG, Rdn. 10.

477 BGH, GRUR 1988, 533 (35) – Vorentwurf II.

478 *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, § 23 UrhG Rdn. 8.

479 BGH, GRUR 2002, 532 (534) – Unikatrahmen.

480 Ein in freier Benutzung geschaffenes Werk hingegen weist eine eigene Individualität und schöpferische Schaffenskraft auf, hinter der die Eigenheiten und Wesenszüge des benutzten Werkes in den Hintergrund treten so: BGH, AfP 1994, 348 – Asterix-Persiflagen.

481 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 23 UrhG Rdn. 26.

482 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 23 UrhG Rdn. 6.

483 Ob für die Bearbeitung i.S. von § 23 UrhG ein schöpferisches Schaffen Voraussetzung ist, oder ein individuelles Schaffen genügt, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Der

Umgestaltungen sind alle sonstigen, schwerpunktmäßig reproduzierenden Werkveränderungen, die mangels individuellen Schaffens nicht als Bearbeitungen eingestuft werden können.[484]

Bearbeitungen und Umgestaltungen sind im privaten Bereich (das heißt ihre Vornahme ist) grundsätzlich zulässig. Erst die Veröffentlichung oder Verwertung einer Bearbeitung oder sonstigen Umgestaltung ist gem. § 23 Satz 1 UrhG erlaubnispflichtig. In Ausnahmefällen muss die Einwilligung bereits zur Vornahme der Bearbeitung oder Umgestaltung vorliegen. Ausnahmen gelten für die in § 23 Satz 2 UrhG genannten Fälle, in denen i.d.R. nicht im privaten Bereich, sondern bereits mit der Intention der gewerblichen Verwertung bearbeitet oder umgestaltet wird. Genannt wird hier insbesondere die Bearbeitung oder Umgestaltung eines Datenbankwerkes, Ausnahmen gelten darüber hinaus gem. § 69c UrhG für Computerprogramme, für die ebenfalls bereits die Vornahme und nicht erst die Veröffentlichung oder Verwertung des Ergebnisses einer Bearbeitung oder sonstigen Umgestaltung der Einwilligung bedarf.

Die Begrifflichkeiten Beeinträchtigung, Entstellung, Änderung, Bearbeitung und Umgestaltung überschneiden sich. Sie lassen sie sich nicht klar gegeneinander abgrenzen. Die urheberrechtlichen Vorschriften, welche die jeweiligen Begrifflichkeiten benutzen, können nebeneinander zur Anwendung kommen und nicht nur alternativ.[485]

(B) Allgemeine Einordnung und Beurteilung von Bestandserhaltungsmaßnahmen

Bestandserhaltungsmaßnahmen sind nicht mit so weitgehenden Nutzungen verbunden, dass sie den Tatbestand von § 14 (Entstellung) UrhG erfüllen. Bestandserhaltungsmaßnahmen geschehen mit der Intention der Erhaltung des Originals. Zwar mag eine Bestandserhaltungsmaßnahme im Einzelfall urheberrechtlich als Beeinträchtigung einzuordnen sein, jedoch niemals als Entstellung. Wenn eine Bestandserhaltungsmaßnahme urheberrechtlich als Beeinträchtigung einzuordnen ist, erfüllt sie dennoch nicht den Tatbestand von § 14 UrhG, insoweit sie weder berechtigte Urheberinteressen verletzt, noch diese in der vorzunehmenden Interessenabwägung höher wiegen, als das an der Erhaltung bestehende Allgemeininteresse.

Meinungsstreit ist letztlich nur theoretischer Natur und kann unentschieden bleiben, weil selbst wenn man für den Begriff der Bearbeitung vom Erfordernis einer gewissen Schöpfungshöhe ausgeht und diese im Einzelfall nicht gegeben ist, zumindest eine sonstige Umgestaltung i.S. des § 23 UrhG vorliegt. Siehe: *T. Hoeren*, Rechtsfragen zu Bestandserhaltung (LZA), 2005, 8.

484 *T. Hoeren*, Rechtsfragen zu Bestandserhaltung (LZA), 2005, 9.

485 A. A. ist *T. Hoeren*, Rechtsfragen zu Bestandserhaltung (LZA), 2005, 11 f., der allerdings keine klaren Begriffsdefinitionen vornimmt. So definiert er auf S. 9 einmal Umgestaltung so, dass diese mangels individuellen Schaffens alle reproduzierenden Maßnahmen erfasst und dann bei der Abgrenzung zur Änderung auf S. 12 so, wie auch den Begriff Bearbeitung, nämlich individuelles Schaffen voraussetzend. Den Begriff Änderung definiert er hier so, wie zuvor auf S. 9 den Begriff Umgestaltung, nämlich individuelles Schaffen nicht voraussetzend.

Bestandserhaltungsmaßnahmen können urheberrechtlich als Vervielfältigung einzuordnen sein und dürfen dann ohne Zustimmung des Urhebers oder derivativen Rechteinhabers nicht vorgenommen werden, es sei denn, sie ließen sich auf eine Schrankenregelung aus den §§ 44a ff. UrhG stützen. Für vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen in Bezug auf digitale Aufzeichnungen einschlägig könnte insbesondere die Archivschranke aus §§ 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V. mit Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG sein.

Bestandserhaltungsmaßnahmen können urheberrechtlich auch als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung einzuordnen sein. Mit guten Gründen lässt sich vertreten, dass Bestandserhaltungsmaßnahmen, da sie von vornherein in der Intention der späteren (Weiter-) Veröffentlichung und Verwertung vorgenommen werden, wie auch die in § 23 Satz 2 UrhG aufgeführten Maßnahmen, schon nicht mehr dem privaten Bereich zuzurechnen sind. Schon die Vornahme (und nicht erst die Veröffentlichung und Verwertung der Ergebnisse) von als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung einzuordnenden Bestandserhaltungsmaßnahmen setzt daher, wie auch die Vornahme der in § 23 Satz 2 UrhG genannten Maßnahmen, die Zustimmung des Urhebers oder derivativen Rechteinhabers voraus.

Jedenfalls darf das Ergebnis einer urheberrechtlich als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung einzuordnenden Bestandserhaltungsmaßnahme, selbst wenn man innerhalb von § 23 UrhG von der zustimmungsfreien Zulässigkeit ihrer Vornahme im privaten Bereich ausginge, ohne Zustimmung weder veröffentlicht noch verwertet werden.

Bestandserhaltungsmaßnahmen in Bezug auf digitale Aufzeichnungen sind außer im Fall der reproduzierenden 1:1-Vervielfältigung immer auch mit Änderungen der zu erhaltenden digitalen Aufzeichnung verbunden oder bestehen gerade in der Änderung der digitalen Aufzeichnung.

Wenn eine Bestandserhaltungsmaßnahme als urheberrechtliche Nutzungsart zulässig ist, entweder weil eine Zustimmung zu ihrer Vornahme vorliegt (indem urhebervertragsrechtlich das durch sie berührte Nutzungsrecht eingeräumt wurde), oder aber weil das durch sie berührte Nutzungsrecht gesetzlich eingeräumt wird, die Nutzung also auf eine Schrankenbestimmung gestützt werden kann, dann sind zumindest die mit der Bestandserhaltungsmaßnahme deckungsgleichen, also mit ihr zwangsweise verbundenen oder aber sie ausmachenden Änderungen ebenfalls zulässig. Grundlage für die mit zulässigen Bestandserhaltungsmaßnahmen notwendigerweise verbundenen, bzw. Bestandserhaltungsmaßnahmen ausmachenden Änderungen ist das vertraglich oder gesetzlich eingeräumte Nutzungsrecht. Dieses begründet eine Änderungsbefugnis.

Mit Bestandserhaltungsmaßnahmen nicht notwendigerweise verbundene Änderungen sind selbst bei Zulässigkeit der Bestandserhaltungsmaßnahme an sich grundsätzlich gem. § 39 Abs. 1 UrhG (bzw. bei einer auf einer Schrankenregelung basierenden Bestandserhaltungsmaßnahme gem. § 62 Abs. 1 UrhG) unzuläs-

sig. Von dem vertraglich oder gesetzlich eingeräumten Nutzungsrecht werden sie nicht mehr erfasst, ebenso wenig bedingt sie der vertragliche Nutzungszweck, noch ggf. der Schrankenzweck, sodass keine Änderungsbefugnis besteht. Mit Bestandserhaltungsmaßnahmen nicht notwendigerweise verbundene Änderungen sind nur im Ausnahmefall zulässig, nämlich gem. § 39 Abs. 2 UrhG dann, wenn sie dem Urheber zumutbar sind.

Innerhalb der von § 39 Abs. 2 UrhG vorzunehmenden Interessenabwägung ist bei auf urhebervertragsrechtlichen Abmachungen beruhenden Bestandserhaltungsmaßnahmen, wie auch schon bei der Frage, ob eine Änderungsbefugnis besteht, wieder der vertragliche Nutzungszweck zu berücksichtigen. Nur solche nicht notwendigerweise mit der Bestandserhaltungsmaßnahme verbundenen Änderungen sind zulässig, die nach Art oder Zweck der vertraglich erlaubten Nutzung geboten erscheinen.[486] Neben den zur Bestandserhaltung direkt eingeräumten Nutzungsrechten müssen auch nicht notwendigerweise mit diesen verbundene oder sie ausmachende, aber dennoch gebotene Nutzungen zulässig sein.

Wenn mit schrankenbasierten Nutzungen nicht notwendigerweise verbundene Änderungen nicht in den Anwendungsbereich von §§ 62 Abs. 2 bis Abs. 4 UrhG fallen, ist innerhalb der von § 62 Abs. 1 Satz 2 UrhG i.V. mit § 39 Abs. 2 UrhG vorzunehmenden Interessenabwägung der jeweilige Schrankenzweck zu berücksichtigen. Insoweit, angesichts des jeweiligen Schrankenzwecks eine nicht notwendigerweise mit einer Bestandserhaltungsmaßnahme verbundene Änderung als urheberrechtliche Nutzungsart nach Art oder Zweck geboten erscheint, ist sie dem Urheber bzw. derivativen Urheberrechteinhaber zumutbar und kann dieser ihr nicht ohne Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen.

(I) Bestandserhaltungsmaßnahmen in Abstimmung mit Urheberrechteinhabern

Die Zustimmung zur Vornahme von Bestandserhaltungsmaßnahmen als urheberrechtliche Nutzungen lässt sich von den Urhebern bzw. derivativen Urheberrechteinhabern urhebervertragsrechtlich gem. §§ 29, 31 UrhG einräumen. Insoweit Bestandserhaltungsmaßnahmen als urheberrechtliche Nutzungen sich auf vertragliche Abmachungen stützen lassen, werden sie in Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern vorgenommen und sind dann unabhängig von ihrer urheberrechtlichen Einordnung in jedem Fall zulässig.[487]

---

[486] Denkbar wäre etwa, dass gleichzeitig mit der Bestandserhaltung auch eine gebotene Modernisierung, etwa in Form von Anpassung an die geltende Rechtschreibung, vorgenommen wird.

[487] Insoweit keine solche Zustimmung vorliegt, sind Bestandserhaltungsmaßnahmen in Bezug auf urheberrechtlich geschützte digitale Aufzeichnungen nur dann zulässig, wenn sie auf eine urheberrechtliche Schrankenbestimmung gestützt werden können. Diese existiert nur für vervielfältigende Bestandsaufbauhandlungen, sodass es für die Frage, ob eine Bestandserhaltungsmaßnahme zustimmungsfrei möglich ist, entscheidend auf deren urheberrechtliche Einordnung ankommt!

Ob eine Bestandserhaltungsmaßnahme noch von einer vertraglichen Abmachung gedeckt ist, ist im Einzelfall zu prüfen. Um möglichst viele Bestandserhaltungsmaßnahmen zu privilegieren, bietet sich eine Kombinationen aus pauschalen und konkreten Abmachungen in Bezug auf Bestandserhaltungsmaßnahmen an.[488] Das weiteste Feld möglicher Bestandserhaltungsmaßnahmen decken Open-Content beziehungsweise Open-Access Lizenzen ab.[489] Diese stellen urheberrechtlich relevante Nutzungen nicht nur beim Konsum im Sinne (zustimmungs-) freien Zugangs, sondern auch bei Bestandserhaltungsmaßnahmen vom Erfordernis der Zustimmung frei.[490]

(II) Bestandserhaltungsmaßnahmen ohne Abstimmung mit Urheberrechteinhabern

Insoweit keine vertraglichen Abreden im Hinblick auf Bestandserhaltungsmaßnahmen getroffen wurden oder diese jedenfalls nicht mehr von bestehenden vertraglichen Abreden erfasst werden, ist fraglich, ob sich die Bestandserhaltungsmaßnahmen abseits vertraglicher Übereinkünfte auf urheberrechtliche Schrankenbestimmungen stützen lassen, also auch ohne Zustimmung der Urheber bzw. derivativen Rechteinhaber vorgenommen werden können.

(1) Vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen

Anknüpfungspunkt für vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen könnte die das Anlegen eines digitalen Archivs unter bestimmten Voraussetzungen gestattende Archivschranke aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2. Nr. 2 und Nr. 3 UrhG bilden.[491] Vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf digitale Aufzeichnungen lassen sich nur dann auf die genannten Regelungen stützen, wenn diese erstens den Fall der digitalen Vervielfältigung überhaupt erfassen (und nicht etwa nur die Retrodigitalisierung), zweitens die verschiedenen Werkkategorien der digital aufgezeichneten Werke zu den gestützt auf die Ar-

---

488 Bei pauschalen Vereinbarungen ist es fraglich, welche Nutzungsarten erfasst werden. Bei pauschalen Abmachungen ist der Vertragszweck zu beachten und im Zweifel dahingehend auszulegen, dass die Rechte beim Urheber verblieben sind. So: BGH, AfP 1996, 101 (122) – Pauschale Rechtseinräumung. Bei pauschalen Abmachungen bleibt es im Zweifel bei der Zustimmungsbedürftigkeit des Urheberrechteinhabers. Andererseits sind konkrete Vereinbarungen im Hinblick auf Bestandserhaltungsmaßnahmen schwierig, weil sich die zukünftigen technischen Entwicklungen und Anforderungen an Bestandserhaltungsmaßnahmen in Bezug auf digitale Aufzeichnungen zu vielfältig sind, um sich im Vorfeld konkretisieren zu lassen. Zudem ist es bei konkreten Vereinbarungen immer fraglich, ob eine Maßnahme wirklich noch von der vertraglichen Vereinbarung erfasst wird, oder nicht.

489 Zu Open-Content Lizenzen bzw. Open-Access Lizenzen siehe 2. Kapitel D.II.2.d)bb)(A)(II).

490 Desweiteren stellen sie auch urheberrechtlich relevante Nutzungen bei Vermittlungshandlungen vom Zustimmungserfordernis frei. Siehe auch: *E. Euler/T. Dreier*, Creative Commons – iCommons und die Allmendeproblematiken, in: D. Bourcier/M. Dulong de Rosnay (Hrsg.), International Commons at the Digital Age. La Création en partage, 2004, 155 (165).

491 Zu den Voraussetzungen siehe schon die Prüfung zum Web-Harvesting 2. Kapitel D.II.2.d)bb)(B)(I).

chivschranke vervielfältigbaren Werkkategorien zählen, drittens diese in ein eigenes Archiv übernommen werden, viertens ein Archivierungszweck vorliegt und fünftens als Vorlage für die Bestandserhaltungsmaßnahmen ein eigenes Werkstück benutzt wird.[492]

(a) Anwendbarkeit der Archivschranke auf die digitale Bestandserhaltung

Das Archivprivileg aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V. mit S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG erfasst grundsätzlich sowohl die bei der Digitalisierung eines analogen Werkstücks als auch die bei der Kopie eines digitalen Werkstücks anfallenden Vervielfältigungshandlungen und somit auch den Tatbestand vervielfältigender Bestandserhaltungsmaßnahmen von originär digital aufgezeichneten Werken.

(b) Vervielfältigbare Werkkategorien – Problem Forschungsdaten

Zwar ist das auf § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V. mit Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UrhG gestützte Anlegen eines digitalen Archivs nicht auf den Fall der Retrodigitalisierung beschränkt, sondern erfasst auch den Fall digitaler Vervielfältigungen zu Bestandserhaltungszwecken, jedoch können nicht alle Werkkategorien gestützt auf die Archivschranke vervielfältigt werden. Für Datenbankwerke, Datenbanken und Computerprogramme ist § 53 UrhG nicht anwendbar.[493]

Das hat insbesondere weitreichende Folgen für die Langzeitarchivierung von Forschungsdaten: Wissenschaftliche Einrichtungen, Hochschulen und Forschungseinrichtungen archivieren ihre Forschungsdaten zunehmend langfristig zur Verifizier- und Replizierbarkeit ihrer Forschungsergebnisse sowie zur Bereitstellung ihrer Forschungsdaten zur Nachnutzung durch Dritte. Letzteres hat zum einen finanzielle Gründe, da oftmals Forschungsdaten nur mit kostenintensivem Aufwand gewonnen werden können, zum anderen hat dies auch Zeitersparnisgründe, denn die Erhebung von Forschungsdaten kann sehr zeitaufwendig sein.

Während es aus urheberrechtlicher Sicht bei den Forschungsdaten vieler Disziplinen (insbesondere insoweit es sich bei der Forschungsbasis um Messdaten handelt) an einer geistigen Schöpfungshöhe fehlen wird, trifft dies allerdings nicht auf alle Wissenschaftsdisziplinen zu. Beispielsweise besteht in der Linguistik die Forschungsbasis aus zumeist urheberrechtlich geschützten Texten. Darüber hinaus werden Forschungsdaten, damit sie Basis für weitere Forschung sein können, zumeist tabellarisch geordnet und/oder in einer Datenbank zusammenge-

---

[492] Siehe auch *E. Euler*, Web-Harvesting vs. Urheberrecht. Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht, in: CR 2008, 64 (66 f.).

[493] So schließt § 53 Abs. 5 UrhG die Anwendbarkeit der Archivschranke aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG für Datenbankwerke aus. Ebenfalls nicht anwendbar ist sie für Datenbanken und Computerprogramme. Datenbanken dürfen nur unter den Voraussetzungen von § 87c UrhG, der als abschließende Sonderregelung den §§ 44a ff. UrhG vorgeht, vervielfältigt werden. Computerprogramme dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 69d UrhG vervielfältigt werden, welcher den §§ 44a ff. UrhG als lex specialis vorgeht. Durch § 69d UrhG ausgeschlossen ist insbesondere § 53 UrhG.

fasst werden. Diese Datenbank genießt entweder rechtlichen Leistungsschutz als Datenbank gem. § 4 Abs. 2 UrhG oder gar als Datenbankwerk gem. § 87a Abs. 1 UrhG und ihre Vervielfältigung lässt sich wegen § 53 Abs. 5 UrhG nicht auf den Privilegierungstatbestand der Archivschranke aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG stützen. Sind Forschungsdaten urheberrechtlich geschützt, können sie nicht ohne Zustimmung der Urheberrechteinhaber durch vervielfältigende Maßnahmen auf der Grundlage der Archivschranke langfristig archiviert werden.

Selbst bei Werken, die innerhalb eines Forschungsprojektes entstehen, ist die wissenschaftliche Einrichtung nicht zwangsläufig auch der Rechtsinhaber. Denn Urheber kann nur eine natürliche Person sein. Die wissenschaftlichen Einrichtungen müssen sich ggf. die für die digitale Langzeitarchivierung erforderlichen Rechte einräumen lassen. Die hierzu benötigten, finanziellen Mittel haben sie in aller Regel selbst aufzubringen. Den meisten fehlt es jedoch schon an einer entsprechenden Kenntnis dieses unhaltbaren Zustandes.[494]

(c) Privilegierte Institutionen

Jede im öffentlichen Interesse, also nicht kommerziell, tätige Gedächtnisinstitution kann auf der Grundlage von § 53 UrhG ein digitales Archiv zur Bestanderhaltung anlegen.[495]

(d) Übernahme in ein „eigenes“ Archiv

Insoweit nur eine „Sicherungskopie“ erstellt wird, die nur in einem zur internen Nutzung dienenden Archiv vorgehalten wird, fällt die Bestandserhaltungsmaßnahme, selbst nach der engen Auslegung des Adjektivs „eigenes“ als ein lediglich zur internen Nutzung bestimmtes Archiv,[496] unter die Schrankenbestimmung aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG.

(e) Archivierungszweck – Problem spätere Nutzungsmöglichkeit digitaler Archivkopien

Die Anfertigung eines digitalen Archivs nach § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 Nr. 3 UrhG darf grundsätzlich nur darauf abzielen, durch digitale „Sicherungskopien“ bereits gegebene, mit bestehenden (Leistungsschutz- und Urheber-) Rechten in Einklang stehende Nutzungsmöglichkeiten zu sichern und zu konservieren.[497]

---

[494] Siehe hierzu: *E. Euler E. W. Steinhauer/C. Bankhardt*, Digitale Langzeitarchivierung als Thema für den 3. Korb zum Urheberrechtsgesetz: Urheberrechtliche Probleme der digitalen Langzeitarchivierung. Stellungnahme der AG Recht im Kompetenznetzwerk nestor, in: Bibliotheksdienst 45, 2011, S. 322 ff.

[495] Privilegiert werden nur Archive, die (so § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG) im öffentlichen Interesse tätig sind, und die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen. Der Archivbegriff erfasst jede „nach sachlichen Gesichtspunkten vorgenommene Sammlung und Aufbewahrung von Geistesgut jeglicher Art.

[496] *H. Schack,* Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen, in: AfP 2003, 1 (2).

[497] § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG setzt voraus, dass die Aufnahme eines Werkes in ein eigenes Archiv geboten sein muss und die Aufnahme selbst keinen gewerblichen Zwecken dient. Mit dem „Ar-

Nur wenn die Sammlung und Erschließung von Vervielfältigungsstücken ausschließlich der Bestandssicherung und der betriebsinternen Nutzung dient, greift die Schrankenbestimmung aus § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG. Die Grenzen des privilegierten, internen Gebrauchs des Vervielfältigungsstücks sind überschritten, wenn dieses (auch) zur Verwendung durch außenstehende Dritte benutzt wird. Selbst dann, wenn es zudem vorrangig auch der Archivierung dient.[498]

Spätere Nutzungen im Sinne der *Verbreitung* und *öffentlichen Wiedergabe* des Archivierungsbestandes sind nur im Rahmen von § 53 Abs. 6 UrhG möglich. Grundsätzlich dürfen die Vervielfältigungsstücke nach dieser Vorschrift weder verbreitet noch öffentlich wiedergegeben werden. Weil Verbreitung körperlich ist und die öffentliche Wiedergabe auch die öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG erfasst, besteht lediglich für die nicht-öffentliche, unkörperliche Weitergabe an nur einzelne Empfänger, die zusammen keine Öffentlichkeit i.S.v. § 15 Abs. 3 UrhG bilden, eine gewisse Schutzlücke,[499] die, da sich an die Öffentlichkeit richtend, für die das Kulturelle Gedächtnis besorgenden Gedächtnisinstitutionen irrelevant ist.

Eine Ausnahme gilt nur für den Tatbestand des *Verleihens* rechtmäßig (also auf der Grundlage der Archivschrankenregelung aus § 53 Abs. 2 UrhG) hergestellter Vervielfältigungsstücke von Zeitungen und vergriffenen Werken sowie solchen Werkstücken, bei denen kleine beschädigte oder abhanden gekommene Teile durch Vervielfältigungsstücke ersetzt worden sind.

Die Ausnahmebestimmung macht deutlich, dass der Gesetzgeber den Fall der elektronischen, digitalen Archivierung zur Bestandssicherung originär digitaler Inhalte weder gesehen, noch geregelt hat.

Digitale Archivkopien lassen sich nur insoweit nutzen (nur verleihen), wie mit ihrer Hilfe beschädigte, kleine Teile von körperlichen Werkstücken ersetzt werden können, also etwa durch ihren Ausdruck. Vollständig zerstörte Originale lassen sich nur im Falle, dass es sich beim Original um eine Zeitung oder ein vergriffenes Werk gehandelt hat, vollständig substituieren.

Werden originär digitale Inhalte in einem digitalen Archiv gesichert, können diese digitalen Archivkopien, insoweit es sich bei der Vorlage nicht um eine Zeitung oder ein vergriffenes Werk handelt, nur dann genutzt (verliehen) werden, wenn die digitale Vorlage nicht vollständig zerstört ist, sondern nur Teile ersetzt werden müssen. Regelmäßig ist eine digitale Kopie jedoch vollständig zerstört und lässt sich nicht mithilfe einer digitalen Kopie „restaurieren“. In den wenigen Fällen, in denen dies gelingen mag, lässt sich das digitale Original nicht mehr als solches (also digital) nutzen, weil der Tatbestand des Verleihens gem. § 27 Abs. 2

---

chivierungszweck“ vereinbar ist nur die „Bestandssicherung“, nicht mit dem Archivierungsprivileg vereinbar ist dagegen der „Bestandsaufbau“.

[498] GRUR 1997, 459, 463 – CB-Infobank I.

[499] *T. Dreier*, ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 53 UrhG Rdn. 53.

S. 2 UrhG nur die körperliche Gebrauchsüberlassung, nicht jedoch die Online-Nutzung erfasst.[500]

Im Ergebnis lassen sich auf der Grundlage der Archivschranke aufgrund des engen Archivierungszwecks aus § 53 Abs. 2 S. 2 UrhG in Verbindung mit § 53 Abs. 6 UrhG im Hinblick auf originär digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen nur sogenannte „Black Boxes" schaffen, das heißt digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen lassen sich zwar ggfs. sicher digital archivieren, aber insoweit das Original vollständig defekt und nicht mehr lesbar ist, lässt es sich nicht etwa durch die digitale Archivkopie ersetzen.

Fernab von vertraglichen Lösungen, die voraussetzen, dass im Vorfeld umfassende Nutzungsrechte auch im Hinblick auf die Langzeitarchivierung und Nutzung der Sicherungskopien eingeräumt wurden, gibt es im Hinblick auf originär digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen keine Schrankengrundlage für eine sinnvolle Nutzung zulässig angefertigter Archivkopien während bestehenden Urheberrechtsschutzes.

(f) Eigenes Werkstück als Vervielfältigungsvorlage – Problem Langzeitarchivierung eines eigenen Werkstückes durch Vervielfältigung einer besser erhaltenen, fremden Vorlage

Insoweit § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG voraussetzt, dass als Vorlage für die Vervielfältigung ein *eigenes* Archivstück verwendet wird,[501] dürfen fremde Werkstücke nach einer Ansicht entgegen der Erfordernisse aus der Archivierungspraxis auch nicht zur Erhaltung des eigenen Bestandes genutzt werden, selbst dann nicht, wenn sichergestellt ist, dass es sich bei dem fremden Werkexemplar um ein dem im Bestand befindlichen, aber schon verschlissenen Werkstück identisches Werkexemplar handelt. Als Vorlage der Vervielfältigung darf bei einer engen Auslegung der Schrankenbestimmung nur das tatsächlich eigene Werkstück benutzt werden.[502]

Jedoch besteht insbesondere dann, wenn die Intention und Zielsetzung des Gesetzgebers gewahrt bleibt, kein Anlass zu einer engen und innovationsfeindlichen beziehungsweise praxisfernen Auslegung,[503] sodass sich die Schrankenbestimmung auch im Sinne als „zur Erhaltung eines eigenen Werkstückes" lesen lässt und für Erhaltungszwecke eines eigenen im Bestand befindlichen Werkstückes in

---

[500] *U. Loewenheim,* in: G. Schricker, § 27 Rdn. 16.

[501] Damit wird die gegebene Auslegung des Archivzwecks und die Absicht des Gesetzgebers zu verhindern, dass durch die Archivschranke zusätzliche Verwertungen urheberrechtlich geschützter Werke möglich werden, bestätigt. Weder dürfen die privilegierten Gedächtnisinstitutionen gestützt auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG ihren Bestand durch Vervielfältigungen/Kopien eigener Werkstücke ausbauen, noch dürfen sie fremde Werkstücke vervielfältigen, um den eigenen Bestand auszubauen.

[502] *T. Dreier*, ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 53 UrhG Rdn. 27.

[503] Kritik und Aufrechterhaltung einzelner Argumente gegen eine erweiternde Auslegung von Urheberrechtsschranken mit Nachweisen bei: *A. Förster*, Fair Use, 2008, 107.

besonderen Situationen auch auf ein fremdes Werkstück zurückgegriffen werden kann.

In der Praxis wird eine bestandserhaltende Vervielfältigung in der Regel vor dem Verschleiß des eigenen Werkstücks vorgenommen werden, weil ansonsten ein fremdes Werkstück existieren und wenn auch nicht dessen Urheberrechteinhaber, so doch dessen „Eigentümer“, die Vervielfältigung ermöglichen muss.

(g) Eigenes Werkstück – Problem Eigentumsbegriff und digitale Inhalte

In der Begriffsbestimmung „eigenes“, also einem zu Eigentum gehörendem Werkstück, liegt bei digital aufgezeichneten Werkstücken ein weitergehendes Problem:

Während sich die auf ein körperliches Medium (einen Datenträger) aufgezeichneten digitalen Werkstücke über jenes und das daran bestehende sachenrechtliche Eigentum durch Erhalt des Datenträgers oftmals erhalten lassen und auch hierüber weitervermitteln lassen, gilt das nicht für die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien zugespielten Inhalte, die sich nur durch Vervielfältigung erhalten lassen. Eben diese Vervielfältigung setzt jedoch unabhängig von vertragsrechtlichen Lösungen ein „eigenes Werkstück“ voraus.

Wann kann bei digital aufgezeichnet auf einem Datenträger bzw. gar nur unkörperlich über Netzwerke übermittelten Werkstücken jedoch von einem „eigenem Werkstück“ gesprochen werden?

Die Archivschranke, die der Gesetzgeber von 1965 geschaffen hat und die seither keine wesentlichen Änderungen erfahren hat, sondern in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG unverändert steht, knüpft an den sachenrechtlichen Eigentumsbegriff aus §§ 903 ff. BGB an. Die maßgeblich für die Bibliotheken geschaffene Ausnahmebestimmung wurde zu einer Zeit eingeführt, als diese sich in der Praxis noch gar nicht mit digitalen Inhalten konfrontiert gesehen haben. Dass die Bibliotheken nunmehr Vertragspartner zahlreicher Lizenzverträge sind, die sie zu gewissen Nutzungen digitaler Inhalte berechtigen, jedoch zumeist keine Bestimmungen über die Langzeitarchivierung enthalten, konnte bei Einführung der Schranke nicht vorhergesehen werden.

Um den Fall des „unkörperlichen Eigentums“ zu erfassen, also Fallgestaltungen in denen Gedächtnisinstitutionen kein körperliches Werkstück, an dem sachenrechtliche Befugnisse bestehen, erlangen, sondern nur unkörperlich über Netzwerke abrufbare Inhalte zu bestimmten, vorgegebenen Lizenzbedingungen nutzen und weitergeben dürfen, bietet es sich an, den „Eigentumsbegriff“ aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 weit auszulegen.

Der Grundsatz der engen Auslegung von Schrankenbestimmungen steht dem insoweit nicht entgegen, als es hier nicht um eine intensivere Nutzung und Entwertung von Urheberinteressen geht, sondern im Gegenteil die mit Kosten verbundene Langzeitarchivierungsaufgabe gerade auch im Interesse der Urheber-

rechteinhaber steht. Davon abgesehen ist der antiquierte Grundsatz insgesamt zu überdenken und aufzugeben.[504]

Fraglich ist, wie eine weite Auslegung des Eigentumsbegriffs in Bezug auf lizenzvertraglich zu bestimmten Nutzungen überlassene digitale Inhalte aussehen könnte.

Anerkannt ist, dass in Übertragung der sachenrechtlichen Eigentumsdogmatik die eigentümerähnliche Position, die das Urheberrecht als Teilgebiet des Rechts des geistigen Eigentums vermittelt, in Verbots- und Verfügungsrechten besteht. Der „Eigentümer" von „geistigem Eigentum" verfügt nicht über ein körperliches Werkstück, sondern über Verwertungs- beziehungsweise Nutzungsrechte.[505]

Jedoch ist „Eigentümer" nur der Inhaber einer *ausschließlichen* Rechtsposition, auf deren Grundlage er bestimmen kann, wie mit „seiner" kulturellen Äußerung verfahren werden darf, und auf deren Grundlage er bestimmte einfache Nutzungen erlauben und andere verbieten kann.

Der Inhaber nur *einfacher* Nutzungsrechte ist in Übertragung der sachenrechtlichen Eigentumsdogmatik nicht „Eigentümer", sondern „Besitzer" und nur zu bestimmten Nutzungen berechtigt.

Das spricht dagegen, den Eigentumsbegriff aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG dahingehend auffassen, dass das Eigentum in Bezug auf lizenzvertraglich zu bestimmten Nutzungen überlassenen, digitalen Inhalten in eben den jeweils konkret gegebenen, (lizenzvertraglich eingeräumten) einfachen Nutzungsrechten besteht.

Eine derart weite Auffassung des Eigentumsbegriffs wäre im Hinblick auf regelmäßig nur zeitlich beschränkt eingeräumte, einfache Nutzungsrechte auch nicht zielführend. Zwar könnten digitale Inhalte noch während des Bestehens von Urheberrechtsschutz unabhängig von vertraglichen Lösungen archiviert werden, um ihre Nutzung während der Vertragslaufzeit zu sichern, aber nicht darüber hinaus, denn eine auf § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG gestützte Archivierung ist nur zulässig, um eine *gegebene* Nutzungsmöglichkeit zu sichern. Insoweit die lizenzvertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit nach Zeitablauf wegfällt, wäre auch bei weiter Auffassung des Eigentumsbegriffs aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG dahingehend, dass dieses in den zeitlich beschränkt eingeräumten Nutzungsmöglichkeiten besteht, die Archivkopie nicht mehr nutzbar. Regelmäßig wird bei der zeitweisen Nutzungsrechtseinräumung zudem der Urheberrechteinhaber (verpflichtend) auch dafür Sorge tragen, dass die Nutzung innerhalb der zeitweisen Nutzungsrechtsein-

---

[504] Urheberrechte sind Ausnahmen von der grundsätzlich geltenden Informationsfreiheit bzw. nicht der Grundsatz, sondern die Ausnahme und sind Schranken daher nicht eng, sondern weit auszulegen. Siehe auch: *D. Kröger*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, in: MMR 2002, 18.; *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 422 f.

[505] *U. W. Hösch*, Eigentum und Freiheit. Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistungen des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, 2000.

räumung möglich ist, sodass die Archivierung zur Erhaltung bestehender Nutzungsrechte während der Vertragslaufzeit praktisch keinen Vorteil bringt.

Insoweit einfache Nutzungsrechte zeitlich unbeschränkt eingeräumt werden und eine dauerhafte (daher eigentümerähnliche) Nutzung eines digitalen Inhalts im vertraglich vereinbarten Umfang ermöglichen, ist die weite Auffassung des Eigentumsbegriffs durch Übertragung der sachenrechtlichen Dogmatik zwar schon eher vertretbar, führt aber, weil die archivierten Inhalte ohne Zustimmung der Rechteinhaber weder körperlich durch Verbreitung gem. § 17 UrhG noch unkörperlich durch öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG, beziehungsweise die hiervon mit erfasste öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG nutzbar sind, was § 53 Abs. 6 S. 1 UrhG nochmals explizit klarstellt, auch hier nicht weiter. Zwar gilt gem. § 53 Abs. 6 S. 2 UrhG eine Ausnahme für den Verleih von rechtmäßig hergestellten Vervielfältigungsstücken von Zeitungen und vergriffenen Werken, sowie solchen Werkstücken, bei denen kleine beschädigte oder abhanden gekommene Teile durch Vervielfältigungsstücke ersetzt worden sind, jedoch ist die „Verleih-Ausnahme“ zugschnitten auf das analoge Umfeld (Ersetzung einzelner Printseiten durch Kopien etc.) und passt nicht auf digitale Zusammenhänge.[506]

Die digitalen Inhalte, an denen ausschließliche Rechte bestehen, lassen sich zwar bei weiter Auslegung des Eigentumsbegriffs und Übertragung der sachenrechtlichen Dogmatik unproblematisch als „eigene“ Werkstücke auffassen. Allerdings lassen sich digitale Inhalte an denen ausschließliche Rechte bestehen schon aufgrund dessen durch redundante Speicherung mehrfach archivieren, dass auch das Vervielfältigungsrecht Teil des bestehenden Rechtekataloges ist. Eines Rückgriffs auf die Archivschranke bedarf es insoweit nicht.

Im Ergebnis ist bei weiter Auffassung des Eigentumsbegriffs auf der Grundlage von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG zulässig zwar auch die vervielfältigende digitale Archivierung von Werkstücken, an denen nur einfache, aber zeitlich unbeschränkte Nutzungsrechte bestehen,[507] die digitalen Archivkopien sind jedoch erst nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes, in den meisten Fällen also erst 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers,[508] wieder sinnvoll nutzbar. Die bei weiter Auffassung des Eigentumsbegriffs gestützt auf die Archivschranke durch vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen zur Sicherung eingeräumter Nutzungsrechte zulässige Anfertigung von Archivkopien digitaler Inhalte in eine „Black Box“ hätte insoweit einen nur sehr fernen Archivierungszweck.

---

[506] Siehe hierzu schon 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(B)(II)(1)(f).

[507] Zulässigerweise während der Vertragslaufzeit bei weiter Auslegung des Eigentumsbegriffs angefertigte Archivkopien werden nicht dadurch rückwirkend unzulässig, dass nach Ablauf der Vertragslaufzeit keine Nutzungsrechte mehr bestehen.

[508] Zur Schutzdauer und den Schutzfristen siehe §§ 64 ff. UrhG, und die besonderen Vorschriften in §§ 70 – 73, 76, 81, 82, 85, 87, 87d, 94, 95 UrhG.

(h) Anzahl möglicher Archivkopien – Problem der redundanten Speicherung

Ein weiteres Problem, welches sich in der Archivierungspraxis stellt, ist das der redundanten Mehrfachspeicherung. Die redundante Mehrfachspeicherung ist eine vielversprechende Langzeitarchivierungsstrategie. Wird jedoch ein bestimmtes Werkstück auf der Grundlage von § 53 Abs. 2 S.1 Nr. 2 UrhG mehrfach archiviert, so muss nach herrschender Meinung bezugnehmend auf die aktuelle Rechtsprechung jedes Mal ein anderes Werkstück benutzt werden.[509]

Insoweit vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen nur auf die Vervielfältigung des eigenen Bestandes digitaler Aufzeichnungen abzielen und sich auf eine einfache Vervielfältigung beschränken, ist die Voraussetzung aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, dass als Vervielfältigungsvorlage *ein eigenes* Werkstück dient, in jedem Fall erfüllt.

Nach dem Wortlaut lässt § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 es jedoch darüber hinaus zu, *„einzelne Vervielfältigungsstücke“*, mithin mehr als ein Vervielfältigungsstück bzw. eine Vervielfältigung, herzustellen.

Die Rechtsprechung des BGH, auf welche sich die herrschende Meinung in der Literatur bezieht, hatte den Fall zu beurteilen, dass ein kommerzieller Anbieter Zeitungsausschnitte in einem „Zettelkasten“ ablegt und zwar durch eine Kopie des abgelegten ausgeschnittenen Originals gegebenenfalls auch unter einem zweiten Stichwort. Die Ablage erfolgte zu Archivierungszwecken, jedoch auch, um Kunden auf Anfrage die abgelegten Werkstücke zu vervielfältigen. Für die Archivierung berief sich der kommerzielle Anbieter (eine Bank) auf die Archivschranke aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG.[510]

Der BGH stellte zur Archivierung fest, dass sich diese im konkreten Fall, trotz dass zwar ein eigenes Werkstück als Vorlage für die Vervielfältigung benutzt worden sei, nicht auf den Archivierungszweck beschränkte, sondern dadurch, dass archivierte Vervielfältigungsstücke zugleich zur Grundlage einer Nutzung durch außenstehende Dritte gemacht wurden, die Grenzen des durch die Archivschranke privilegierten, internen Gebrauchs überschritten worden seien.[511] Die Archivschranke bot im konkreten Fall daher keine Grundlage für eine Vervielfältigung zu Archivierungszwecken.

Der BGH beurteilte im konkreten Fall wohlgemerkt nur die einmalige Anfertigung einer Vervielfältigung und nicht Mehrfachvervielfältigungen zu Archivie-

---

[509] Vgl. nur *T. Dreier*, ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 53 UrhG Rdn. 27; *S. Lüft*, in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger, UrhG, § 53 Rdn. 28; *U. Decker*, in: P. Möhring/K. Nicolini, UrhG, § 53 Rdn. 25 jeweils bezugnehmend auf BGHZ 134, 250 = AfP 1997, 624 (626 f.) = GRUR 1997, 459, 461 f. – CB-Infobank I.

[510] Und für die Weitergabe von Kopien der Archivierungsstücke darauf, dass der Kunde sich seinerseits für die Beauftragung der Herstellung von Kopien auf die Schrankenbestimmung aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG berufen könne.

[511] Unter Verweis auf *P. Katzenberger*, Elektronische Printmedien und Urheberrecht, Stuttgart 1996, 53; *U. Loewenheim,* Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Dokumente in Datenbanken, Stuttgart 1994, 64.

rungszwecken. Im Streitfall hatte der Beklagte vorgetragen, ausgeschnittene Zeitungsartikel katalogisiert zu archivieren und sofern die ausgeschnittenen Zeitungsartikel unter einem zweiten Stichwort archiviert worden seien, eine (!) Vervielfältigung des bereits ausgeschnittenen und archivierten Originals vorgenommen zu haben. Da für die archivierte Vervielfältigung jedoch erneut ein Original erworben worden sei, seien die Interessen des Urheberrechteinhabers gewahrt und die Vervielfältigung gerechtfertigt.

Der BGH stellte insoweit fest, dass es für die urheberrechtliche Betrachtung unerheblich sei, ob das Verhalten des Werknutzers, aus welchen Gründen auch immer, wirtschaftlich vernünftig erscheint. Während das erneute Ausschneiden und archivieren eines Originals (wie schon das erste Ausschneiden und archivieren eines Originals) unproblematisch zulässig gewesen wäre, war die Vervielfältigung des schon einmal ausgeschnittenen und archivierten Originals zwar arbeitsrationell, aber auf der Grundlage von § 53 Abs. 2 S.2 Nr. 2 UrhG nicht zulässig. Auch der Umstand, dass für die Vervielfältigung eine Originalvorlage existierte und nur nicht benutzt worden war, der Urheberrechtsinhaber jedenfalls mehrfach vergütet und seinen Interessen somit genügt worden war, ändert nichts an dieser Einschätzung.

Das Eigentum, insoweit ist der Literaturmeinung beizupflichten, reicht für die Herstellung einer Vervielfältigung auf der Grundlage der Archivschranke nicht aus, vielmehr müssen die sonstigen Voraussetzungen insbesondere der Archivierungszweck gegeben sein. Nicht zwingend ist hingegen der Schluss, dass insoweit ein Werk mehrfach archiviert wird, jedes Mal ein anderes Werkstück benutzt werden muss.

Die Ausführungen des BGH versperren eine Auslegung von § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG dahingehend, dass auch ein einzelnes, „eigenes“ Werkstück mehrfach vervielfältigt und redundant archiviert werden kann, insoweit die weiteren Voraussetzungen (Aufnahme in ein eigenes Archiv zum privilegierten Archivierungszweck) vorliegen und insbesondere der Archivierungszweck dies erfordert, keinesfalls!

Die Anzahl der nach § 53 UrhG herstellbaren Kopien richtet sich nach dem jeweils privilegierten Zweck. So gilt nach herrschender Rechtsauffassung für den privaten Gebrauch die Exemplarzahl als erlaubt, die man für den privaten Zweck benötigt.[512] Der Sinn und Zweck der Archivkopie liegt im Erhalt des Originals begründet. Demnach sind je nach Haltbarkeit der Archivkopie jedenfalls ein bis zwei Exemplare (z.B. Verfilmung und eine digitale Kopie) von der Norm erfasst. In Ausnahmefällen, insoweit einzig die redundante Mehrfachspeicherung durch verteilte Speicherung digitaler Objekte auf verschiedenen Rechnern erfolgversprechend ist, auch mehr.

---

[512] Z.B. eine Familie mit 7 Angehörigen = 7 identische Kopien von einer Vorlage.

Zwar scheint vordergründig das Problem dadurch entschärft, dass den Pflichtexemplarbibliotheken über das Pflichtexemplarrecht die zur digitalen Langzeitarchivierung benötigten Rechte verpflichtend einzuräumen sind,[513] sodass jedenfalls diese die Langzeitarchivierung wo nötig durch redundante Speicherung besorgen können, jedoch gilt dies erstens nur für ablieferungspflichtige Werke (und mithin nicht alle von den arbeitsteilig das Kulturelle Gedächtnis besorgenden Gedächtnisinstitutionen als erhaltungswürdig eingestuften kulturellen Äußerungen), und es ist zweitens nicht gesichert, dass die Pflichtexemplarbibliotheken ihrer Aufgabe derzeit sinnvoll nachkommen können. Es gibt jedoch zahlreiche, vielversprechende Langzeitarchivierungsprojekte von Gedächtnisinstitutionen,[514] die derzeit mangels ausreichender Schrankengrundlage für die digitale Langzeitarchivierung auf vertragliche Lösungen angewiesen sind, was die Aufgabe praxistaugliche Langzeitarchivierungsstrategien für eine Masse digitaler Inhalte überhaupt erst zu entwickeln erschwert und verteuert.

(2) Bearbeitende oder umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen

Eine Schrankenregelung für Bestandserhaltungsmaßnahmen, die andere als vervielfältigende Nutzungen erfordern, ist nicht ersichtlich.

Bestandserhaltungsmaßnahmen, die urheberrechtlich als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung gem. § 23 UrhG einzuordnen sind, können nur mit Zustimmung vorgenommen werden.[515] Bevor bearbeitende oder umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen vorgenommen werden können, ist solange und soweit keine Zustimmung angenommen werden kann, diese mangels einer gesetzlichen Grundlage bei den Urhebern bzw. derivativen Urheberrechteinhabern einzuholen. Die eingeholte Zustimmung bildet auch die Grundlage für mit bearbeitenden oder umgestaltenden Bestandserhaltungsmaßnahmen notwendigerweise ver-

---

513 Siehe zum Umfang der Ablieferungsverpflichtung 2. Kapitel D.II.1.a)bb)(B)(II).

514 Seit knapp über einem Jahr läuft bei der Humboldt Bibliothek zu Berlin das DFG-geförderte Projekt LuKII (LOCKSS-und-KOPAL-Infrastruktur-und-Interoperabilität),das u.a. das Ziel verfolgt ein kostengünstiges LOCKSS (Lots of Copies Keep Stuff Safe) Netzwerk für beteiligte Institutionen zu entwickeln. Im Rahmen des Projekts werden Inhalte aus institutionellen Repositorien von momentan 11 verschiedenen Partnern (z.B. K.I.T. Karlsruhe, hbz – Köln, SLUB Dresden, etc.) zur Langzeitarchivierung in einem LOCKSS-System vorbereitet und gespeichert. LOCKSS basiert auf der Idee des distributed computing (Verteiltes Rechnen). Verteiltes Rechnen beruht auf dem Prinzip der verteilten Bearbeitung oder Speicherung digitaler Objekte auf verschiedenen Rechnern. LOCKSS speichert digitale Objekte als Bitstrom auf mindestens sieben verschiedenen Festplatten (Rechnern). Vertragliche Lösungen sind mangels gesetzlicher Grundlage für das geschilderte Vorgehen mit einer Vielzahl von Rechteinhabern zu schließen und stellen das Projekt insgesamt vor eine große praktische Hürde.

515 Bestandserhaltungsmaßnahmen von Öffentlichen Einrichtungen lassen sich nicht mehr dem privaten Bereich zurechnen, da sie schon mit der Intention der weiteren Veröffentlichung und Verwertung vorgenommen werden. Insoweit ist auch schon die Vornahme von bearbeitenden oder umgestaltenden Bestandserhaltungsmaßnahmen und nicht erst ihre Veröffentlichung und Verwertung gem. § 23 UrhG zustimmungspflichtig.

bundenen, bzw. diese ausmachenden Änderungen. Nicht notwendigerweise mit bearbeitenden oder umgestaltenden Bestandserhaltungsmaßnahmen verbundene Änderungen sind dagegen nicht mehr von der Änderungsbefugnis gedeckt. Ihre Zulässigkeit beurteilt sich nach § 39 UrhG.

(C) Urheberrechtliche Einordnung und Beurteilung einzelner Bestandserhaltungsmaßnahmen

Im Folgenden sind die derzeit möglichen Bestandserhaltungsmaßnahmen, im Hinblick auf digital elektronische Aufzeichnungen unter Berücksichtigung der vorgenommenen Begriffsdefinitionen und allgemeinen urheberrechtlichen Beurteilung spezifisch zu behandeln.

(I) Erhaltung der Substanz

Bestandserhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf digitale Aufzeichnungen setzen voraus, dass zunächst die Substanz der digitalen Aufzeichnung erhalten wird, also der sie ausmachende Binärcode. Der Binärcode lässt sich nur aufgezeichnet auf einem digitalen Speichermedium erhalten. Aufgrund der kurzen Lebensdauer digitaler Speichermedien muss er regelmäßig auf ein neueres, digitales Speichermedium überspielt werden. Bei der gegenwärtigen Unbeständigkeit digitaler Speichermedien ergibt sich für die Haltbarkeit der Informationen ein Zeitraum von 5 bis 30 Jahren. Magnetische Speicher, von der Diskette bis zum DAT oder den Magnetbändern, können Teile der gespeicherten Daten schon innerhalb weniger Jahre verlieren, CD-ROMs halten ein halbes Jahrhundert. Noch sind keine Speichermedien in Sicht, die im Hinblick auf die Langzeitverfügbarkeit der gespeicherten Daten ein Überschreiben auf neue Medien entbehrlich machen. Dabei ist zu differenzieren zwischen dem *Wiederauffrischen des Trägers* und einem *Wechsel der Trägergeneration.* Beim Wiederauffrischen wird eine 1:1-Kopie des Binärcodes vorgenommen. Bei einem Wechsel der Trägergeneration ist eine Veränderung des Datenstroms häufig nicht vermeidbar.

Die genannten Bestandserhaltungsmaßnahmen stellen urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen dar. Es ist fraglich, ob sie ohne oder nur in Abstimmung mit den Urhebern bzw. derivativen Rechteinhabern der zu erhaltenden digitalen Aufzeichnungen vorgenommen werden können.

(1) Wiederauffrischen des Binärcodes als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG

Das Wiederauffrischen des „Datenträgers“ ist in der Geschichte der Bestandserhaltung kein neues Phänomen. Das Abschreiben von alten Papyrusrollen oder das Abtragen und Übertragen einer Malerei auf eine neue Leinwand ist ebenfalls ein Wiederauffrischen. Das Wiederauffrischen in Bezug auf analog und zumeist auf ältere Medien aufgezeichnete Werke wird jedoch zumeist erst in dem Moment nötig, in dem kein urheberrechtlicher Schutz mehr an den aufgezeichneten Werken besteht und zu beachten ist. Im Hinblick auf das Wiederauffrischen des die Substanz von digital aufgezeichneten Werken ausmachenden Binärcodes durch

dessen Überspielen in Form einer 1:1-Kopie auf einen neuen Datenträger, besteht jedoch in der Regel noch Urheberrechtsschutz, der zu beachten ist.

Die mit der Bestandserhaltungsmaßnahme „Auffrischung“ verbundene Vervielfältigungshandlung ist bei bestehendem Urheberrechtsschutz, da sie ohne Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gesamtcharakter des Vervielfältigungsstückes bleibt, eine Vervielfältigungshandlung gem. § 16 UrhG und bedarf der Zustimmung des Urhebers bzw. derivativen Rechteinhabers, es sei denn, diese ist aufgrund einer gesetzlichen Schranke, welche die Nutzungshandlung „Vervielfältigung“ erlaubt, entbehrlich. Die digitale Vervielfältigung einer im Bestand einer Institution befindlichen, digitalen Aufzeichnung zu Bestandserhaltungszwecken lässt sich in Bezug auf die meisten Werkkategorien auf die Archivschrankenregelung aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2. Nr. 2 und Nr. 3 UrhG stützen und kann somit ohne Abstimmung mit dem Urheberrechteinhabers vorgenommen werden.

(2) Wechsel der Trägergeneration – Konvertierung

Wechsel der Trägergenerationen werden mit dem Ziel durchgeführt, den Informationsgehalt des Objekts unverändert zu erhalten. Beim Wechsel der Trägergeneration ist eine Veränderung des Datenstroms, des Binärcodes aus Nullen und Einsen, welcher die Substanz einer digitalen Aufzeichnung ausmacht, häufig nicht vermeidbar. Beispielsweise kann es erforderlich sein, einen Wechsel im Zeichencodierungsschema vorzunehmen.[516] Um den Binärcode erhalten zu können, kann es erforderlich sein, diesen von einem Dateiformat in ein anderes zu überführen. Dieser Vorgang wird als Formatkonvertierung bezeichnet.[517]

Fraglich ist, ob es sich in Bezug auf die beim Konvertierungsvorgang technisch vorgenommene Vervielfältigungshandlung auch urheberrechtlich noch um eine Vervielfältigung i.S. von § 16 UrhG handelt oder nicht vielmehr um eine Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung i.S. von § 23 UrhG. Zur Klärung dieser Frage ist der Konvertierungsvorgang genauer zu betrachten. Bei der Überführung einer Datei von einem Dateiformat in ein anderes sind die verlustfreie Konvertierung und die verlustbehaftete Konvertierung zu unterscheiden.

(a) Verlustfreie Konvertierung als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG

Eine verlustfreie Konvertierung ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn zwei kompatible Formate ineinander überführt werden (z.B. Konvertierung eines Rasterbildes vom Bilddateiformat TIFF nach PNG). Der geistig-ästhetische Gesamt-

---

[516] Dies ist mit Risiken für die Bestandserhaltung verbunden und kann auch zu einem vollständigen Datenverlust führen. Zudem ist in dieser Situation damit zu rechnen, dass Authentizitätsaussagen (z.B. Prüfsummen zur Kontrolle des Datenstroms auf Unversehrtheit), die für die ursprüngliche Version gegolten haben, für die neu entstandene Version nicht mehr verwendbar sind und neu aufgebaut werden müssen. Siehe: *H. Liegmann*, Langzeitverfügbarkeit digitaler Publikationen, in: Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie, Sonderheft Nr. 81, 2001, 99.

[517] Im Gegensatz zur Migration wird das geänderte Dateiformat nicht in eine andere Umgebung überführt.

eindruck wird bei der verlustfreien Konvertierung, bei der keine Daten verloren gehen, nicht verändert. Somit ist die verlustfreie Konvertierung urheberrechtlich als Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG einzuordnen. Wie bei der Digitalisierung, die ebenfalls urheberrechtlich als Vervielfältigung i.S. von § 16 UrhG einzuordnen ist,[518] ändert sich nur die Art der technischen Aufzeichnung, ohne dass es zu einer Veränderung des geistig-ästhetischen Gesamteindrucks kommt.

Die verlustfreie Konvertierung als vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahme ist ohne Zustimmung des Urhebers oder derivativen Rechteinhabers unzulässig, es sei denn, sie lässt sich auf eine Schrankenregelung aus den §§ 44a ff. UrhG stützen.

Die meisten im Bestand einer Institution befindlichen, urheberrechtlich geschützten, digitalen Aufzeichnungen lassen sich gestützt auf die Archivschranke aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2. Nr. 2 und Nr. 3 UrhG durch verlustfreie Konvertierung im Bestand erhalten.

Verlustfreie Konvertierungen sind, obwohl der geistig-ästhetische Gesamteindruck nicht verloren geht, insoweit der Datenstrom verändert wird, mit einem sonstigen Substanzeingriff verbunden, der urheberrechtlich als Änderung einzuordnen ist. Da die urheberrechtlich als Vervielfältigung einzuordnende Nutzungshandlung, welche bei der verlustfreien Konvertierung vorgenommen wird, sich mit den Änderungen deckt, die verlustfreie Konvertierung sozusagen gerade in den Änderungen begründet liegt, sind diese auf derselben Grundlage zulässig, wie auch die Bestandserhaltungsmaßnahme an sich. Der Schrankenzweck begründet für die mit der verlustfreien Konvertierung zwangsweise verbundenen Änderungen eine entsprechende Änderungsbefugnis. Die meisten der mit der verlustfreien Konvertierung verbundenen Änderungen fallen darüber hinaus in den Anwendungsbereich des § 62 Abs. 3 UrhG. Danach sind Größenänderungen und solche Änderungen, die das für die Vervielfältigung angewendete Verfahren mit sich bringt, im Rahmen einer schrankenbasierten Nutzungshandlung zulässig.

Die Zulässigkeit von nicht notwendigerweise mit einer verlustfreien Konvertierung verbundenen und diese nicht ausmachenden Änderungen, die nicht von § 62 Abs. 2 bis Abs. 4 UrhG erfasst werden, beurteilt sich nach § 62 Abs. 2 Satz 1 UrhG i. V. m. § 39 Abs. 2 UrhG. Nur wenn nicht notwendigerweise mit der verlustfreien Konvertierung verbundene oder sie ausmachende Änderungen nach Art und (Schranken-) Zweck geboten sind, können sie ausnahmsweise zustimmungsfrei vorgenommen werden.

(b) Verlustbehaftete Konvertierung als Bearbeitung oder Umgestaltung gem. § 23 UrhG

Die verlustbehaftete Konvertierung ist mit Datenverlust verbunden. Datenverlust kann entweder bei verlustbehafteter Datenkompression entstehen, bei der (aus Sicht

---

[518] BGH, AfP 1999, 63 (65) = GRUR 1999, 325 (327) – Digitale *Pressearchive, G. Schulze,* in: T. Dreier/ders., UrhG, 2006, § 16, Rdn. 7, 13.

des Endergebnisses) nicht notwendige Daten weggelassen werden (beispielsweise bei der Konvertierung in MPEG oder JPEG) oder weil dem Zielformat die Möglichkeit fehlt, alle Informationen des Quellformates darzustellen (beispielsweise bei der Konvertierung von HTML in eine Textdatei). Wenn der objektive Datenverlust für den subjektiven Betrachter nicht wahrnehmbar ist (so beispielsweise bei der qualitativ hochwertigen Konvertierung in die Formate JPEG oder MPEG), ist die verlustbehaftete der verlustfreien Konvertierung gleichzustellen.[519] Wenn der Datenverlust so weitreichend ist, dass er sich auch auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des (Original-) Werkes auswirkt, ist die verlustbehaftete Konvertierung urheberrechtlich nicht mehr als reine Vervielfältigung gem. § 16 UrhG, sondern als Bearbeitung (insoweit die verlustbehaftete Konvertierung eine individuelle, fachmännische Vorgehensweise in einem nicht automatisierten Verfahren erfordert) oder sonstige Umgestaltung (insoweit die Konvertierung in einem automatisierten Verfahren stattfindet) gem. § 23 UrhG einzuordnen.

Da Bestandserhaltungsmaßnahmen schon im Hinblick auf die spätere Veröffentlichung und Verwertung vorgenommen werden, ist nach hier vertretener Ansicht bereits ihre Vornahme von der Zustimmung des Urhebers oder derivativen Rechteinhabers abhängig. Als Bestandserhaltungsmaßnahme darf die wahrnehmbar verlustbehaftete Konvertierung nicht ohne Zustimmung des Urhebers bzw. derivativen Urheberrechteinhabers vorgenommen werden.

Insoweit eine Zustimmung zur urheberrechtlich als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung einzuordnenden, verlustbehafteten Konvertierung vorliegt, erstreckt sich diese auch auf die damit zwangsweise verbundenen – bzw. die verlustbehaftete Konvertierung überhaupt erst ausmachenden – Änderungen. Grundlage für deren Zulässigkeit ist die Zustimmung zur verlustbehafteten Konvertierung als Bestandserhaltungsmaßnahme, die in der Einräumung des Nutzungsrechts begründet liegt, das durch die Bestandserhaltungsmaßnahme berührt wird (hier die Einräumung des Bearbeitungsrechts zu Bestandserhaltungszwecken). § 39 Abs. 1 UrhG steht der Zulässigkeit insoweit nicht entgegen, als das vertraglich eingeräumte Nutzungsrecht die Änderungen erfasst. § 39 Abs. 1 UrhG steht nur solchen Änderungen entgegen, die nicht mehr vom eingeräumten Nutzungsrecht erfasst werden.[520] Nur für die Frage der Zulässigkeit dieser Änderungen kommt dann § 39 Abs. 2 UrhG zur Anwendung.

Nicht notwendigerweise mit der als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung einzuordnenden, verlustbehafteten Konvertierung verbundene Änderungen können ausnahmsweise zulässig sein, wenn sie nach Art und (Vertrags-) Zweck geboten und dem Urheber zumutbar sind, der ihnen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dann zustimmen muss.

---

[519] *L. Mönkemöller*, Moderne Freibeuter unter uns? Internet, MP3 und CD-R als Gau für die Musikbranche!, in: GRUR 2000, 663 (667).

[520] Wobei auch deren Zulässigkeit sich ggf. aus § 39 Abs. 2 UrhG gewinnen lässt.

(3) Mehrfache Archivierung durch redundante Speicherung

Insoweit Archivierungsstrategien auf der Idee des distributed computing (Verteiltes Rechnen) beruhen, also auf dem Prinzip der verteilten Speicherung digitaler Objekte auf verschiedenen Rechnern, lassen sich die in diesem Rahmen vorgenommenen Vervielfältigungen unproblematisch nur als Inhaber ausschließlicher Rechte digitaler Inhalte und damit als Inhaber des Vervielfältigungsrechts aus § 16 UrhG vornehmen.

Inhaber nur einfacher Nutzungsrechte können die zur Archivierung notwendigen Vervielfältigungen urheberrechtlich geschützter, digitaler Inhalte nur dann auf die Archivierungsschranke stützen, insoweit die einfachen Nutzungsrechte sie in eine eigentümerähnliche Position versetzen und die nur zur Nutzung verfügbaren, digitalen Inhalte als „eigene Werkstücke" im Sinne von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG verstanden werden können.[521]

Redundante Archivierungsstrategien müssen zudem die weiteren Voraussetzungen der Archivierungsschranke erfüllen. Insbesondere muss sich die Archivierung im Rahmen des Archivierungszweckes halten. Es sind insbesondere sichere Maßnahmen dafür zu treffen, dass die digitalen Kopien der auf verschiedenen Rechnern mehrfach archivierten Inhalte Dritten nicht zugänglich sind und auch Administratoren nur administrative Zugangsrechte besitzen. Ebenfalls muss gewährleistet sein, dass die Anzahl der Vervielfältigungen sich im für die Archivierung notwendigen Rahmen hält. Hier können keine konkreten Zahlen genannt werden, die Anzahl der zulässigen Vervielfältigungen ist im Einzelfall zu ermitteln.[522]

Im Hinblick auf digitale Inhalte ist bei Verlust des Originals dieses jedoch selbst, insoweit es als Archivkopie existiert, vor Ablauf des Urheberrechtsschutzes de lege lata nicht sinnvoll nutzbar. Auf der Grundlage der Archivierungsschranke, also unabhängig von vertraglichen Lösungen, lässt sich bestenfalls nur gewährleisten, dass im Falle, dass der Rechteinhaber der zur Nutzung überlassenen Werkstücke diese nicht mehr kommerziell vertreibt und auch nicht archiviert hat, die Werkstücke nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes wieder nutzbar gemacht werden können.[523]

(II) Erhaltung der Benutzbarkeit

Um digitale Aufzeichnungen in die Zukunft kommunizieren zu können, ist es nicht ausreichend, nur ihre Substanz (also den Binärcode) zu erhalten. Erhalten werden muss auch die Benutzungsmöglichkeit, also die Möglichkeit, das im Binärcode aufgezeichnete Werk decodiert wieder wahrnehmbar zu machen.

---

521 Siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(B)(II)(1)(h) Problem Redundante Speicherung.

522 Einen Anhaltspunkt kann ggfs. die vom BGH zum zulässigen Umfang einzelner Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch genannte Zahl sieben geben. BGH GRUR 1978, 474, 476.

523 Siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(B)(II)(1)(h) Problem Redundante Speicherung.

Die Substanzerhaltung des Datenstroms ist zwar die Voraussetzung für die Erhaltung der Benutzbarkeit von digitalen Objekten, ohne zusätzliche Vorkehrungen wird jedoch nur eine Menge von codierten Informationen erhalten, die nur schwer oder gar nicht zu entschlüsseln sind. Ein historisches Beispiel erläutert das Problem:[524]

Die ägyptischen Schriftzeichen verloren, als sie nicht mehr in Stein gemeißelt, sondern auf Scherben, Papyrus oder Leder geschrieben wurden, ihre Bedeutung. Ihr Bildcharakter ging mehr und mehr verloren und sie wurden nicht mehr verwendet. Über ihre Bedeutung bestanden vom 5. Jahrhundert nach Christus bis zur Auffindung des "Steines von Rosette" (Rosetta Stone) im Jahre 1799 nur Vermutungen. Dieser Stein aus schwarzem Basalt, der in hieroglyphischer und demotischer Schrift ein Dekret der Priester von Memphis mit griechischer Übersetzung enthält, barg den Schlüssel zur Entzifferung des hieroglyphischen Schriftsystems.

Zur Dekodierung digitaler Daten wird eine Darstellungsapparatur aus Hardware und Software benötigt, die einem rasanten, technischen Entwicklungsprozess unterliegt. Die Benutzbarkeit der über digitale und vernetzte Medien als Binärcode kommunizierten Werke zu erhalten, bedeutet ihre Dekodierungsmöglichkeit zu erhalten. Die Strategien zur Erhaltung der Benutzbarkeit orientieren sich dabei an der aus dem historischen Beispiel gewonnen Erfahrung.

Migration und *Emulation* bestimmen als wesentliche Strategien die Diskussion um die Erhaltung der Benutzbarkeit. Es ist fraglich, ob die bei Migration und Emulation nötigen Maßnahmen urheberrechtlich relevante Handlungen in Bezug auf die zu erhaltenden als Binärcode auf einem digitalen Speichermedium abgespeicherten Werke darstellen und wenn ja, ob sie nur in Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern der entsprechenden Werke vorgenommen werden können.

(1) Migration

Migration benennt den Prozess, in dem ein Objekt durch äußere Einwirkung so modifiziert wird, dass es unter veränderten Umgebungsbedingungen ohne inhaltlichen oder strukturellen Informationsverlust weiterverwendet werden kann.[525] Zu unterscheiden ist informationstechnisch die Software- von der Datenmigration.

(a) Softwaremigration

Softwaremigration bezeichnet den Wechsel eines wesentlichen Teils der eingesetzten Software von einem Programm zum anderen. Diese Migration geht über eine einfache Aktualisierung bzw. ein Upgrade hinaus. Sie bezeichnet einen grundlegenden Wechsel der Software-Infrastruktur. Beispiele für eine Software-

---

[524] Beispiel von *H. Liegmann*, Langzeitverfügbarkeit digitaler Publikationen, in: Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie, Sonderheft Nr. 81, 2001, 99.

[525] Wenn beispielsweise eine mit einem älteren abgespeicherten Textverarbeitungsprogramm abgespeicherte Datei mit einer jüngeren Version des Textverarbeitungssystems geöffnet wird, findet häufig eine Datenmigration statt. Der Informationsgehalt der Datei bleibt erhalten, interne Strukturierung und Layout-Informationen werden jedoch an die neuen Software-Konventionen angepasst.

migration sind der Umstieg vom Microsoft-Betriebssystem Windows auf Linux oder von Unix auf Windows.

Die Softwaremigration ist i.d.R. verbunden mit Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Originals und setzt individuelles, wenn nicht gar schöpferisches Schaffen voraus. Urheberrechtlich ist sie daher als Bearbeitung gem. § 23 UrhG und nicht nur als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG einzuordnen.

Für die Migration von Software gelten die Sonderbestimmungen aus den §§ 69a ff. UrhG. Die Vervielfältigung wie auch die Bearbeitung von Computerprogrammen ist gem. § 69d Nr. 1 und Nr. 2 UrhG von der Zustimmung des Rechteinhabers abhängig. Computerprogramme dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 69d UrhG vervielfältigt oder bearbeitet werden, welcher den §§ 44a ff. UrhG als lex specialis vorgeht. Durch § 69d UrhG ausgeschlossen ist insbesondere § 53 UrhG.[526] Eine Vervielfältigung bzw. Bearbeitung von Software zu Archivierungszwecken ist nicht zustimmungsfrei möglich.

Insoweit eine Zustimmung zur Bearbeitung von Software vorliegt, erfasst diese auch die mit der Bearbeitung verbundenen, bzw. sie ausmachenden Änderungen.

Die Zulässigkeit von nicht notwendigerweise mit der als Bearbeitung einzuordnenden Softwaremigration, die nur auf urhebervertragsrechtlicher Basis, also in Abstimmung mit dem Urheber bzw. derivativem Urheberrechteinhaber zulässig ist, beurteilt sich nach § 39 Abs. 2 UrhG. Nur wenn diese nach Art oder (Vertrags-) Zweck geboten sind, können sie ausnahmsweise zustimmungsfrei vorgenommen werden.

(b) Datenmigration

Bei der Datenmigration geht es darum, den Datensatz so zu verändern bzw. zu bearbeiten, dass er sich in einer veränderten Systemumgebung möglichst unverändert wieder darstellen lässt. Datenmigration bezeichnet sowohl die Übertragung der Dateiformate in eine andere Umgebung aus Software und Hardware, als auch die Übertragung der internen Strukturen (Schemata). Der zuerst genannte Fall entspricht der Datenkonvertierung von einem Dateiformat in ein anderes, im zweiten Fall ist eine Form von Schema Matching notwendig, welche die Überführung von Schemata ineinander (Transformation) bzw. die Kombination mehrerer Schemata zu einem neuen Schema (Integration) automatisch erkennt und ausgibt.

Datenkonvertierung und Schema Matching werden zumeist gemeinsam durchgeführt. Beispielsweise findet eine (aus Datenkonvertierung und Schema Mapping zusammengesetzte) Datenmigration dann statt, wenn beim Übergang von einer älteren auf eine jüngere Version eines Textverarbeitungssystems "alte" Dateien mit der "neuen" Programmversion geöffnet werden. Der Informationsgehalt der Dateien bleibt erhalten, interne Strukturierung und Layoutinformationen werden jedoch an die neuen Software-Konventionen angepasst. Häufig ist die Datei nicht mehr unter den "alten" Systembedingungen zu verwenden (fehlende Abwärtskompatibilität).

---

[526] *T. Dreier*, in: T. Dreier/G. Schulze, UrhG, 2008 § 69d Rdn. 3.

Die Datenmigration stellt entweder eine verlustfreie oder eine verlustbehaftete Konvertierung dar und ist, abhängig vom konkreten Einzelfall, urheberechtlich entweder als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG oder (individuelles Schaffen vorausgesetzt) als Bearbeitung gem. § 23 UrhG einzuordnen.

Insoweit die Datenmigration keine Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck hat und daher urheberrechtlich als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG einzuordnen ist, lässt sie sich zumeist auf die Archivschranke aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V. mit Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UrhG stützen – jedenfalls insoweit die zu migrierenden Daten keine Datenbank, bzw. ein Datenbankwerk oder Computerprogramm ausmachen.[527]

Auch wenn die Datenmigration keine Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Originals hat, ist sie, da die Daten bei der Migration verändert werden, mit sonstigen Substanzeingriffen verbunden, die urheberrechtlich als Änderungen einzuordnen sind. Da die Bestandserhaltungsmaßnahme Datenmigration gerade in den Änderungen begründet liegt, sind diese auf derselben Grundlage zulässig wie auch die Bestandserhaltungsmaßnahme an sich. Der Schrankenzweck begründet für die mit der verlustfreien Konvertierung zwangsweise verbundenen Änderungen eine entsprechende Änderungsbefugnis.

Die Zulässigkeit von nicht notwendigerweise mit einer (urheberrechtlich als Vervielfältigung einzuordnenden und gestützt auf die Archivschranke zulässigen) Datenmigration verbundenen und diese nicht ausmachenden Änderungen beurteilt sich nach § 62 Abs. 2 Satz 1 UrhG i. V. m. § 39 Abs. 2 UrhG. Nur wenn diese nach Art und (Schranken-) Zweck geboten sind, können sie ausnahmsweise zustimmungsfrei vorgenommen werden.

Insoweit die Datenmigration Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Originals hat, ist sie urheberrechtlich bei individuellem Schaffen als Bearbeitung oder bei automatischem Ablauf als sonstige Umgestaltung gem. § 23 UrhG einzuordnen. Schon die Vornahme der Datenmigration als Bestandserhaltungsmaßnahme ist, da sie mit der Intention der Veröffentlichung und Verwertung vorgenommen wird, nicht mehr dem privaten Bereich zuzuordnen und ohne Zustimmung des Urhebers bzw. derivativen Rechteinhabers unzulässig.

Insoweit eine Zustimmung zur urheberrechtlich als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung einzuordnenden Datenmigration vorliegt, erstreckt sich diese auch auf die damit zwangsweise verbundenen Änderungen.

Die Zulässigkeit von nicht notwendigerweise mit einer (urheberrechtlich als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung einzuordnenden und nur gestützt auf vertragsrechtlich eingeräumtes Nutzungsrecht zulässigen) Datenmigration verbundenen und diese nicht ausmachenden Änderungen beurteilt sich nach § 39

[527] Die Werkkategorien Datenbank, Datenbankwerk und Computerprogramm lassen sich nicht gestützt auf die Archivschranke vervielfältigen.

Abs. 2 UrhG. Nur wenn diese nach Art und (Vertrags-) Zweck geboten sind, können sie ausnahmsweise zustimmungsfrei vorgenommen werden.

(2) Emulation als Bearbeitung gem. § 23 UrhG

Als Emulation wird in der Informationstechnik das funktionelle Nachbilden eines Systems durch ein anderes bezeichnet. Ein Emulator ist ein System, das ein anderes nachahmt. Das nachbildende System erhält die gleichen Daten, führt die gleichen Programme aus und erzielt die gleichen Darstellungsergebnisse wie das originale System. Zu unterscheiden sind Hardware- und Software-Emulatoren. Während ein Software-Emulator eine Software ist, die eine veraltete Systemumgebung nachbildet, ist ein Hardware-Emulator ein digitales Gerät, das ein veraltetes System wie einen Drucker oder einen Mikroprozessor (CPU) funktionell, elektrisch und mechanisch (Gehäuse und PINs) nachbilden kann.

Emulation als Bestandserhaltungsmaßnahme wird dort eingesetzt, wo der Informationsgehalt und die Präsentationssoftware unlösbar eng miteinander verbunden sind und sich die Objekte der Behandlung durch Migration entziehen. Während bei der Migration die digitale Aufzeichnung Objekt der Bestandserhaltungsmaßnahme ist und durch äußere Einwirkung so modifiziert wird, dass sie unter veränderten Umgebungsbedingungen ohne inhaltlichen oder strukturellen Informationsverlust weiterverwendet werden kann, ist bei der Emulation nicht die digitale Aufzeichnung an sich Objekt von Bestandserhaltungsmaßnahmen, sondern die zu ihrer Benutzbarkeit erforderliche Darstellungssoftware oder Darstellungshardware.

Es ist fraglich, inwieweit die Emulation eine urheberrechtlich relevante Handlung darstellt, obwohl die digitale Aufzeichnung an sich gar nicht Objekt der Bestandserhaltungsmaßnahme Emulation ist.

Zur Veranschaulichung ein Beispiel:

Im Zentrum für Kunst und Medientechnologie Karlsruhe (ZKM) wurde im Labor für antiquierte Videosysteme die Videoarbeit "Demonstrationsfeld" von Frantisek Lesák aus dem Jahre 1973 restauriert und digitalisiert. Dem Betrachter stellt sich der Fernsehbildschirm als von innen vereiste Scheibe dar. Er sieht und hört, wie sich ein Scheibenputzer durch dieses Eis herauskratzt und beim Wegkratzen des Eises immer weiter sichtbar wird. Der Scheibenputzer geht sehr gründlich vor und kratzt die gesamte Bildschirminnenfläche einschließlich der abgerundeten Ecken frei, bis nach sieben Minuten letztendlich die gesamte Scheibe vom Eis befreit ist. Die Installation läuft auf einem schwarz-weiß Wega-Fernseher. Nur auf diesem Bildschirm mit seinen konkreten Ausmessungen ruft sie den vom Künstler gewollten Gesamteindruck hervor. Auf einem anderen Bildschirm (den heute gängigen Flachbildschirmen) abgespielt, würde nicht mehr der gesamte Bildschirm als Scheibe wahrgenommen werden und der vom Künstler hervorgerufene Eindruck, dass der Scheibenputzer auch die abgerundeten Ecken vom Eis befreit, ginge verloren.

Der geistig-ästhetische Gesamteindruck des Werkes lässt sich nur solange erhalten, wie sich auch der schwarz-weiß Wega-Fernseher erhalten (bzw. durch einen anderen erhaltenen ersetzen) lässt. Um das Werk in seiner ursprünglichen und vom Urheber intendierten Darstellungsform in die Zukunft retten zu können, wäre nach Lebenszeit des Wega-Fernsehers eine Emulation desselben als Darstellungsgerät nötig.

Während es sich bei den Restaurierungsmaßnahmen und der Digitalisierung der Videoarbeit um eine urheberrechtlich als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG einzuordnende Bestandserhaltungsmaßnahme handelt, die sich gestützt auf die Archivschranke aus § 53 auch zustimmungsfrei vornehmen lässt, ist fraglich, wie die Emulation urheberrechtlich zu beurteilen ist.

Urheberrechtlich geschützt ist nicht die Verkörperung, sondern der geistige Gehalt des digital aufgezeichneten Werkes. Insofern eine Bestandserhaltungsmaßnahme zwar nicht die digitale Aufzeichnung an sich berührt, aber Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gehalt der Aufzeichnung hat, der sich erst in der Darstellung offenbart, stellt dies eine urheberrechtlich relevante Handlung dar.

Wenn es bei der Nachahmung der veralteten Systemumgebung oder Darstellungshardware sowie der anschließenden Darstellung urheberrechtlich geschützter, digitaler Aufzeichnungen in der nachgeahmten Systemumgebung bzw. auf der nachgeahmten Darstellungshardware zu keiner Abänderung des geistig-ästhetischen Gesamteindrucks des Originals kommt, wenn sich also die Emulation so bewerkstelligen lässt, dass dabei der geistig-ästhetische Original-Gesamteindruck des Werkes nicht verloren geht, handelt es sich bei der Emulation um eine urheberrechtlich nicht relevante Handlung. Urheberrechtlich relevant sind insoweit nur die Bestandserhaltungsmaßnahmen in Bezug auf die digitale Aufzeichnung, also die Erhaltungsmaßnahmen in Bezug auf die Erhaltung der Substanz, nicht aber die Erhaltungsmaßnahmen in Bezug auf die Erhaltung der Benutzbarkeit.

Wenn es bei der Nachahmung der veralteten Systemumgebung oder Darstellungshardware sowie der anschließenden Darstellung urheberrechtlich geschützter, digitaler Aufzeichnungen in der nachgeahmten Systemumgebung bzw. auf der nachgeahmten Darstellungshardware zu einer Abänderung des geistig-ästhetischen Gesamteindrucks des Originals kommt (etwa weil es im obigen Beispiel nicht gelingt, auf einem Flachbildschirm abgerundete Ecken zu simulieren), stellt schon die Emulation selber, obwohl nicht die digitale Aufzeichnung an sich, sondern die zu ihrer visuellen Wiedergabe erforderliche Soft- oder Hardware Objekt der Bestandserhaltungsmaßnahme Emulation ist, eine Bearbeitung (weil individuelles Schaffen erforderlich ist, nicht nur sonstige Umgestaltung) des Werkes gem. § 23 UrhG dar.

Die Emulation als Bestandserhaltungsmaßnahme mit Auswirkungen auf den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Originals, die urheberrechtlich als

Bearbeitung gem. § 23 UrhG einzuordnen ist, ist ohne Zustimmung unzulässig.[528]

Insoweit eine Zustimmung des Urhebers bzw. derivativen Urheberrechteinhabers zur urheberrechtlich als Bearbeitung gem. § 23 UrhG einzuordnenden Emulation (durch Einräumung des Bearbeitungsrechts zu Bestandserhaltungsmaßnahmen) vorliegt, erfasst diese auch die zwangsweise damit verbundenen, bzw. diese ausmachenden Änderungen.

Die Zulässigkeit von nicht notwendigerweise mit einer – urheberrechtlich als Bearbeitung einzuordnenden und nur gestützt auf vertragsrechtlich eingeräumtes Nutzungsrecht zulässigen – Emulation verbundenen und diese nicht ausmachenden Änderungen beurteilt sich nach § 39 Abs. 2 UrhG. Nur wenn diese nach Art und (Vertrags-) Zweck geboten sind, können sie ausnahmsweise zustimmungsfrei vorgenommen werden.

(D) Bestandserhaltung und technische Schutzmaßnahmen

Die Erhaltung von Substanz und Benutzbarkeit der digitalen Aufzeichnungen setzt voraus, dass die genannten Maßnahmen (Konvertierung, Migration, Emulation) technisch durchführbar sind. Wenn die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten oder kommunizierbaren kulturellen Äußerungen mit technischen Schutzmaßnahmen (TSM) versehen sind, dann verhindern diese nicht nur unerwünschte Nutzungen, sondern, weil sie den hinter der Nutzung liegenden Zweck nicht berücksichtigen können, auch erwünschte und privilegierte Nutzungen wie zum Beispiel Bestandserhaltungsmaßnahmen.[529] Die Verwendung technischer Nutzungsrestriktionen verhindert die Wirkung nutzerschützender Bestimmungen, die an sich Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts verbindlich festlegen und dadurch Nutzungsfreiräume eröffnen sollen. Grundlegende, urheberrechtliche Wertungen drohen, durch den Einsatz der Technik zu Lasten der Nutzer (u.a. Gedächtnisinstitutionen) unterlaufen zu werden.[530] Verstärkt wird diese Problematik dadurch, dass die technischen Schutzmaßnahmen ihrerseits rechtlichen Schutz durch § 95a UrhG erfahren, der ein Umgehungsverbot technisch wirksamer Maßnahmen begründet.

Wenn Marktstrategien der miteinander konkurrierenden Anbieter der zur Kommunikation kultureller Äußerungen genutzten Informations- und Kommunikationstechnologien, eine Vor- und Rückwärtskompatibilität der als Binärcode auf digitalen Datenträgern aufgezeichneten kulturellen Äußerungen (beispielsweise durch einen unzugänglichen Kern im Betriebssystem, versteckte Objekte

---

528 Und zwar, da sie in der Intention der weiteren Vermittlung vorgenommen wird, schon ihre Vornahme.

529 Und andere Privilegierte Nutzungen. Der Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen im Urheberrecht der USA bedeutet nach Ansicht von E. Gottschalk das Ende von „fair use“, E. Gottschalk, Das Ende von „fair use“? – Technische Schutzmaßnahmen im Urheberrecht der USA, in: MMR 2003, 148 ff.

530 *D. Schulz*, Der Bedeutungswandel des Urheberrechts durch Digital Rights Management – Paradigmenwechsel im deutschen Urheberrecht?, in: GRUR 2006, 470 (476).

im Programm oder Schutzmechanismen bei Prozessoren) bewusst unterbinden, ist die Herstellung von der für die Bestandserhaltung der kommunizierten Inhalte erforderlichen Vor- und Rückwärtskompatibilität ein rein technisches Problem.[531] Wenn jedoch die Anbieter der über die digitalen und vernetzten Informations- und Kommunikationstechnologien kommunizierten kulturellen Äußerungen die technischen Möglichkeiten der Bestandserhaltung durch den Einsatz von technischen Maßnahmen, mit denen diese die Nutzung und Verbreitung ihrer kommunizierten kulturellen Äußerungen kontrollieren können, behindern, dann ist dies nicht nur ein technisches, sondern insbesondere ein rechtliches Problem. Denn die Umgehung von technischen Verfahren, welche zum Schutz eines urheberrechtlich geschützten Werkes eingesetzt wurden, ist ohne Zustimmung des Rechteinhabers nach § 95a UrhG verboten.

Während einige Schrankenbestimmungen in § 95b UrhG durchsetzungsstark ausgestaltet sind, sind die nicht in § 95b UrhG genannten Schrankenbestimmungen bei Verwendung technischer Schutzmaßnahmen völlig wirkungslos.[532]

Vor diesem Hintergrund beruhigt die Aufzählung von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 in Verbindung mit S. 2 Nr. 1 od. 3 in § 95b Abs. 1 Nr. 6 UrhG, die dazu führt, dass Gedächtnisinstitutionen vervielfältigend Bestandserhaltungsmaßnahmen, welche sich auf die Archivschranke stützen lassen, gegen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen, die die Vervielfältigung verhindern, durchsetzen können.

Aber auch die Wirksamkeit der durchsetzungsstarken Schrankenbestimmungen ist aufgrund des von § 95b UrhG vorausgesetzten, komplizierten Verfahrens, nämlich der individualrechtlichen Durchsetzung gegen den Verwender, eher fraglich.[533] Für die Gedächtnisinstitutionen ist es mit nicht unerheblichen, praktischen Schwierigkeiten verbunden, den individuellen, zivilrechtlichen Anspruch auf Zurverfügungstellung geeigneter Mittel zur Umgehung des technischen Schutzes möglicherweise sogar vor Gericht (mit den damit verbundenen, zeitlichen Verzögerungen) gegen den Verwendern technischer Schutzmaßnahmen, die zunächst herauszufinden sind, durchsetzen zu müssen. Geklagt werden muss in Bezug auf jede einzelne Maßnahme und von der jeweils privilegierten Gedächtnisinstitution

---

[531] Vgl. *C. Berger*, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, in: ZUM 2004, 257.

[532] Hier hilft auch die Annahme eines völkerrechtlichen Gebotes des Vorrangs urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen vor technischem Umgehungsschutz nicht weiter. *C. P. Rigamonti*, Schutz gegen Umgehung technischer Maßnahmen im Urheberrecht aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive, in: GRUR Int. 2005, 1 (14).

[533] Sehr viel nutzerfreundlicher und besser durchzusetzen, ist der sogenannte „Key-Escrow Ansatz". Hier kann die Durchsetzung durch Einbeziehung einer Dritt-Partei (sog. „trusted third party"), welche die zur Verwirklichung benötigten technischen Mittel bereitstellt, abgewickelt werden. Siehe die Unterscheidung bei: *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 422 f.

auch dann, wenn kurz zuvor dieselbe Problematik von einer anderen ausgetragen wurde. Auch die Verbandsklagemöglichkeit aus § 2a i.V.m. § 3a UKlaG hilft hier nicht weiter. Der durch diese Bestimmungen beabsichtigte, kollektive Nutzerschutz, der nach der Gesetzesbegründung eine einheitliche Rechtspraxis fördern und eine über den Einzelfall hinausgehende Verbindlichkeit von Entscheidungen hervorrufen soll[534] und der durch repräsentative und unabhängige Verbraucherschutzverbände wahrgenommen werden kann, was den Einzelnen entlasten soll, ist in seiner Wirkung stark begrenzt, weil das auf eine Verbandsklage ergehende Urteil keine erga-omnes sondern nur inter-partes Wirkung entfaltet.[535]

Selbst die privilegierten, vervielfältigenden Bestandserhaltungsmaßnahmen (Konvertierungen etc.) lassen sich daher bei digital aufgezeichneten kulturellen Äußerungen, die mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind, praktisch kaum durchführen.

Hinzu kommt, dass die durch § 95b Abs. 1 und Abs. 2 UrhG geschaffene Durchsetzungskraft von Schrankenbestimmungen gegen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen wiederum gemäß § 95b Abs. 3 UrhG nur für offline zugänglich gemachte Werke gelten soll, nicht jedoch für solche Werke und sonstige Schutzgegenstände, die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, mithin nach § 19a verwertet werden.[536] § 95b UrhG marginalisiert die durch die § 95b Abs. 1 und Abs. 2 UrhG geschaffene Durchsetzungskraft, indem Onlineinhalte ausgenommen werden, bedeutend. In einem für das Kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien entscheidendem Bereich gehen die von Privaten eingesetzten, technischen Schutzmaßnahmen den vom Gesetzgeber in Abwägung von Eigentumsinteressen mit Interessen der Allgemeinheit festgelegten Schrankenbestimmungen selbst dort vor, wo diese nicht lediglich ein Marktversagen korrigieren, sondern öffentliche Zugangsinteressen schützen, die ihrerseits unter dem Schutz verfassungsrechtlich geschützter Grundrechte stehen.[537]

Die Kurzlebigkeit der digital elektronisch aufgezeichneten kulturellen Äußerungen könnte zwar technisch in den Griff zu bekommen sein, wenn jedoch technische Schutzmaßnahmen Bestandserhaltungsmaßnahmen entgegenstehen und diese urheberrechtlich durch ein Umgehungsverbot geschützt sind, dann ist die Bestandserhaltung kein technisches, sondern ein rechtliches Problem. Die

---

534 Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Bundestagsdrucksache 15/38, 27.

535 Siehe zur Problematik: *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 425.

536 *T. Dreier/G. Schulze*, in: T. Dreier/G. Schulze, UrhG, 2008, § 95b Rdn. 17.

537 Vgl. *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 95b Rdn. 17.

Lösung des Problems der Bestandserhaltung erfordert daher neben der Entwicklung technischer Lösungen die Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen. Gedächtnisinstitutionen sind rechtlich in die Lage zu versetzen, mit technischen Schutzmaßnahmen geschützte kulturelle Äußerungen in ihrem Bestand zu erhalten.[538]

§ 95b Abs. 3 UrhG ist die deutsche Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft. Es ist fraglich, ob durch den geltenden § 95b Abs. 3 UrhG der Umsetzungsspielraum tatsächlich ausgeschöpft ist[539] und Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 jede durchsetzungsfähige Schranke im Falle von Onlineinformation verhindert, oder ob sich nicht zugunsten von (zumindest bestimmten) Gedächtnisinstitutionen im nationalen Recht die Durchsetzungskraft von Schrankenbestimmungen gegen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen auch für online kommunizierte kulturelle Äußerungen schaffen lässt.

Entschärft wird das Problem dadurch, dass für die Pflichtabgabe an die Deutsche Nationalbibliothek in § 16 DNBG vorgesehen wird, dass Abgabepflichtige „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“ haben. Zumindest die Deutsche Nationalbibliothek, die umfassend für digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen von Bedeutung für das Gedächtnis der Nation zuständig ist, kann vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen vornehmen.

(E) Bestandserhaltung verwaister Werke

Ein weiteres Problemfeld neben den technischen Schutzmaßnahmen stellen die sogenannten „verwaisten“ Werke dar. Mangels eines „Copyright-Registers“[540] ist für zustimmungspflichtige Bestandserhaltungsmaßnahmen ein erheblicher Rechercheaufwand nötig, um den Urheber eines Werkes ausfindig zu machen. Bisweilen ist der Urheber auch gar nicht auffindbar. So belegen empirische Studien, dass bei zwischen 40 – 50 % aller urheberrechtlich geschützten Werke der Urheber mit zumutbaren Methoden nicht auffindbar ist und diese Werke mithin ver-

---

538 Und zwar nicht nur für die Deutsche Nationalbibliothek, für die als Pflichtexemplarbibliothek in § 16 DNBG das Problem dahingehend entschärft wurde, dass Abgabepflichtige „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“ haben.

539 So: *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 424; *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 95b Rdn. 17.

540 Zur Idee siehe: *W. Bullinger*, in: A.-A. Wandtke/ders., UrhG, § 2 UrhG Rdn. 12.

waist sind.[541] Doch auch verwaiste Werke lassen sich nur im gesetzlichen Rahmen nutzen. Wo gesetzlich keine Nutzungsrechte eingeräumt werden, sind diese vom Urheber einzuholen, was bei verwaisten Werken gerade nicht möglich ist. Die Problematik der verwaisten Werke, also von solchen Werken, deren Urheber nicht beziehungsweise nicht mit zumutbaren Maßnahmen auffindbar ist, wird vor allem im Zusammenhang mit der Nutzung von Werken in neuen Nutzungsformen diskutiert. Etwa, inwieweit sich analog aufgezeichnete kulturelle Äußerungen, deren Urheber nicht auffindbar ist, die aber noch urheberrechtlich geschützt sind, auch ohne die nicht einholbare (aber eigentlich erforderliche) Zustimmung in eine digitale Form übertragen lassen. Ohne Zustimmung drohen zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus § 97 UrhG sowie die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung gem. § 106 UrhG i.V.m. §§ 16, 19a UrhG.[542]

Das gilt ebenso für die bislang nicht im Mittelpunkt der Diskussion stehenden, urheberrechtliche Nutzungshandlungen voraussetzenden Bestandserhaltungsmaßnahmen, welche nicht minder von Bedeutung für das Kulturelle Gedächtnis sind, wie die Zugänglichmachung kultureller Äußerungen, die nur über nicht digitale Medien kommuniziert wurden, über digitale Medien. Letzteres ist für die Bestandsvermittlung relevant, ersteres für die ebenso wichtige Bestandserhaltung. Wo nach Lösungen für die Nutzungsmöglichkeiten verwaister Werke in neuen Nutzungsarten gesucht wird, ist daher auch an Lösungen für urheberrechtliche Nutzungshandlungen voraussetzende Bestandserhaltungsmaßnahmen zu denken! Ansonsten ist das Kulturelle Gedächtnis im Hinblick auf verwaiste Werke ein Kurzzeitgedächtnis.

f) Auswirkungen auf Bestandsvermittlung

Gedächtnisinstitutionen können dann, wenn Bestandsvermittlungshandlungen urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen betreffen, diese nur unter Beachtung der bestehenden, eine eigentümerähnliche Position vermittelnden Urheber- und Leistungsschutzrechte vornehmen.

Fraglich ist, inwieweit (beziehungsweise ob überhaupt) die traditionellen Gedächtnisinstitutionen innerhalb des geltenden, urheberrechtlichen Rahmens ihrer Kernaufgabe Bestandsvermittlung im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte, unkörperlich über das Internet kommunizierte kulturelle Äußerungen nachkommen können.[543]

---

[541] Vgl. *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR 2008, 271.

[542] Vgl. *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR 2008, 271.

[543] Im Zusammenhang mit global vernetzten digitalen Medien (wie dem Internet) stellen sich immer grenzüberschreitende kollisionsrechtliche Fragen. Da es kein einheitliches weltweites oder europaweites Urheberrecht gibt, ist für die Frage, welches materielle nationale Urheberrecht Anwendung findet, nach dem Schutzlandprinzip entscheidend, für welches Land Schutz beansprucht wird. Das heißt,

Bestandsaufbau und Bestandserhaltung werden nicht als Selbstzweck, sondern letztlich mit dem Ziel durchgeführt, den archivierten Bestand auch zu vermitteln.

Im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien haben Gedächtnisinstitutionen sich der Aufgabe angenommen, auch die über diese Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen in ihren Bestand aufzunehmen, zu erhalten und zu vermitteln. Sei es, dass diese schon in digitaler Form vorliegen, oder sei es, dass sie erst digitalisiert werden müssen.

Die Bestandsvermittlung der über digitale und vernetzte Medien kommunizierten und kommunizierbaren kulturellen Äußerungen kann wieder über diese Medien erfolgen oder aber über herkömmliche Medien, etwa als analoger Ausdruck.

Relevante und bei der Weiterverbreitung im Zusammenhang mit digitalen und vernetzten Medien zu unterscheidende Vermittlungsformen sind:

die *körperliche Vermittlung* der über digitale und vernetzte Medien unabhängig von einem Trägermedium unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen;

die *unkörperliche Vermittlung* der über digitale und vernetzte Medien unabhängig von einem Trägermedium unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen;

sowie die *unkörperliche Vermittlung* der auf ein körperliches Trägermedium aufgezeichneten und über dieses körperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen.

Davon abzugrenzen ist die körperliche Weitervermittlung der auf ein körperliches Trägermedium aufgezeichneten und über dieses körperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen.

Die konkrete Art und Weise der Bestandsvermittlung der Gedächtnisinstitutionen in Deutschland unterscheidet sich abhängig vom jeweiligen Bestand und der Ausgestaltung der Institution. Museen beispielsweise stellen ihren Bestand dauerhaft oder in Wechselausstellungen aus, Bibliotheken verleihen ihn oder bieten

---

deutsches Recht ist dann anzuwenden, wenn die Verletzung deutscher Urheberrechte geltend gemacht wird. Im Prinzip können durch einzelne Bestandsaufbau-, Bestandserhaltungs- und Bestandsvermittlungshandlungen von Gedächtnisinstitutionen über global vernetzte digitale Medien immer auch ausländische Urheberrechte betroffen sein und ist immer auch eine Verletzung dieser ausländischen Urheberrechte denkbar. So verhält es sich mit jeder Nutzung einer urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerung, die über global vernetzte digitale Medien weltweit zugänglich und nutzbar ist. Solange eine Nutzungshandlung die (insbesondere wirtschaftlichen) Interessen der Rechtsinhaber nicht verletzt, mag sie zwar im Einzelfall urheberrechtlich nur mit Zustimmung zulässig sein, es ist jedoch bei einer Vornahme ohne die eigentlich erforderliche Zustimmung nicht mit einer Verfolgung aufgrund Urheberrechtsverletzung zu rechnen. Eben darum ist die Gefahr der Geltendmachung einer Verletzung ausländischer Urheberrechte durch die genannten Handlungen zu vernachlässigen und rein theoretischer Natur. Eine Untersuchung aller Urheberrechtssysteme scheidet schon gedanklich aus. Entscheidend ist aus der Perspektive der vorliegenden Arbeit das nationale Recht. Dieses dürfen die Gedächtnisinstitutionen nicht sehenden Auges verletzten, und eine Verteidigung durch die Rechtsinhaber bei massenhafter Verletzung ist in Bezug auf das vor Ort geltende Recht nicht nur theoretischer Natur.

ihn zur Präsenznutzung an.[544] Auf einen Nenner gebracht stellen Gedächtnisinstitutionen einem Kreis von unbekannten Rezipienten zu einem von diesem gewählten Zeitpunkt kulturelle Äußerungen zur Wahrnehmung zur Verfügung (sei es durch Ausleihe, Ausstellung oder durch Präsenznutzung) und vermitteln so die kulturellen Äußerung interaktionslos über Raum und Zeit hinweg. Erst in dieser interaktionslosen (Weiter-) Kommunikation lebt das Kulturelle Gedächtnis einer Gemeinschaft auf.

Während die körperliche Weitervermittlung der auf ein körperliches Trägermedium aufgezeichneten und über dieses körperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen, die urheberrechtlich geschützt sind, aufgrund des in § 17 Abs. 2 UrhG verankerten Erschöpfungsgrundsatzes für die Weiterverbreitung einschließlich des Verleihs, sowie der Ausstellungsberechtigung aus § 44 Abs. 2 UrhG und der, urheberrechtlichen Freistellung des rezeptiven Werkgenusses nicht von der Zustimmung des Urheberrechteinhabers (bzw. der Urheberrechteinhaber) abhängt, ist die körperliche Weitervermittlung unkörperlich in den Bestand aufgenommener urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen, ebenso wie die unkörperliche Weitervermittlung unkörperlich oder körperlich in den Bestand aufgenommener und urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen aufgrund der unklaren Rechtslage in Bezug auf die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei immateriellen Werken sowie dem absoluten Verbotsrechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG, ein urheberrechtliches Problemfeld.[545] Die Vermittlung bedarf stets der Zustimmung.

aa) Zustimmungsbedürftigkeit der Bestandsvermittlung

Die Problematik wird im Folgenden ausgehend von der Darstellung der unproblematischen, körperlichen Weitervermittlung körperlich in den Bestand aufgenommener, urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen dargestellt.

(A) Körperliche Weitervermittlung eines körperlich aufgebauten Bestandes

Bislang war die interaktionslose (indirekte) und trotzdem unverfälschte 1:1 Vermittlung kultureller Äußerungen über Raum und Zeit hinweg, an Materie gebunden. Über die Materie konnte die kulturelle Äußerung vermittelt werden. Die konkrete Art und Weise der körperlichen Weitervermittlung von körperlich in den Bestand aufgenommenen kulturellen Äußerungen hängt von der Art der kulturellen Äußerung und der Ausgestaltung der sie vermittelnden Gedächtnisinstitution ab. Museen beispielsweise stellen ihren Bestand, 3D Kunstwerke, dauerhaft beziehungsweise in Wechselausstellungen aus. Bibliotheken verleihen ihren Bücherbestand oder bieten ihn wie die Ar-

---

544 Präsenzbibliotheken oder Archive.

545 Darüber hinaus stellen sich im Falle der Vermittlung von Inhalten über digitale und vernetzte Inhalte zivilrechtliche (presserechtliche) Fragen der (Störer-)-Haftung. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht natürlicher und juristischer Personen. Siehe hierzu *M. Libertus*, Determinanten der Störerhaftung für Inhalte in Onlinearchiven, in: MMR 2007, 143.

chive zur Präsenznutzung an. Archive stellen ihre Aufzeichnungen dem Benutzer zur Präsenznutzung zur Verfügung. Die unterschiedlichen Formen der unterschiedlichen körperlichen Weitervermittlungshandlungen sind im Folgenden unter der Annahme, dass kulturelle Äußerungen als Aufzeichnung auf einem körperlichen Trägermedium oder als Kunstobjekt, bei dem gerade der Körper die kulturelle Äußerung ausmacht, jedenfalls als Materie erworben und in den Bestand übernommen wurden, urheberrechtlich differenziert zu betrachten.

(I) Ausstellung

Für die Ausstellung von körperlich erworbenen Werkstücken gilt gem. § 44 Abs. 2 UrhG eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass alle Rechte am Immaterialgut auch bei Veräußerung des körperlichen Ausdrucks beim Urheber bleiben. Danach darf der Erwerber eines körperlichen Werkexemplars, das ein Lichtbildwerk oder Werk der bildenden Kunst darstellt, dieses öffentlich ausstellen und somit durch öffentliche Ausstellung interaktionslos weitervermitteln, auch wenn er mit dem Erwerb des körperlichen Werkstückes eigentlich nicht Inhaber der Nutzungsrechte an dem im Werk zum Ausdruck gekommenen Immaterialgut geworden ist.[546] Das Gleiche gilt in Bezug auf körperliche Werkstücke, die nicht zu Eigentum erworben werden, sondern von einem Leihgeber dauerhaft zur Verfügung gestellt werden. Auch hier muss jedenfalls nicht der Urheberrechteinhaber der verkörperten, beziehungsweise körperlichen kulturellen Äußerung um Zustimmung gefragt werden, sondern allenfalls der Leihgeber, der sein Eigentum ja gerade mit der Intention der Vermittlung übergibt. Die interaktionslose, „körperliche“ Weitervermittlung durch Ausstellung der „körperlich“ in den Bestand übernommenen kulturellen Äußerungen funktioniert aufgrund von § 44 Abs. 2 UrhG selbst dann ohne urheberrechtliche Friktionen, wenn an der im Körper zum Ausdruck gekommenen kulturellen Äußerung Urheberrechtsschutz besteht.

(II) Verleih

Auch die „körperliche“ Weitervermittlung durch Verleih der körperlich in den Bestand übernommenen kulturellen Äußerungen, funktioniert selbst dann, wenn die verkörperte kulturelle Äußerung urheberrechtlich geschützt ist, ohne urheberrechtliche Friktionen, denn für die körperliche Weiterverbreitung von körperlich erworbenen Werkstücken gilt der Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG.

Der Erschöpfungsgrundsatz begrenzt die ausschließlichen Verbreitungsrechte der Urheber und der Inhaber sonstiger Schutzrechte.[547] Das UrhG gewährt kein extensives, jede körperliche Verbreitungshandlung umfassendes Ausschließlichkeitsrecht. Nach § 17 Abs. 2 UrhG unterliegen urheberrechtliche Werkexemplare

---

546 *T. Dreier/G. Schulze*, in: T. Dreier/G.Schulze, UrhG, 2008, § 44 Rdn. 1.

547 *C. Berger,* Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, in: GRUR 2002, 198 (199).

nicht mehr dem ausschließlichen Verbreitungsrecht aus §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 Abs. 1 UrhG, wenn sie mit Zustimmung des Verbreitungsberechtigten im Wege der Veräußerung im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden sind.[548]

Ohne Erschöpfung wäre für jede Weiterverbreitung eines urheberrechtlich geschützten Werkes ein Nutzungsrecht erforderlich. Der Rechtsverkehr mit Werkstücken würde dadurch erheblich erschwert. Der Erschöpfungsgrundsatz gewährleistet die Mobilität der Güter und bringt so die Interessen der Urheber und Leistungsschutzberechtigten mit den Belangen des Rechtsverkehrs in Einklang.[549]

Teil des Verbreitungsrechts ist das Verleihrecht. Es besteht als ausschließliches Recht nur beim erstmaligen Inverkehrbringen.[550] Wurde ein Werkstück oder ein Vervielfältigungsstück veräußert, dann wurde hiermit das Verbreitungsrecht einschließlich des Verleihrechts verbraucht.[551]

Wenn der Inhaber der urheberrechtlichen Verwertungsrechte das Original oder ein Vervielfältigungsstück einer körperlich aufgezeichneten kulturellen Äußerung veräußert, beziehungsweise das Eigentum daran pflichtweise unentgeltlich übertragen hat,[552] dann hat sich sein Verbreitungsrecht in Bezug auf das veräußerte Werk- beziehungsweise Vervielfältigungsstück erschöpft und die Weiterverbreitung (etwa durch Verleih) ist nicht mehr von der Zustimmung des Urheberrechteinhabers (bzw. der Urheberrechteinhaber) abhängig.

---

[548] Für das Herstellerschutzrecht an Datenbanken verweist § 87b Abs. 2 UrhG auf § 17 Abs. 2 UrhG. Das (körperliche!) Verbreitungsrecht an Computerprogrammen erschöpft sich gemäß § 69c S. 2 UrhG, wenn das Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechteinhabers veräußert wurde.

[549] Zur Deutung des Erschöpfungsgrundsatzes ausführlich: *C. Berger*, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, in: AcP 2001, 411; *U. Joos,* Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, 1991, 64 ff.; *P. Koehler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 2000.

[550] Bei der Umsetzung der EG-Richtlinie zum Vermiet- und Verleihrecht (92/100 EWG) hätte der Gesetzgeber neben dem ausschließlichen Vermietrecht auch ein ausschließliches Verleihreicht einführen können. Dann wäre auch der Verleih durch Gedächtnisinstitutionen nur mit Zustimmung der Urheberrechteinhaber möglich gewesen, beziehungsweise wäre eine Schrankenbestimmung zu schaffen gewesen.

[551] *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 27 Rdn. 15. Das Verleihen der käuflich erworbenen, beziehungsweise von Pflichtexemplarbibliotheken verpflichtend übernommenen Bücher ist einer Bibliothek unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG (Vergütungspflichtigkeit) gestattet.

[552] Nach Pflichtexemplargesetzen. Der in § 17 Abs. 2 UrhG geforderten Veräußerung steht die unentgeltliche Abgabe an Pflichtexemplarbibliotheken gleich. Siehe: *E. W. Steinhauer*, Pflichtablieferung von Netzpublikationen. Urheberrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Ablieferungspflicht von Netzpublikationen an die Deutsche Nationalbibliothek, in: K&R 2009, 161.

(III) Präsenznutzung

Auch die Zurverfügungstellung zur Präsenznutzung in den Räumlichkeiten der Gedächtnisinstitution (etwa durch Präsenzbibliotheken und Archive) ist eine Form der interaktionslosen Weitervermittlung des aufgebauten und gepflegten Bestandes.

Bei der Präsenznutzung bleibt das Werk in der Obhut der Gedächtnisinstitution. Es erfolgt eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung (gem. §§ 535, 598 BGB). Geschieht diese durch für die Öffentlichkeit zugängliche Gedächtnisinstitutionen, dann werden das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit (zur Nutzung) angeboten. Urheberrechtlich ist die Präsenznutzung in für die Öffentlichkeit zugänglichen Gedächtnisinstitutionen als eine (Weiter-) Verbreitung gem. § 17 Abs. 1 UrhG zu beurteilen. Die Weiterverbreitung von Originalen oder Vervielfältigungsstücken eines Werkes ist (mit Ausnahme der Vermietung) gem. § 17 Abs. 2 UrhG zulässig, wenn dieses mit Zustimmung des zur (Erst-) Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden ist. Das ist bei von Gedächtnisinstitutionen in den Bestand aufgenommenen Werken der Fall. Die weitere Verbreitung ist also zulässig.

Fraglich ist, ob für die Präsenznutzung wie für die Entleihe die weiteren Voraussetzungen des § 27 Abs. 2 UrhG zu beachten sind, ob also für die Ermöglichung der Präsenznutzung eine angemessene Vergütung zu entrichten ist (insofern sie gem. § 27 Abs. 3 von der Verwertungsgesellschaft geltend gemacht wird). Dies wird teilweise mit der Begründung verneint, dass § 27 Abs. 2 nur für das Verleihen Anwendung findet und die Präsenznutzung keine Form des Verleihens im Sinne dieser Vorschrift sei.[553]

Andererseits findet eine Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke statt und angesichts des Grundsatzes, dass der Urheber tunlichst an allen Nutzungen zu beteiligen ist, ist Verleihen im Sinne von § 27 Abs. 2 UrhG weiter zu verstehen als in § 598 BGB, sodass auch die unentgeltlich Gebrauchsüberlassung in den Räumen einer Gedächtnisinstitution darunter fällt, selbst wenn diese nicht mit einem Besitzwechsel verbunden ist.[554]

(B) Körperliche Weitervermittlung eines unkörperlich aufgebauten Bestandes

Im Folgenden werden die unterschiedlichen Formen der körperlichen Weitervermittlungshandlungen unter der Annahme, dass die unabhängig von einem Trägermedium unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen durch vervielfältigende Aufzeichnung in den Bestand übernommen wurden, urheberrechtlich differenziert betrachtet.

---

553 *G. Beger,* Urheberrecht für Bibliothekare, 2007, 63.

554 So im Ergebnis auch *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 27 Rdn. 17.

(I) Ausstellung

Ausstellen lassen sich nur körperliche Werkstücke.[555] Zumeist macht bei der Ausstellung gerade die Körperlichkeit die kulturelle Äußerung aus und es handelt sich bei den ausgestellten Werkstücken nicht nur um Aufzeichnungen, bei denen das Trägermedium eine nur untergeordnete Rolle spielt. Gerade der Körper gewordene Ausdruck ist es, der das Ausstellungsstück und Werkstück ausmacht. Es handelt sich bei den Ausstellungsstücken um Originale, die auf Leinwand gebannt oder aus Stein gehauen, sich nicht beliebig vervielfältigen lassen, sondern als Ausdrücke der zeitgenössischen Kunst besonders geschätzt werden.

Es ist momentan nicht vorstellbar, dass etwa in einem Museum Verkörperungen solcher kultureller Äußerungen, die über digitale und vernetzte Medien unabhängig vom Trägermedium unkörperlich kommuniziert werden, ausgestellt werden. Jedoch ist es zumindest theoretisch möglich, dass Ausdrucke der Aufzeichnungen zahlreicher Bilder oder Flashanimationen oder von Alltagsfilmen, die über diese Medien kommuniziert werden, aufgezeichnet und einem öffentlichen Publikum ausgestellt, das heißt zur Betrachtung vermittelt werden.

Die Ausstellung eines körperlichen Werkstückes ist, insofern dieses körperlich in den Bestand aufgenommen und erworben wurde, aufgrund der Vermutungsregel aus § 44 Abs. 2 UrhG unproblematisch (s.o.). Bezugspunkt der Vermutungsregel aus § 44 Abs. 2 UrhG ist der Erwerbs- und Veräußerungstatbestand des physischen Werkstückes. Nicht vom Wortlaut des § 44 Abs. 2 UrhG erfasst wird der Fall, dass ein Werk nicht als Original oder als Vervielfältigung auf einem körperlichen Trägermedium, beziehungsweise körperlich zum Erwerber gelangt, sondern im Wege bloßer Datenübertragung und erst beim Empfänger vervielfältigt und verkörpert wird. Es stellt sich mithin die Frage, ob § 44 Abs. 2 UrhG auch bei elektronisch über digitale und vernetzte Medien unkörperlich vermittelten, immateriellen Werkstücken Anwendung findet.

Unkörperlich in den Bestand übernommene kulturelle Äußerungen werden schon nicht im Sinne dieser Vorschrift zu Eigentum erworben. Veräußerung im Sinne von § 44 UrhG meint den völligen Eigentumsübergang nach sachenrechtlichen Vorschriften gem. §§ 433, 953 BGB. Beim Aufbau eines Bestandes von „unkörperlich“ über digitale, öffentliche Netze wie das Internet kommunizierten kulturellen Äußerungen wird keine körperliche Ausdrucksform erworben, das Sachenrecht findet daher keine Anwendung. Die unkörperlich kommunizierte kulturelle Äußerung wird erst beim Herunterladen durch die Aufzeichnung einer Kopie sozusagen verkörpert. An der Verkörperung (also an der Aufzeichnung) bestehen, weil der Erschöpfungsgrundsatz nur hinsichtlich körperlich kommunizierter kultureller Äußerungen gilt und nur im Hinblick auf den konkreten, körperlichen

[555] Wenn im Zentrum für Kunst und Medien Bildschirmanimationen gezeigt werden, ist nicht das Ausstellungsrecht, sondern sind die Rechte der öffentlichen Wiedergabe aus § 19 UrhG betroffen.

Träger, nur bestimmte Nutzungsrechte und zwar Nutzungsrechte in dem Umfang, den der beim Herunterladen und Aufzeichnen der unkörperlich über digitale Netze kommunizierten kulturellen Äußerung (konkludent oder ausdrücklich) geschlossene urheberrechtliche Lizenzvertrag (§§ 29 Abs. 2, 31, 32 Abs. 3 UrhG), hergibt.[556]

Des Weiteren beschränkt sich § 44 Abs. 2 UrhG auf Originale und auf Werke der bildenden Künste sowie Lichtbildwerke.[557] Weder erstreckt er sich wie § 44 Abs. 1 auf Vervielfältigungsstücke, noch auf andere Werkarten. Er ist daher im digitalen Umfeld, im dem es keine Originale mehr gibt, sondern nur noch Vervielfältigungsstücke, nicht anwendbar.

Für die interaktionslose, „körperliche" Weitervermittlung durch Ausstellung der unkörperlich in den Bestand übernommenen, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen gilt die Vermutungsregel aus § 44 Abs. 2 UrhG mithin nicht.

Das Recht zur Ausstellung von über digitale und vernetzte Medien unkörperlich in den Bestand übernommenen kulturellen Äußerungen lässt sich daher im Ergebnis nicht auf § 44 Abs.2 UrhG stützen.

(II) Verleih – Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG

Der Verleih durch zeitliche, unentgeltliche Zurverfügungstellung eines körperlichen Werkstückes ist bei körperlich in den Bestand aufgenommenen Werkstücken aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes unproblematisch (s.o.). Bezugspunkt der Erschöpfung aus § 17 Abs. 2 UrhG ist das physische Original oder Vervielfältigungsstück des Werkes. Nicht vom Wortlaut des § 17 Abs. 2 UrhG erfasst wird der Fall, dass ein Werk nicht als Original oder Vervielfältigung auf einem körperlichen Träger zum Erwerber gelangt, sondern im Wege bloßer Datenübertragung und erst beim Empfänger vervielfältigt und verkörpert wird.

Das ist für das Kulturelle Gedächtnis solange kein Problem, wie es ein körperliches Pendant gibt, welches sich körperlich durch Weiterverbreitung gem. § 17 Abs. 1 UrhG weitervermitteln lässt.

Existiert aber kein körperliches Pendant mehr, sondern existiert die kulturelle Äußerung eben nur als digitale Aufzeichnung und lässt sich diese insofern sie unkörperlich über digitale und vernetzte Medien „erworben" wird (und eben nicht gem. § 17 Abs. 2 UrhG körperlich) mangels Erschöpfung des Weiterverbreitungsrechts aus § 17 Abs. 1 UrhG an der Aufzeichnung auch

---

[556] Die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten oder kommunizierbaren kulturellen Äußerungen werden nicht zu Eigentum erworben, sondern es werden Nutzungsrechte (Urheberrechte) durch den Abschluss von Lizenzverträgen erworben. In diesen Verträgen räumt der Urheber oder sonstige Rechteinhaber unter Beachtung zwingender urheberschützender Vorschriften bestimmte räumlich, zeitlich und inhaltlich beschränkte Nutzungsrechte exklusiv oder nicht exklusiv ein (§§ 29 Abs. 2, 31 UrhG).

[557] *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 44 Rdn. 15.

nicht verkörperlicht weiterverbreiten, dann ist die kulturelle Äußerung nicht mehr verkehrsfähig, beziehungsweise hängt ihre weitere Kommunikation vom Rechteinhaber ab.

Es stellt sich mithin die Frage, ob der die Verkehrsfähigkeit von Werkexemplaren ermöglichende Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG auch bei elektronisch über digitale und vernetzte Medien körperlos vermittelten, immateriellen Werkstücken Anwendung findet.[558]

Eine verbreitete Ansicht in der Literatur befürwortet die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch für ein erst beim Erwerber hergestelltes Vervielfältigungsstück mit der Begründung, dass es keinen Unterschied machen könne, auf welchem Wege, ob über körperliche Trägermedien oder über digitale und vernetzte Medien, das Werk(-vervielfältigungs-)stück dem Erwerber übertragen werde. Der mit der Erschöpfung bezweckte Verkehrsschutz beanspruche unabhängig davon Geltung, ob das veräußerte Werkexemplar bereits beim Inhaber der urheberrechtlichen Verwertungsrechte oder erst vom Erwerber hergestellt werde. Der Transfer der Daten trete wirtschaftlich und technisch an die Stelle der Veräußerung eines körperlichen Trägermediums.[559]

Die analoge Anwendung des Grundsatzes wird nach anderer Ansicht mit der Begründung verneint, dass sie nicht mit einer richtlinienkonformen Auslegung von § 17 Abs. 2 UrhG zu vereinen sei.[560] So heißt es in Erwägungsgrund 29 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie[561]:

„*Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d. h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung ei-*

---

558 Zur Problematik in Bezug auf Computerprogramme siehe *H. Schack*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, in GRUR 2007, 639 (643 f.).

559 So u.a. *T. Hoeren,* Softwareüberlassung als Sachkauf. Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware, 1996, Rdn. 369 ff.; *F. Koch*, Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten, in: GRUR 1997, 417 (425 ff.); *O. Linnenborn*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: K&R 2001, 394 (395); *T. Dreier,* Die Umsetzung der Urheberrechtslinie 2001/29/EG in deutsches Recht, in: ZUM 2002, 28 (32); *G. Spindler*, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: GRUR 2002, 105 (110); *C. Berger,* Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, in: GRUR 2002, 198 (199).

560 *T. Jaeger*, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in: R. M. Hilty/A. Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 47 (51 ff.).

561 Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001.

nes Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.“

Auch in der Datenbanken-Richtlinie[562] wurde die Frage nach der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf über digitale und vernetzte Medien vermittelte Werkexemplare angesprochen und verneint, so heißt es in Erwägungsgrund 33:

„Die Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts stellt sich nicht im Fall von Online-Datenbanken, die in den Dienstleistungsbereich fallen. Dies gilt auch in Bezug auf ein physisches Vervielfältigungsstück einer solchen Datenbank, das vom Nutzer der betreffenden Dienstleistung mit Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt wurde. Anders als im Fall der CD-ROM bzw. CD-I, bei denen das geistige Eigentum an ein physisches Trägermedium, d. h. an eine Ware gebunden ist, stellt jede Online-Leistung nämlich eine Handlung dar, die, sofern das Urheberrecht dies vorsieht, genehmigungspflichtig ist.“

Da sich die beiden Richtlinien nicht auf Computerprogramme bezieht, scheint die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch nach dieser Ansicht zumindest für Computerprogramme, die nicht auf einem Datenträger sondern unkörperlich ohne Datenträger über digitale und vernetzte Medien durch Download erworben wurden, möglich.[563]

Nur wenn man der Ansicht folgt, welche die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch für ein erst beim Erwerber hergestelltes Vervielfältigungsstück bejaht, ist die Weitervermittlung der unkörperlich in den Bestand genommenen Werke in körperlicher Form etwa durch Ausleihe, ohne weitere Rechte vom Urheberrechteinhaber erwerben zu müssen, möglich.

Folgt man der Ansicht, die eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch für ein erst beim Erwerber hergestelltes Vervielfältigungsstück verneint, dann lassen sich die unkörperlich in den Bestand übernommenen Werke nicht, auch nicht körperlich, etwa durch Ausleihe des körperlichen Trägermediums der vervielfältigenden Aufzeichnung, weitervermitteln. Nicht nur für Zweit- und Folgeveräußerungen ist lizenzrechtlich ein Nutzungsrecht zu erwerben, sondern für jede, auch die bloß vermittelnde, körperliche Kommunikation durch Ausleihe.

Der europäische Gesetzgeber scheint in den Richtlinien davon auszugehen, dass die Distribution von Werkexemplaren über digitale und vernetzte Medien der Erbringung einer vorübergehenden Dienstleistung näher steht, als einem Veräußerungstatbestand.[564]

---

562 Datenbanken-Richtlinie, 1996.

563 Der Erschöpfungsgrundsatz für die auf einem körperlichen Trägermedium körperlich erworbenen Computerprogramme findet sich in § 69c Nr. 3 UrhG.

564 *T. Kreutzer*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel, 2008, 313 f.

Dies trifft für manche Fallkonstellationen zu, beispielsweise wenn eine urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerung über digitale und vernetzte Medien (also ein immaterielles Werkexemplar) zur einmaligen Nutzung in Form eines Streams bereitgestellt wird. Für die meisten Fallkonstellationen liegt der Vergleich mit einem Veräußerungstatbestand aber näher. Wenn der Vertrieb von körperlichen Werkstücken (der dingliche, körperliche Handel mit körperlichen Werkstücken) durch den Vertrieb mit unkörperlichen Werkstücken substituiert wird,[565] indem diese Werkstücke aus Kosten und Effizienzgründen über digitale und vernetzte Medien vertrieben werden (also durch einen sozusagen unkörperlichen Handel mit immateriellen Werkstücken), dann ist der unkörperliche Handel eher ein Erwerbstatbestand als eine Dienstleistung. In eigentumsrechtlich relevanten Fallkonstellationen, in denen der Erwerber einer urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerung (also eines Werkstückes) das Recht verlangt, wie ein Eigentümer damit verfahren zu können, sie insbesondere zur dauerhaften Nutzung zu erlangen, handelt es sich auch bei dem Verkehr mit immateriellen Werkexemplaren nicht um eine Dienstleistung, sondern um einen Erwerbstatbestand. In diesen kaufähnlichen Konstellationen im Verkehr mit immateriellen Werkexemplaren leuchtet die kategorische Ablehnung der analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht ein.[566]

Da bei der Aufnahme einer kulturellen Äußerung in den Bestand einer Gedächtnisinstitution in Abstimmung mit dem Urheberrechteinhaber, diese der jeweiligen Gedächtnisinstitution so zu übergeben ist, dass diese zur dauerhaften und nicht nur einmaligen Nutzung daran berechtigt ist, insbesondere um sie im Bestand zu erhalten, ist gerade dann, wenn die kulturelle Äußerung bei der Übernahme in den Bestand verkörpert wird, diese Bestandsaufnahme eher ein kaufähnlicher Erwerbstatbestand, als ein nur Nutzungsrechte vermittelndes, vorübergehendes Dienstleistungsgeschäft. Eine Erschöpfung lässt sich daher mit guten Gründen in Analogie zu § 17 Abs.2 UrhG im Hinblick auf die verkörperte Aufzeichnung bejahen. Das verkörperte (Vervielfältigungs-) Werkstück, die Aufzeichnung, lässt sich bei analoger Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG verleihen. Durch das Ausleihen des körperlichen Trägermediums der vervielfältigenden Aufzeichnung werden bei Berücksichtigung der Vergütungspflichtigkeit gem. § 27 Abs. 2 UrhG keine berechtigten Urheberrechtsinteressen verletzt.

(III) Präsenznutzung

Wenn kulturelle Äußerungen durch Verkörperung (vervielfältigende Aufzeichnung) in den Bestand übernommen werden und die mit der Übernahme durch

---

565 So beispielsweise beim Verkauf von Musik oder Software über digitale und vernetzte Medien.

566 So mit weiteren Nachweisen: *T. Kreutzer*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, 2008, 314 f.

Verkörperung verbundene Vervielfältigung mit Einverständnis des Urheberrechteinhabers geschieht, dann liegt hierin noch kein Einverständnis für die Anschlussnutzung der Aufzeichnung in Form der Vermittlung durch Zurverfügungstellung zur Präsenznutzung.

Neben dem für die als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG einzuordnende Verkörperung erforderlichen Nutzungsrecht ist dann, wenn es sich bei der Zurverfügungstellung zur Präsenznutzung um eine urheberrechtlich relevante Nutzung handelt, also um eine Nutzung, die Urheberverwertungsrechte tangiert, ein weiteres Nutzungsrecht vom Urheberrechteinhaber einzuholen.

Die Weitervermittlung von über digitale und vernetzte Medien unabhängig von einem Trägermedium unkörperlich kommunizierten und durch vervielfältigende Aufzeichnung in den Bestand übernommenen kulturellen Äußerungen durch Präsenznutzung ist ebenso zu bewerten, wie die Weitervermittlung von über digitale und vernetzte Medien unkörperlich in den Bestand übernommenen kulturellen Äußerungen durch Verleih.

Die Präsenznutzung in öffentlich zugänglichen Gedächtnisinstitutionen ist urheberrechtlich als eine Form der Verbreitung gem. § 17 Abs. 1 UrhG zu bewerten. Verneint man eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aus § 17 Abs. 2 UrhG für die Fallkonstellationen, in denen eine kulturelle Äußerung, die unabhängig vom Trägermedium über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommuniziert und durch vervielfältigende Aufzeichnung in den Bestand übernommen wird, ist für die Zurverfügungstellung zur Präsenznutzung das Nutzungsrecht aus § 17 Abs. 1 UrhG einzuholen.

Mit guten Gründen lässt sich jedoch in Analogie zu § 17 Abs.2 UrhG Erschöpfung im Hinblick auf die verkörperte Aufzeichnung bejahen.[567] Das verkörperte (Vervielfältigungs-) Werkstück, die Aufzeichnung, lässt sich bei analoger Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes unproblematisch auch unabhängig von urhebervertragsrechtlichen Lösungen, also ohne Zustimmung der Rechteinhaber, zumindest innerhalb der Einrichtung vermitteln.

(C) Unkörperliche Weitervermittlung des körperlich aufgebauten Bestandes

Schon vor den digitalen und vernetzten Medien ließen sich kulturelle Äußerungen unkörperlich (mündlich oder durch Aufführung, als Ausstrahlung über analoge Technologien wie Fernsehen oder Funk etc.) vermitteln. Neu ist, dass die unkörperliche Kommunikation kultureller Äußerungen nunmehr auch interaktionslos, das heißt über Raum und Zeit hinweg, dergestalt möglich ist, dass ein

[567] Da bei der Aufnahme einer kulturellen Äußerung in den Bestand einer Gedächtnisinstitution in Abstimmung mit dem Urheberrechteinhaber diese der jeweiligen Gedächtnisinstitution so zu übergeben ist, dass diese zur dauerhaften und nicht nur einmaligen Nutzung daran berechtigt ist, insbesondere um sie im Bestand zu erhalten, ist gerade dann, wenn die kulturelle Äußerung bei der Übernahme in den Bestand verkörpert wird, diese Bestandsaufnahme eher ein kaufähnlicher Erwerbstatbestand, als ein nur Nutzungsrechte vermittelndes vorübergehendes Dienstleistungsgeschäft.

unbekannter Rezipient den Zeitpunkt und Ort der Rezeption selbst bestimmen kann.[568]

Mit den digitalen und vernetzten Medien ist der Traum vom jederzeit zu Hause verfügbaren, allumfassenden Wissen in greifbare Nähe gerückt. Kulturelle Äußerungen lassen sich über digitale und vernetzte Medien unkörperlich so kommunizieren, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von allen Orten und zu Zeiten ihrer Wahl (auf Abruf) zugänglich sind.

Die Vorstellung, sich alle kulturellen Inhalte digital nach Hause auf den Bildschirm laden und sich unabhängig vom Standort der Gedächtnisinstitutionen als Vermittler der jeweiligen kulturellen Äußerungen und deren Öffnungszeiten informieren und weiterbilden zu können, ist technisch nicht länger eine reine Utopie, wohl jedoch, da ein Großteil der relevanten kulturellen Äußerungen urheberrechtlichen Schutz genießt, urheberrechtlich.

Bereits die Digitalisierung, jedenfalls aber die unkörperliche Weiterverbreitung digital oder analog aufgezeichnet auf ein Trägermedium körperlich in den Bestand übernommener kultureller Äußerungen ist im Falle, dass die kulturelle Äußerung urheberrechtlich (noch) geschützt ist, von der Zustimmung des jeweiligen Urheberrechteinhabers abhängig.

(I) Zustimmungsbedürftigkeit der Digitalisierungshandlung gem. § 16 oder § 23 UrhG

Das Digitalisat eines Originals ermöglicht die weltweite Verfügbarkeit. Die Digitalisierung leistet einen Beitrag zur Bestandsschonung und zur Zugänglichkeit. Durch Digitalisierung des Depotbestandes lässt sich dieser der Öffentlichkeit zugänglich machen. Es lassen sich Schätze heben, die ansonsten im Kulturellen Gedächtnis nicht präsent sind, sondern im Depot vor sich hin schlummern, ohne zugänglich und damit kommunizierbar zu sein.

Für die Wiedergabe der auf körperliche Trägermedien analog aufgezeichneten kulturellen Äußerungen über digitale (und vernetzte) Medien müssen diese zunächst digitalisiert werden. Nur kulturelle Äußerungen im Format Text, Bild und Ton lassen sich digitalisieren. Solche kulturellen Äußerungen, die sich über den Tast-, Geschmacks- oder Riechsinn erschließen, können nicht digitalisiert werden. Wiedergeben und über Raum und Zeit interaktionslos kommunizieren lassen sich nur Audio- und Videosignale und dies sowohl analog, als auch digital.

Digitalisierung bedeutet die Umsetzung kontinuierlicher Größen in diskrete Zahlenwerte. Digital muss weder binär noch elektronisch sein, sondern bezeichnet eine mit einem endlichen Alphabet von Zeichen arbeitende Darstellungsform von Daten.[569]

---

[568] So etwa bei Download aus dem Internet.

[569] Der genetische Code ist ein Beispiel einer nicht binären, nicht elektronischen, digitalen Darstellungsform von Daten.

Im vorliegenden Zusammenhang geht es um die Übersetzung analogen Ausgangsmaterials in die digitale, binäre, elektronische Darstellungsform von Daten.[570]

Mit abhängig von dem Medium, über welches sich die kulturelle Äußerung der Vorlage erschließt, unterschiedlichen Techniken lässt sich das in einem Werk verkörperte Immaterialgut für eine Wiedergabe in digitalen Medien digitalisieren. Je nach Art des analogen Ausgangsmaterials und des Zweckes der Digitalisierung werden verschiedenste Verfahren eingesetzt.

Die jeweilige Digitalisierungshandlung könnte urheberrechtlich sowohl als Vervielfältigungshandlung gem. § 16 UrhG,[571] als auch als eine Bearbeitungs- oder Umgestaltungshandlung gem. § 23 UrhG einzuordnen sein.[572]

Sie wäre dann, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass auch die Bearbeitung und sonstige Umgestaltung gem. § 23 UrhG bereits zustimmungsbedürftig ist, wenn sie in der Intention der weiteren Vermittlung vorgenommen wird, sowohl bei der urheberrechtlichen Einordnung als Vervielfältigung, als auch bei der urheberrechtlichen Einordnung als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung zustimmungsbedürftig. Die richtige urheberrechtliche Beurteilung ist dann theoretischer Natur.

Jedoch ist eine Handlung dann, wenn man mit dem Gesetzeswortlaut argumentiert und nicht auf die späteren Absichten, sondern auf die Handlung losgelöst vom Zweck abstellt, wenn sie als Bearbeitung- oder Umgestaltung zu bewerten ist, nicht von der Zustimmung des Inhabers der urheberrechtlichen Verwertungsrechte abhängig.[573] Lediglich darf das Ergebnis der zustimmungsfrei

---

[570] Wohlgemerkt erschließen sich auch digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen dem Menschen nur analog. Digitale Daten müssen, bevor sie sich vom menschlichen Betrachter wahrnehmen lassen, in analoge Signale zurückübersetzt werden. Die über die fünf Sinne des menschlichen Wesens wahrgenommene Welt ist analog!

[571] Vervielfältigung i.S. von § 16 UrhG ist jede körperliche Festlegung des Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen. Der Begriff Vervielfältigung wird in einem umfassenden Sinne verstanden, liegt jedoch nur vor, wenn das Werk bei der Nutzung körperlich fixiert wird, siehe: *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 16 Rdn. 6.

[572] Eine Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung i.S. von § 23 UrhG ist dann gegeben, wenn das abhängige Werk einen anderen Gesamteindruck als das benutzte Werk hervorruft. Zwar bleibt das auf diese Weise benutzte Werk erkennbar, insoweit wird es auch vervielfältigt, allerdings in mehr oder weniger abgeänderter Form, das heißt einen veränderten geistig-ästhetischen Gesamteindruck hervorrufend, Bei Bearbeitungen wird das benutzte Werk für weitere Nutzungsformen angepasst (z.B. übersetzt, verfilmt etc.). Die Bearbeitung setzt lediglich ein individuelles, aber nicht notwendigerweise schöpferisches Schaffen voraus. Umgestaltungen sind alle sonstigen, schwerpunktmäßig reproduzierenden Werkveränderungen, die mangels individuellen Schaffens nicht als Bearbeitungen eingestuft werden können.

[573] Ausnahmen gelten für die in § 23 S. 2 UrhG genannten Fälle, die Digitalisierung ist hier nicht aufgeführt. Jedoch lässt sich in Analogie zu § 23 S. 2 UrhG durchaus das Ergebnis gewinnen, dass sie insofern sie mit der Intention der späteren Vermittlung vorgenommen wird, schon als solche ebenso

möglichen Digitalisierungshandlung, die als Bearbeitung oder Umgestaltung zu bewerten ist, gem. § 23 S.1 UrhG nur mit Einwilligung veröffentlicht oder verwertet werden.[574]

Jedenfalls ist eine genaue urheberrechtliche Beurteilung von Bedeutung für die Frage, welche Schrankenbestimmungen aus den §§ 44a ff. UrhG für die Vornahme der Digitalisierungshandlung gegebenenfalls Anwendung finden. Die Archivschranke aus § 53 UrhG etwa gilt für Vervielfältigungshandlungen gem. § 16 UrhG und nicht für Bearbeitungs- oder Umgestaltungshandlungen gem. § 23 UrhG.

Abhängig von der urheberrechtlichen Beurteilung ist die Digitalisierungshandlung zustimmungsbedürftig, oder gelten andere Schrankenbestimmungen für die zustimmungsfreie Vornahme.

Für gemeinhin wird die Digitalisierungshandlung urheberrechtlich als eine Vervielfältigungshandlung gem. § 16 UrhG bewertet.[575] Dies mit der Argumentation, dass es nicht auf die Art und Weise ankommt, in der ein Vervielfältigungsstück des Originalwerkes technisch hergestellt wird. Ob Mikrofiche, Tonband oder elektronische Speicherung, alles seien genauso Vervielfältigungen wie die Papierkopie.[576] Nicht jede Digitalisierungshandlung ist jedoch zwingend mit einer Vervielfältigung verbunden. Die verschiedenen Digitalisierungsverfahren sind abhängig vom Ausgangsmaterial differenziert zu betrachten.

(1) Ausgangsmaterial Ton

Bei der Digitalisierung einer kulturellen Äußerung, die sich über den Hörsinn erschließt, also einer Tonfolge, die auf einem Trägermedium, also körperlich, in den Bestand übernommenen worden ist, wird diese in analoge elektronische Schwingungen verwandelt und die Schallwellen stichprobenartig schnell hintereinander als digitale Werte gemessen und gespeichert. Diese Werte können umgekehrt auch wieder schnell hintereinander abgespielt und zu einer analogen

---

wie die in § 23 S. 2 UrhG aufgezählten Handlungen, welche in dieser Intention vorgenommen werden, von der Zustimmung des Urhebers abhängig ist.

[574] Ausnahmen gelten für die in § 23 Satz 2 UrhG genannten Fälle, in denen i.d.R. nicht im privaten Bereich, sondern bereits mit der Intention der gewerblichen Verwertung bearbeitet oder umgestaltet wird. Genannt wird hier insbesondere die Bearbeitung oder Umgestaltung eines Datenbankwerkes, Ausnahmen gelten darüber hinaus gem. § 69c UrhG für Computerprogramme, für die ebenfalls bereits die Vornahme und nicht erst die Veröffentlichung oder Verwertung des Ergebnisses einer Bearbeitung oder sonstigen Umgestaltung der Einwilligung bedarf.

[575] Allgemeine Ansicht vgl. nur: *U. Loewenheim,* in: G. Schricker, § 16 Rdn. 18; *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 15 Rdn. 13; *M. Lehmann*, Digitalisierung und Urhebervertragsrecht, in: ders. (Hrsg.) Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 1997, 57 (58); *T. Kreutzer*, Die Entwicklung des Urheberrechts in Bezug auf Multimedia der Jahre 1994-1998, 1999, 27 f.; ders., Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, in: GRUR 2001, 193 (197).

[576] *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 15 Rdn. 13.

Schallwelle „zusammengesetzt“ werden, die dann wieder hörbar gemacht werden kann.[577] Aufgrund der anfallenden, hohen Datenmengen kommen verlustfreie und verlustbehaftete Kompressionsverfahren zum Einsatz. Diese erlauben, Audiodaten platzsparend auf Datenträger zu speichern.[578]

Ist das Ausgangsmaterial eine auf einem Trägermedium in den Bestand übernommene Tonfolge, so ist jede weitere körperliche Festlegung beziehungsweise die Übertragung vom ursprünglichen Trägermedium auf ein anderes Trägermedium in digitalen Werten, eine im Falle von bestehendem Urheberrechtsschutz zustimmungsbedürftige Vervielfältigung gem. § 16 UrhG. Das Werk, die Tonfolge, wird zur Vermittlung über digitale (ggfs. vernetzte) Medien in eine binäre Folge übersetzt, die sich zur Wahrnehmbarkeit zurückübersetzen lässt.

Im Falle von bestehendem Urheberrechtsschutz in Bezug auf die Tonfolge (etwa eines Musikwerkes gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG) muss der Urheber seine Zustimmung erklären und im Falle von bestehendem Urheberrechtsschutz für die körperliche Festlegung auf einem Tonträger ebenso der Tonträgerhersteller.[579]

(2) Ausgangsmaterial Bild

Bei der Digitalisierung einer kulturellen Äußerung, die sich über den Sehsinn als Bild erschließt, ist zu differenzieren, ob dieses Bild mittels Digitalfotografie oder mittels Einsatz von Scantechniken abgebildet und dadurch in einer bestimmten Quantisierung (Pixelmatrix) als binärer elektronischer Datenstrom auf digitalen Speichermedien gespeichert wird.

Durch die Digitalfotografie werden, wie auch beim Einsatz von sogenannten Flachbrettscannern, digitale 2D Abbilder geschaffen. Insoweit bei der fotografischen Abbildung besonderes Augenmerk auf die Farb- und Kontrastwiedergabe der Vorlage gelegt wird und eine möglichst originalgetreue, das heißt den rezeptiven Eindruck, den das Original ermöglicht, in andere Medien übertragende Abbildung versucht wird, spricht man, obwohl das Werk selbst im Falle der Abbildung einer 2D Vorlage nicht reproduziert, also was das Originalmedium angeht vervielfältigt wird, sondern für die Wiedergabe über andere Medien nur abgebildet und nur als Abbildung vervielfältigt wird, von Reproduktionsfotografie.

Dreidimensionale Vorlagen lassen sich sowohl reprofotografisch als auch mit speziellen abtastenden Scannern digitalisieren und dann sowohl als digitales 2D Abbild als auch als digitale 3D Animation über digitale (und vernetzte) Medien

---

[577] Aus den gemessenen Werten würde sich eigentlich bei der Rückumwandlung eine eckige Wellenform ergeben, umso eckiger, je grober die Sampling-Frequenz. Die Bittiefe bezeichnet beim Sampling den „Raum“ für Werte in Bits, die für die Auflösung des Dynamikumfangs notwendig sind. Ab einer Samplingfrequenz von 44,1 KHz und einer Bittiefe von 16 Bit spricht man von CD-Qualität.

[578] Gängige Dateiformate für Audio sind: „wav“, „aiff“, „flac“, „mp3“ oder „snd“.

[579] Der Hersteller der erstmaligen körperlichen Festlegung einer Tonfolge genießt unabhängig vom an der Tonfolge bestehenden Urheberrechtsschutz ein fünfzigjähriges Leistungsschutzrecht gem. § 85 UrhG.

wiedergeben.[580] Abhängig von der Qualität der digitalen Wiedergabemedien und der Qualität der digitalen Abbildung kann so eine fast dem Anblick des Originals entsprechende Rezeption der kulturellen Äußerung über digitale (eventuell vernetzte Medien) ermöglicht werden. Dennoch vermag die Abbildung einer 3D Vorlage selbst als 3D Animation, ausgegeben über digitale Wiedergabemedien, das Original nicht zu substituieren. Der Raum einer gotischen Kapelle lässt sich auf einem Computerbildschirm ebenso wenig erfahrbar machen, wie die Gewalt und Spannung einer aus Stein herausgehauenen Figur von Michelangelo. Ein Gemälde von Van Gogh lässt sich weder in Größe noch Intensität auf einem Computerbildschirm wie im Original erfahrbar machen.[581] Nur in dem Fall, dass die Abbildung nur als Druckvorstufe dient und der Druck das abgebildete Original über dasselbe (analoge körperliche) Medium wiedergibt, lässt sich die Vorlage substituieren. Das Ergebnis der Abbildung ist dann eine Nachbildung. So lassen sich beispielsweise auf Leinwand dick mit Farbe gemalte und daher „3D" Bilder mit speziellen Scannern abtasten und mittels hochtechnischer Geräte wieder farbgetreu auf Leinwand übertragen.[582]

Die Wiedergabe des (digital-) reproduktionsfotografisch aufgenommenen über andere Wiedergabemedien (Bildschirmansicht der Digitalaufnahme eines Gemäldes) kann den Anblick des Originals nur möglichst (licht- und farb-) genau imitieren, sprich abbilden, nicht aber reproduzieren, sprich nachbilden. Die Rezeption über andere als die Medien der Vorlage kann nur dann die Rezeption über das Original (-medium) substituieren, wenn es nicht auf das Medium ankommt, sondern einzig auf die im Medium verkörperte, immaterielle kulturelle Äußerung.

So kann die Abbildung einer 2D Vorlage im Fall von Text die Vorlage selbst dann substituieren, wenn der Text durch digitale Abbildung auf andere Medien übertragen wird. Das ist der Fall, wenn es auf den Text selbst ankommt und dieser abgebildet wird und nicht seine (immer 3D) Verkörperung (etwa bei einer alten Handschrift die Papyrusrolle oder bei einem alten, gedruckten Buch der Ledereinband, Verzierungen). Text wird nicht durch rezeptiven Anblick, sondern durch intellektuelles Nachvollziehen erfahrbar. Es macht keinen Unterschied, ob er über das Original- oder ein anderes Wiedergabemedium den Geist erreicht.

---

[580] Siehe nur das schon 2008 verwirklichte virtuelle Museum Karlsruher Türkenbeute: http://www.tuerkenbeute.de/ (Letzter Abruf: 12. April 2010). Das Virtuelle Museum „Karlsruher Türkenbeute" ist eine Seite im Internet über die die Highlights der Sammlung „Karlsruher Türkenbeute" im Badischen Landesmuseum mit interaktiven 3D- und Zoom-Aufnahmen aufgerufen werden können. Die Technik ist jedoch mittlerweile vorangeschritten und noch bessere Installationen sind denkbar.

[581] Gemälde sind 3D! Sie haben Struktur und für ihre Rezeption kommt es nicht nur auf den unkörperlichen Gehalt an, sondern auch und gerade auf das Medium über dass sie vermittelt werden.

[582] So ist beispielsweise „Die Hochzeit zu Kana" aus dem Refektorium in Venedig mit Hilfe von digitalen Scannern abgetastet und wieder auf Leinwand aufgetragen worden, die entstandene Nachbildung unterscheidet sich nicht vom Original. Siehe: Das Kunstwerk im Zeitalter seines Klons, in Süddeutsche Zeitung vom 12. Oktober 2007, 14.

Wenn der rezeptive Eindruck sich auch über andere Medien, als das Originalwiedergabemedium erzielen lässt, kann die digitale Abbildung die Vorlage auch dann substituieren, wenn es sich bei der Vorlage um eine kulturelle Äußerung handelt, die sich bildlich erschließt. Das ist der Fall, wenn es sich bei der Vorlage selbst schon um eine Abbildung handelt. Etwa macht es für den Betrachter keinen wesentlichen Unterschied, ob er eine fotografische Abbildung auf Fotopapier oder auf einem Computerbildschirm wahrnimmt.

Einen Sonderfall des sich über den Sehsinn erschließenden Ausgangsmaterials bildet Text. Dieser lässt sich mittels der Digitalfotografie fotografisch abbilden und dadurch wie das Ausgangsmaterial Bild digitalisieren. Wird Text mit Scannern erfasst (eingescannt), können die Schriftzeichen von Schrifterkennungsprogrammen in ein Schriftcodierungssystem kompiliert werden, was nicht nur die Ausgabe als Bilddatei, sondern zusätzliche Funktionen wie die Volltextsuche ermöglicht.[583]

Ist das Ausgangsmaterial ein Bild, so ist einerseits zu unterscheiden, ob es sich um eine 2D oder 3D Bildvorlage handelt, und es ist andererseits die sowohl bei 2D als auch 3D Bildvorlage mögliche abbildende Digitalisierung (Digitalfotografie und Flachbrettscantechnik) von der nur bei einer 3D Bildvorlage möglichen übersetzenden Digitalisierung (3 D Scantechnik und Einsatz von Computertechnik bei der ein 3D Computerprogrammabbild geschaffen wird) zu unterscheiden.

(a) Abbildende Digitalisierung einer 2D und einer 3D Vorlage

Bei der abbildenden Digitalisierung wird ein Werk für die bildliche Vermittlung über digitale (eventuell vernetzte) Medien in binäre, digitale Werte übersetzt, die für die wiederum bildliche Wahrnehmbarkeit zurückübersetzt werden können. Der bildliche Eindruck des Werkes wird durch die Abbildung vervielfältigt, sodass er über andere Trägermedien vermittelbar ist.

Hingegen wird bei der abbildenden Digitalisierung (sowie bei sonstigen abbildenden Verfahren) der sonstige rezeptive Eindruck des Originalwerkes nicht vervielfältigt. Hat etwa ein Werk nicht nur eine bildliche, sondern auch eine nützliche Komponente, so lässt sich nur der bildliche Eindruck, nicht aber der Nutzwert, mittels Abbildung vervielfältigen. Ein barocker Stuhl etwa lässt sich betrachten, aber auch als Sitzmöbel verwenden. Seine Abbildung vervielfältigt für die bildliche Wiedergabe nur seinen bildlichen Eindruck, nicht aber seinen Nutzwert als Sitzmöbel. Durch die Abbildung wird immer das Werk, nämlich das in der Vorlage verkörperte Immaterialgut, vervielfältigt. Die bildhafte Wiedergabe, die Abbildung, nicht nur von 2D-, sondern auch 3D Kunstwerken, ist, trotz dass das Werk nicht funktionsgleich verdoppelt wird und die Abbildung nicht mit der

---

583 Eine mögliche Form der Repräsentation von Text ist z. B. der sehr verbreitete ASCII-Code, bei dem jeder lateinische Buchstabe durch eine Folge von sieben Bits dargestellt wird. Z. B. wird für den Großbuchstaben »A« die Folge 1000001 geschrieben. Die Codierung in Unicode ermöglicht einen reicheren Zeichenschatz.

Nachbildung zu verwechseln ist, nach der Rechtsprechung urheberrechtlich als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG zu bewerten.[584] Auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass die fotografische, filmische oder sonstige bildhafte Wiedergabe dreidimensionaler Werke eine Vervielfältigung gem. § 16 UrhG ist. Das wird deutlich in der unter dem Namen Panoramafreiheit bekannten Schranke aus § 59 UrhG, die bestimmt: „Zulässig ist, Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Graphik, durch Lichtbild oder durch Film zu *vervielfältigen*, (…)". Die Digitalisierungshandlung ist sowohl im Hinblick auf 2D-, als auch im Hinblick auf 3D Vorlagen insgesamt als Vervielfältigungshandlung gem. § 16 UrhG zu bewerten.

(b) Übersetzende Digitalisierung einer 3D Bildvorlage

Wo die Digitalisierungshandlung nicht eine rein abbildende Funktion hat, sondern mit der Übertragung in einen anderen Werkstoff, eine andere Dimension, und mit der Umwandlung der bisherigen Funktion in die Funktionsweise der neuen Dimension und mit einer völlig neuartigen Darstellungsform verbunden ist, wie es bei der übersetzenden Digitalisierung der Fall ist, bleibt Raum für eine auslegende Betrachtung.

Abbildende Verfahren durch die ein Werk in eine andere Werkart, eine andere Dimension, übertragen werden, sind urheberrechtlich nicht zwingend als Vervielfältigung i.S.v. § 16 UrhG zu bewerten,[585] sondern unter Umständen als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung nach § 23 UrhG, die gegebenenfalls sogar nach § 3 UrhG selbstständig schutzfähig ist.[586] So ist beispielsweise das *Ab*filmen eines Werkes eine Vervielfältigung i.S.v. § 16 UrhG, das *Ver*filmen hingegen, ebenso wie die Übersetzung eines Werkes in eine andere Sprache, eine Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung i.S.v. § 23 UrhG.

Die digitale Fotografie eines 2D- wie auch 3D Körpers ist ebenso wie die analoge Fotografie als Vervielfältigung i.S.v. § 16 UrhG zu bewerten, während das Abtasten 3D körperlicher kultureller Äußerungen mit 3D Scannern für die Wiedergabe als computergesteuerte 3D Animation keine reine Abbildung mehr darstellt. Mittels der digitalen Medien und durch die Wiedergabe über digitale Medien als 3D Animation wird ein völlig neuer Funktionswert, die digitale Räumlichkeit, geschaffen. Durch 3D Museen lässt sich zu Hause am Bildschirm „wan-

---

584 BGH GRUR 2003, 1035 (1036) – Hundertwasser-Haus, BGH GRUR 1983, 28, 29 – Pressberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe II, allerdings ohne Begründung.

585 So aber missverständlich, weil an anderer Stelle gegenteilig wertend: *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 16 Rdn. 11: „Ferner wird das Werk vervielfältigt, wenn es in eine andere Dimension oder in einen anderen Werkstoff übertragen wird", jedoch ders. bei § 23 Rdn. 6: „Bei Bearbeitungen wird das benutzte Werk für weitere Nutzungsformen angepasst, z.B. […] in eine andere Dimension oder in einen anderen Werkstoff übertragen".

586 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 16 Rdn. 11.

deln".[587] Hierin liegt urheberrechtlich eine (wenn auch nicht unbedingt schöpferische und daher nicht nach § 3 UrhG eigenständig schutzfähige) Bearbeitung oder (wenn man individuelles Schaffen aufgrund der maßgeblich technikgesteuerten Umwandlung ablehnt) sonstige Umgestaltung gem. § 23 UrhG begründet, der der Urheber noch nicht per se, sondern erst wenn sie mit der Intention der öffentlichen Weitervermittlung beziehungsweise spätestens im Falle der öffentlichen Weitervermittlung zustimmen muss.[588]

(3) Ausgangsmaterial Film

Die Besonderheit bei der Digitalisierung von Film ist darin zu sehen, dass nicht nur die Bewegtbildfolge zu digitalisieren ist, sondern auch der darüber gelegte Ton. Die einfachste Methode der Digitalisierung von Film ist das Abfilmen mit einer Digitalkamera. Bessere Ergebnisse als durch das Abfilmen lassen sich bei der Digitalisierung von auf Spulen aufgenommenen Filmen mit Hilfe von Scantechnik erreichen.[589] Wenn der Film eine oder mehrere Tonspuren aufweist, dann muss der Ton über einen Projektor separat aufgezeichnet und (z.B. als MP3 oder WAV Stream) digitalisiert werden. Mit Hilfe eines Programmes werden dann Ton und Film wieder zusammengefasst und in ein einheitliches Format konvertiert.

Ist das Ausgangsmaterial Film, so ist die Digitalisierung für die Vermittlung über digitale Medien eine Vervielfältigung gem. § 16 UrhG, zu der bei bestehendem Urheberrechtsschutz am Film der Filmhersteller seine Zustimmung gem. § 94 Abs. 1 UrhG und zu der im Falle von bestehendem Urheberrechtsschutz an der Vertonung der (in den meisten Fällen mit dem Filmhersteller identische) Tonträgerhersteller gem. § 85 Abs. 1 UrhG seine Zustimmung erteilen muss.[590]

(D) Unkörperliche Weitervermittlung des unkörperlich aufgebauten Bestandes

Für jede interaktionslose, unkörperliche Vermittlung eines urheberrechtlich geschützten Werkes über digitale und vernetzte Medien ist mangels Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG ein

---

587 Siehe das virtuelle Museum Karlsruher Türkenbeute: http://www.tuerkenbeute.de/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

588 Siehe § 23 S. 2 UrhG.

589 Etwa dem Cine Film to Video Suite Verfahren. Dabei wird ein Schmalfilm (Super 8, Normal 8, Single 8) in einem Flachbettscanner mit Durchlichteinheit (mindestens 3200 DPI optische Auflösung) in kurzen (maximal 20 cm langen) Streifen eingescannt. Aus diesen Streifen werden dann die einzelnen Filmbilder herausgeschnitten und sequentiell nummeriert in einem Ordner abgespeichert. In einem weiteren Bearbeitungsschritt werden dann die einzelnen Filmbilder zu einem Quicktime Movie Stream (Motion JPEG II) zusammengesetzt, der dann in einem MediaPlayer abgespielt werden kann. Siehe: http://hosting.aktionspotenzial.de/CineToVidWiki/index.php/Hauptseite (Letzter Abruf: 12. April 2010).

590 Der Produzent eines Tonfilms ist nicht nur Filmhersteller, sondern auch Tonträgerhersteller. Die Rechte des Tonträgerherstellers werden jedoch grundsätzlich von seinem weiterreichenden Rechten als Filmhersteller überlagert. Siehe *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 85 Rdn. 11.

Nutzungsrecht gem. §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG erforderlich. Dies gilt sowohl für den körperlich, als auch den unkörperlich aufgebauten Bestand. Bedarf bei Ersterem schon die Digitalisierungshandlung der Zustimmung, so ist Letzterer zwar originär digital im Bestand, lässt sich jedoch nur abhängig vom körperlichen Trägermedium[591] und nicht unabhängig von diesem unkörperlich gem. §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG vermitteln, weil sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung grundsätzlich nicht erschöpft.

Für die Frage, ob sich ein urheberrechtlich geschütztes Werkstück de jure unkörperlich weitervermitteln lässt, macht es mangels Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG keinen Unterschied, auf welchem Wege, ob über körperliche Trägermedien oder über digitale und vernetzte Medien, das Werk(-vervielfältigungs-)stück in den Bestand aufgenommen wurde. Sowohl die unkörperliche Weiterverbreitung eines Werkes, das zunächst auf einem physischen Träger (digital oder analog) erworben wurde, als auch die unkörperliche Weiterverbreitung eines Werkes, das unkörperlich über digitale und vernetzte Medien im Wege der Datenübertragung in den Bestand aufgenommen wurde, stellt einen Eingriff in das sich nicht erschöpfende Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG dar und darf nur mit Zustimmung des Rechteinhabers erfolgen.

Mangels Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG können Gedächtnisinstitutionen den originär digital aufgebauten Bestand nicht ohne Zustimmung wieder über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizieren. Die technisch mittlerweile realisierbare Vision, sich unabhängig vom Standort der Gedächtnisinstitutionen und deren Öffnungszeiten informieren und weiterbilden zu können, lässt sich nicht realisieren und Bestandsinhalte können ohne lizenzvertragliche Zustimmung weder als digitale Dokumente zum Download beziehungsweise zum „digitalen Verleih“ angeboten werden. Da Rechteinhaber (Verwerter) diesen Service selbst anbieten, ist es praktisch ausgeschlossen, dass sie den Gedächtnisinstitutionen zu vernünftigen Bedingungen eine konkurrierende Tätigkeit ermöglichen.

bb) Bestandsvermittlung in Abstimmung mit Urheberrechteinhabern – Urhebervertragsrecht

Wie geschildert, ist die körperliche Bestandsvermittlung von unkörperlich in den Bestand inkorporierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen, ebenso wie die unkörperliche Bestandsvermittlung von körperlich oder unkörperlich in den Bestand übernommenen, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen grundsätzlich von der (lizenzvertraglichen) Einholung entsprechender urheberrechtlicher Nutzungsrechte abhängig.[592]

---

591 Und zwar nur bei analoger Anwendung von § 17 Abs. 2 auf das körperliche Vervielfältigungsstück.

592 Zum Urhebervertragsrecht siehe auch die Ausführungen im 2. Kapitel D.II.2.d)bb)(A).

(A) Lizenzvertragsrechtlich einzuholende Rechte

Fraglich ist, welche Nutzungsrechte abhängig von der konkreten Art und Weise der Bestandsvermittlung im Einzelnen einzuholen sind.

(I) Rechtseinholung für die körperliche Weitervermittlung des unkörperlich aufgebauten Bestandes

Die körperliche Weitervermittlung eines über digitale und vernetzte Medien unkörperlich aufgebauten Bestandes ist denkbar als Ausdruck oder über körperliche Trägermedien. Prinzipiell kann die körperliche Weitervermittlung in den herkömmlichen Kategorien Verleih, Ausstellung und Zurverfügungstellung zur Präsenznutzung erfolgen. Jedoch ist für diese Art der Weiternutzung ein Nutzungsrecht vom Urheberrechteinhaber erforderlich, der beim Bestandsaufbau konkludent oder ausdrücklich nur das Recht übertragen hat, das unkörperlich kommunizierte Werkstück bei der Bestandsaufnahme durch Vervielfältigung gem. § 16 UrhG zu verkörpern. An dem durch Verkörperung in den Bestand übernommenen Werkvervielfältigungsstück bestehen hingegen grundsätzlich keine weiteren Nutzungsrechte. Für Nutzungen, die Urheberverwertungsrechte tangieren, sind gemäß §§ 29 Abs. 2, 31 ff. UrhG vom Urheberrechteinhaber entsprechende Nutzungsrechte einzuholen.

(1) Ausstellung

Für die Ausstellung einer urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerung, an der kein Eigentum im Sinne von § 44 Abs. 2 besteht, sondern an der nur bestimmte Nutzungsrechte, wie etwa das Recht zur einmaligen Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG bei der Übernahme in den Bestand durch Verkörperung, erworben wurden, ist das Ausstellungsrecht aus § 18, welches nicht schon aufgrund von § 44 Abs. 2 besteht, zu erwerben. Hierzu ist mit dem Urheberrechteinhaber ein Lizenzvertrag gem. §§ 29 Abs. 2, 31 ff. UrhG zu schließen, in dem entsprechende Nutzungsrechte einzuholen sind. Da dieser schon bei der Übernahme einer urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerung in den Bestand einer Gedächtniseinrichtung (konkludent oder ausdrücklich) zu schließen ist, ist er dann, wenn der Bestandsaufbau mit der Intention der hieran anknüpfenden Ausstellung der übernommenen kulturellen Äußerung erfolgt, unbedingt um das Nutzungsrecht aus § 18 UrhG zu erweitern.

(2) Verleih

Für den Verleih von selbst angefertigten, körperlichen Vervielfältigungsstücken von über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen ist das Verbreitungsrecht aus § 17 Abs. 1 UrhG dann einzuholen, wenn es sich nicht gem. § 17 Abs. 2 UrhG bei der Aufnahme der entsprechenden kulturellen Äußerung in den Bestand erschöpft hat. Der Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG gilt nur für die körperliche Weitervermittlung von körperlich in den Bestand aufgenommenen Vervielfältigungsstücken, die der Urheberrechteinhaber von urheberrechtlich geschützten

kulturellen Äußerungen angefertigt hat (oder hat anfertigen lassen). Er lässt sich nicht ohne Weiteres auf die körperliche Weitervermittlung (-verbreitung) der vom Urheber unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen, die von der Gedächtnisinstitution als Vervielfältigungsstück in den Bestand übernommen werden, analog anwenden. Wegen der mangelnden Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist dieses grundsätzlich gem. § 17 Abs. 1 UrhG urhebervertragsrechtlich gem. §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG vom Urheberrechteinhaber einzuholen.

(3) Präsenznutzung

Gleiches gilt für die Zurverfügungstellung zur Präsenznutzung. Diese stellt eine Form der (Weiter-) Verbreitung gem. § 17 Abs. 1 UrhG dar, für die mangels Erschöpfung beim Bestandsaufbau die entsprechenden Rechte urhebervertragsrechtlich einzuholen sind.

(II) Rechtseinholung für die unkörperliche Weitervermittlung des körperlich aufgebauten Bestandes

Damit sich ein körperlich aufgebauter Bestand unkörperlich über digitale und vernetzte Medien weitervermitteln lässt, muss er zunächst in die digitale Form übersetzt, sprich digitalisiert werden. Wenn es sich um urheberrechtlich geschütztes Material handelt, ist für die Digitalisierungshandlung mit der Intention der späteren Weitervermittlung des Digitalisats, unabhängig davon, ob die Digitalisierungshandlung als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG oder als Bearbeitung bzw. sonstige Umgestaltung gem. § 23 UrhG einzuordnen ist, die Zustimmung des Urheberrechteinhabers gem. § 16 oder § 23 UrhG erforderlich.

Nicht nur für die Digitalisierung urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen, die körperlich in den Bestand aufgenommen wurden, ist ein Nutzungsrecht erforderlich, auch die weitergehende Vermittlung des zulässig hergestellten Digitalisats macht die Einholung eines solchen Nutzungsrechts erforderlich, wenn sie als urheberrechtlich relevante, also Verwertungsrechte berührende, Handlung einzuordnen ist. Die Zustimmung zur Digitalisierung enthält nicht zugleich auch die Zustimmung zur Weitervermittlung des Digitalisats. Erforderlich ist die Einholung der für die jeweils konkret geplante, unkörperliche Weitervermittlung erforderlichen Rechte.

(III) Rechtseinholung für die unkörperliche Weitervermittlung des unkörperlich aufgebauten Bestandes

Gleiches gilt im Hinblick auf die unkörperliche Weitervermittlung des unkörperlich aufgebauten Bestandes. Die unkörperliche Weitervermittlung tangiert unabhängig davon, ob es sich um einen digitalisierten, körperlich aufgebauten Bestand urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen oder um einen originär digital und über digitale und vernetzte Medien unkörperlich aufgebauten Bestand ur-

heberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen handelt, das Verwertungsrecht der unkörperlichen Zugänglichmachung gem. §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG. Insoweit die Bestandsvermittlung nicht innerhalb einer Schrankenbestimmung, sondern in Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern geschehen soll, ist das Verwertungsrecht gem. §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG urhebervertragsrechtlich einzuholen.

(B) Sonderfall Pflichtexemplarbibliotheken und staatliche Archive

Eine Sonderstellung nehmen hier nur diejenigen Gedächtnisinstitutionen ein, deren Bestandsaufbau auf der Grundlage von Gesetzen geschieht, welche die Urheberrechteinhaber zur zwangsweisen Einräumung bestimmter Rechte verpflichten. Diese müssen sich die für die Erfüllung ihrer Kernaufgaben erforderlichen Rechte nicht ausdrücklich einräumen lassen, sondern bekommen diese quasi konkludent mit der Pflichtablieferung beziehungsweise Pflichtabgabe der jeweiligen kulturellen Äußerung zusammen eingeräumt. So ist etwa den Pflichtexemplarbibliotheken nicht nur die in den Sammelauftrag fallende unkörperlich kommunizierte kulturelle Äußerung abzuliefern, sondern sind auch die für die Erfüllung der Aufgaben notwendigen Rechte einzuräumen. Pflichtexemplarbibliotheken können daher den über digitale und vernetzte Medien unkörperlich aufgebauten Bestand zumindest körperlich, also als analogen Ausdruck, herkömmlich weitervermitteln. Auch den auf der Grundlage von Archivgesetzen tätigen, staatlichen Gedächtniseinrichtungen sind nicht nur die von der Anbietungspflicht erfassten, unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen anzubieten, sondern auch die zur Erfüllung des mit der Archivierung verbundenen Zweckes notwendigen Rechte hieran.

cc) Bestandsvermittlung ohne Abstimmung mit Urheberrechteinhabern

Die Rechtseinholung für die Bestandsvermittlung ist eine langwierige und schwierige bis (bei verwaisten Werken) unmögliche, jedenfalls aber kostenträchtige Angelegenheit. Von entscheidender Bedeutung ist daher, ob es Schrankenbestimmungen gibt, die bestimmte Formen der Bestandsvermittlung von über digitale und vernetzte Medien kommunizierten, beziehungsweise kommunizierbaren kulturellen Äußerungen ermöglichen, ohne dass hierzu die entsprechenden Rechte eingeholt werden müssen.

(A) Schrankenbestimmungen in Bezug auf die körperliche Weitervermittlung

Schrankenbestimmungen in Bezug auf die körperliche Zugänglichmachung von berechtigt durch Vervielfältigung gem. § 16 UrhG verkörperten kulturellen Äußerungen, die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommuniziert wurden, sind solche, die das Weiterverbreitungsrecht aus § 17 Abs. 1 UrhG beschränken.

Dieses wird maßgeblich durch den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz beschränkt, welcher jedoch auf Sachverhalte gemünzt ist, bei denen die Werke

körperlich erworben werden und eben jene körperlich erworbenen Werke körperlich weiterverbreitet werden sollen. Werden urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen (Werke) hingegen unkörperlich „erworben“,[593] so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf die Verkörperung nicht.

Weitere Beschränkungen ergeben sich aus den in §§ 44a ff. UrhG ausdrücklich geregelten Schranken. Was in Schulbüchern abgedruckt (§ 46 UrhG), in Pressespiegel übernommen (§ 49 UrhG), zitiert (§ 51UrhG) oder auf andere Weise de lege vervielfältigt werden darf, darf in der Regel auch verbreitet werden; allerdings mit der wichtigen Ausnahme, dass bei Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Verbrauch (§ 53UrhG) nur die Vervielfältigung nicht hingegen die Verbreitung privilegiert ist (§ 53 Abs. 6 UrhG),[594] daher die zu Bestandserhaltungszwecken auf der Grundlage der Archivschrankenregelung aus §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 Nr. 3 UrhG gemachten, digitalen Vervielfältigungen nicht verbreitet werden dürfen!

(B) Schrankenbestimmungen in Bezug auf die unkörperliche Weitervermittlung

Schranken des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus den §§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 19a UrhG finden sich für die öffentliche Zugänglichmachung über digitale und vernetzte Medien (z.B. das Internet oder sonstige Netzwerke) in § 52a UrhG (Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung) und für die öffentliche Zugänglichmachung über digitale Medien in § 52b UrhG.

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung kann weiterhin beschränkt sein durch § 45 Abs. 3 UrhG (Rechtspflege und öffentliche Sicherheit), § 46 UrhG (Sammlungen für Kirchen, Schul- oder Unterrichtsgebrauch), § 48 UrhG (öffentliche Reden), § 49 UrhG (Zeitungsartikel und Rundfunkkommentar), § 50 (Berichterstattung über Tagesereignisse), § 51 Zitate), § 56 (Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe in Geschäftsbetrieben), § 58 (Werke in Ausstellungen, öffentlichem Verkauf und öffentlich zugänglichen Einrichtungen) sowie § 59 (Werke an öffentlichen Plätzen).[595]

Zwar können sich Gedächtnisinstitutionen für die Vermittlung kultureller Äußerungen auf die zitierten Ausnahmen für die dort privilegierten Zwecke unter bestimmten Voraussetzungen berufen,[596] jedoch wird die Vermittlung des *eigenen* Bestandes kultureller Äußerungen unmittelbar einzig durch § 52b UrhG privilegiert. Fraglich ist, ob § 52a UrhG zumindest mittelbar die Vermittlung des eigenen Bestandes für Unterricht und Forschung ermöglicht.

---

593 Beispielsweise durch berechtigtes Herunterladen aus dem Internet (Download)

594 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 17 Rdn. 4.

595 Siehe die Übersicht bei *T. Dreier,* in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2008, § 19a Rdn. 4.

596 Etwa öffentliche Reden gem. § 48 UrhG unter den dort genannten Voraussetzungen öffentlich wiedergeben.

Nicht direkt eine Schrankenbestimmung, weil nicht im Schrankenkatalog der §§ 44a ff. UrhG enthalten, ist § 137l UrhG. Jedoch kommt diese Vorschrift, insoweit sie die unkörperliche Weitervermittlung über digitale und vernetzte Medien ermöglicht, einer Schrankenbestimmung gleich. Fraglich ist, ob auch die Gedächtnisinstitutionen von den Bestimmungen von § 137l UrhG bei der Vermittlung des eigenen Bestandes kultureller Äußerungen profitieren.

Keine Einschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung enthält § 53a Abs. 1 S. 2 und S. 3 UrhG,[597] der nur die Wiedergabe in unkörperlicher Form privilegiert. Trotz allem bedeutet er eine für die Gedächtnisinstitutionen im Ansatz wichtige Entscheidung im Hinblick auf die Ermöglichung der Nutzung moderner Kommunikationsmittel bei der Vermittlung des eigenen Bestandes.

Nachstehend erörtert werden daher die §§ 52a, 52b, 53a und 137l UrhG.

(I) § 52a UrhG

Der § 52a UrhG kam im Jahre 2003 mit dem Ersten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft („Erster Korb") in das Urheberrechtsgesetz. Damit wurde von der Möglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. a der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie Gebrauch gemacht.[598]

§ 52a UrhG gestattet die genehmigungsfreie, öffentliche Zugänglichmachung bestimmter, urheberrechtlich geschützter Werke zur Veranschaulichung im Unterricht[599] an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung (Abs. 1 Nr. 1) oder für einen bestimmten abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftlichen Forschung (Abs. 1 Nr.2).

Die auf § 52a UrhG gestützten Nutzungen urheberrechtlich geschützten Materials (Digitalisierung und einzelner Abruf) sind angemessen zu vergüten. Während der Vorschlag einer Pauschalzahlung an die Verwertungsgesellschaften, die alle 52a-Nutzungen abdeckt, zunächst verworfen wurde, und eine werk- und nutzungsbezogene Abrechnung zu angemessenen Gebühren gefunden werden sollte, hat sich letzteres als nahezu unmöglich erwiesen. Es ist im Gesamtvertrag zur Vergütung für Nutzungen nach § 52a UrhG, der zwischen den Bundesländern und den Verwertungsgesellschaften im September 2007 geschlossen wurde, nun doch eine Pauschalzahlung vereinbart worden.[600]

---

597 *T. Dreier,* in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2008, § 53a Rdn. 5.

598 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Bundestagsdrucksache 15/38, 20.

599 Beziehungsweise bei Auslegung „des" Unterrichts. Siehe: *T. Dreier,* in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2008, § 52a Rdn. 6.

600 Der Gesamtvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52 a UrhG vom 28.09.2007 ist abrufbar unter: http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C38604013_L20.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Definiert man das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in Übereinstimmung mit § 19a UrhG als das Recht, „das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist“, ermöglicht die Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur E-Learning-Angebote.[601] Damit hat der nationale Gesetzgeber den Spielraum von Art. 5 Art. 5 Abs. 3 Buchst. a der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, welcher auch eine „öffentliche Wiedergabe“ zur Veranschaulichung im Unterricht gestattet, nicht ausgeschöpft.

Die „digitale Gedächtnisinstitution“, welche kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien interaktionslos kommuniziert, das heißt als Angebot an die Allgemeinheit für den Download bereithält, wird durch § 52a UrhG jedenfalls nicht ermöglicht. § 52a UrhG ist eine Form der gegenwartsbezogenen Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien. Er zielt nicht auf die dauerhafte Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien ab, sondern nur auf Ausnutzung der Vorteile für den Wissenschaftsbereich im Zusammenhang mit einem spezifischen Forschungsvorhaben. Nach Erledigung können die vorgehaltenen Inhalte nicht mehr auf der Grundlage von § 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG kommuniziert werden. Eine dauerhafte Kommunikation setzt Unabhängigkeit von einem spezifischen Forschungsvorhaben voraus und ein Angebot ohne Anfrage bzw. Bestellung.

Hingegen bezieht sich § 52a UrhG auf einen konkreten Unterricht oder ein konkretes Forschungsprojekt, in dessen Rahmen die jeweiligen Forschungs- beziehungsweise Bildungsinstitutionen bestimmte Werke öffentlich zugänglich machen können. Die Fortentwicklung kultureller Äußerungen wird durch § 52a UrhG direkt gefördert, allerdings nicht indem erweiterte Bestandsvermittlungsmöglichkeiten für die traditionellen Gedächtnisinstitutionen geschaffen werden, sondern durch erweiterte Nutzungsmöglichkeiten vorhandener Materialien zur Veranschaulichung im Unterricht und im Rahmen wissenschaftlicher Forschung.[602] Insoweit Bildungs- und Forschungseinrichtungen beziehungsweise Forscher- und Wissenschaftsteams auf den Bestand der traditionellen Gedächtnisinstitutionen hierfür zurückgreifen müssen, eröffnet § 52a UrhG keine erweiterten Möglichkeiten.

Zudem ist § 52a UrhG gemäß § 137k UrhG mit Ablauf des 31.12.2012 nicht mehr anzuwenden. Die Vorschrift wurde unter großem Protest von Verlegerseite (vertreten durch den Börsenverein des deutschen Buchhandels) schon zweimal

---

[601] Und hier auch nur so genannte „Pull-Dienste“, bei denen der Nutzer entscheiden kann, zu welcher Zeit das Angebot abgerufen wird Im Gegensatz dazu verläuft bei den sogenannten „Push-Diensten“ der Kommunikationsfluss unidirektional. Siehe: *A. Metzger,* Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzeltatbestände? in: M. Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, Punkt III.1.

[602] Genügen den Anforderungen aus Wissenschaft und Forschung jedoch nicht. Zu diesem Thema siehe das Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft:
http://www.urheberrechtsbuendnis.de/index.html.de (Letzter Abruf: 10 April 2010).

verlängert.[603] Eine Entfristung beziehungsweise weitere Verlängerung hängt davon ab, ob es den Begünstigten gelingt, positiv nachzuweisen, dass die Schrankenbestimmung wissenschaftliche Verleger und sonstige Rechteinhaber nicht unzumutbar beeinträchtigt. Bei diesem Nachweis sind in Abwägung mit entgegenstehenden Interessen auch Umfang und Gewicht etwaiger positiver Auswirkungen auf den Unterrichts- und Wissenschaftsbetrieb zu berücksichtigen.[604]

(II) § 52b UrhG

Immerhin die unkörperliche Weitervermittlung, jedoch nicht über digitale und vernetzte Medien, sondern nur über digitale Medien in der Einrichtung, wird für bestimmte Gedächtnisinstitutionen durch § 52b UrhG (On-the-Spot-Consultation) privilegiert, der damit zugunsten bestimmter Gedächtnisinstitutionen eine Ausnahmebestimmung von §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG enthält. Insoweit nur die öffentliche Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen in der Einrichtung privilegiert wird, betrifft § 52b die drahtgebundene Form der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG.[605]

Der § 52b ist durch das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft im Jahre 2007 neu in das Urhebergesetz eingefügt worden (sog. „Zweiter Korb“ der Reform des Urheberrechts). Damit hat der deutsche Gesetzgeber von der fakultativen Schrankenbestimmung des Art. 5 Abs. 3 Buchst. n der Urheberrecht in der Informationsgesellschaft-Richtlinie Gebrauch gemacht und geregelt, dass öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen und Archive,[606] die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen, ihren Bestand an eigens dafür eingerichteten Terminals in den eigenen Räumen den Benutzern zugänglich machen können (On-the-Spot-Consultation).

Die „digitale Gedächtnisinstitution“, welche kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien kommuniziert, wird durch § 52b UrhG ebenfalls nicht ermöglicht.

Die Gedächtnisinstitutionen können kulturelle Äußerungen unkörperlich auf der Grundlage von § 52b UrhG nur über elektronische Leseplätze *innerhalb* ihrer Einrichtung kommunizieren.[607]

---

603 Siehe *G. Gounalakis*, Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagrafen: Geistiges Eigentum weiter in Piratenhand, in: NJW 2007, 36.

604 *T. Dreier*, in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2008, § 137k UrhG Rdn. 2.

605 Insoweit die öffentliche Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen in der Einrichtung privilegiert wird, ist sie eigentlich Orts- und Zeit gebunden und nur bei weitem Verständnis von Orts- und Zeitwahl, insoweit mehrere Bibliotheken (Ortswahl) und lange Öffnungszeiten (Zeitwahl) angenommen werden, überhaupt § 19a UrhG betroffen.

606 Von der grundsätzlich nach der Richtlinie bestehenden Möglichkeit andere Bildungseinrichtungen ebenfalls zu privilegieren hat der deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht und ist damit hinter der von der EU ermöglichten Reichweite der Schranke zurückgeblieben.

607 § 52b UrhG stellt somit weil die öffentliche Zugänglichmachung Orts- und Zeit gebunden ist, eine Schranke von § 15 Abs. 2 UrhG nicht jedoch von § 19a UrhG dar.

Der Umfang der Regelung ist zwischen den Verlegern und den begünstigten Einrichtungen, insbesondere den Bibliotheken, umstritten.[608]

(1) Problem der Annexvervielfältigungskompetenz

Während die Bibliotheken auf der Grundlage von § 52b UrhG gerne den gesamten vorhandenen Bestand (Print- und Digitalbestand) zugänglich machen wollen, gehen die Verlage einschränkend davon aus, dass sich gestützt auf § 52b UrhG nur der digitale Bestand zugänglich machen lässt, nicht jedoch der analoge Printbestand digitalisieren und sodann digital zugänglich machen lässt.

Die Bibliotheken argumentieren, dass der Gesetzgeber mit § 52b UrhG erreichen wollte, dass sowohl der nicht digital elektronische, also analoge, als auch der digital elektronische Bestand zugänglich gemacht werden sollen und in § 52b UrhG implizit die Kompetenz für die bei der Digitalisierung des nicht digital elektronischen analogen Bestandes notwendige Vervielfältigungshandlung enthalten sei.

Dagegen argumentieren die Verlage, es fehle die Ermächtigungsgrundlage für die bei der Digitalisierung des nicht digital elektronischen, analogen Bestandes notwendige Vervielfältigungshandlung. Für die Digitalisierung erforderlich sei eine Annexvervielfältigungskompetenz, wie sie § 52a UrhG für den dortigen Zweck der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung enthalte.[609]

Das Problem liegt darin begründet, dass im digitalen Bereich (fast) jede Nutzungshandlung mehr als nur ein urheberrechtliches Verwertungsrecht berührt. Betroffen ist aufgrund des weiten Verständnisses von Vervielfältigung bei jeder digitalen Nutzungshandlung zumindest das urheberrechtliche Verwertungsrecht aus § 16 UrhG. Immer dann, wenn man eine bestimmte Nutzungshandlung in Bezug auf eine urheberrechtlich geschützte, über digitale und vernetzte Medien kommunizierte kulturelle Äußerung gesetzlich privilegiert, muss man sich fragen, ob auch eine Vervielfältigungshandlung mit der privilegierten Nutzungshandlung verbunden ist, die in das Verwertungsrecht aus § 16 UrhG eingreift, und diese mit privilegieren (durch Annexvervielfältigungskompetenz).

Selbst wenn sich aus der Gesetzesbegründung zu § 52b UrhG die Intention des Gesetzgebers herauslesen lässt, dass es den privilegierten Einrichtungen gestattet sein sollte, den gesamten (also sowohl den Print- als auch den digital elektronisch aufgezeichneten) Bestand zugänglich zu machen, was dafür spricht, dass der analoge Bestand selbstredend auch erlaubnisfrei digitalisierbar sein sollte, fehlt mög-

---

608 Siehe dazu den Rechtsstreit LG Frankfurt Az 2-06 O 172/09 veröffentlicht in K&R 2009, 512 = ZUM 2009, 662 = CR 2009, 536.

609 So das für den Börsenverein angefertigte Gutachten von *C. Berger*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven – Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, in: GRUR 2007, 754 (756); sowie *J. Heckmann*, Die fehlende Annexvervielfältigungskompetenz des § 52b UrhG, in: K&R 2008, 284.

licherweise tatsächlich nichtsdestotrotz die gesetzliche Grundlage für diese vom Gesetzgeber gewollte Handlungsweise.

Zwar ist auch für die Zugänglichmachung von bereits digital elektronisch im Bestand vorhandenen kulturellen Äußerungen eine Vervielfältigungshandlung nötig, für die es gem. § 16 UrhG grundsätzlich der Zustimmung bedarf, diese lässt sich jedoch auf die Schrankenregelung aus § 44a Nr. 2 UrhG stützen, da sie nur vorübergehender Natur ist und einen integralen und wesentlichen Teil des technischen Verfahrens bei der Wahrnehmbarmachung darstellt und im geschilderten Fall den alleinigen Zweck hat, eine rechtmäßige Nutzung zu ermöglichen, sowie keine eigenständige, wirtschaftliche Bedeutung hat. Wenn jedoch ein analoger Bestand erst digitalisiert werden muss, um gem. § 52b UrhG zugänglich gemacht werden zu können, dann lässt sich insoweit die Digitalisierungshandlung eine Vervielfältigungshandlung darstellt, die § 16 UrhG berührt, diese nicht auf § 44a UrhG stützen, da sie schon nicht nur vorübergehender Natur ist.[610] Für die Digitalisierungshandlung bedarf es vielmehr einer gesonderten Ermächtigung, einer sogenannten Annexvervielfältigungskompetenz, wie sie (für den dort geregelten Zweck) § 52a Abs. 3 UrhG enthält.

Die Annahme einer impliziten Ermächtigung aus der Ermächtigung der Nutzungshandlung heraus, verstößt gegen den Grundsatz, dass Schrankenregelungen eng auszulegen sind,[611] hingegen ist dieser Grundsatz zu hinterfragen und gegebenenfalls zugunsten einer nutzerschützenden Perspektive aufzugeben.[612]

In einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren hat denn auch das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. entschieden, dass § 52b UrhG eine Annexvervielfältigungskompetenz biete.[613] Auch im anschließenden Hauptsacheverfahren hat das mit der Sache beschäftigte Gericht sich für das Bestehen einer Annexvervielfältigungskompetenz, also dafür, dass § 52b UrhG auch das Zugänglichmachen des nicht digital elektronischen Printbestandes ermöglichen können soll, entschieden.[614] Die Parteien haben bereits angekündigt in die nächste Instanz zu gehen, sodass es noch keine endgültige Rechtsprechung zu der Frage, ob § 52b UrhG implizit eine

---

[610] Vorübergehend ist genau genommen nicht die Vervielfältigungshandlung als solche, sondern vielmehr die Vervielfältigung als Ergebnis der Vervielfältigungshandlung. Vorübergehend sind diejenigen Speichervorgänge, die nicht von längerer Dauer sind. Siehe: *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 44a UrhG Rdn. 4.

[611] *H. Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: A. Ohly/T. Bodewig/T. Dreier/H.-P. Götting (Hsrg.), Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, 2005, 511 (515).

[612] *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 422 f.; *D. Kröger*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, in: MMR 2002, 18 ff.

[613] OLG Frankfurt, Urteil v. 24.11.2009 - 11 U 40/09, in: GRUR-RR 2010, S. 1 ff.

[614] Entscheidung des LG Frankfurt vom 16.03.2011. Bis zur Drucklegung gab es nur eine erste Pressemitteilung im Internet, aber keine zitierfähige Fundstelle.

Annexvervielfältigungskompetenz für die Digitalisierung analoger Printbestände enthält, gibt.

Die Bibliotheken und Verlage haben sich aufgrund der unklaren Rechtslage auf gemeinsame Grundsätze verständigt.[615] Abgesehen von der Betonung der strengen Bestandsakzessorietät, nach der nur die Zugänglichmachung von Werken erlaubt ist, die sich auch zahlenmäßig im Bestand befinden, wurde festgehalten, dass den Bibliotheken das Recht zur Digitalisierung gedruckter Werke nur dann zusteht, wenn das Werk vom Verlag nicht in digitaler Form zu angemessenen Bedingungen zur Lizenzierung angeboten wird. Hier stellt sich unter anderem die Frage, wann ein Angebot unangemessen ist und mithin eine Kompetenz zur Digitalisierung angenommen werden kann.[616]

(2) Problem der „Entgegenstehenden vertraglichen Regelungen"

Die gemeinsamen Grundsätze verkürzen zudem möglicherweise die Anwendungsreichweite von § 52b, der nach dem Wortlaut nur dann keine Anwendung finden soll, wenn „vertragliche Regelungen entgegenstehen". Fraglich ist hier, ob die Berufung auf die Schranke aus § 52b UrhG nur dann ausgeschlossen ist, wenn eine vertragliche Vereinbarung tatsächlich getroffen wurde, oder bereits dann, wenn die Werke zu angemessenen Bedingungen angeboten werden.

In der Literatur wird befürwortet, den Gesetzestext richtlinienkonform vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 3 Buchst. n sowie Erwägungsgrund 45 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie in letzterem Sinne zu verstehen. Hierfür spreche der englische Wortlaut der Richtlinie „not subject to purchase or licensing terms",[617] sodass die Privilegierung aus § 52b UrhG erst dann zum Tragen kommt, wenn das jeweilige Werk weder käuflich noch zu Lizenzbedingungen erhältlich ist und daher schon theoretisch keine vertraglichen Regelungen der On-the-Spot-Zugänglichmachung entgegenstehen können. Eine vertragliche Vereinbarung muss nach der in der Literatur vertretenen Ansicht nicht zustande gekommen sein, die Möglichkeit des Abschlusses eines Lizenzvertrags reicht aus. Ansonsten könnten Gedächtnisinstitutionen, um in den Genuss der Privilegierung von § 52b UrhG zu kommen, vertragliche Vereinbarungen einfach verweigern.[618]

---

615 Deutscher Bibliotheksverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Gemeinsame Stellungnahme zu den §§52b und 53 a UrhG-RegE, in: Bibliotheksdienst 41, 2007, S. 257 ff.

616 Der § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG, der für die Angemessenheit eines urheberrechtlichen Vergütungsanspruches annimmt, dass das zu leisten ist, was im Geschäftsverkehr üblicher- und redlicherweise zu leisten ist, und was nach den einschlägigen Tarifen der Verwertungsgesellschaften zu zahlen wäre, hilft objektiv hier nur eingeschränkt weiter. Es muss in Analogie zu § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG die im Geschäftsverkehr üblicher- und redlicherweise zu leistende Vergütung ermittelt werden.

617 So: *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 52b UrhG, Rn. 12.

618 Des Weiteren ist fraglich, ob sich die vertragliche Vereinbarung auf ein einzelnes Werk oder auf eine Gesamtheit von Werken beziehen muss.

Die Rechtsprechung hingegen geht davon aus, dass nur bestehende, vertragliche Vereinbarungen einen Rückgriff auf § 52b UrhG ausschließen und begründet das mit dem Wortlaut, dem systematischen Zusammenhang und dem den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers. Auch nach Maßgabe sekundären,europäischen Gemeinschaftsrechts seien nur bestehende, vertragliche Regelungen erfasst und keine bloßen Angebote zum Abschluss selbiger.[619] Höchstrichterliche Rechtsprechung steht noch aus.

Würde man der Ansicht der Literatur folgen, wäre die Privilegierung aus § 52b UrhG keine Privilegierung per se, sondern hätte nur eine positive Wirkung dahingehend, dass sie die Verlage und sonstigen Urheberrechteinhaber dazu zwingen würde, ihr Angebot zu angemessenen Bedingungen digital zur Verfügung zu stellen. Gedächtnisinstitutionen, die ihren Bestand an elektronischen Leseplätzen zur Verfügung stellen wollen, müssten nach Ansicht der Literatur die Bedingungen und Kosten (bis zur Grenze der Angemessenheit) mit den Urheberrechteinhabern vertraglich aushandeln.

Vertraglich vereinbarte Lizenzen, die einer Anwendung von § 52b UrhG entgegenstehen könnten, müssen dasselbe Ziel verfolgen, wie die gesetzliche Lizenz aus § 52b UrhG und ebenso wie diese die Zugänglichmachung bestimmter Inhalte über elektronische Leseplätze innerhalb der Einrichtung ermöglichen. Entscheidend ist, dass die Verlage bei vertraglichen Lizenzvereinbarungen die Vergütung für die lizenzierten Nutzungsrechte autonom verhandeln können, beziehungsweise bis zur Grenze der Angemessenheit in der Hand haben. Bei der gesetzlichen Lizenz haben die Bibliotheken zwar auch für die gesetzlich gestattete Nutzung zu bezahlen, die Höhe der Zahlung wird jedoch über die VG-Wort ausgehandelt und abgerechnet. Das stellt jedoch keine unangemessene Benachteiligung der Verlage dar und bedeutet nicht etwa einen Verstoß gegen den Drei-Stufen-Test.

Vieles spricht dafür, mit der Rechtsprechung von einer Privilegierung per se und damit nicht nur von einer impliziten Annexvervielfältigungskompetenz von § 52b UrhG, sondern auch davon auszugehen, dass nur bestehende, vertragliche Regelungen die Anwendung von § 52b UrhG ausschließen. Gesetzgeberisch ist hier Klarheit zu schaffen!

(3) Problem Anschlussvervielfältigungen

Klärung bedarf im Zusammenhang mit der Anwendung von § 52b UrhG vor allem die Frage zulässiger Anschlussnutzungen.

---

[619] LG Frankfurt am Main, Urteil v. 13.05.2009, Az. 2-06 O 172/09, Leitsatz 2: „Von der Tatbestandsvoraussetzung einer „vertragliche Regelung“ in § 52 b UrhG werden dabei sowohl nach dem Wortlaut, dem systematischen Zusammenhang, dem Willen des Gesetzgebers und auch nach Maßgabe sekundären europäischen Gemeinschaftsrechts nur bestehende vertragliche Regelungen erfasst und keine bloßen Angebote zum Abschluss selbiger“. Ebenso das OLG im vorläufigen Rechtschutz und das LG im Hauptsacheverfahren.

Bisherige Rechtsprechung ist sich uneins. Während im vorläufigen Rechtsschutzverfahren das Landgericht von der Zulässigkeit einer Anschlussnutzung ausging, hat das Oberlandesgericht jede Form der Anschlussvervielfältigung verworfen. Dieser Ansicht ist das in der Hauptsache zuständige Gericht gefolgt.[620] Da die Frage der Anschlussvervielfältigung in § 52b UrhG nicht explizit geregelt ist, wird die Regelung in den Begriff „Leseplatz" hineingelesen. Selbst wenn die Vervielfältigungshandlung durch Zugänglichmachung bzw. Digitalisierung und Zugänglichmachung von § 53 UrhG gedeckt sei, sei es der Bibliothek verwehrt, den Nutzern die Möglichkeit einer (Anschluss-) Vervielfältigung zu eröffnen. § 53b UrhG privilegiere den „Leseplatz" und an einem Leseplatz dürfe nur gelesen werden.

Stützen ließe sich diese Auffassung allenfalls wieder mit dem Grundsatz der engen Schrankenauslegung im Sinne der Rechteinhaber, der jedoch seinerseits zu hinterfragen und insgesamt aufzugeben ist.[621]

Der Leseplatz im Sinne von § 52b UrhG stellt nach dem Willen des Gesetzgebers einen Konsultationsplatz für alle Arten von Werken dar. Unstreitig dürfen an einem „Leseplatz" im Sinne von § 52b UrhG alle Werkarten, also auch Musikwerke zugänglich gemacht werden, sodass der Wortlaut „Leseplatz" wohl den Umfang der Anwendungsreichweite von § 52b UrhG nicht intuitiv einschränken wollte, sondern eher eine unglückliche Übersetzung des in der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie enthaltenen Terminus „Terminals" darstellt.

Während sich die auch analog verfügbaren Werke (Bücher) nach Betrachten am Leseplatz durch kopieren vervielfältigen lassen, wirkt das restriktive Verständnis vom Leseplatz als reines Betrachtungsmedium bei Multimediawerken, die gar nicht anders als digital genutzt werden können, wie ein absolutes Kopierverbot. Dieses wollten die Gerichte offenbar nicht installieren, wie der Hinweis darauf, dass falls ein Vervielfältigungswunsch bestehe, die Werke, die gleichzeitig analog als Printbestand verfügbar seien, auch kopiert werden könnten, zu erkennen gibt.

Fraglich ist, worin überhaupt der Mehrwehrt der digitalen Verfügbarkeit eines Werkes an einem elektronischen Leseplatz liegt, wenn es sich nicht vervielfältigen (ausdrucken oder auf einen Memory-Stick laden), sondern nur betrachten lässt. Dann ist doch das analoge Pendant, das sogleich kopiert werden kann und

---

[620] Vorläufiges Rechtsschutzverfahren: LG Frankfurt Az 2-06 O 172/09 veröffentlicht in K&R 2009, 512 = ZUM 2009, 662 = CR 2009, 536; sowie OLG Frankfurt, Urteil v. 24.11.2009 - 11 U 40/09, in: GRUR-RR 2010, S. 1 ff., Hauptsacheverfahren siehe Entscheidung des LG Frankfurt vom 16.03.2011 bis zur Drucklegung der Arbeit leider noch ohne zitierbare Fundstelle.

[621] *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 422 f.; *D. Kröger*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, in: MMR 2002, 18 ff.

auch angenehmer zu lesen ist, dem digitalen Werkstück vorzuziehen? Ob sich hierdurch wirklich, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, Medienkompetenz stärken lässt?

Der Gesetzestext verbietet eine Anschlussnutzung durch Vervielfältigung nicht. Dieses Verbot würde auch keinen Sinn machen. Die digitale Fotografie des Bildschirms als Vervielfältigungshandlung durch den Nutzer wird immer möglich sein, sobald man den digitalen Leseplatz einrichtet.[622] Die Vervielfältigung eines Werkes durch den Nutzer, die sich im Rahmen eines Privilegierungstatbestandes (z.B. § 53 UrhG) hält und zulässig ist, lässt sich nicht unterbinden, allenfalls lässt sich die Nutzbarkeit der Vervielfältigung faktisch einschränken.

Fraglich ist, wie weit die Einschränkung der digitalen Anschlussvervielfältigung im Bereich der Nutzbarkeit der digitalen Kopie gehen kann. Das Verbot der Ermöglichung des Herunterladens des digital angezeigten Inhalts auf einen Memory-Stick, sowie das Verbot einen Ausdruck zu ermöglichen, bewirkt, insoweit nur die digitale Fotografie des Bildschirms bleibt, faktisch, dass der digital vervielfältigte Inhalt nur als Bilddatei weiterhin vervielfältigbar ist und digital nur betrachtet werden kann. Diese Einschränkung wäre jedoch schon dadurch erreicht, dass die Vervielfältigung nur als analoger Ausdruck ermöglicht werden darf und, soweit der Inhalt digital auf einen Memory-Stick geladen werden kann, nicht gleich durchsuchbare Textdatei ist, sondern nur ein Bild darstellt, dass den Inhalt grafisch und nicht durchsuchbar und via copy-and-paste nutzbar wiedergibt.[623]

Diese Interpretation von „Leseplatz“ in § 52b UrhG geht konform mit § 53a Abs. 1 UrhG, der den digitalen Kopienversand nur als grafische Datei erlaubt. Sie ist notwendig aber auch ausreichend, um zu verhindern, dass wo eine zulässig hergestellte Vervielfältigung Quelle weiterer zulässiger Vervielfältigung ist, dies im Ergebnis zu einer Nutzungsintensität des Werkes führt, die weit über den gesetzgeberisch gewollten Umfang hinaus geht und den Rechteinhaber unangemessen benachteiligt.

Will man die Auslegung der Reichweite von § 52b UrhG nicht dem Rechtsanwender überlassen, ist gesetzgeberische nachzubessern.

(III) § 53a Abs. 1 S. 2 und S. 3 UrhG

Der § 53a Abs. 1 S. 2 und S. 3 UrhG ermöglicht öffentlichen Bibliotheken den Kopienversand auf Bestellung auch in elektronischer Form, etwa über

---

[622] Aus der Erwägung heraus, dass sich Privatkopien faktisch nicht unterbinden lassen, werden diese gestattet, aber um die Urheberrechteinhaber für Nutzungen, die sich nicht untersagen lassen wenigstens zu vergüten, wird die zustimmungsfreie Nutzung an eine Vergütung für Geräte und Leerträger, die erkennbar zur Vervielfältigung geschützter Werke bestimmt sind, gekoppelt.

[623] Vergleichbar der BGH Rechtsprechung zum auf der Grundlage von § 49 UrhG möglichen elektronischen Pressespiegel. Der BGH schränkt die Nutzbarkeit der zulässigen Vervielfältigungen faktisch dadurch ein, dass diese nur als grafische Datei (intern) weitergegeben dürfen. BGH, Urteil v. 11.07.2002, Az. I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel.

digitale und vernetzte Medien. Der Umfang der Privilegierung ist stark eingeschränkt.[624] Von den Gedächtnisinstitutionen werden nur die öffentlichen Bibliotheken privilegiert. Diese nur im Hinblick auf einzelne in Zeitungen und Zeitschriften erschienene Beiträge, sowie kleine Teile eines erschienen Werkes. Außerdem wird nur die Kopienversendung in einem grafischen Format, welches zum Beispiel die Volltextsuche aber auch andere Vorteile des digitalen Formats entbehrt, privilegiert. Sie darf nur zum Zwecke der Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erfolgen und überhaupt nur, soweit der Online-Zugang nicht offensichtlich auch von den Rechteinhabern zu angemessenen Bedingungen angeboten wird.[625]

Die „digitale Gedächtnisinstitution", welche kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien interaktionslos kommuniziert, das heißt als Angebot an die Allgemeinheit für den Download bereithält, wird durch die Bestimmungen aus § 53a Abs. 1 S. 2 und S. 3 UrhG nicht ermöglicht. Die Bestimmungen enthalten keine Einschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG. Die Möglichkeit der Übermittlung in sonstiger elektronischer Form erfasst nur die unkörperliche Form der Werkwiedergabe. Eingeschränkt wird maßgeblich das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG. Jedoch dürfen die Vervielfältigungen (Kopien) nicht schon auf Vorrat gefertigt werden, sondern nur unter der Voraussetzung, dass sie aus Sicht des Bestellers § 53 UrhG unterfallen.[626]

§ 53a UrhG zielt nicht auf die dauerhafte Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien ab, sondern nur auf Ausnutzung der Vorteile der neuen Medien für den Wissenschaftsbereich.

Eine dauerhafte Kommunikation setzt Unabhängigkeit von einem spezifischen Forschungsvorhaben voraus und ein Angebot ohne konkrete Anfrage bzw. Bestellung. Die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien setzt zumindest eine Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG voraus, die Pull-Dienste ermöglicht,

---

[624] *R. M. Hilty,* Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, in: GRUR Int. 2006, 179 (188); ders., Falsch verstanden. Das Urheberrecht darf nicht zu einem Instrument gegen die Wissenschaft ausarten, in: Süddeutsche Zeitung vom 12. April 2007, 18; a.A. *B. v. Becker*, Doppelt verkaufen geht nicht. Das Urheberrecht und die Freiheit, in: Süddeutsche Zeitung vom 24. Mai 2007, 16.

[625] Mit dem (letztlich systemwidrig ins Urheberrecht eingeführtem kartellrechtlichem Instrument der Preiskontrolle) sollen die Interessen der Rechteinhaber an einer eigenen Online-Verwertung gewahrt werden. Siehe: *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 53aUrhG, Rdn. 13. Ansonsten würde die Schrankenbestimmung auch nicht den Anforderungen aus dem Dreistufentest genügen.

[626] Mehrfachverwendungen sind zur Verwirklichung des gesetzgeberischen Ziels eines schnell funktionierenden und wirtschaftlich arbeitenden Informationswesen in engen Grenzen zuzulassen jedoch darf die Grenze zur öffentlichen Zugänglichmachung nicht überschritten werden. Siehe auch: *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 53aUrhG, Rdn. 3.

bei denen der Nutzer entscheiden kann, zu welcher Zeit das Angebot abgerufen wird.[627]

(IV) § 137l UrhG

Verwaiste Werke, also solche Werke deren Urheber mit zumutbaren Methoden nicht auffindbar ist, die erst digitalisiert werden müssen, um über digitale und vernetzte Medien in sozusagen „neuen Nutzungsformen" weitervermittelt werden zu können, lassen sich über § 137l UrhG, der Übergangsregelungen für neue Nutzungsarten enthält, gegebenenfalls dann ohne Abstimmung mit Urheberrechteinhabern unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizieren, wenn für die sonstigen Nutzungsrechte die ausschließliche Rechteinhaberschaft besteht. Bestand eine Abstimmung für die Nutzung durch ausschließliche Nutzungsübertragung, soll gemäß § 137l UrhG eine erneute Zustimmung für die Nutzung in neuen Nutzungsformen unter bestimmten dort genannten Voraussetzungen entbehrlich sein.

Die Übergangsregelung aus § 137l UrhG kommt damit einer Schrankenregelung für Rechteinhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte gleich. Sie privilegiert nur die Digitalisierung und Nutzung solcher Werke, für welche die ausschließliche Rechteinhaberschaft in Bezug auf sonstige Nutzungen besteht.

Da Gedächtnisinstitutionen kulturelle Äußerungen nicht gewinnbringend verwerten, sondern im Allgemeininteresse kostenneutral kommunizieren, sodass alle Bevölkerungsschichten partizipieren können, verfügen sie auch nicht über ausschließliche Rechte. § 137l UrhG gibt den Gedächtnisinstitutionen daher keine Sicherheit beziehungsweise erweiterte Handlungsoptionen im Umgang mit verwaisten Werken an die Hand.

Es ist zumindest für bestimmte Gedächtnisinstitutionen eine Regelung zu schaffen, die Sicherheit im Umgang mit verwaisten Werken gibt und ihre Nutzung in neuen Nutzungsformen ermöglicht, um sie im digitalen Gedächtnis zu erhalten.

(C) Bestandsvermittlung und technische Schutzmaßnahmen

Selbst wo Schrankenbestimmungen die Weitervermittlung grundsätzlich gestatten, kann diese an technischen Schutzmaßnahmen scheitern. Die Problematik bei der Bestandsvermittlung in Bezug auf digitales Rechtemanagement und technische Schutzmaßnahmen ist dieselbe, wie bei der Bestandserhaltung.[628] Digitales Rechtemanagement und technische Schutzmaßnahmen können er-

---

[627] Im Gegensatz dazu verläuft bei den sogenannten „Push-Diensten" der Kommunikationsfluss unidirektional.

[628] Siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(D).

wünschte und gesetzlich privilegierte Nutzungen wie etwa die Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung nach § 52a UrhG verhindern.

Zwar findet sich § 52a in § 95b Abs. 1 Nr. 5 UrhG aufgezählt, was dazu führt, dass Gedächtnisinstitutionen die Zugänglichmachung kultureller Äußerungen, gegen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen, welche die Zugänglichmachung gegebenenfalls verhindern, durchsetzen können, jedoch ist dies mit nicht unerheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden.[629]

Die aus § 52 a UrhG privilegierten Bestandvermittlungshandlungen lassen sich daher bei digital aufgezeichneten kulturellen Äußerungen die mit digitalem Rechtemanagement und technischen Schutzmaßnahmen versehen sind, praktisch nicht durchführen.[630]

(D) Bestandsvermittlung verwaister Werke

Verwaiste Werke, also solche Werke deren Urheber mit zumutbaren Methoden nicht auffindbar ist, lassen sich insofern es sich um originär digitale Aufzeichnungen handelt, nach gegenwärtiger Rechtslage nicht über digitale und vernetzte Medien weitervermitteln, da hierfür die Zustimmung des nicht auffindbaren Urheberrechteinhabers erforderlich, aber nicht einholbar ist. Es gibt derzeit keine Schrankenbestimmung, die die Nutzung originär digital aufgezeichneter, verwaister Werke privilegiert, auch nicht zugunsten von Gedächtnisinstitutionen.

Es gibt nur eine einer Schrankenbestimmung für Rechteinhaber sonstiger Nutzungsrechte entsprechende Übergangsregelung in § 137l UrhG. Diese ermöglicht die Weitervermittlung kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien jedoch nur, wenn schon für alle anderen „wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt“ Rechte eingeräumt sind.[631]

dd) Bestandsvermittlung als Inhaber von Urheberrechten

Wenn Gedächtnisinstitutionen analog kommunizierte kulturelle Äußerungen digitalisieren lassen, um sie über digitale und vernetzte Medien unkörperlich weitervermitteln zu können, dann sind sie durch die Digitalisierungshandlung mögli-

---

629 Siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(D).

630 Hinzu kommt, dass die durch § 95b Abs. 1 und Abs. 2 UrhG geschaffene Durchsetzungskraft von Schrankenbestimmungen gegen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen wiederum gemäß § 95b Abs. 3 UrhG nur für offline zugänglich gemachte Werke gelten soll, nicht jedoch für solche Werke und sonstige Schutzgegenstände, die der Öffentlichkeit auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, mithin nach § 19a verwertet werden. § 95b UrhG marginalisiert die durch die § 95b Abs. 1 und Abs. 2 UrhG geschaffene Durchsetzungskraft bedeutend.

631 Siehe zu den Voraussetzungen von § 137l UrhG 2. Kapitel D.II.2.f)cc)(B)(IV).

cherweise selbst Inhaber von Urheberrechten geworden. Als Inhaber von Urheberrechten am digitalisierten Bestand können sie diesen in digitaler Form gegebenenfalls sogar kommerziell verwerten.[632]

Unabhängig von Rechten Dritter geht das nur, insoweit die Vorlage der Digitalisierung urheberrechtlich nicht mehr geschützt ist, denn ansonsten setzt sowohl die Digitalisierungshandlung, als auch die Vermittlung aufgrund bestehender Urheberrechte am Original, unabhängig von bei der Digitalisierung als Leistung entstehender Rechte, die Zustimmung des Originalurhebers voraus.[633] Dies gilt auch bei digitaler Aufzeichnung kultureller Äußerungen durch erstmalige, körperliche Festlegung, etwa die digitale Aufzeichnung von (Musik od. sonstigen Ton-) Sendungen durch Rundfunkarchive, die durch diese Aufzeichnung Tonträgerherstellerschutz gem. § 85 UrhG genießen. Unabhängig von dem entstehenden Tonträgerherstellerschutz sind bei der Vermittlung gegebenenfalls Urheberrechte aufgenommener Werke zu beachten.

Geprüft wird daher im Folgenden nur die Digitalisierung von urheberrechtsfreien Vorlagen aus dem Bestand und die Vermittlung der dabei gewonnen Ergebnisse. Digitalisierung meint die Transformation körperlich bereits festgelegter kultureller Äußerungen in digitale Werte für die Wiedergabe über digitale Medien. Wo die Digitalisierungshandlung möglicherweise die Substanz des Trägermediums einer verkörperten kulturellen Äußerung beeinträchtigen könnte, ist, insofern die jeweilige Gedächtnisinstitution nur Besitzer nicht aber selbst Sacheigentümer des

---

632 Da die Digitalisierungshandlung nicht durch eine Gedächtnisinstitution als juristische Person, sondern immer nur von einer natürlichen Person vorgenommen werden kann, entstehen die Rechte nicht unmittelbar bei der Gedächtnisinstitution sondern nur, wenn diese sich als Auftraggeber die Rechte als ausschließliche Rechte vom Auftragnehmer einräumen lässt. Nur wenn die Gedächtnisinstitutionen selbst Inhaber der Urheberrechte am Digitalisat sind, können sie dieses (bei urheberrechtlich geschützter Vorlage die Zustimmung des Urheberrechteinhabers der Vorlage vorausgesetzt) weitervermitteln, ohne hierfür die Zustimmung des Rechteinhabers am Digitalisat zu benötigen. Wenn die Rechte am Digitalisat hingegen einem Dritten zustehen, dann sind von diesem Dritten die entsprechenden Rechte für die Weiterverwertung einzuholen. Das klingt wie eine Binsenweisheit, jedoch ist es schon vorgekommen, dass Gedächtnisinstitutionen die Abbildung ihres Bestandes in Auftrag gegeben haben, ohne sich für die Abbildungen die entsprechenden Rechte einräumen zu lassen, welche dann beim die Abbildungen anfertigenden Fotografen geblieben sind, der für jede Verwertung der Abbildungen seine Zustimmung zu erteilen hatte (was er natürlich nur gegen Entgelt getan hat).

633 Die Digitalisierung (analoger) kultureller Äußerungen, die ihrerseits (noch) urheberrechtlich geschützt sind, setzt mit der Intention der Vermittlung des Ergebnisses der Digitalisierung, sowohl wenn sie als Vervielfältigung im Sinne von § 16 Abs. 1 UrhG als auch wenn sie als Bearbeitung im Sinne von § 23 UrhG zu bewerten ist, die Zustimmung des Urheberrechteinhabers voraus. Auch die Verwertung des Ergebnisses der Digitalisierung urheberrechtlich geschützter Vorlagen bedarf der Zustimmung. Für die Weitervermittlung einer mit Zustimmung digitalisierten urheberrechtlich geschützten analog kommunizierten kulturellen Äußerung über digitale und vernetzte Medien, ist unabhängig davon, dass an dem Digitalisat möglicherweise eigene Urheberrechte entstanden sind, das Recht gem. §§ 15, 19a UrhG einzuholen. Dies gilt selbst dann, wenn die Digitalisierungshandlung auf die Archivschranke aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2 Nr. 3 UrhG gestützt werden kann. Das ergibt sich aus § 53 Abs. 6 UrhG.

Trägermediums ist, die Zustimmung des Sacheigentümers zur Digitalisierungshandlung notwendig. Im Folgenden wird (dort wo erforderlich, die Zustimmung voraussetzend) geprüft, inwieweit am Ergebnis der Digitalisierungshandlung, dem Digitalisat urheberrechtsfreier Vorlagen aus dem Bestand, eigene Urheberrechte entstehen können und inwieweit sich diese über digitale und vernetzte Medien gegebenenfalls kommerziell verwerten lassen.

(A) Bei Digitalisierungshandlung entstehende Urheber(verwertungs-)rechte

Bei der Digitalisierung wird grundsätzlich kein neues Werk geschaffen, sondern ein existierendes Werk wird für die Wiedergabe mit digitalen Medien in eine neue Form (die digitale) transformiert. Diese Transformation ist urheberrechtlich als Vervielfältigung gem. § 16 UrhG zu bewerten. Daher kommt grundsätzlich kein Werkschutz gem. § 2 UrhG in Betracht, sondern nur ein urheberrechtlicher Leistungsschutz. Worin dieser begründet liegt, ist abhängig von der Vorlage unterschiedlich zu beantworten.

(I) Ton

Wird Ton digitalisiert, dann könnte man etwa an das Entstehen von Leistungsschutz als Tonträgerhersteller denken. Jedoch kommt der Schutz aus § 85 UrhG nur für die erstmalige körperliche Festlegung auf einem Tonträger in Betracht. Da die Digitalisierung nur eine weitere körperliche Festlegung auf digitalen Medien bedeutet, scheidet der Schutz aus § 85 UrhG aus. Jedoch kommt abhängig von der Menge und Anordnung digitalisierter Tonfolgen ein Leistungsschutz als Datenbankhersteller gem. § 87b UrhG in Betracht. Insoweit der Auswahl und Anordnung der digitalisierten Elemente eine geistige Schöpfung zugrunde liegt, kommt sogar ein Schutz als Datenbankwerk gem. § 4 Abs. 2 UrhG in Betracht. Geschützt wird über das Datenbankleistungsschutzrecht sowie Datenbankwerkurheberrecht die Auswahl und Anordnung der einzelnen (Datenbank) Elemente, die ihrerseits nicht schutzfähig sein müssen. Als Inhaber der Rechte an einem Datenbankwerk, beziehungsweise als Datenbankhersteller, sind die Gedächtnisinstitutionen davor geschützt, dass Dritte die Auswahl oder Anordnung ganz oder in wesentlichen Teilen übernehmen und zwar unabhängig vom einem Urheberrechtsschutz der einzelnen Inhalte des Datenbankwerkes beziehungsweise der Datenbank. Der Datenbank (-werk) Schutz vermittelt jedoch keine Verwertungsposition im Hinblick auf die einzelnen Elemente der Datenbank.

(II) Bild-Vorlage

Wird eine bildlich sich erschließende kulturelle Äußerung digitalisiert, so ist danach zu unterscheiden, ob es sich um eine 2D oder 3D Vorlage handelt.

(1) 2D Vorlage

2D Vorlagen lassen sich sowohl reprofotografisch digitalisieren, als auch mit einfachen Flachbrettscannern.

Während allgemein anerkannt ist, dass die mechanische Kopie (z. B. Xerographie), unter die auch die Digitalisierung durch Scan mit dem Flachbrettscanner zählt, von gemeinfreien, typographischen 2D Vorlagen (Büchern, Urkunden usw.) kein eigenes Urheberrecht entstehen lässt (weder gem. § 2 UrhG noch gem. § 72 UrhG), ist für die Reproduktionsfotografie,[634] welche auch gegeben ist, wenn eine 2D Vorlage durch Digitalfotografie als Abbildung „digitalisiert" wird, umstritten, ob ein eigenständiger urheberrechtlicher Schutz als Lichtbild gem. § 72 UrhG (Leistungsschutzrecht) in Betracht kommt.[635]

Einigkeit herrscht darüber, dass das Ergebnis der reprofotografischen Abbildung von 2D Vorlagen, weil eine auf möglichst detailgetreue Wiedergabe eines fremden Werkes gerichtete Abbildung nicht die für eine Bejahung des eigenen Werkcharakters gem. § 2 Abs. 2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe aufweisen kann, kein Lichtbildwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG darstellt.

Für (analoge wie digitale)[636] Fotografien und ähnlich hergestellte Erzeugnisse (also unter Benutzung strahlender Energie erzeugte Bilder wie Scans, digitale und analoge Fotokopien etc.)[637] unterhalb der Schwelle der persönlich geistigen Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG sieht das deutsche Urheberrecht in § 72 UrhG ein Leistungsschutzrecht vor. Gemäß § 72 Abs. 1 UrhG werden „Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, in entsprechender Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften geschützt.

Bei einer reinen Wortlautauslegung kommt es für den Schutz nur auf die technische Leistung der Anfertigung eines Lichtbildes an, nicht aber auf eine persönlich geistige Leistung. Nach dem Wortlaut genießt jede einfache Fotokopie als Lichtbild den Lichtbildschutz aus § 72 UrhG.

Der Gesetzgeber hat die Anforderungen an den Leistungsschutz, um die rein technische Leistung unabhängig von einer persönlichen schöpferischen Gestaltung zu schützen, zwar bewusst niedrig gehalten, so dass beispielsweise auch einfache „Knipsbilder" vom Schutz umfasst sind, gleichwohl beruht die weitgehende Gleichsetzung des Schutzumfangs bei Lichtbildwerken und Lichtbildern vornehmlich auf der Erwägung, dass eine Abgrenzung zwischen Lichtbildern mit

---

634 Die Reproduktionsfotografie ist ein Zweig der Fotografie, welcher sich mit der originalgetreuen Wiedergabe von zweidimensionalen Vorlagen (Buchseiten, Stichen etc.) beschäftigt. Sie ist eine der Techniken, die die technische Reproduzierbarkeit dieser Vorlagen ermöglicht. Besonderes Augenmerk wird dabei der originalgetreuen Farb- und Kontrastwiedergabe der Vorlage geschenkt. Sie wurde früher vor allem in der Druckvorstufe eingesetzt.

635 Verneinend bspw. *M. Vogel,* in: G. Schricker, Urheberrecht, § 72 Rdn. 23, bejahend bspw. *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 10.

636 Digitale Fotografien sind als Lichtbilder zumindest aber als ähnlich hergestellte Erzeugnisse zu werten so: *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 6 m.w.N.

637 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 10.

Werkcharakter und solchen ohne eigenschöpferischen Einschlag unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnet.[638]

Wenn aber in erster Linie Abgrenzungsschwierigkeiten zu einer Erweiterung des Lichtbildschutzes geführt haben, so kann jedenfalls auf ein Mindestmaß an – zwar nicht schöpferischer, aber doch – persönlicher, geistiger Leistung nicht verzichtet werden.[639]

Das hiernach für den Lichtbildschutz erforderliche Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung ist in der Regel bei allen Fotografien gegeben,[640] nur die rein mechanische Reproduktion beispielsweise durch Fotokopie, Mikro- oder Makrokopie, elektrostatische Kopie etc., fällt nicht in den Schutzbereich von § 72 UrhG.[641] Eine manuelle Reproduktionsfotografie soll nach der „Urbildtheorie" des BGH nur dann nicht in den Schutzbereich von § 72 UrhG fallen, wenn sie eine Vervielfältigung anderer Lichtbilder oder ähnlich hergestellter Erzeugnisse darstellt, also ein Originallichtbild lediglich so getreu wie möglich reproduziert.[642] Dann nämlich fehle es am Vorliegen des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung. Der BGH hat nähere Kriterien, wann vom Vorliegen des für den Schutz aus § 72 UrhG erforderlichen Mindestmaßes persönlicher geistiger Leistung auszugehen ist, nicht aufgestellt. Daher ist umstritten, wann das Mindestmaß persönlicher geistiger Leistung bei der reprofotografischen, lichtbildtechnischen Abbildung von 2D Vorlagen vorliegt.

Teilweise wird ausgehend von der Urbildtheorie des BGH die Entstehung von Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG bei der Reproduktionsfotografie aller 2D Vorlagen, also Lichtbildvorlagen wie sonstigen 2D Vorlagen, mit der Begründung verneint, dass Reproduktionen, die mittels Lichtbild hergestellt werden, zwar Produkte entstehen lassen würden, die objektiv dem Lichtbildbegriff des § 72 UrhG entsprechen, jedoch keine Lichtbilder im Sinne des Gesetzes seien, weil ihnen das Merkmal der individuellen Gestaltung fehle, das den Gesetzgeber zur rechtlichen Gleichstellung einfacher Lichtbilder mit Lichtbildwerken überhaupt erst veran-

---

638 Vgl. die amtliche Begründung, abgedruckt bei *M. Schulze*, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 2003, 418 und 531; sowie: Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zu § 72 - dort § 82 -, BT-Drucks. IV/270, 89.

639 Siehe nur: *H. Heitland,* Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Frankreichs, Deutschlands und der Vereinigten Staaten von Amerika, 1995, 77; *H. Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 25; *H. Schack,* Kunst und Recht, 2009, Rdn. 839; *D. Thum,* in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger, Praxiskommentar, 2009, § 72 Rdn. 11; *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 10; a. A. *P. Katzenberger,* Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie. Reproduktionsphotographie, Luftbild- und Satellitenaufnahmen, in: GRUR Int. 1989, 116 (117), für den es nicht auf das Vorliegen einer persönlichen geistigen Leistung für § 72 UrhG ankommt. Entscheidend sei vielmehr, ob durch die Reproduktion ein selbständig verwertbares Wirtschaftsgut entstehe. Die Vorschrift des § 72 UrhG sei ein dem Schutz des Datenbankherstellers vergleichbares Investitionsschutzrecht. Der insoweit beachtliche Aufwand wird im Zugang bzw. Erwerb der Vorlage gesehen.

640 BGH GRRUR 1993, 34 (35) – Bedienungsanweisung.

641 BGH, GRUR 1990, 669 (673) – Bibelreproduktion.

642 BGH, GRUR 1990, 669 (673) – Bibelreproduktion.

lasst habe. Originaltreue der Reproduktionsfotos und individuelle Gestaltung, wie von § 72 UrhG vorausgesetzt, würden einander ausschließen. Jede andere Beurteilung (und damit die Zuerkennung eines Leistungsschutzrechtes für Reproduktionsfotografien gem. § 72 UrhG) würde in zahlreichen Fällen zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Verlängerung der Schutzfrist von 2D Lichtbildvorlagen[643] aber auch von sonstigen 2D Vorlagen führen,[644] und dadurch die urheberrechtliche Gemeinfreiheit umgehen.[645] Außerdem würde es zu einem vom Gesetzgeber nicht gewolltem Urheberschutz für Vervielfältigungen, die keine Bearbeitungsqualität aufweisen, kommen.[646]

Ohne in Frage zu stellen, dass § 72 UrhG ein Mindestmaß eigener geistiger Leistung des Lichtbildners erfordert, befürwortet eine andere Ansicht den Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG zumindest für die lichtbildtechnische Reproduktionsfotografie im Hinblick auf 2D Vorlagen, die nicht Lichtbilder sind, mit dem Argument, dass dieser durchaus das hierfür erforderliche Mindestmaß eigener geistiger Leistung zukommen könne.[647] An das erforderliche Mindestmaß seien keine gesteigerten Anforderungen zu stellen. Zwar bestehe beim Ablichten einer zweidimensionalen Vorlage kaum künstlerischer Gestaltungsspielraum, doch seien solide und fachmännische, nicht nur technische, sondern handwerkliche und damit auch geistige Leistungen zu erbringen, die für das Entstehen des Leistungsschutzrechtes aus § 72 UrhG ausreichen würden.[648]

Eine dritte Meinung stimmt dem BGH nur dahingehend zu, dass die rein mechanische Reproduktion beispielsweise durch Fotokopie, Mikro- oder Makrokopie, elektrostatische Kopie etc. nicht in den Schutzbereich von § 72 UrhG fällt. Für die manuelle lichtbildtechnische Reproduktion könne das geforderte Mindestmaß persönlicher geistiger Leistung jedoch auch bei der Lichtbildvorlage gegeben sein, sodass die Reprofotografie einer 2D Lichtbildvorlage genauso in den Schutzbereich fallen könne, wie die Reprofotografie sonstiger 2D Vorlagen.

---

643 BGH, GRUR 1990, 669 (673) – Bibelreproduktion, wo *W. Nordemann*, Lichtbildschutz für fotografisch hergestellte Vervielfältigungen?, in: GRUR 1987, 15 (18), zitiert wird.

644 *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (213).

645 *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (207 und 215).

646 *W. Nordemann*, Lichtbildschutz für fotografisch hergestellte Vervielfältigungen?, in: GRUR 1987, 15 (18).

647 *G. Pfennig*, Museum und Urheberrecht im digitalen Zeitalter, 2005, 65; *E. Gerstenberg*, Fototechnik und Urheberrecht. Grenzfragen des Lichtbildschutzes, in: G. Herbst (Hrsg.), Festschrift für Rainer Klaka, 1987, 120 (123); *H. Hubmann*, Leistungsschutz für Fotokopien, Mikrokopien und fotografische Drucksätze, in D. Schug (Hrsg.), Der Bibliothekar zwischen Praxis und Wissenschaft, 1986, 159 (161); *W. Bullinger*, Kunstwerke in Museen - die klippenreiche Bildauswertung, in: R. Jacobs/H.-J. Papier/P.-K. Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag am 04. Februar 2006, 2006, 379 (382); OLG Düsseldorf GRUR 1997, 49 (51) – Beuys-Fotografien.

648 OLG Düsseldorf, GRUR 97, 49 (49 ff.) – Beuys-Fotografien.

Das gegen den leistungsrechtlichen Schutz von (digitaltechnisch hergestellten) Reproduktionsfotos ins Feld geführte Argument der Verlängerung der Schutzfristen vermag nicht zu überzeugen. Die Schutzfrist der Vorlage wird weder, wenn es sich um ein nicht mehr geschütztes Lichtbild,[649] noch dann, wenn es sich um ein sonstiges gemeinfreies Werk handelt,[650] durch wiederholte oder erstmalige Ablichtung verlängert. Der Leistungsschutz aus § 72 UrhG betrifft nur das Reproduktionsfoto, also das Endprodukt, und gewährt Schutz grundsätzlich nur gegen die Vervielfältigung und Verwertung der konkreten Aufnahme in unveränderter Form.[651] Eine bereits gemeinfreie Vorlage genießt aber dadurch nicht ihrerseits wieder urheberrechtlichen Schutz. Sie bleibt gemeinfrei und kann ohne Verletzung des Urheberrechts auch von Dritten beliebig vervielfältigt werden.[652] So können theoretisch zwei identische Lichtbilder geschaffen werden, denen jeweils der Schutz aus § 72 UrhG zukommen kann.[653] Ebenso wenig verlängert sich der Schutz eines ehemals gem. § 72 UrhG geschützten Lichtbilds durch erneute, lichtbildtechnische Abbildung. Es wird durch jede Abbildung ein neuer eigenständiger Schutzgegenstand geschaffen,[654] der die Schutzfrist der Vorlage unberührt lässt.[655] Wenn die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache ermöglicht, Abbildungen zu verhindern, dann kann hierin eine faktische Schutzrechtsverlängerung des Originals liegen. Die Entstehung von Lichtbildschutz an jeder weiteren lichtbildtechnischen Abbildung ist hiervon unabhängig. Eine Schutzrechtsverlängerung liegt darin nicht begründet. Wer ein Urheberrecht am Lichtbild einer Lichtbildvorlage behauptet, wird es im Falle einer behaupteten Verletzung seines Schutzrechtes aus § 72 UrhG in Bezug auf das mit der gemeinfreien Lichtbildvorlage identische Licht-

---

649 So aber der BGH, GRUR 1990, 669 (673) – Bibelreproduktion, wo *W. Nordemann*, Lichtbildschutz für fotografisch hergestellte Vervielfältigungen?, in: GRUR 1987, 15 (18), zitiert wird.

650 So aber *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (213 und FN 258), der die Verlängerung der Schutzfrist im Fall von 3D Vorlagen für hinnehmbar hält, aber bei 2D Vorlagen ablehnt.

651 BGH, GRUR 1967, 315 (317) – skai cubana

652 Voraussetzung für die zustimmungsfrei mögliche Vervielfältigung ist auch bei fehlendem Urheberrechtsschutz der Vorlage natürlich der rechtmäßige Zugang zum gemeinfreien Werk. Diesen kann der Eigentümer aufgrund seines Eigentumsrecht (siehe: *J. Schlingloff,* Fotografieren verboten. Zivilrechtliche Probleme bei der Herstellung und Reproduktion von Lichtbildern ausgestellter Kunstwerke, in: AfP 1992, 112 (113)), oder gegebenenfalls aufgrund seines Hausrechts (siehe: *E. Gerstenberg*, Fototechnik und Urheberrecht. Grenzfragen des Lichtbildschutzes, in: G. Herbst (Hrsg.), Festschrift für Rainer Klaka, 1987, 120 (126)) verwehren. Der Sozialbindung des Eigentums kulturgeschichtlich bedeutsamer kultureller Äußerungen wird durch die Veröffentlichung derselben etwa auf Postkarten, in Büchern oder in Ausstellungskatalogen genüge getan, so dass dann kein weitergehendes Zugangsrecht besteht (so: BGH, NJW 1975, 778 – Schloß Tegel).

653 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 13.

654 Vgl. *T. Platena*, Das Lichtbild im Urheberrecht, 1998, 156.

655 Eine Saisonkarte endet mit Ablauf der Saison, der Kauf einer neuen Saisonkarte verlängert nicht die Gültigkeit der abgelaufenen Saisonkarte!

bild, gerade weil das Leistungsschutzrecht aus § 72 UrhG an der Vorlage abgelaufen ist, schwer haben zu beweisen, dass die Verletzung das geschützte Lichtbild und nicht das bereits gemeinfreie Lichtbild betrifft.[656] Schutz kommt, vorausgesetzt, dass das Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung zu bejahen ist, nur dem Lichtbild vom Lichtbild und nicht erneut dem bereits gemeinfreiem Lichtbild zu. Dass das Lichtbild vom Lichtbild nicht in den Schutzbereich von § 72 UrhG fällt, lässt sich nicht mit dem Argument, dass ansonsten die Schutzfrist eines Lichtbildes beliebig verlängerbar wäre, begründen. Der Gesetzgeber hatte gute Gründe für die Einführung des Lichtbildschutzes. Das Leistungsschutzrecht honoriert die Leistung der Anfertigung und ermöglicht die Refinanzierung aufwendiger Digitalisierungen und fördert so Digitalisierungsprojekte.[657]

Auch das Argument, dass die Bejahung des urheberrechtlichen Leistungsschutzes gem. § 72 UrhG für die Reproduktionsfotografie in einer Vielzahl von Fällen zu vom Gesetzgeber nicht gewolltem Urheberschutz für Vervielfältigungen, die keine Bearbeitungsqualität aufweisen, führen würde, vermag nicht zu überzeugen. Der Schutz aus § 72 UrhG setzt als Leistungsschutzrecht eben gerade keine Bearbeitungsqualität (wie etwa § 3 UrhG) voraus.

An das Mindestmaß eigener geistiger Leistung sind für einen Leistungsschutz keine gesteigerten Anforderungen zu stellen. Es ist bei manuellen Fotografien daher in der Regel gegeben. Neben den technischen Dingen (Beleuchtung, Farbtemperatur, Lichtqualität, Objektiv und Blende für beste Abbildungsqualität, Wahl des Filmmaterials, Parallelität der Ebenen etc.) müssten hier gestalterische Dinge beachtet werden (z.B. ggf. Aufnahme mit Untergrund, Wahl des Untergrundes, Ausschnitt, mit oder ohne Bilderrahmen etc. und insbesondere bei Gemälden die Frage, ob die Struktur der Oberflächenbeschaffenheit wie Pinselstriche erkennbar sein soll). Zudem sind konservatorische Gesichtspunkte zu beachten und zu entscheiden. Somit besteht ein, wenn auch geringer, Gestaltungsspielraum und wird auf jeden Fall eine geistige Leistung erbracht, die höher wiegt, als die bei den zweifellos leistungsschutzrechtlich geschützten Automaten- und Satellitenfotos.[658]

Bei einer leistungsbezogenen Interpretation der Urbildtheorie des BGH lässt sich weiter nicht begründen, warum die lichtbildtechnische Abbildung einer

---

[656] Beweisprobleme stellen sich schon, wenn die Vorlage gemeinfrei ist und theoretisch zweimal dasselbe Lichtbild angefertigt werden kann. Siehe: *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (200). Verschärft ist die Beweislage bei der Anfertigung eines Lichtbildes vom Lichtbild. Die Beweisführung ist dann, wenn eine Lichtbildvorlage veröffentlicht und frei zugänglich ist also bereits körperlich und als Vervielfältigung im Umlauf, unmöglich.

[657] A. A. *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (209 f.).

[658] *David Seiler,* Rechtliche Betrachtung fotografischer Reproduktionen, in Erwiderung auf Klaus Graf, Netzpublikation siehe Anhang.

Lichtbildvorlage vom Schutz des § 72 UrhG ausgenommen sein soll, die lichtbildtechnische Abbildung anderer zweidimensionaler Vorlagen jedoch nicht. In beiden Fällen kommt es jeweils einzig auf den geistigen Aufwand an, der in den meisten Fällen vergleichbar ist.[659]

Am überzeugendsten ist die Ansicht, welche die technische Leistung in den Vordergrund stellt und nach der Leistungsschutz gem. § 72 UrhG allen Lichtbildern unabhängig von der Vorlage, also unabhängig davon, ob bereits die Vorlage ein Lichtbild ist, zukommt.[660]

Nach hier favorisierter Ansicht ist an das Mindestmaß persönlich geistiger Leistung kein gesteigerter Maßstab zu stellen. Bereits die Ausschöpfung des geringen Gestaltungsspielraumes, der bei der Einstellung komplizierter und hochtechnischer Vervielfältigungsgeräte ausgenutzt wird, muss für die Entstehung des Leistungsschutzes ausreichen. Ebenso ist denkbar, den bei der Digitalisierungshandlung betriebenen Aufwand bei der Entstehung des Leistungsschutzes zu berücksichtigen. Hingegen ist eine pauschale Unterscheidung von manuellen und automatisch hergestellten Lichtbildvorlagen wenig praktikabel.[661] Damit ist nach hier favorisierter Ansicht im Ergebnis im Zweifel von bestehendem Lichtbildschutz der lichtbildtechnischen Abbildung einer 2D Vorlage (unabhängig davon ob Lichtbildvorlage oder sonstige 2D Vorlage) auszugehen.

Dem BGH ist Gelegenheit zu geben, die leistungsbezogenen Aspekte näher zu konkretisieren und darzulegen, wann das geforderte „Mindestmaß persönlich geistiger Leistung“ vorliegt und wann nicht.[662]

(2) 3D Bild-Vorlage

Dreidimensionale Vorlagen lassen sich sowohl reprofotografisch digitalisieren, als auch mit 3D Scannern.

Digitalfotografische Reproduktionen von 3D Vorlagen sind unstreitig zumindest als Lichtbild gem. § 72 UrhG geschützt,[663] wenn nicht gar als (Lichtbild-) Werk gem. § 2 UrhG. Die (Digital-) reproduktive Ablichtung einer 3D Vorlage kann schöpferisch sein und einen vorhandenen Gestaltungspielraum auf individu-

---

659 *H. Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 29.

660 So auch *H. Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 36 f.

661 So auch *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (212): „Insbesondere bei komplexeren technischen Reproduktions-Apparaten, die weitergehende Fähigkeiten bei der Mitwirkung an der Entstehung der Lichtbilder erfordern, wie beispielsweise komplizierte Hochleistungsscanner, ist fraglich, ob angesichts zahlreich vorhandener Einstellungsmöglichkeiten bei der Bedienung dieser Apparate von einem Gestaltungsspielraum gesprochen werden kann und in der Folge von einer schutzfähigen manuellen Reproduktion auszugehen ist. Möglich wäre es nämlich ebenfalls, wegen einer Dominanz des mechanischen Ablaufs in diesen Fällen eine rein technische Reproduktion der Vorlage anzunehmen.“

662 Etwa durch Behauptung des Schutzes gem. § 72 UrhG an einer ggfs. digital jedenfalls lichtbildtechnischen Abbildung einer Lichtbildvorlage oder sonstigen 2D Vorlage und Geltendmachung der Verletzung in einem gerichtlichen Verfahren das bis vor den BGH gebracht wird.

663 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 10.

elle Weise nutzen, etwa wenn der Fotograf durch die Wahl seines Standortes seine Kreativität mit einbringt.[664]

Das digitale (wie analoge) 2D Abbild einer 3D Vorlage kann im Einzelfall als Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG geschützt sein. Das ist der Fall, wenn es die für eine Bejahung des eigenen Werkcharakters erforderliche Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG aufweisen kann. Bei digitaler (wie analoger) Abbildung einer 3D Vorlage kann ein vorhandener Gestaltungspielraum auf individuelle Weise genutzt werden, etwa durch die Wahl des Standortes eigene Kreativität eingebracht werden, und die für einen Lichtbildwerkschutz erforderliche Schöpfungshöhe vorliegen.[665]

Für analoge wie digitale Fotografien und ähnlich hergestellte Erzeugnisse unterhalb der Schwelle der persönlich geistigen Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG sieht das deutsche Urheberrecht in § 72 UrhG ein Leistungsschutzrecht vor.[666] Für den Lichtbildschutz genügt ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung, das in der Regel bei allen, zumindest aber bei der Abbildung von 3D Vorlagen, gegeben ist.[667] Digitale 2D Abbilder von 3D Vorlagen sind daher zumindest als Lichtbild gem. § 72 UrhG geschützt.[668]

Die, die 3D Vorlage abbildende, digitale 3D Animation, welche bei der Abtastung mit speziellen Scannern entsteht, genießt als Ganzes Schutz als filmähnliches Werk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG. Darüber hinaus genießt jedes einzelne Bild der 3D Animation, die sich aus zahlreichen Einzelaufnahmen zusammensetzt, Schutz als Lichtbild gem. § 72 UrhG.[669]

(III) Zusammenfassung der Digitalisate

Werden die Digitalisate gesammelt und in einer Datenbank zusammengefasst, kommt zusätzlich zu dem Urheberrechtsschutz gem. § 72 UrhG an den einzelnen Elementen bei Vorliegen einer persönlich geistigen Schöpfung im Hinblick auf die Anordnung der Einzelelemente ein gesonderter Schutz der Sammlung gem. § 4 UrhG als Datenbankwerk, sowie davon unabhängig (d.h. auch bei Fehlen einer persönlich geistigen Schöpfung, jedoch Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen für ein Sammelwerk) bei Vorliegen einer wesentlichen Investition ein gesonderter Schutz der Sammlung gem. § 87a UrhG als Datenbank (Schutzrecht sui generis für die Leistung) in Betracht. Liegen digitalisierte, gemeinfreie Vorlagen in einer Datenbank (§ 87a UrhG), was etwa bei größer angelegten Digitalisierungsprojekten und umfangreichen Websites der Fall ist, so ist die Entnahme nur nach Maßgabe des § 87b UrhG möglich. Wie-

---

664 *M. C. G. Marquardt,* in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger, UrHG, 2006, § 2 Rdn. 134.

665 *M. C. G. Marquardt,* in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger, UrHG, 2006, § 2 Rdn. 134.

666 Digitale Fotografien sind als Lichtbilder zumindest aber als ähnlich hergestellte Erzeugnisse zu werten so: *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 6.

667 BGH, GRUR 1993, 34 (35) – Bedienungsanweisung.

668 *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 72 Rdn. 10.

669 Zu den Voraussetzungen siehe: *G. Schulze*, in: T. Dreier/ders., UrhG, 2008, § 2 Rdn. 207.

derholte und systematische Entnahmen könnten die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers („Investitionsschutz“) verletzen.

(IV) Einschränkung der Gemeinfreiheit durch § 72 UrhG

Dass lichtbildtechnischen, reprofotografischen Abbildungen zweidimensionaler Vorlagen, also auch der lichtbildtechnischen, abbildenden Digitalisierung zweidimensionaler Vorlagen, Schutz gem. § 72 UrhG zukommen kann, wird mit dem Argument kritisiert, dass hierdurch ein zeitlich nicht beschränkter Schutz für kulturelle Äußerungen entstehen könnte und somit die Gemeinfreiheit eingeschränkt werde. Dieser Einwand ist jedoch unberechtigt. Wird eine ursprünglich urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerung durch Ablauf des Urheberrechtsschutzes „gemeinfrei“, lebt der abgelaufene Schutz durch die reprofotografische Abbildung beziehungsweise abbildende Digitalisierung nicht wieder auf, sondern es wird durch § 72 UrhG ein neuer Schutzgegenstand an der Abbildung (dem abbildenden Digitalisat) geschaffen. Davon unabhängig bleibt die Gemeinfreiheit, also die Möglichkeit ohne Zustimmung des ursprünglichen Urheberrechteinhabers das Originalwerk vervielfältigen, abbilden oder nachbilden zu dürfen und das Ergebnis verwerten zu können, unberührt! Deshalb lässt sich Gemeinfreiheit nicht dadurch garantieren, dass man den urheberrechtlichen Leistungsschutz gem. § 72 UrhG für Reproduktionsabbildungen von 2D-Vorlagen (durch teleologische Reduktion des § 72 UrhG) ausschließt, und mithin ausschließt, dass an der Abbildung einer urheberrechtlich geschützten, 2D verkörperten kulturellen Äußerung ein neuer Schutzgegenstand entstehen kann. Das würde nur verhindern, dass eine Monopolstellung an der Abbildung bzw. am abbildenden Digitalisat entstehen kann. Hierin liegt aber nicht die Beschränkung der Gemeinfreiheit des Werkoriginals begründet. Es sind andere Gründe, welche die Gemeinfreiheit des Werkoriginals beschränken. Beschränkungen der Gemeinfreiheit des Werkoriginals (wie etwa Zugangsbeschränkungen durch Hausrecht) bleiben solange durch diesen Vorschlag unberührt, solange eine Abbildung bzw. abbildende Digitalisierung nicht existiert und zugänglich ist. Nur in den Fällen, in denen es eine Abbildung bzw. ein abbildendes Digitalisat gibt, lässt sich durch freie Verwendbarkeit derselben die gemeinfreie kulturelle Äußerung auch über die Abbildung, insofern diese schutzlos gestellt wird, gemeinfrei nutzen. Das eine solche aus rein altruistischen Gründen angefertigt werden wird, ist indessen bei Schutzlosigkeit mehr als fraglich. Daher sind die eigentlichen Beschränkungen der Gemeinfreiheit des Werkoriginals auszumachen und in Frage zu stellen.

(B) Verwertung digitalisierter kultureller Äußerungen

Die bei der Digitalisierung entstehenden Urheberrechte (wie dargestellt §§ 2, Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6, 4 Abs. 2, 72 und 87a UrhG) lassen sich in den Formen der §§ 15 ff. UrhG verwerten. Wenn die Gedächtnisinstitutionen als Auftraggeber für die Digitalisierung der körperlich in ihrem Bestand befindlichen, urheberrechts-

freien kulturellen Äußerungen aus abgetretenen Rechten selbst Urheberrechte in Bezug auf die Digitalisate innehaben, sind sie frei in der Entscheidung darüber, wie sie diese ihnen „gehörenden“ Inhalte über digitale und vernetzte Medien öffentlich zugänglich machen.

(I) Kommerzielle und kommunikative Verwertung von Digitalisaten

Besteht ihre Hauptaufgabe auch in der kommunikativen Verwertung, also möglichst flächendeckenden, kostenneutralen Vermittlung kultureller Äußerungen, sind sie als Inhaber von Urheberrechten in Bezug auf die Digitalisate der körperlich in ihrem Bestand befindlichen, gemeinfreien kulturellen Äußerungen aufgrund der damit verbundenen Verwertungsrechte gem. §§ 2, 72, 15 ff. UrhG zusätzlich in der Lage, diese kommerziell, also gewinnbringend, zu verwerten.[670]

Eine kommerziell motivierte Verwertung bietet für die Gedächtnisinstitutionen die Perspektive, die Abhängigkeit von Subventionen der öffentlichen Hand zu reduzieren und aus eigener Kraft zur Finanzierung der Kulturgutsicherung und von Neuanschaffungen beizutragen.

Verschiedene Formen der kommerziellen Weitervermittlung sind je nach Charakter der über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen denkbar. Etwa die öffentliche Zugänglichmachung im Sinne der bloßen Ansicht gegen Entgelt beziehungsweise Gebühr, also „pay per view“. Das verlangte Entgelt kann so bemessen sein, dass sich nicht nur die Kosten für den Service der „unkörperlichen“ Zugänglichmachung des Bestandes refinanzieren, sondern auch Überschüsse erwirtschaften lassen.[671] Möglich ist es, neben der öffentlichen Zugänglichmachung über digitale und vernetzte Medien im Sinne der bloßen Ansicht, die Digitalisate als Daten zur dauerhaften Benutzung (Ansicht) zum Herunterladen (Download) anzubieten und auch weitergehende Rechte, welche die Weiterverwertung (Weitergabe etc.) erlauben, urheberrechtlich zu lizenzieren.[672] Während Bibliotheken ihren Bestand an digitalisierten, gemeinfreien Texten etwa maßgeblich zur Ansicht gegen Entgelt zugänglich machen können, bieten Archive die Weiterverwendung von ihnen hergestellter Abbildungen schon jetzt zu Lizenzgebühren an. Museen könnten ähnlich wie Bildagenturen digitale

---

670 Zur Unterscheidung der „kommerziellen“ von der „kommunikativen“ Weiterverbreitung kultureller Äußerungen vgl. Fraunhofer Institut Intelligente Analyse- und Informationssysteme, Bestandsaufnahme zur Digitalisierung von

Kulturgut und Handlungsfelder. Studie erstellt im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM), 2007, 113.

671 Ob der Erwirtschaftung von Gewinn in jeder Organisationsform möglich ist, also sowohl bei den öffentlich-rechtlich getragenen Gedächtnisinstitutionen als auch bei den privat getragenen Gedächtnisinstitutionen ist rechtlich zu prüfen.

672 Werden Immaterialgüter lizenziert, so sind dabei einige Besonderheiten zu beachten. Siehe ausführlich: *M. Haedicke,* Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung - Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Gegenstände als Kaufobjekte und das neue Schuldrecht, Habilitationsschrift, 2003.

Bilder für Pressearbeit etc. zur Verwendung stellen. Neben dem urheberrechtlichen Rechtsschutz ist, damit der Download und die weitere Verwendung der lizenziert zur Verfügung gestellten Digitalisate nicht unberechtigt (also ohne Bezahlung) vorgenommen werden, der Einsatz von digitalem Rechtemanagement (DRM) unter Umständen sinnvoll.

Bisher gibt es in Deutschland nur vereinzelte Projekte und Zusammenfassungen solcher Projekte, die über das Internet Digitalisate ihres gemeinfreien, körperlichen Bestandes kultureller Äußerungen öffentlich zugänglich machen.[673] Alle machen den Zugang zu den Digitalisaten, also die Möglichkeit der Ansicht, bisher nicht von einem Entgelt abhängig und betreiben damit eine rein kommunikative und nicht kommerzielle Weitervermittlung ihres digitalisierten Bestandes.

(II) Öffentlich-rechtliche Trägerschaft und kommerzielle Verwertung

Die Mehrzahl der Gedächtnisinstitutionen in Deutschland befindet sich in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft. Öffentlich-rechtliche Unternehmen, insbesondere diejenigen in kommunaler Trägerschaft, haben in Bezug auf kommerzielles Tätigwerden besondere Vorschriften zu beachten. Kommerzielles Tätigwerden umfasst die Erwirtschaftung von mindestens kostendeckenden Entgelten. Während die verfassungsrechtlichen Vorschriften einer wirtschaftlichen, privatrechtlichen Betätigung öffentlich-rechtlich getragener Unternehmen relativ offen gegenüberstehen, sehen die Gemeindeordnungen detaillierte Regelungen vor, die öffentlich-rechtlich getragene Unternehmen bei einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu beachten haben.

Selbst wenn staatlich getragene Gedächtnisinstitutionen Inhaber von Urheberrechten in Bezug auf die Digitalisate der körperlich in ihrem Bestand befindlichen gemeinfreien kulturellen Äußerungen sind und diese grundsätzlich gem. §§ 2, 72, 15 ff. UrhG kommerziell verwerten könnten, ist demnach fraglich, ob ihnen ein gewinnorientiertes, gewerbliches Tätigwerden erlaubt ist.

Die wirtschaftliche Betätigung von Gedächtnisinstitutionen in staatlicher Trägerschaft (Bund, Land oder Kommune) befindet sich in einem Spannungsfeld zwischen öffentlicher Aufgabenerfüllung und unternehmerischer Aktivität. Wenn sich staatlich getragene Anbieter auf Feldern engagieren, die von der Privatwirtschaft ebenso gut bedient werden können, verletzen sie nicht nur ihren Auftrag, sondern greifen mit dem Ressourcenvorteil der staatlichen Finanzierung auch wettbewerbsverzerrend in den Markt ein. Die unternehmerische Aktivität staatlich getragener Gedächtnisinstitutionen ist daher gegebenenfalls unzulässig, oder aber nur eingeschränkt zulässig.

Als Bildanbieter machen Gedächtnisinstitutionen privaten Bildanbietern, etwa Bildarchiven oder Bildagenturen, Konkurrenz. Grundsätzlich müssen private

---

[673] Siehe Aufstellung bei: Fraunhofer Institut Intelligente Analyse- und Informationssysteme, Bestandsaufnahme zur Digitalisierung von Kulturgut und Handlungsfelder. Studie erstellt im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM), 2007, 234 ff.

Mitbewerber es hinnehmen, dass sich die öffentliche Hand entschließt, erwerbswirtschaftlich tätig zu werden und damit in Konkurrenz zu privaten Anbietern tritt.[674]

Das Grundgesetz erlaubt die unternehmerische Tätigkeit des Staates zwar nicht ausdrücklich, geht aber von ihrer Zulässigkeit aus. Das ergibt sich aus Art. 135 Abs. 6 GG, der bestimmt, dass Beteiligungen des ehemaligen Landes Preußen an Unternehmen des privaten Rechtes auf den Bund übergehen. Der Staat wählt als umfassendes Gemeinwesen Aufgaben und Wirkungsfelder im Rahmen der Verfassung,[675] und er kann sich unter Berufung auf ein wichtiges Interesse (eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung entbehrt des öffentlichen Zwecks und gerät mit dem Steuer- und Abgabenstaat in Konflikt)[676] grundsätzlich auch an privatwirtschaftlichen Unternehmen beteiligen.[677] Beschränkungen sind der erwerbswirtschaftlichen Betätigung staatlich getragener Unternehmen nur insoweit gesetzt, als dass gesetzliche Vorschriften die entsprechende Betätigung nicht verbieten dürfen.[678]

Ist eine unternehmerische Betätigung von öffentlich getragenen Gedächtnisinstitutionen nicht per se verboten, können sich Dritte jedoch möglicherweise auf eine Verletzung von unternehmerrelevanten Grundrechten wie Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG berufen. Die Grundrechte schützen jedoch grundsätzlich nicht vor dem Auftreten eines in öffentlicher Trägerschaft stehenden Konkurrenten, weil es sich hierbei lediglich um eine systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks handelt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es zu einem unerträglichen Verdrängungswettbewerb, zu einer Auszehrung der Konkurrenz oder zur Bildung eines gesetzlich nicht abgesicherten Monopols kommt. So darf etwa keine Wettbewerbsverzerrung aufgrund Ressourcenvorteils entstehen. Wenn öffentlich getragene Gedächtnisinstitutionen wie Bildagenturen der Privatwirtschaft Bildmaterial anbieten, dürfen sie dies nicht zu

---

674 *H. Piper*, Zum Wettbewerb der öffentlichen Hand, in: GRUR 1986, 574 (575); *S. Schmahl*, Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, in: LKV 2000, 47 (48).

675 *P. Badura*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, in: DÖV 1998, 818 (819).

676 *D. Ehlers*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, in: JZ 1990, 1089 (1091); *ders.*, Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: JURA 1999, 212 (214); a. A. *O. Otting*, Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft, in: DVBL 1997, 1258 (1260).

677 Vgl. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO, § 63 BHO und die entsprechenden Vorschriften in den Landeshaushaltsordnungen.

678 Vgl. mit Beispielen unzulässiger wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden *S. Schmahl*, Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, in: LKV 2000, 47 (54 FN 11).

Selbstkosten tun, sondern sind gehalten, marktübliche Preise zu verlangen.[679] Auch aus den genannten Grundrechten lässt sich kein die faktische Monopolstellung in Bezug auf die Verwertung von (digitalfotografischen) Abbildungen einschränkender Anspruch auf Abbildungen und deren Verwertung ermöglichenden Zugang gewinnen.

Weil die Gedächtnisinstitutionen als Einrichtungen der Kultur aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie im Hinblick auf die Kultur zum Großteil in Trägerschaft der Gemeinden und Kommunen stehen, sind nicht nur verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten, sondern auch die Vorgaben über wirtschaftliche Betätigungen aus den jeweiligen Gemeindeordnungen. In den Gemeindeordnungen wird die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ausdrücklich geregelt. Den Gedächtnisinstitutionen in Trägerschaft der Gemeinden sind durch die Regelungen in den Gemeindeordnungen engere Grenzen gesetzt, als den Gedächtnisinstitutionen in Trägerschaft des Bundes und der Länder, die nur an die relativ offenen, verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden sind. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass eine wirtschaftliche Betätigung die verfassungsrechtlich zulässig ist, auch durch die Gemeindeordnungen zugelassen wird. Andernfalls wären die Gemeindeordnungen entsprechend zu ändern.

(III) Monopolstellung bei der Verwertung

Wenn die zeitlich beschränkten Urheberrechte nicht mehr bestehen, gilt das vormals urheberrechtlich geschützte Werk als „gemeinfrei“. Es bestehen keine eigentumsähnlichen Rechtspositionen und Verbotsrechte mehr an dem Werk (kulturellen Äußerung), welches nunmehr von der Allgemeinheit „frei“, das heißt ohne Zustimmung des vormaligen Urheberrechteinhabers genutzt (also durch Abbildung oder Nachbildung vervielfältigt und als solche verbreitet) werden kann. Die derzeit in (beziehungsweise von) den Gedächtnisinstitutionen (Museen, Archiven und Bibliotheken) verwahrten (beziehungsweise bewahrten) kulturellen Äußerungen sind zum Großteil urheberrechtlich nicht mehr geschützt und mithin gemeinfrei. Während an den materiellen Körpern weiterhin sachenrechtliche Befugnisse bestehen, die eine absolute Eigentumsposition vermitteln, lässt sich der verkörperte Inhalt beliebig nachbilden, vervielfältigen und verbreiten. Nach- und Abbildungen bedürfen ebenso wie ihre Verbreitung nicht mehr der Genehmigung des ehemaligen Inhabers der Urheberrechte am verkörperten, geistigen Inhalt. Wenn eine Vorlage urheberrechtlich nicht (mehr) geschützt ist, kann sie grundsätzlich von jedem zustimmungsfrei (digitalfotografisch) vervielfältigt werden.

---

[679] Ggfs. lässt sich aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten herleiten, dass öffentlich getragene Gedächtnisinstitutionen, wenn sie Abbildungen verwerten, allen Nachfragern (aus der gleichen Gruppe von Nachfragern soweit kein sachlicher Differenzierungsgrund besteht, diese zu gleichen Bedingungen anbieten müssen. Insoweit können die öffentlich getragenen Gedächtnisinstitutionen auch keine Exklusivrechte vertraglich nach § 305 BGB (nicht nach UrhG bei abgelaufenen Schutzfristen) einräumen, was die Preise zwangsläufig niedrig hält.

Daher müssen die Gedächtnisinstitutionen in Bezug auf die von ihnen verwahrten urheberrechtlich nicht mehr geschützten, verkörperten kulturellen Äußerungen damit rechnen, dass sie von anderer Seite Konkurrenz bekommen, beziehungsweise, wenn sie selbst den Service der unkörperlichen Zugänglichmachung ihres Bestandes über digitale und vernetzte Medien wie das Internet nicht anbieten, er von Dritten angeboten wird.[680]

Fraglich ist, ob und inwieweit die Gedächtnisinstitutionen Dritten aus sachen- und hausrechtlichen Befugnissen untersagen können, den von ihnen körperlich verwahrten, urheberrechtlich nicht (mehr) geschützten Bestand digitalfotografisch abzubilden, also rechtswirksam Abbildungsverbote in Bezug auf urheberrechtlich nicht (mehr) geschützte Vorlagen aussprechen können, obwohl die im Werkoriginal verkörperte Äußerung bereits gemeinfrei ist. Wenn das für bestimmte Konstellationen möglich sein sollte, würde in diesen ein Rechtsschutz in Bezug auf den verkörperten Inhalt wiederaufleben. Resultat wäre ein dem „Recht am Bild der eigenen Person" nachgebildetes „Recht am Bild der eigenen Sache". Das Recht am Bild der eigenen Sache soll dem Rechteinhaber das Recht vermitteln, *Abbildungen* der eigenen Sache und ihre *Verwertung* durch Dritte zu verhindern, und würde damit ähnlich wie das urheberrechtliche Verbotsrecht im Hinblick auf abbildende Vervielfältigungen und deren Verwertung wirken, wäre aber anders als das urheberrechtliche Verbotsrecht zeitlich nicht befristet.

Woraus sich ein Verbotsrecht im Hinblick auf Abbildungen, die das im Kulturgut als Sache verkörperte Immaterialgut vervielfältigen, ergeben kann und woraus sich ein Verbotsrecht im Hinblick auf die Verwertung von das verkörperte Immaterialgut vervielfältigenden Abbildungen ergeben kann, wird im Folgenden getrennt untersucht.

(1) Abbildungsverbote

Ein Abbildungsverbot lässt sich nach Ablauf urheberrechtlicher Befugnisse nicht mehr auf § 16 UrhG stützten. Fraglich ist, ob sich ein Abbildungsrecht, sprich ein Recht im Hinblick auf die abbildende Vervielfältigung entsprechend § 16 UrhG, nach Ablauf urheberrechtlicher Befugnisse auch auf andere Rechtsbefugnisse stützen lässt.

(a) Abbildungsverbot aus Eigentum gem. §§ 1004, 903 BGB

Gegebenenfalls kommt ein dem sich aus Persönlichkeitsrechten ergebendes Abbildungsrecht an der eigenen Person nachgebildetes Abbildungsrecht an der eige-

---

[680] So sorgte die Schlagzeile: Verlag Hänsel-Hohenhausen „plündert" Frankfurter Bibliotheken, 2007 einigen Aufruhr. Der Verlag Hänsel-Hohenhausen lieh gemeinfreie Werke aus Frankfurter Bibliotheken aus, erstellte Digitalisate und vertrieb diese. Die Frage ob den Bibliotheken ein Verbotsrecht gegen dieses Vorgehen aus Eigentum zukommt, beantwortete Harald Müller auf dem 3. Leipziger Kongress für Information und Bibliothek vom 19.-22. März 2007 mit: Nein. Siehe: http://bid-kongress.wikispaces.com/Urheberrecht-+auf+ein+Neues! (Letzter Abruf: 12. April 2010).

nen Sache aus Eigentumsrechten gem. §§ 1004, 903 BGB in Betracht. Dann stünde den Gedächtnisinstitutionen als Eigentümern (beziehungsweise analog als Besitzern) der jeweiligen verkörperten kulturellen Äußerungen, die rechtlich betrachtet eine Sache darstellen, aus Sachenrecht gem. §§ 1004, 903 BGB die rechtliche Möglichkeit zu, das Abfotografieren mit der Begründung zu untersagen, dass dieses eine unberechtigte Einwirkung auf ihr Eigentum (beziehungsweise das Eigentum, welches sie besitzen) darstellt.

Der BGH hat die Frage, ob das Abbilden bzw. Fotografieren einer in fremdem Eigentum stehenden (beweglichen oder unbeweglichen) Sache ohne Zustimmung des Eigentümers eine zur Abwehr nach §§ 903, 1004 BGB berechtigende Einwirkung auf das Eigentum darstellt, jedenfalls in den Fällen verneint, in denen die Abbildung von einer öffentlichen Stelle (im Fall Straße) aus vorgenommen wird.[681] Für alle anderen denkbaren Konstellationen hat der BGH die Frage bislang offengelassen.[682]

Bei der Frage, ob eine (fotografische) Abbildung, bei der das in der Sache verkörperte Immaterialgut vervielfältigt wird, als Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB anzusehen ist, ist auf Begriff und Inhalt des Eigentums zurückzugehen.

Der Eigentumsbegriff wird (mittelbar) durch § 903 BGB dahingehend umschrieben, dass der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Diese Zuordnung positiver und negativer Befugnisse bringt zum Ausdruck, dass das Eigentum als das umfassendste Herrschaftsrecht zu begreifen ist, das die Rechtsordnung an einer Sache zulässt.[683] Dieses Herrschaftsrecht schließt die rechtliche Verfügungsmacht und die sich insbesondere im Besitzen und Benutzen äußernde, tatsächliche Herrschaft ein.[684]

Eine Untersagung der abbildenden Vervielfältigung (etwa durch Fotografie) der eigenen Sache aus Sachenrecht kommt mithin nur dort in Betracht, wo die abbildende Vervielfältigung mit einer Substanzverletzung verbunden ist oder Auswirkungen auf die tatsächlichen Nutzungsmöglichkeiten hat.

Eine Substanzeinwirkung können aus konservatorischen Gesichtspunkten etwa mit Blitzlicht angefertigte (digitalfotografische) Aufnahmen ausmachen. Diese stellen dann eine gem. §§ 1004, 903 BGB zur Abwehr berechtigende Eigentumsbeeinträchtigung dar.

Die Beeinträchtigung der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeiten ist bei der Vornahme (fotografischer) Abbildungen insgesamt zu verneinen. Der Abbildungs-

---

681 BGH, GRUR 1989, 390 – Friesenhaus.

682 Vgl. BGHZ 44, 289, (293) - Apfel-Madonna; BGH, GRUR 1975, 500 (501) - Schloß Tegel; BGHZ 81, 75 (77) – Rennsportgemeinschaft.

683 Vgl. *M. Wolff/L. Raiser*, Sachenrecht, § 51 II; *F. Baur*, Lehrbuch des Sachenrechts, 14. Aufl. 1987, § 24 I 1.

684 Vgl. BGH, GRUR 1975, 500 (501) – Schloß Tegel

vorgang selbst hat keinerlei Auswirkungen auf die Nutzung der Sache selbst. Er hindert den Eigentümer nicht daran, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, und stört ihn auch nicht in seinem Besitz.[685]

Richtigerweise kann es, wenn der Abbildungsakt als solcher nicht als Eigentumsverletzung angesehen wird, auf die Begleitumstände bei der Anfertigung für die Frage der Eigentumsverletzung nicht ankommen. Der Abbildungsakt stellt nicht nur, wie vom BGH in der Friesenhaus Entscheidung festgestellt, im Falle dass er von einer öffentlich zugänglichen Stelle aus vorgenommen wird, keine Eigentumsbeeinträchtigung dar, sondern auch in allen anderen, vom BGH nicht entschiedenen Fallkonstellationen.[686]

Insoweit hat der Eigentümer (beziehungsweise Besitzer) von Kulturgütern, haben die Gedächtnisinstitutionen, fernab von konservatorischen Gesichtspunkten keine (sachen-) rechtliche Handhabe aus den §§ 1004, 903 BGB Abbildungen zu untersagen.[687]

Ließe sich ein Abbildungsverbot auf Eigentums- beziehungsweise Besitzrecht stützen, würde das in seiner Wirkung einem Urheberrechtsschutz in Bezug auf abbildende Vervielfältigungen entsprechen. Durch die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts an dem in der Sache verkörperten, immateriellen Gut würde der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Eigentum an einer körperlichen Sache und dem Urheberrecht als Immaterialgüterrecht verkannt. Urheberrecht und Eigentumsrecht haben eine unterschiedliche Schutzrichtung und einen verschiedenen Inhalt. Die bürgerlich-rechtliche Besitz- und Eigentumsordnung dient dem Schutz der Sachherrschaft über die körperliche Sache, während Gegenstand des Urheberrechts das unkörperliche, geistige Werk ist.[688] Dementsprechend ist die (tatsächliche und rechtliche) Sachherrschaft des Eigentümers über die konkrete Sache von der dem Urheber vorbehaltenen Werkverwertung in den Verwertungsformen der §§ 15 ff UrhG zu trennen. Was durch den Anblick des körperlichen Gegenstandes und durch sein Abbild vermittelt wird, wird vom Eigentumsrecht nicht erfasst. Die Abbildung einer Sache stellt sich als eine Vervielfältigung des immateriellen, geistigen Werkes dar. Sie unterfällt dem urheberrechtlichen Verwertungsrecht. Die Zubilligung eines entsprechenden Ausschließlichkeitsrechts zugunsten des Sacheigentümers würde dem Wesen des Urheberrechts und seiner Abgrenzung gegenüber der sachenrechtlichen Eigentumsordnung zuwiderlaufen.

Zudem würde bei Bejahung eines Rechts am Bild der eigenen Sache im Hinblick auf Abbildungs- und Verwertungsverbote abbildender Vervielfältigungen

---

685 BGH, GRUR 1989, 390 – Friesenhaus.

686 Vgl. *W. Bullinger*, Kunstwerke in Museen - die klippenreiche Bildauswertung, in: R. Jacobs/H.-J. Papier/P.-K. Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag am 04. Februar 2006, 2006, 379 (392).

687 Vgl. BGHZ 44, 289 (295) – Apfel-Madonna.

688 Vgl. BGHZ 44, 289 (293 f.) – Apfel-Madonna.

des Sacheigentums die zeitliche Befristung des Urheberrechtsschutzes unterlaufen und nur für Nachbildungen Wirkung entfalten. Es wäre Dritten auch nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes nicht möglich, „gemeinfrei“ gewordenes Kulturgut abbildend zu vervielfältigen und die Abbildungen zu verwerten. Einzig möglich wäre die (nur theoretisch mögliche) Nachbildung verkörperter, urheberrechtsfreier kultureller Äußerungen. Dies käme einer Re-Monopolisierung der Verwertungsmöglichkeiten in Bezug auf das verkörperte Immaterialgut gleich.[689]

Es gibt kein Recht am Bild der eigenen Sache (aus §§ 1004, 903 BGB). Eine Beschränkung der Abbildungsfreiheit aus Eigentumsrechten gem. §§ 1004, 903 BGB ist nur aus konservatorischen Gesichtspunkten zulässig.

(b) Abbildungsverbot aus Hausrecht

Voraussetzung für die (fotografische) Abbildung verkörperter kultureller Äußerungen ist der rechtmäßige Zugang zur Verkörperung. Der Zugang lässt sich in gewissem Umfang über Hausrecht von Bedingungen abhängig machen. Gegebenenfalls kann auch ein Abbildungsverbot auf Hausrecht gestützt werden. Ein auf Hausrecht gestütztes Abbildungsverbot gilt nur im Wirkungsbereich des Hausrechts. Dort wo das Hausrecht keine Wirkung entfaltet, lässt sich auch kein Abbildungsverbot darauf stützen.

Den Zugang im Sinne der Rezeption zu den verwahrten kulturellen Äußerungen zu gewähren, gehört zu den Kernaufgaben der traditionellen Gedächtnisinstitutionen Museen, Archive und Bibliotheken.

Während ein Privateigentümer den Zugang zu einer kulturgeschichtlich bedeutsamen kulturellen Äußerung aufgrund seines Hausrechts gänzlich verwehren kann,[690] insoweit er der Sozialbindung des Eigentums kulturgeschichtlich bedeutsamer kultureller Äußerungen durch die Veröffentlichung derselben etwa auf Postkarten, in Büchern oder in Ausstellungskatalogen genügt, so dass dann kein weitergehendes Zugangsrecht besteht,[691] können die traditionellen Gedächtnisinstitutionen, den Zugang zwar nicht gänzlich verwehren, möglicherweise aber insoweit einschränken, als sie diesen von bestimmten Bedingungen (Fotografie- und Kopieverbote etc.) abhängig machen.

Den Gedächtnisinstitutionen steht es frei, den allgemein gewährten Zugang von Bedingungen abhängig zu machen, soweit diese Bedingungen ihrem Tätigkeitszweck nicht entgegenstehen und auch nicht in die Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 GG eingreifen. Gedächtnisinstitutionen können in Bezug auf solche kulturellen Güter, die nur durch Zugang rezipierbar sind, gestützt auf das jedem

---

[689] Die Remonopolisierung des Immaterialguts nach Ablauf des Urheberrechts wird auch im Zusammenhang mit dem Markenrecht diskutiert. Vgl. *R. Gudermann*, Wem gehört die Mona Lisa?, in: Die Zeit vom 8. Januar 2004, Nr.3.

[690] Siehe: *E. Gerstenberg*, Fototechnik und Urheberrecht. Grenzfragen des Lichtbildschutzes, in: G. Herbst (Hrsg.), Festschrift für Rainer Klaka, 1987, 120 (126).

[691] BGH, GRUR 1975, S. 500 (503) – Schloß Tegel.

Grundstückseigentümer nach §§ 858 ff., 1004 BGB zustehende und auch durch §§ 823 Abs. 2, 123 StGB geschützte Hausrecht, den grundsätzlich gem. Art. 5 Abs. 1 GG frei zu gewährenden Zugang zum Kulturgut nur zu bestimmten Zwecken erlauben (so können etwa Archive den Zugang davon abhängig machen, dass ein nachweisbares, wissenschaftliches Interesse besteht) oder rechtswirksam von Bedingungen (wie etwa der Zahlung eines Entgelts oder etwa eines Abbildungsverbotes) abhängig machen.[692]

Über Hausrecht lässt sich kontrollieren, ob und wenn zu welchen Zwecken Abbildungen des verwahrten Kulturgutes angefertigt werden. Die Gewährung von Zugang kann unter die Bedingung gestellt werden, dass nicht fotografiert wird, beziehungsweise Abbildungen nur zu privaten nicht kommerziellen Zwecken getätigt werden. Diese Zugangsbedingung bedeutet, da die Rezeption und allgemeine freie Zugänglichkeit des verwahrten Kulturguts gewährleistet ist, keinen Eingriff in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 GG.[693]

Die abbildende Vervielfältigung lässt sich wohlgemerkt rechtswirksam nur insoweit kontrollieren, als der Zugang zum Kulturgut hierfür erforderlich ist und Hausrecht gilt. Kulturelle Äußerungen, die sich als körperliche Kulturgüter bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, können von dort aus abbildend vervielfältigt werden, ohne dass hierbei gegen hausrechtliche oder sonstige ordnungsrechtliche Benutzungsregeln des Sacheigentümers verstoßen wird, weil diese hier keine Wirkung entfalten.[694]

(c) Abbildungsverbot aus Vertrag

Wer Zugang zu verkörperten kulturellen Äußerungen, Kulturgütern, bekommt, schließt mit dem den Zugang Gewährenden regelmäßig zumindest konkludent einen Zugangsvertrag ab. Die hausrechtlich vorgegebenen Bedingungen sind, insoweit sie nicht gegen die §§ 242, 305 BGB verstoßen, rechtswirksamer Teil dieses Zugangsvertrages, sozusagen seine AGB. Insoweit das Hausrecht Abbildungen verbietet, beziehungsweise nur zu privaten (nicht kommerziellen) Zwecken gestattet, bedeutet jede Art der Abbildung (bzw. Abbildung zu kommerziellen Zwecken) einen Verstoß gegen den Zugangsvertrag und lässt sich schuldrechtlich sanktionieren.

(d) Abbildungsverbot aus Urheberrecht gem. § 72 i.V.m. 16 UrhG

Gedächtnisinstitutionen sind nicht und waren nie Inhaber von Urheberrechten verwahrter, beziehungsweise bewahrter verkörperter kultureller Äußerungen. Eine Untersagung von (digitalfotografischen) Abbildungen urheberrechtlich nicht

---

692 Vgl. BGH, GRUR 2006, 249 (250).

693 A. A. wohl *J. C. Gödan*, Zur rechtlichen Zulässigkeit besonderer Bedingungen für die Benutzung von Handschriftenbibliotheken, in: Bibliotheksdienst 28, 1994, 1638.

694 Für urheberrechtlich geschützte Werke gilt dasselbe. Insoweit macht § 59 UrhG (Werke an öffentlichen Plätzen) eine Ausnahme vom weitgehenden Urheberrechtsschutz.

mehr geschützten, mithin gemeinfreien Kulturguts, aus Urheberrecht kommt daher nicht in Betracht.

(2) Verwertungsverbote im Hinblick auf (digitalfotografische) Abbildungen des gemeinfreien Werkoriginals

Wie dargestellt, lassen sich Abbildungsverbote rechtswirksam nur gestützt auf Hausrecht (welches nur einen eingeschränkten Wirkungsbereich hat) installieren. Fraglich ist, inwieweit die Gedächtnisinstitutionen, wenn sie keine rechtswirksamen Abbildungsverbote aussprechen können, zumindest die kommerzielle Weiterverwertung (digitalfotografischer) Abbildungen körperlich verwahrter, gemeinfreier Werkoriginale untersagen können.

Fraglich ist außerdem, ob und inwieweit die Gedächtnisinstitutionen, wenn sie rechtswirksam Abbildungsverbote ausgesprochen haben, die Verwertung der entgegen dieser Verbote angefertigten Abbildungen untersagen können. Also etwa inwieweit sie, wenn sie eine Abbildung für den privaten Gebrauch gestattet haben, darüber hinausgehende Nutzungen (kommerzielle Bildverwertungen) untersagen, beziehungsweise von vorhergehender Gestattung und Zahlung einer entsprechenden Nutzungsgebühr abhängig machen können.

(a) Verwertungsverbot aus §§ 1004, 903 BGB „Recht am Bild der eigenen Sache“

Gegebenenfalls steht den Gedächtnisinstitutionen unabhängig von der Setzung eines rechtswirksamen Abbildungsverbotes ein direktes Verbietungsrecht im Hinblick auf die Verwertung von (digitalfotografischen) Abbildungen der eine Sache ausmachenden Kulturgüter gem. §§ 1004, 903 BGB zu. Für Gedächtnisinstitutionen kommt ein Verwertungsverbotsrecht gem. §§ 1004, 903 BGB nur insoweit in Betracht, insoweit sie Eigentümer und nicht nur sonstige Berechtigte an den kulturellen Äußerungen in ihrem Bestand sind. Ansonsten ist es vom Eigentümer geltend zu machen, beziehungsweise den Gedächtnisinstitutionen einzuräumen.

Der Eigentümer kann nur dann die Verwertung von Abbildungen seines Eigentums untersagen, wenn diese (die weitere Verwertung der Abbildungen) vom Eigentumsrecht an der Sache selbst umfasst wird. Fraglich ist, ob das sachenrechtliche Eigentumsrecht auch das Recht der Verwertung von Abbildungen der zu Eigentum gehörenden Sache erfasst.

Man könnte argumentieren, dass, weil es das natürliche Vorrecht des Eigentümers ist, den gewerblichen Nutzen, der aus seinem Eigentum gezogen werden kann für sich zu beanspruchen,[695] dann wenn sich (digitalfotografische) Abbildungen des Eigentums gewerblich nutzen lassen, weil etwa das Eigentum nur mit Erlaubnis zugänglich ist, diese Art der Nutzung ebenfalls dem (Sach-) Eigentümer vorbehalten ist.[696] Diese Argumentation verkennt jedoch den grundsätzlichen

---

[695] BGH, NJW 1975, 778 = GRUR 1975, 500 - Schloss Tegel

[696] So LG Potsdam, Az. 1 O 175/08 Sanssouci gestützt auf die Schloss Tegel Entscheidung des BGH, NJW 1975, 778 = GRUR 1975, 500 (503).

Unterschied zwischen dem Eigentum an einer körperlichen Sache und dem Urheberrecht als Immaterialgüterrecht. Beide haben eine unterschiedliche Schutzrichtung und einen verschiedenen Inhalt.

Auch für die Beantwortung der Frage, ob ein Verwertungsverbot aus Eigentum in Betracht kommt, ist (wie für die Beantwortung der Frage, ob ein Abbildungsverbot aus Eigentumsrecht in Betracht kommt s.o.) auf Begriff und Inhalt des Eigentums zurückzugehen. Die (tatsächliche und rechtliche) Sachherrschaft des Eigentümers über die konkrete Sache ist von der dem Urheber vorbehaltenen Werkverwertung in den Verwertungsformen der §§ 15 ff UrhG zu trennen. Die in der Materie zum Ausdruck gekommene Sachgestaltung, die nicht nur durch den Anblick des körperlichen Originals, sondern auch durch ein Abbild desselben vermittelbar und rezipierbar ist, wird vom Eigentumsrecht nicht erfasst.[697]

Die Verwertung von Abbildungen einer Sache greift in keiner Weise in das Recht des Eigentümers zum Besitz und zur Benutzung seiner Sache aus §§ 1004, 903 BGB ein. Die gewerbliche Nutzung seines Sacheigentums erfasst nicht die gewerbliche Nutzung des vom Sacheigentum nicht erfassten Eigentums am Immaterialgut, welches in der Sache verkörpert wird und sich durch Abbildung vervielfältigen lässt. Dieses unterfällt dem Urheberrechtseigentum und ist nach Ablauf des befristeten Rechtsschutz dergestalt gemeinfrei, dass nicht nur die Nachbildung sondern auch die Abbildung ebenso wenig einer Genehmigung bedarf, wie deren Verwertung. Der Sacheigentümer kann die Verwertung der Abbildung seines Eigentums nicht aus Eigentumsrechten untersagen. Er kann sie gegebenenfalls nur faktisch verhindern, beziehungsweise kann rechtlich schon eine Abbildung seines Sacheigentums gestützt auf Hausrecht untersagen. Ein Recht am Bild der eigenen Sache aus §§ 1004, 903 BGB (also des Sacheigentümers) ist mithin auch in Bezug auf die Verwertungsmöglichkeit von Abbildungen der eigenen Sache abzulehnen. Besteht weder rechtlich noch faktisch eine Möglichkeit, Abbildungen zu verhindern, dann lässt sich die weitergehende Verwertung jederzeit möglicher Abbildungen jedenfalls nicht gem. §§ 1004, 903 BGB untersagen.

(b) Verwertungsverbot aus Hausrecht

Möglicherweise kommt jedoch ein Verwertungsverbot aus Hausrecht in Betracht. Ein Verwertungsverbot aus Hausrecht kommt nur dort in Betracht, wo das Kulturgut zur Rezeption zugänglich gemacht werden muss und Hausrecht überhaupt Wirkung entfaltet. Hausrechtlich lässt sich nur der Zugang von Bedingungen abhängig machen. Etwa lässt sich hausrechtlich ein Abbildungsverbot setzen, oder erklären, dass Abbildungen nur zu bestimmten (nichtkommerziellen) Zwecken erlaubt sind und ansonsten einer ausdrücklichen Zustimmung und Genehmigung (einem ausdrücklichen Vertragsschluss) bedürfen. Nicht unmittelbar auf Hausrecht lässt sich hingegen das Verbot im Hinblick auf die (kommerzielle) Verwer-

---

[697] Siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.f)dd)(B)(III)(1)(a) Abbildungsverbot aus Eigentum.

tung von entgegen eines Abbildungsverbotes gefertigten Abbildungen des zugänglich Gemachten stützen.

Wird entgegen hausrechtlicher Bestimmungen eine Abbildung angefertigt, bedeutet diese Abbildung einen Verstoß gegen (auch strafrechtlich) geschütztes Hausrecht und lässt sich sanktionieren. Die weitere Verwertung der unrechtmäßig gefertigten Abbildungen hingegen stellt keinen direkten Verstoß gegen hausrechtliche Bestimmungen dar.

(c) Verwertungsverbot aus Vertrag

Vielmehr stellt sie einen Verstoß gegen den beim Zugang zumindest konkludent abgeschlossenen Zugangsvertrag dar. Durchsetzbar und einklagbar wird ein Verwertungsverbot im Hinblick auf Abbildungen der eigenen Sache erst aufgrund des beim Zugang zumindest konkludent geschlossenen Vertrages.

Denn die Verwertung von im Rahmen hausrechtlicher Bestimmungen angefertigter Abbildungen lässt sich nur vertraglich festlegen. Diesen Verwertungsvertrag bereitet das Hausrecht, indem es etwa vorsieht, dass Abbildungen zwar erlaubt sind, jedoch nur zu (privaten) nicht kommerziellen Zwecken, während Abbildungen zu kommerziellen Zwecken der Genehmigung bedürfen, vor. Gleichzeitig ist das Hausrecht Teil des beim Zugang konkludent abgeschlossenen Zugangsvertrages.

Wer Zugang zu einer in einer Sache verkörperten kulturellen Äußerung, die in fremden Eigentum steht, bekommt, schließt mit dem den Zugang gewährenden an der Sache Berechtigten ausdrücklich oder konkludent einen Zugangsvertrag (§§ 305 ff. BGB) ab. Der Zugang kann dabei gestützt auf Hausrecht von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden. Das Anfertigen von Abbildungen kann (etwa durch das Anbringen von Tafeln, die das Fotografieren und sonstige Abbilden verbieten) gestützt auf Hausrecht untersagt werden. Ebenso ist es möglich die Anfertigung von Abbildungen generell zuzulassen, jedoch auf nichtkommerzielle Zwecke zu beschränken, oder auch zu kommerziellen Zwecken zuzulassen, jedoch insoweit von einer vorherigen Zustimmung abhängig zu machen. Die Einzelheiten lassen sich z.B. in Richtlinien über den Zugang, durch Aushang oder Schilder kundtun. Es ist dabei nicht Sache des den Zugang gewährenden Berechtigten, den Besucher über die Zugangsbedingungen im Detail aufzuklären, sondern Sache des Besuchers, sich zu informieren. Die Zugangsbedingungen werden, insoweit sie rechtswirksam gesetzt werden können und einer Kontrolle nach den §§ 242, 305 ff. BGB standhalten, Bestandteil des durch den bei Zugang zumindest konkludent (durch den Zugang) abgeschlossenen Zugangsvertrages.

Zugangsbedingungen sind nur dann Bestandteil des Zugangsvertrages, wenn sie auch tatsächlich gesetzt werden. Ansonsten gilt das, was im Rahmen der sonstigen Gesetze zulässig ist. Abbildungen, die das im Kulturgut verkörperte Immaterialgut vervielfältigen, sind nach Ablauf von Urheberrechten ebenso zulässig, wie deren Verwertung.

Im Falle, dass kein (hausrechtlich gestütztes) Abbildungsverbot ausgesprochen wurde, beziehungsweise die Abbildung zwar zugelassen wird, aber nur insoweit sie privaten Zwecken dient und nicht der kommerziellen Verwertung, kann darin zwar keine Zustimmung zur gewerblichen Verwertung getätigter (digitalfotografischer) Abbildungen erblickt werden, diese ist indessen auch gar nicht notwendig, weil das natürliche Vorrecht des Sacheigentümers, den gewerblichen Nutzen aus seinem Sacheigentum zu ziehen, nicht beeinträchtigt wird.[698] Die Verwertung von Abbildungen einer Sache greift in keiner Weise in das Recht des Eigentümers zum Besitz und zur Benutzung seiner Sache aus §§ 1004, 903 BGB ein. Die gewerbliche Nutzung seines Sacheigentums erfasst nicht die gewerbliche Nutzung des vom Sacheigentum nicht erfassten Eigentum am Immaterialgut, welches in der Sache verkörpert wird und sich durch Abbildung vervielfältigen lässt. Dieses unterfällt dem Urheberrechtseigentum und ist nach Ablauf des befristeten Rechtsschutz dergestalt gemeinfrei, dass nicht nur die Nachbildung sondern auch die Abbildung ebenso wenig einer Genehmigung bedarf, wie deren Verwertung.

Wenn das Hausrecht eine Abbildung verbietet oder nur eingeschränkt zulässt, bedeutet jede gegen diese Bestimmungen angefertigte Abbildung nicht nur einen Verstoß gegen hausrechtliche Bestimmungen, sondern zugleich auch einen Bruch des beim Zugangs (zumindest konkludent) abgeschlossenen Vertrages, dessen Bestandteil das Hausrecht ist. Dieser bereits in der widerrechtlichen Abbildung liegende Vertragsbruch wird durch die weitergehende Verwertung der widerrechtlich angefertigten Abbildungen perpetuiert. Ein aus dem Vertragsbruch entstandener Schaden lässt sich schuldrechtlich geltend machen.

Der Zugangsvertrag wirkt wohlgemerkt nur zwischen den Vertragsparteien (inter partes). Ein (Unterlassungs-) Anspruch im Hinblick auf die kommerzielle Verwertung aus Vertrag besteht nur gegenüber dem Vertragspartner. Wenn ein Dritter (beispielsweise eine Bildagentur) den Vertragsbruch nicht initiiert (verleitet) hat, sondern durch die Verwertung der zu kommerziellen Zwecken gefertigten Abbildungen nur ausnutzt (und dadurch den Vertragsbruch perpetuiert), dann hat die Gedächtnisinstitution gegen den die Abbildungen verwertenden Dritten keine direkten Ansprüche. Jedoch kann sie auch den durch die weitergehende kommerzielle Verwendung der zu kommerziellen Zwecken gefertigten Fotografien durch einen Dritten entstandenen Schaden vom vertragsbrüchig gewordenen Vertragspartner, der die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs letztlich zu verantworten hat, einfordern. Dieser wird es somit wohlweislich unterlassen, vertragsbrüchig zu werden.

(d) Verwertungsverbot aus §§ 1, 3 UWG

Der Ausnutzung fremden Vertragsbruchs lässt sich ebenso wie einer Verleitung

---

[698] A. A. LG Potsdam, Az. 1 O 175/08 Sanssouci.

zum Vertragsbruch nur wettbewerbsrechtlich begegnen.[699] Voraussetzung für einen Anspruch auf Unterlassung der kommerziellen Verwertung aus Wettbewerbsrecht (etwa bei Verleitung oder Ausnutzung fremden Vertragsbruches) gemäß §§ 1, 3, 8 UWG ist unter anderem das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses gem. § 1 UWG und einer unlauteren, geschäftlichen Handlung gem. § 3 UWG.[700]

(e) Verwertungsverbot aus §§ 823,826 BGB

Gegebenenfalls lässt sich ein Verbot, (digitalfotografische) Abbildungen urheberrechtlich nicht mehr geschützter Werke zu verwerten, auch als Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gem. § 823 BGB durchsetzen. Voraussetzung ist, dass der Anspruchsteller selbst Abbildungen des in Frage stehenden Kulturguts gewerblich verwertet (beispielsweise Museen in Form von Postkarten, Bildbänden etc.) und dass diese Verwertung gezielt behindert wird (deliktisches Verwertungsverbot).[701]

(f) Verwertungsverbot aus §§ 15 ff. UrhG

In Bezug auf urheberrechtlich nicht (mehr) geschützte kulturelle Äußerungen (Werke) besteht keine (Urheber-) rechtliche Möglichkeit, die gewerbliche wie nicht gewerbliche Verwertung von Vervielfältigungen (Abbildungen oder Nachbildungen) zu untersagen. Erlaubterweise angefertigte Abbildungen oder Nachbildungen eines gemeinfreien Werkes lassen sich beliebig weiterverwerten. Eine Verwertung in den Formen von §§ 15 ff. UrhG setzt voraus, dass die Abbildungen ihrerseits Urheberrechtsschutz gem. § 72 UrhG genießen.[702]

(IV) Recht auf Abbildung ermöglichenden Zugang

Ob und unter welchen Bedingungen körperlich im Bestand von Gedächtnisinstitutionen befindliche, urheberrechtlich nicht (mehr) geschützte, also was das verkörperte Immaterialgut angeht sozusagen gemeinfreie,[703] kulturelle Äußerungen auch über digitale und vernetzte Medien als Abbildung kommuniziert werden können, liegt nach obigen Ausführungen in der alleinigen Entscheidungsmacht der be- bzw. verwahrenden Gedächtnisinstitutionen. Die Gedächtnisinstitutionen

---

699 Vgl. Keine Verleitung zum Vertragsbruch ohne Wettbewerbsverhältnis - OLG Brandenburg, Urteil vom 15.11.2005, Az.: 6 U 138/04.

700 Zu möglichen wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen *A. Beater*, Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien, JZ 1998, 1101 (1102 f.).

701 Zu Ansprüchen aus vorsätzlich sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB vgl. *H. Schack,* Kunst und Recht. Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht, 2009, Rdn. 206.

702 Zu den Voraussetzungen vgl. die Darstellung bei *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (175 f.).

703 Lediglich das Geistesgut wird gemeinfrei, nicht jedoch die materielle Verkörperung, die privatem Eigentum zugänglich ist! Vgl. *A. Beater*, Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien, JZ 1998, 1101 (1106).

können (über das Haus- und Vertragsrecht) das Ob und Wie der Anfertigung und Verwertung von (digitalfotografischen) Abbildungen ebenso kontrollieren, wie (aufgrund des an eigens angefertigten Abbildungen bestehenden urheberrechtlichen Leistungsschutzes gem. § 72 UrhG) die Anfertigung und Verwertung von Abbildungen eigens angefertigter Abbildungen. Sie haben dadurch faktisch eine Monopolstellung in Bezug auf die Verwertung von (digitalfotografischen) Abbildungen des verwahrten Bestandes. Diese ist vergleichbar mit der einem Urheberrechteinhaber durch Urheberrecht zustehenden Monopolstellung. Die urheberrechtliche Monopolstellung des Urheberrechteinhabers ist durch Urheberrechtsschranken eine eingeschränkte. Es ist fraglich, inwieweit sich auch die Monopolstellung des Be- bzw. Verwahrers (zumeist aber nicht unbedingt Eigentümers) und Hausrechteinhabers in Bezug auf körperliche, nicht mehr urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen einschränken lässt. Insbesondere ist im vorliegenden Zusammenhang fraglich, ob sich Gedächtnisinstitutionen ein Recht auf Zugang zum urheberrechtlich nicht mehr geschützten Bestand entgegenhalten lässt, dass dessen (digitalfotografisch) Abbildung mit der Intention der Verwertung der Abbildung erlaubt.

(1) Öffentliche Aufgabe

Es könnte sich gegebenenfalls um eine öffentliche Aufgabe der Gedächtnisinstitutionen handeln, diesen weitgehenden Zugang zu gewähren. Wenn Gedächtnisinstitutionen als Be- bzw. Verwahrer (und zumeist Eigentümer und nicht nur Leihnehmer und Besitzer) der körperlich in ihrem Bestand befindlichen kulturellen Äußerungen diese durch digitaltechnische Abbildung digitalisieren und die digitale Form verwerten, machen sie von ihren Eigentums- beziehungsweise (Leihbesitz-) Nutzungsrechten Gebrauch. Diese Rechte stehen Dritten, die weder Eigentümer noch Leihnehmer sind, nicht zu. Es gehört auch nicht zur öffentlichen Aufgabe Dritten diese Rechte einzuräumen. Die öffentliche Aufgabe erschöpft sich in der Gewährleistung von Zugang im Sinne von Rezeption der zu kommunizierenden kulturellen Äußerungen. Schon rechtlich können Gedächtnisinstitutionen nur in Bezug auf die im Eigentum stehenden Exponate Zugang verschaffen, der auch die (digitalfotografische) Abbildung und Weiterverwertung der Abbildungen erlaubt, nicht jedoch in Bezug auf die vielen Leihgaben, an denen den Gedächtnisinstitutionen selbst nur bestimmte (Besitz-) Rechte zustehen und in Bezug auf deren Verwahrung vertragliche Verpflichtungen gegenüber dem Leihgeber bestehen.

(2) Sozialbindung

Das Recht auf weitest gehenden Zugang könnte jedoch gegebenenfalls aufgrund der Sozialbindung des Eigentums bestehen und ließe sich dann Gedächtnisinstitutionen und Eigentümern (insofern diese auseinanderfallen) entgegenhalten. Aufgrund der Sozialbindung des Eigentums müssen bedeutsame kulturelle Äußerun-

gen zumindest wahrgenommen werden können. Weitergehende Zugangsrechte sind unter dem Gesichtspunkt der Sozialbindung des Eigentums, welches ohnehin allenfalls bei bedeutenden Kunstwerken besteht, jedoch abzulehnen. Die Verschaffung von Zugang im Sinne der Verschaffung der Möglichkeit weitergehender Nutzungen wie etwa der Vervielfältigung durch Abbildungen oder Nachbildungen sind aufgrund der Sozialbindung des Eigentums nicht angezeigt.

(3) Kartellrecht

Im Falle, dass eine Gedächtnisinstitution digitale Abbildungen ihres körperlichen Bestandes an kulturellen Äußerungen gewerblich verwertet, ohne anderen die Möglichkeit hierzu zu geben, könnte jedoch ein kartellrechtlicher Anspruch auf Abbildungen ermöglichenden Zugang geltend gemacht werden. Kartellrechtlich ist nach der Magill-Entscheidung des EuGH ein *marktbeherrschendes Unternehmen* i.S.d. Art. 86 EGV verpflichtet, *Wettbewerbern* Zugang zu *wesentlichen Einrichtungen* einzuräumen.[704] Voraussetzung für den kartellrechtlichen Anspruch ist zunächst, dass die Gedächtnisinstitution, der er entgegengehalten wird, Abbildungen der Sache, zu der Zugang im Sinne der Abbildungsmöglichkeit begehrt wird, überhaupt gewerblich verwertet. Mit dem kartellrechtlichen Anspruch wird eine Einschränkung der sich aus Eigentum oder Leihbesitzrecht zusammen mit Haus- und Vertragsrecht ergebenden Monopolstellung in Bezug auf Abbildungen ermöglichen Zugang verlangt. Für den kartellrechtlichen Anspruch spielt es keine Rolle, aus welchen Gesichtspunkten der begehrte Zugang nicht möglich ist. Er müsste sich, insoweit aus urheberrechtlichen Gründen Abbildungen bei als Werk zu qualifizierenden Sachen, die urheberrechtlich geschützt sind, nicht möglich sind, also auch dem Urheberrechteinhaber entgegenhalten lassen können, insofern dieser von seinen Verwertungsrechten überhaupt Gebrauch macht und Abbildungen verwertet. Was abgebildet werden soll ist letztlich das im Körper zum Ausdruck gekommene Immaterialgut. Die Möglichkeit, immaterielle Güter gewerblich zu nutzen, steht und fällt mit der Monopolstellung. Die Monopolstellung an einem Immaterialgut lässt sich daher zwar aus sozialpolitischen Erwägungen dahingehend einschränken, dass Rezeption möglich sein muss, nicht jedoch aus kartellrechtlichen Erwägungen dahingehend, dass Abbildungen für eine gewerbliche Verwertung ermöglichender Zugang möglich sein muss. Auch kartellrechtlich lässt sich ein Anspruch auf Abbildungen ermöglichenden und deren Verwertung erlaubenden Zugang zu verkörperten kulturellen Äußerungen, die in fremdem Eigentum stehen oder/und die urheberrechtlich geschützt sind, nicht gewinnen.

(V) Einschränkung der Gemeinfreiheit durch Haus- und Zugangsvertragsrechtlich gesetzte Abbildungs- und Verwertungsverbote

Die Gemeinfreiheit (im Sinne der Abbildungs- und Verwertungsfreiheit) einer

[704] EuGH EuZW 1995, 339 – Magill.

immateriellen kulturellen Äußerung lässt sich im Hinblick auf verkörperte kulturelle Äußerungen, zu denen sich der Zugang hausrechtlich (beziehungsweise vertraglich gestützt auf Hausrecht) von Bedingungen abhängig machen lässt, nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich beschränken.[705] Die Gedächtnisinstitutionen haben dann, wenn sie faktisch den Zugang zu von ihnen verwahrten, verkörperten kulturellen Äußerungen beschränken können, die Möglichkeit, den Zugang auch rechtlich zu beschränken und von Bedingungen abhängig zu machen.[706] Öffentlich-rechtlich getragene Gedächtnisinstitutionen können die Abbildungs- und Verwertungsfreiheit in Bezug auf kulturelle Äußerungen jedoch nur insoweit einschränken, als die Einschränkung nicht ihren Aufgaben widerspricht und auch keinen Eingriff in die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 GG bedeutet. So verstößt etwa eine Beschränkung der Abbildungs- und Verwertungsfreiheit auf nicht kommerzielle Zwecke gestützt auf Haus- und Vertragsrecht nicht gegen die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 GG, denn die kulturellen Äußerungen bleiben als Informationsquelle frei zugänglich.

Da sich durch Haus- und Vertragsrecht die Vervielfältigung durch Abbildung (etwa digitalfotografisch) kontrollieren lässt und zudem eigens angefertigte Abbildungen von 2D Vorlagen gegebenenfalls, von 3D Vorlagen auf jeden Fall, urheberrechtlichen Leistungsschutz gem. § 72 UrhG genießen, besteht hinsichtlich des Ob und Wie der Kommunikation von Abbildungen verkörperter kulturelle Äußerungen selbst dann ein Verwertungsmonopol, wenn die verkörperte kulturelle Äußerung keinen Urheberrechtsschutz mehr genießt, sondern nur noch Sacheigentum besteht, das die Verwertungsformen in den §§ 15 ff. UrhG nicht erfasst.

Gedächtnisinstitutionen haben ein sich hieraus ergebendes, kommerzielles Verwertungsmonopol im Hinblick auf (digital-) fotografische Abbildungen der von ihnen verwahrten, verkörperten kulturellen Äußerungen inne. Nur sie selbst können bei haus- und vertragsrechtlicher Beschränkung des Zugangs, dahingehend dass (digitalfotografische) Abbildungen des zugänglich gemachten Bestandes zu kommerziellen Zwecken nicht angefertigt werden dürfen, (digitalfotografi-

---

[705] Hingegen ist die Anfertigung von (digitalfotografischen) Abbildungen gemeinfreier kultureller Äußerungen und deren Verwertung dann, wenn diese frei zugänglich sind und die Anfertigung der Abbildungen somit ohne Eingriff in Hausrechte oder Privatsphäre Dritter möglich ist, grundsätzlich zulässig. Wenn der Zugang zu einer verkörperten kulturellen Äußerung (als Sache) i.S. der Betrachtung und damit die Möglichkeit der Abbildung jedem frei steht, ohne dass es eine rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit gibt diesen Zugang i.S. der freien Betrachtungsmöglichkeit zu unterbinden, ist es zulässig (digitalfotografische) Abbildungen anzufertigen und ebenso zulässig diese (ihren urheberrechtlichen Schutz vorausgesetzt) in den Formen der §§ 15 ff. UrhG zu verwerten. Auch als Werke zu qualifizierende kulturelle Äußerungen, die noch Urheberrechtsschutz genießen, können gem. § 59 UrhG, insofern sie sich in verkörperter Form „bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen befinden“ zustimmungsfrei abgebildet und die Abbildungen zustimmungsfrei (auch gewerblich!) verwertet werden.

[706] Kulturelle Äußerungen, die sich schon tatsächlich nicht vor Abbildungen schützen lassen, lassen sich auch nicht rechtswirksam vor Abbildungen und vor der Verwertung von Abbildungen schützen!

sche) Abbildungen der von ihnen verwahrten kulturellen Äußerungen zu kommerziellen Zwecken anfertigen (lassen) und diese (Urheberrechtsschutz gem. § 72 UrhG vorausgesetzt) in den Formen von §§ 15 ff. UrhG verwerten.

Die Monopolstellung ergibt sich jedoch nicht aus §§ 1004, 903 BGB, denn es gibt kein Recht am Bild der eigenen Sache,[707] sondern sie ergibt sich aus der haus- und vertragsrechtliche Zugangs- und Rezeptionsbeschränkungen ermöglichenden Sachherrschaft gekoppelt mit urheberrechtlichem Leistungsschutz gem. § 72 UrhG an eigens angefertigten (bzw. in Auftrag gegebenen) Abbildungen. Nach Ablauf der zeitlich befristeten, ein Verwertungsmonopol einräumenden Urheberrechte am Original, haben Gedächtnisinstitutionen ein weitergehendes Verwertungsmonopol im Hinblick auf Abbildungen der von ihnen verwahrten Originale (welche eine kulturelle Äußerung verkörpern) inne und können die Anfertigung und Verwertung von Abbildungen an dem durch sie verwahrten, körperlichen Bestand kultureller Äußerungen durch Haus- und Vertragsrecht ebenso kontrollieren, wie aufgrund des an eigens angefertigten (bzw. in Auftrag gegebenen) Abbildungen bestehenden, urheberrechtlichen Leistungsschutzes gem. § 72 UrhG die Anfertigung und Verwertung von Abbildungen gem. § 72 UrhG geschützter Abbildungen.

Die umstrittene Frage, ob Reproduktionsabbildungen gemeinfreier Kulturgüter Urheberrechtsschutz nach § 72 UrhG zukommen kann, ist losgelöst von dieser Einsicht zu beantworten.[708] Wenn originalgetreuen (digitalfotografischen) Abbildungen von 2D wie 3D Vorlagen ein Leistungsschutz gem. § 72 UrhG zukommt, dann handelt es sich hierbei um einen vom Urheberrechtsschutz der Vorlage abzugrenzenden Schutz an einem neuen Schutzgegenstand.[709] Geschützt wird die Abbildungsleistung. Dass mit der Abbildung der Verkörperung gleichzeitig die immaterielle kulturelle Äußerung abgebildet wird und Verwertungen über den Schutz an der Abbildung kontrollierbar sind, ändern nichts daran, dass der Urheberechtsschutz an der abgebildeten Verkörperung einer kulturellen Äußerung abgelaufen ist und diese mithin gemeinfrei geworden ist. Durch die Zuerkennung von urheberrechtlichem Leistungsschutz für Abbildungen gem. § 72 UrhG wird nicht erneut eine Monopolstellung im Hinblick auf die immaterielle kulturelle Äußerung, deren Monopolstellung begründender urheberrechtlicher Schutz abgelaufen ist, geschaffen und damit eine Einschränkung der Gemeinfreiheit bewirkt, sondern diese ist vor allem eine Folge der auf Sachherrschaft basierenden, haus-

---

[707] Siehe auch: *E. Euler*, Recht am Bild der eigenen Sache? Wie frei sind gemeinfreie Kulturgüter?, in: AfP 2009, 459.

[708] So aber *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (207), sowie die Diskussion im Internet ausgehend von *K. Graf,* Urheberrecht: Schutz der Reproduktionsfotografie?, in: Kunstchronik, 2008, 206.

[709] Das bemerkt richtigerweise auch *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (208).

und vertragsrechtlichen Beschränkungsmöglichkeit des Zugangs zur verkörperten kulturellen Äußerung.[710]

Wer den Zugang zu einer verkörperten kulturellen Äußerung beschränken kann, kann hierdurch ausschließen, dass Dritte eine nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes an sich zulässige Vervielfältigung durch Abbildung oder Nachbildung anfertigen können. Hierdurch wird eine Monopolstellung geschaffen, die in ihrer Wirkung der aus Urheberrechten resultierenden Monopolstellung gleichkommt, die aber nicht mit dieser gleichgesetzt werden darf.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Gemeinfreiheit im Sinne der Abbildungsfreiheit von verkörperten kulturellen Äußerungen nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes am Original nicht dadurch garantieren, dass man den urheberrechtlichen Leistungsschutz gem. § 72 UrhG für Reproduktionsabbildungen von 2D-Vorlagen generell ausschließt. Dadurch würde nur verhindert, dass eine Monopolstellung an einem neuen Schutzgegenstand entsteht, und damit zugleich die Verwertungsfreiheit von Abbildungen des ursprünglichen Schutzgegenstandes faktisch ausgehebelt. Die Negierung des Urheberrechtsschutzes für Abbildungen etwa in Form von Reproduktionsfotografien von 2D-Vorlagen (z.B. durch teleologische Reduktion des § 72 UrhG) würde bei Beschränkung des Zugangs zur „gemeinfreien" verkörperten kulturellen Äußerung Abbildungsfreiheit nur in den Fällen garantieren, in denen schon eine Abbildung existiert, die öffentlich verbreitet wird. Existiert noch keine Abbildung ist indessen zu bezweifeln, dass bei Negierung des urheberrechtlichen Leistungsschutzes allein aus altruistischen Motiven Reproduktionsabbildungen, insoweit sie technisch aufwendig und kostenin-

---

[710] Der Urheberrechtsschutz betrifft das verkörperte Immaterialgut, die kulturelle Äußerung an sich. Dieser lebt nach Ablauf weder im Falle der Reproduktionsabbildung einer 3D noch im Falle einer 2D Vorlage wieder auf. Das Schutzrecht aus § 72 UrhG im Hinblick auf (Reproduktions-) Abbildungen gibt immer nur eine zusätzliche Verwertungsmöglichkeit. Die (Reproduktions-) Abbildungen sind nicht von einem möglicherweise am Original noch bestehendem Urheberrechtsschutz umfasst (so aber *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (209)), sondern bedürfen als Vervielfältigung oder Bearbeitung gem. § 16 UrhG der Zustimmung des Urheberrechteinhabers am Original. Die Zuerkennung von Leistungsschutz gem. § 72 UrhG umgeht nicht den Ablauf des Urheberrechtsschutzes in Bezug auf das abgebildete Immaterialgut. Die Umgehung liegt in einer nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes die eigentlich mögliche Anfertigung von Reproduktionen verhindernden Sachherrschaft begründet und nicht in der Gewährung von Lichtbildschutz! Dieser ist im übrigen gem. § 72 Abs. 3 UrhG auf fünfzig Jahre zeitlich befristet. Wobei auch die weitergehende Umgehung dieser Schutzfrist nicht in der Zuerkennung von Lichtbildschutz für weitere (Reproduktions-) Abbildungen begründet liegt, sondern in der weiterhin bestehenden faktischen Möglichkeit, die Anfertigung von (Reproduktions-) Abbildungen verhindern zu können. So aber der BGH, GRUR 1990, 669 (673), der irrig feststellt, der Lichtbildschutz würde ewig laufen, wenn man auch der Abbildung von der Abbildung einen Schutz gem. § 72 UrhG zuerkennen würde und daher den Lichtbildschutz auf „Urbilder" beschränken möchte. Eine neue Abbildung verlängert jedoch nicht einen bestehenden Schutz, sondern schafft stets einen neuen (wenn auch mit dem Original identischen) Schutzgegenstand. Eine faktische Schutzrechtsverlängerung besteht nur dann und wenn abbildende Reproduktionen sich aufgrund von Sachherrschaft verhindern lassen und liegt in dieser Verhinderungsmöglichkeit begründet!

tensiv sind, zur weiteren Kommunikation überhaupt angefertigt werden, wo die ungeschützte Leistung ja von jedermann übernommen werden kann.[711] Zudem ist nicht einleuchtend, wieso die (im Bestehen von Leistungsschutz nach § 72 UrhG gesehene) Einschränkung der Gemeinfreiheit im Fall von dreidimensionalen Kulturgütern hinzunehmen ist.[712]

Ob die nach dem gefundenen Ergebnis zulässige, gängige Praxis der Gedächtnisinstitutionen, nach dem Muster urheberrechtlicher Lizenzen Entgelte für die Verwendung der Abbilder von ihnen verwahrter, gemeinfreier Kulturgüter zu verlangen, gesellschaftspolitisch wünschenswert ist, oder ob nicht vielmehr den Gedächtnisinstitutionen anzuraten ist, ihre strengen Zugangsregeln gegen eine offene „Open-Access" Politik einzutauschen, ist eine andere Frage. Längst ist es kein Geheimnis mehr, dass eine offene Vermittlungspolitik sich nicht zu Lasten eigener kommerzieller Verwertungsformen auswirkt, sondern im Gegenteil diese sogar fördert. So hat es sich etwa im Verlagswesen gezeigt, dass die Vermittlung von Schriftgut über das Internet die Absatzzahlen von gedruckten Werken sogar erhöht hat.

Müssen sich die Gedächtnisinstitutionen davor schützen, dass Dritte (digitale oder analoge) Abbildungen der von ihnen verwahrten, gemeinfreien Kulturgüter (sei es auch kommerziell) verwerten? Insoweit sie selbst dies nicht tun, wirkt die Vermittlung von Abbildungen gemeinfreier Kulturgüter (auch die kommerzielle!)

---

[711] Entspricht der Allmendeproblematik (Trittbrettfahrerproblematik), also der Problematik, dass alle nur konsumieren, aber nicht selbst beitragen wollen. Diese soll durch den urheberrechtlichen Schutz welcher den vordergründig bestehenden Anreiz zum bloßen Konsum bestehender Werke einen Anreiz zur Schaffung neuer Werke geben soll. Siehe hierzu: *E. Euler/T. Dreier*, Creative Commons – iCommons und die Allmendeproblematiken, in: D. Bourcier/M. Dulong de Rosnay (Hrsg.), International Commons at the Digital Age. La Création en partage, 2004, 155 (162).

[712] So aber *F. Stang,* Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: ZGE/IPJ 2009, 167 (207) mit der nicht ganz schlüssigen Begründung, dass Abbildungen dreidimensionaler Kunstwerke das Original nicht in der Weise zu substituieren vermögen, wie dies bei Reproduktionen zweidimensionaler Werke der Fall sei und gemessen am eigentlichen Verwertungsgegenstand auch keine echte Umgehung der urheberrechtlichen Schutzfrist drohen würde. Diese droht m.E. auch nicht bei Reproduktionsabbildungen von 2D Vorlagen, denn der eigentliche Verwertungsgegenstand ist auch bei 2D Originalen nicht immer eine Reproduktion. Schon gedanklich trifft diese Annahme nur zu, wenn es sich bei der 2D Vorlage um ein Werk handelt, das erst durch Verkörperung auf einem Wiedergabemedium rezipierbar wird. Also etwa die digitale Aufnahme als Ausdruck auf Fotopapier, der eine Reproduktion darstellt. Eine alte Handschrift hingegen lässt sich sowohl als Original, als auch als davon zu unterscheidende Abbildung bzw. Reproduktion verwerten. Verwertungsgegenstand ist in beiden Fällen nicht die Reproduktion, sondern das im Werk steckende (im jeweiligen Medium rezipierbar gemachte) Immaterialgut. Während hieran der Urheberrechtsschutz nach siebzig Jahren abläuft, kann einem es abbildendem Lichtbild unabhängig von einem bestehenden Urheberrechtsschutz hieran (der durch erstmalige Verkörperung überhaupt erst entsteht und zu laufen beginnt) ein fünfzigjähriger Leistungsschutz gem. § 72 UrhG zukommen. Abbildungen können das Original, außer im Falle sie sind mit diesem identisch (dann Nachbildung und nicht nur in andere Medien übertragene Abbildung), nicht substituieren!

als kostenlose, werbende Multiplikation, weckt Interesse und kann helfen, Besucherzahlen zu erhöhen. Wo gemeinfreie Kulturgüter im Depot schlummern, würde das (sei es auch kommerzielle) Angebot Dritter helfen, die Zugänglichkeit zumindest durch abbildende Rezeption zu ermöglichen. Wenn (weil die Gedächtnisinstitutionen selbst Abbildungen der verwahrten, gemeinfreien Kulturgüter verwerten) eine Konkurrenzsituation entsteht, führt diese Konkurrenzsituation nicht zwangsweise zu einer Verschlechterung in Bezug auf die eigenen Verwertungsmöglichkeiten. Der Verbraucher beziehungsweise Rezipient kann dann selbst entscheiden, ob er bei den Gedächtnisinstitutionen (beziehungsweise ihren Vertretungen wie z.B. dem Bildarchiv Stiftung Preußischer Kulturbesitz) selbst die Abbildungen (für die weitere Verwendung oder bloße Rezeption) erwerben möchte, oder bei einem Konkurrenten, der unter Wahrung von haus- und vertragsrechtlichen Bindungen in Absprache mit den Gedächtnisinstitutionen Abbildungen für die kommerzielle Verwertung angefertigt hat. Der Markt regelt über die Nachfrage und das (und die Qualität des) Angebot(es) den Preis für die Abbildungen. Auch andere Marktmodelle kommen in Frage. Eine Öffnung der strengen Zugangsregeln könnte etwa so aussehen, dass die Gedächtnisinstitutionen die Anfertigung von Abbildungen im Allgemeinen (d.h. wenn nicht etwa konservatorische Gesichtspunkte dagegen sprechen) erlauben, allerdings unter der Einschränkung, dass ihnen, insofern Rechte gem. § 72 UrhG an den Abbildungen entstehen, diese als einfache Rechte zur eigenen Verwertung eingeräumt werden. Besteht trotz bei Übertragung einfacher Rechte indizierter Konkurrenzsituation ein Anreiz zur Anfertigung von Abbildungen, sparen sich die Gedächtnisinstitutionen Kosten und Aufwand für diese. Gerade für kleine Gedächtnisinstitutionen, die keine Mittel für die Anfertigung hochwertiger und gegen Entgelt lizenzierbarer Reproduktionsfotografien haben, eine lohnenswerte Überlegung.

Für die Gedächtnisinstitutionen kann es ein Gewinn sein, die faktische Monopolstellung in Bezug auf die Abbildungsmöglichkeit und ergo Verwertungsmöglichkeit der Abbildungen von ihnen verwahrter kultureller Güter aufzugeben. Jedenfalls aber wäre es ein Gewinn für die Allgemeinheit.

Gedächtnisinstitutionen sind dem Allgemeininteresse an einem bestmöglichen Funktionieren des kulturellen Gedächtnisses verpflichtet. Ihre Aufgabe beschränkt einerseits als „Schranken-Schranke“ den Umfang der haus- und vertragsrechtlich setzbaren Zugangs- und Rezeptionsbeschränkungen[713] und verpflichtet andererseits zu möglichst weitgehender Kommunikation der verwahrten kulturellen Äußerungen, sodass nicht zu befürchten ist, dass die Gedächtnisinstitutionen ihre Monopolstellung missbrauchen könnten, indem sie etwa die Kommunikation des Bestandes kultureller Äußerungen weder selbst in neuen Verwertungsformen (etwa durch abbildende Digitalisierung auch über digitale und ver-

[713] So muss der Bestand von öffentlich-rechtlichen Gedächtnisinstitutionen als Informationsquelle aufgrund von der Informationsfreiheitsgarantie des Art. 5 GG frei zugänglich sein!

netzte Medien) betreiben, noch durch Dritte zulassen. Solange und soweit berechtigte eigene Interessen der Gedächtnisinstitutionen bei der Verwertung des verwahrten Bestandes kultureller Äußerungen gewahrt sind, ist es eine öffentliche Aufgabe der Gedächtnisinstitutionen die weitest gehende Kommunikation des verwahrten Bestandes zu erreichen, auch wenn hierfür die Hilfestellung Dritter erforderlich sein sollte. Wo sich etwa umfangreiche Digitalisierungsprojekte nicht allein aus eigenen Mitteln finanzieren lassen, ist an öffentlich-private Partnerschaften (sogenannte Public Private Partnerships) zu denken.[714]

ee) Bestandsvermittlung über Portallösungen – Vernetzung der Gedächtnisinstitutionen

Die Gedächtnisinstitutionen nutzen die digitalen und vernetzten Medien, um ihre Bestände zu vernetzten und über gemeinsame Einstiegsseiten (sogenannte Portale) zugänglich zu machen. In Deutschland ist das größte, aus Eigeninitiative der Institutionen hervorgegangene derartige Projekt, das BAM Portal, ein Portal zu den verschiedenen Bibliotheken (B), Archiven (A) und Museen (M) in Deutschland.[715]

Das größte, staatliche nationale Projekt ist die Deutsche Digitale Bibliothek (DDB),[716] die anders als der Name erwarten lässt, keine eigenständige Institution, also eine Institution mit eigenem Bestand darstellt, sondern als Einstiegsseite im Internet den Zugang zu den digitalen Inhalten der in Deutschland vorhandenen Gedächtnisinstitutionen ermöglicht. Die DDB ist das nationale Zugangsportal zu dem interdisziplinären Netzwerk der vielfältigen Informationssysteme (Datenbanken, Server und Portale) der verschiedenen Kultur- und Wissenschaftseinrichtungen in Deutschland. Im Regelfall wird alles, was über die DDB zugänglich ist, lokal vorgehalten und verantwortet. Lediglich Auszüge der lokalen Daten werden zentral vorgehalten, um ein effektives Suchen zu ermöglichen.[717] Es handelt sich bei der Vernetzung um eine Bildungseinrichtung,[718] die den Zugang zu kulturellen Äußerungen erleichtert.

Die DDB ist eingebettet in das europäische Projekt „Europeana“, ein Portal, über das Museen, Archive und Bibliotheken der EU-Mitgliedstaaten, sowie sonstige kulturelle Einrichtungen, ihre digitalisierten Bestände digital zugäng-

---

[714] So hat etwa hat die Bayrische Staatsbibliothek (BSB) einen Vertrag mit Google über die Digitalisierung des körperlichen Bestandes geschlossen.

[715] http://www.bam-portal.de/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[716] Siehe: http://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[717] Zur Architektur der DDB siehe: Fraunhofer Institut Intelligente Analyse- und Informationssysteme, Auf dem Weg zur Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB), Studie erstellt im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien, 2008, 45.

[718] Zu den Begriffen siehe 1. Kapitel D. Die gemeinsame gesellschaftliche Funktion von Gedächtnisinstitutionen besteht darin, dass sie systematisch und dauerhaft einen Bestand kultureller Äußerungen von besonderem Wert als Quellen und Zeugnisse menschlicher Geschichte und Entwicklung aufbauen, diesen erhalten und für die Allgemeinheit zugänglich machen. Das unterscheidet sie von verwandten Bildungs- und Informationseinrichtungen, deren Tätigkeit auf die kurz- oder mittelfristige Vermittlung kultureller Äußerungen ausgerichtet ist und die dabei auf den Bestand der Gedächtnisinstitutionen zurückgreifen.

lich machen.[719] Die europäische digitale Bibliothek „Europeana“ hieß zunächst „European Digital Library“ (EDL)[720] und geht hervor aus dem Projekt „The European Digital Library“ (TEL), welches eine länderübergreifende Suche in den Katalogen der teilnehmen Bibliotheken ermöglicht. Dieses Projekt geht zurück auf eine Initiative des Präsidenten der französischen Nationalbibliothek, Jean-Noel Jeanneney, der damit ein Zeichen gegen das kommerzielle Buchdigitalisierungsprojekt von Google setzen wollte. Die Europeana ist eines der herausragenden Projekte im Rahmen der Initiative i2010, der Gesamtstrategie der Kommission zur Förderung der digitalen Wirtschaft. Diese hat sich die Schaffung eines modernen, pro-kompetitiven und konsumentenfreundlichen Gesetzesrahmens für einen einheitlichen Markt kreativer Online-Inhalte zum Ziel gesetzt.[721] Die Anknüpfung an wirtschaftliche Belange ist, weil eine wirtschaftliche Basis die Gefahr birgt, dass die kulturpolitische Bedeutung des Unterfangens zugunsten von dessen wirtschaftlicher Bedeutung in den Hintergrund tritt, eher unglücklich,[722] besser wäre es gewesen, die Maßnahme als Unterstützung grenzüberschreitender kultureller Belange durchzuführen, für die eine direkte ausdrückliche Kompetenz besteht.[723]

(A) Vermittlungshandlungen der einzelnen Gedächtnisinstitutionen im Netzwerk

Innerhalb des Netzwerkes hat die einzelne Gedächtnisinstitution keine weitergehenden Vermittlungsoptionen, als außerhalb. Es stellt sich jedoch die Frage, ob

---

[719] „Es ist unser Ziel, eine echte Europäische Digitale Bibliothek aufzubauen, ein mehrsprachiges Zugangsportal zu den digitalisierten kulturellen Ressourcen Europas“, erklärte Viviane Reding, zum damaligen Zeitpunkt EU-Kommissarin für Informationsgesellschaft und Medien. „Mit einer solchen Europäischen Digitalen Bibliothek können zum Beispiel finnische Bürger digitalisierte Bücher und Bilder aus Bibliotheken, Archiven und Museen in Spanien leichter finden, während ein niederländischer Bürger Online auf historisches Filmmaterial aus Ungarn zugreifen kann.“ Viviane Reding, Vorwort in der Broschüre „i2010 – Digital Libraries, Office for Official Publications of the European Communities, 2006.

[720] Der geänderte Name soll in Anknüpfung an die „Bibliotheca Alexandrina“ die Intention das gesamte verfügbare Wissen Europas zugänglich zu machen verdeutlichen.

[721] – Weitergehende Informationen (Geschichte und Hintergrund) der Digital Library Initiative unter: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_de.htm (Letzter Abruf: 12. März 2010); zu den speziell urheberrechtlichen Problemen und Optionen, die über das digitale kulturelle Erbe freilich hinaus gehen siehe das Reflection Paper der DG INFSO/DG MARKT, Creative Content in a European Digital Single Market – Challenges for the Future; Netzpublikation siehe Anhang.

[722] So laufen auch das Urheberrecht betreffende gesetzgeberische Akte in Europa aufgrund dessen, dass die Regelungskompetenz Europas eine wirtschaftliche Basis hat, immer Gefahr die kulturpolitische Bedeutung des Urheberrechts zugunsten von dessen wirtschaftlicher Bedeutung in den Hintergrund treten zu lassen und sich weitgehend unreflektiert am System der gewerblichen Schutzrechte zu orientieren.

[723] Nunmehr in Art. 6 lit c des Vertrages über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEU).

die Vermittlung kultureller Äußerungen über eine gemeinsame Einstiegsseite eine gesteigerte Nutzung darstellt, für die hinsichtlich der urheberrechtlich geschützten kulturelle Äußerungen besondere Nutzungsrechte einzuholen sind.

In Bezug auf selbst erzeugte kulturelle Äußerungen oder Digitalisate urheberrechtsfreier kultureller Äußerungen an denen eigene Leistungsschutzrechte bestehen, besitzt die Gedächtnisinstitution umfassende Rechte und kann diese über das Netzwerk ebenso vermitteln wie über die eigene Seite.

In Bezug auf fremde, urheberrechtlich geschützte Inhalte benötigt sie für die Vermittlung über digitale und vernetzte Medien die Zustimmung der Urheberrechteinhaber zur öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG. Besitzt die einzelne Gedächtnisinstitution in Bezug auf die kulturelle Äußerung, die sie über das Netzwerk vermitteln möchte, das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, dann kann sie diese entweder über eine eigene Zugangsseite oder aber über eine gemeinsame Zugangsseite eines Portals zugänglich machen. Das Recht aus § 19a UrhG ist per se kein eingeschränktes Recht, sondern erfasst den gesamten Bereich der öffentlichen Zugänglichmachung. Solange nicht lizenzvertraglich gegenteiliges bestimmt ist,[724] sind keine über § 19a UrhG hinausgehenden Rechte für die öffentliche Zugänglichmachung innerhalb eines Netzwerkes erforderlich.[725]

Gleiches gilt für die schrankenbasierte, öffentliche Zugänglichmachung. Liegen die Voraussetzungen für die öffentliche Zugänglichmachung etwa gem. § 52a UrhG vor, so ist diese unabhängig davon, ob der Einstieg über ein gemeinsames Zugangsportal oder die eigene Seite erfolgt ist, zulässig. Es ist jedoch eine Frage der technischen Möglichkeiten, inwieweit sich sicherstellen lässt, dass bei einem Einstieg über eine Portalseite nur die durch § 52a UrhG privilegierten Gruppen den Zugang zu den kulturellen Äußerungen bekommen.

In der Regel sind daher über eine gemeinsame Einstiegsseite nur diejenigen kulturellen Äußerungen zugänglich, für welche die einzelne Gedächtnisinstitution die umfassenden Rechte besitzt. Weitere sind unter bestimmten Voraussetzungen (nach Anmeldung) geschlossenen Benutzergruppen nur über die eigene Seite zugänglich. Dies bedeutet, dass über eine gemeinsame Einstiegsseite, wie etwa die

---

[724] Vertragsrechtlich lässt sich gem. §§ 31 ff. der Umfang des Rechts zur öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG einschränken.

[725] Auch nicht das Recht zur Vervielfältigung gem. § 16 UrhG. Der urheberrechtlich relevante Akt liegt bei der Zurverfügungstellung zum Abruf über ein Portal in der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG. Die kulturelle Äußerung wird erst beim Abruf vervielfältigt und die Vervielfältigungshandlung von § 19a UrhG mit umfasst. Anders etwa bei Online-Videorekordern, bei denen die Nutzer auf einer Internetplattform einzelne Programmteile nach ihrer Wahl aufnehmen und auf einem ihnen vom Anbieter zur Verfügung gestellten Speicherplatz ablegen können. Hier liegt der urheberrechtlich relevante Akt in der Vervielfältigung gem. § 16 UrhG, indem auf Aufforderung des Nutzers eine Kopie auf dem Server des Diensteanbieters bereit gestellt wird. Siehe: *T. Dreier*, in: ders./ G. Schulze, UrhG, 2008, § 19a Rdn. 10.

DDB, diejenigen kulturellen Äußerungen, welche eine über die Seite vernetzte Gedächtnisinstitution vorhält, für die sie aber nur das Recht besitzt, sie einer bestimmten geschlossenen Nutzergruppe öffentlich über das Internet zugänglich zu machen, nur dieser geschlossenen Nutzergruppe zugänglich sind und allen anderen Nutzern nicht.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei räumlich beschränkten Rechten. Das Internet ist ein globales Medium und die öffentliche Zugänglichmachung über das Internet ist somit immer eine globale. Nur insoweit der Zugang auf bestimmte Nutzergruppen beschränkt ist und vorheriger Anmeldung bedarf, lässt sich auch die Räumlichkeit kontrollieren. Über Einstiegsseiten, die gerade einen grenzüberschreitenden Zweck verfolgen, können Gedächtnisinstitutionen die kulturellen Äußerungen, für die sie nur räumlich eingeschränkte Rechte besitzen, nicht uneingeschränkt zugänglich machen. So können etwa über die Europeana, diejenigen kulturellen Äußerungen, für die eine über die Seite vernetzte Gedächtnisinstitution nur ein räumlich beschränktes Recht der öffentlichen Zugänglichmachung besitzt, nur beschränkt öffentlich zugänglich gemacht werden.[726] Es ist fraglich, ob die sogenannten Geo-Sperren, die nach dem Zugriff eines Rechners unterscheiden, hier eine geeignete Lösung darstellen.[727]

(B) Vermittlungshandlungen des Portalbetreibers des gemeinsamen Netzwerks

Bei den gängigen Vernetzungen über Portallösungen stellt das gemeinsame Portal nur die gemeinsame Einstiegsseite dar und verbessert so die Auffindbarkeit einzelner kultureller Äußerungen, die dezentral vorgehalten werden und abgerufen werden können. Der Portalbetreiber benötigt für den Verweis auf das dezentrale Angebot keine eigenen Rechte für die Zugänglichmachung, es sei denn, dass die Äüßerungen ausnahmsweise auf dem eigenen Server vorgehalten werden sollen. Dann benötigt der Portalbetreiber zunächst das Recht, die Inhalte auf den eigenen Server laden zu dürfen, also das Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG, sowie das Recht, die auf den eigenen Server geladenen Inhalte zum Download anbieten zu können, also das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG.

---

[726] So etwa die „Nationallizenzen“, die einen Zugang zu digitalen Publikationen im DFG System der überregionalen Literaturversorgung der teilnehmenden Institutionen ermöglich, jedoch beschränkt auf Deutschland und bestimmte Nutzergruppen. Siehe zu den DFG Nationallizenzen und den teilnehmenden Institutionen: http://www.nationallizenzen.de/ (Letzter Abruf: 10. April 2010).

[727] Auf Geo-Targeting basierende Sperren unterscheiden den Zugriff eines Rechners nach dessen IP-Adresse. Bestimmte lokale IP-Adressen lassen sich so aussperren. Zur Wirksamkeit und rechtlichen Bewertung der Umgehung von Geo-Sperren. Zur Problematik siehe: *S. Mittsdörfer/U. Guttfleisch*, „Geo-Sperren“ – wenn Videoportale ausländische Nutzer sperren. Eine urheberrechtliche Betrachtung, in: MMR 2009, 731.

Macht der Portalbetreiber kulturelle Äußerungen nur durch Verweis, also durch Hyperlinking zugänglich,[728] so ist die Art der Verlinkung entscheidend dafür, ob er eigene Rechte benötigt oder nicht.

Zu unterscheiden sind technisch der „Surface Link“, der „Deep Link“, der „Inline Link“ und die sogenannten „Frames“.[729]

Beim Surface Link wird eine Verbindung zu einer anderen Seite im Internet hergestellt. Betätigt der Internetnutzer den Surface Link, wird er für ihn erkennbar zu einer fremden Hauptseite weitergeleitet. Dort muss er den gesuchten Inhalt über die Hauptseite finden. Das heißt, dass wer bei der DDB eine kulturelle Äußerung findet, die ihn interessiert, die dort aber nur verlinkt ist, über den Surface Link nicht direkt die gesuchte kulturelle Äußerung aufrufen kann, sondern bei der Gedächtnisinstitution landet, die diese vorhält. Hier kann er, vorausgesetzt, dass die Gedächtnisinstitution die Rechte zur öffentlichen Zugänglichmachung besitzt, bzw. der Internetnutzer zu einer privilegierten Gruppe etwa gem. § 52a UrhG gehört, die kulturelle Äußerung aufrufen. Für das Setzen eines Surface Links benötigt der Portalbetreiber weder das Einverständnis des Providers, der die verlinkte Seite betreibt, noch eigene Rechte an der kulturellen Äußerung, die er auffindbar, aber nicht öffentlich zugänglich macht.

Beim Deep Link wird der Internetnutzer an der Hauptseite vorbeigeleitet und direkt zu dem gesuchten Inhalt weitergeleitet. Das heißt, dass wer über ein gemeinsames Portal wie etwa die DDB eine kulturelle Äußerung von Interesse findet, die dort durch einen Deep Link verlinkt ist, bei Betätigung des Links direkt die gesuchte kulturelle Äußerung aufrufen kann und nicht erst auf der Hauptseite der verlinkten Institution erneut aufsuchen muss. Beim Deep Link betätigt der Internetnutzer den Link und es ist ihm anhand der Adresszeile im Browserfenster (der Uniform Resource Locator „URL“) erkennbar, bei welchem Anbieter er sich gerade befindet. Für das Setzen eines Deep Links benötigt der Portalbetreiber zwar das Einverständnis des Providers, der die verlinkte Seite betreibt, jedoch grundsätzlich ebenfalls keine eigenen Rechte an der kulturellen Äußerung, die er auffindbar, aber nicht öffentlich zugänglich macht.

Beim Inline Link wird der Internetnutzer automatisch, ohne bewusste Betätigung eines externen Links, zu dem gesuchten Inhalt, beziehungsweise der Hauptseite, wo dieser zu finden ist, weitergeleitet. Dabei ist dem Internetnutzer in der Regel nicht erkennbar, dass er auf eine andere Angebotsseite umgeleitet wird. Durch den automatischen Seitenaufbau wird der Eindruck erweckt, der fremde

---

[728] Hyperlinks geben einen Hinweis auf Inhalte fremder Webseiten und bieten zugleich die technische Möglichkeit, eine direkte Verbindung zu dieser Webseite herzustellen. Sie wirken wie Fußnoten und stören den Textfluss nicht. Zugleich beinhalten sie ein umfassendes Nachschlagewerk.

[729] Zu unterscheiden ist zudem die urheberrechtliche Relevanz des Linking von der Verantwortlichkeit des Link-Providers für die verlinkten Inhalte beziehungsweise die Frage nach der Haftungsbeschränkung nach §§ 9-11 TDG.

Inhalt sei Inhalt der Seiten des Verlinkenden. Der Frame des Verlinkenden wird genutzt. Das heißt, dass wer über ein gemeinsames Portal wie etwa die DDB eine kulturelle Äußerung findet, die ihn interessiert, direkt und automatisch dorthin geleitet wird, ohne erkennen zu können, dass er die Seite der DDB verlässt. Für das Setzen eines Inline Links benötigt der Portalbetreiber nicht nur das Einverständnis des Providers, der die verlinkte Seite betreibt, sondern auch eigene Rechte an der kulturellen Äußerung, die er nicht nur auffindbar, sondern auch öffentlich zugänglich macht.[730]

Dasselbe gilt erst recht für das Framing, bei dem eine kulturelle Äußerung aus ihrem ursprünglichen Kontext herausgelöst und ohne Menü-, Adress- und Symbolleiste in einen neuen Zusammenhang gebracht wird.

E. Analyse der gegebenen Regelungsmöglichkeiten

Nach Darstellung des Status quo der materiellen und rechtlichen Gedächtnisinfrastruktur in Deutschland wird in diesem Teil der Arbeit dargestellt, welche Möglichkeiten im Hinblick auf das intendierte Ziel, die rechtliche Gedächtnisinfrastruktur so zu verändern, dass die Gedächtnisinstitutionen auch im digitalen Umfeld ihren Aufgaben nachkommen können, bestehen. Damit die Gedächtnisinstitutionen ihren Aufgaben auch im digitalen Umfeld adäquat nachkommen können und das Kulturelle Gedächtnis auch über digitale und vernetzte Medien funktioniert, müssen (1.) die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen und (2.) die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen innerhalb derer diese agieren, in Bezug auf die herausgearbeiteten Problemfelder entsprechend geändert werden.

Es müssen einerseits die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen an die Gedächtnisinstitutionen den klaren Auftrag stellen, die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen auch über digitale und vernetzte Medien dauerhaft zu gewährleisten, sowie andererseits die ordnungspolitischen Rechtsrahmenbedingungen, innerhalb derer die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland agieren, so umgestaltet werden, dass diese ihrem rechtlichen Auftrag überhaupt nachkommen können.

I. Regelungsmöglichkeiten in Bezug auf die Tätigkeitsgrundlagen

Die Tätigkeitsgrundlagen der verschiedenen Gedächtnisinstitutionen in Deutsch-

---

[730] Während durch das Setzen eines Deep Link allein ein fremdes Werk noch nicht im Sinne von § 19a UrhG zugänglich gemacht wird, weil der Link erst betätigt werden muss und durch das Setzen allein der verlinkte Inhalt noch nicht automatisch abgerufen und übertragen wird, wird beim Setzen eines Inline Link der Tatbestand der öffentlichen Zugänglichmachung, der auch den Akt der Übermittlung des durch das Bereithalten zum Abruf öffentlich zugänglich gemachten Werkes umfasst, berührt. Zumindest aber wird der durch das mit dem Setzen des Inline Links verbundenen Abruf und die Übertragung eines Werkes ein unbenanntes Verwertungsrecht nach § 15 Abs. 2 berührt. Siehe auch *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 19a Rdn. 6.

land sind im Organisationsakt (Gesetz, Verordnung, Satzung, Beschluss, Vertrag etc.) der jeweiligen Institution enthalten.[731] Sie ermöglichen den Gedächtnisinstitutionen die Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien nur bei entsprechender Aufgabenzuweisung.

Zuständig für die Änderung der Tätigkeitsgrundlagen ist je nach Ausgestaltung der Gedächtnisinstitution (öffentlich-rechtlich oder privat) der Gesetzgeber oder sonstige private Träger. Bei der Abfassung der Tätigkeitsgrundlagen hat der jeweils zuständige Regelungsgeber einen weiten Spielraum. Die Regelungen müssen mit dem Aufgabengebiet, welches durch institutionelle Aufteilung der Kommunikation aller institutionellen Äußerungen beschränkt wird, in Zusammenhang stehen und dürfen dieses nicht unzulässig erweitern beziehungsweise einschränken. Zugleich macht es keinen Sinn, Aufgaben vorzusehen, deren Erfüllung aufgrund entgegenstehenden, höherrangigen Rechts nicht möglich ist.[732]

Die Tätigkeitsgrundlagen so umzugestalten, dass die Gedächtnisinstitutionen auch im digitalen Umfeld adäquat ihre Aufgaben erfüllen können, ist um ein vielfaches einfacher, als die Umgestaltung der die Tätigkeit von Gedächtnisinstitutionen betreffenden, rechtlichen Rahmenbedingungen, insoweit durch das Urheberrecht nicht primär die Tätigkeit der Gedächtnisinstitutionen geregelt wird, und bei Änderung der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen daher auch andere Bereiche betroffen sind.

II. Regelungsmöglichkeiten in Bezug auf die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen

Das Urheberrecht wird gemäß Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG in ausschließlicher Zuständigkeit durch den Bundesgesetzgeber geregelt. Dieser hat jedoch bestimmte Vorgaben zu beachten.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Nationale Gesetzgebung muss sich im Rahmen des nationalen Verfassungsrechts halten. Gesetzliche Schrankenbestimmungen vom Urheberrecht müssen die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Eigentumsschutz beachten, denn urheberrechtliche Verwertungsrechte werden durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.[733] Je-

---

[731] Für die Deutsche Nationalbibliothek als Gedächtnisinstitution des Bundes etwa im DNBG.

[732] So verstößt etwa die Sammlung von kulturellen Äußerungen mittels flächigem Web-Harvesting gegen geltendes Urheberrecht und ist damit unzulässig. Hierzu ausführlich: *E. Euler*, Web-Harvesting versus Urheberrecht. Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht, in: CR 2008, 64. Das Gesetz zur deutschen Nationalbibliothek (DNBG) ist, insoweit es das flächige Web-Harvesting vorsieht, einschränkend auf das zulässige zielgerichtete Web-Harvesting auszulegen.

[733] Urheberrecht als Teil von Art. 14 Abs. 1 GG: BVerfG 31, 229 (241) – Schulbuchprivileg; 31, 248 (252) - Bibliotheksgroschen; 79, 1 (26 f.), Zum Thema Urheberrecht als Eigentum gem. Art. 14 siehe auch: H. Möller, Art. 14 GG und das „geistige Eigentum“, in: JurPC 2002, Web-Dok. 225/2992, Abs. 1-58.

doch steht es dem Gesetzgeber unter Beachtung der Institutsgarantie[734] frei, den Inhalt des Eigentums für die Zukunft neu zu ordnen.[735] Somit obliegt dem Gesetzgeber die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Schutzumfanges, welchen die grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Ergebnisse einer schöpferischen Leistung an den Urheber im Rahmen der privatrechtlichen Normierung gewährt. Hierbei hat der Gesetzgeber eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherzustellen, welche den Interessen aller Beteiligten Rechnung trägt. Zu berücksichtigen ist bei der Ausgestaltung des Urheberrechts insbesondere der diesem inhärente kulturelle Imperativ, welcher in dem zyklischen Schöpfungskreislauf kultureller Äußerungen die Funktionsbedingung des Urheberrechts erblickt.[736] Zwar belegen ökonomische Analysen die positiven Wirkungen des Schutzes von Werken auf die Schaffung neuer Werke (Anreizfunktion) und es wird in dem Maße, in dem Verbotsrechte an immateriellen Gütern geschaffen werden, auch die Schaffung künftiger Werke gefördert, jedoch darf urheberrechtlicher Werkschutz nicht so weit gehen, dass die Verbreitung bestehender und mittelbar auch die Erzeugung neuer kultureller Äußerungen gehemmt wird.[737]

2. Relevante internationale und europäische Vorgaben

Urheberrecht ist trotz aller transnationalen Bezüge immer nationales Recht.[738] Zuständig für die Regelung in Bezug auf die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen ist grundsätzlich der nationale Urheberrechtsgesetzgeber. Jedoch wirken die internationalen Konventionen mit Prinzipien, wie dem der Inländerbehandlung, nicht nur von außen auf den Rechtsstatus der Urheber, sondern sie beeinflussen zusammen mit den europäischen Richtlinien auch die Abfassung des nationalen Rechts. Das nationale Urheberrecht wird durch internationale Verträge und europäische Richtlinien beeinflusst. Diese enthalten Schutzuntergrenzen (Minimal-

---

[734] *O. Depenheuer*, in: H. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar, Art. 14 Rdn. 91.

[735] BVerfG 31, 275 (284 ff) – Bearbeiter-Urheberrechte; BVerfG 36, 281 (293) – Patentanmeldung; BVerfG 58, 300 (351) – Naßauskiesung; BVerfG 71, 137 (143); BVerfG 78, 58 (75).

[736] *M. Senftleben*, Der Kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: M. Weller/N. B. Kemle/T. Dreier/P. M. Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Baden-Baden 2010.

[737] Ein gewisser Schutz des Verwerters hat positive Wirkungen, ein übermäßiger Schutz jedoch geht zulasten der Allgemeinheit. Zunächst führt ein Zuviel an Schutz stets zu einem Zuwenig an Wettbewerb. Folge fehlenden Wettbewerbs ist, dass Produkte zu teuer werden oder neue Geschäftsmodelle nicht angeboten werden. Werden sie angeboten, so kann ein Zuviel an Schutz zu Restriktionen etwa hinsichtlich des Zugangs zu Inhalten führen etc. siehe mit Nachweisen: *R. M. Hilty,* Sündenbock Urheberrecht?, in: D. Klippel/A. Ohly (Hrsg.) Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 107 (115).

[738] Es gilt das Territorialitätsprinzip: Jede staatliche Gesetzgebung kann Wirkung zunächst nur für das eigene Staatsgebiet erzeugen. Siehe im Einzelnen *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, Einl. Rdnr. 42 f. Jeder Urheber eines Mitgliedstaates multilateraler internationaler Konventionen besitzt Urheberrechtsschutz nicht nur in dem Staat, in dem er sein Werk geschaffen hat, sondern automatisch auch in sämtlichen anderen Mitgliedstaaten. Insoweit wird von einem „Bündel nationaler Urheberrechte“ gesprochen.

schutz, den jeder Mitgliedstaat vorzusehen hat) und Schutzobergrenzen (indem die vorgesehenen Schutzvoraussetzungen für bestimmte Werke nicht herabgesenkt werden dürfen, was in harmonisierten Urheberrechtsmärkten wie Europa zu Wettbewerbsverschränkungen führen würde)[739] und beschränken hierdurch die Regelungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers.

Multilaterale Instrumente wie die Berner Konvention, das TRIPS-Übereinkommen und der WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) machen Vorgaben für die Ausübung der nationalen Urheberrechtsgesetzkompetenzen und verdrängen damit die inhaltliche Freiheit des nationalen Urheberrechtsgesetzgebers. Europäische Mitgliedstaaten sind zudem den Harmonisierungsmaßnahmen im Bereich des Urheberrechts durch den Europäischen Gesetzgeber verpflichtet.

Das erste und damit älteste internationale Urheberrechtsabkommen ist die *revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ)*.[740] Deutschland zählt zu den Verbandsstaaten. Als Mitgliedsland der Berner Union hat Deutschland die Vorgaben der RBÜ verbindlich anerkannt.

Ebenso hat Deutschland den durch die RBÜ gewährten Schutz vervollständigenden *WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT)* unterzeichnet.[741] Dieser wurde auch durch die Europäische Union unterzeichnet und ist mithin auch für Deutschland als Mitglied der Europäischen Union verbindlich.

Neben der RBÜ gehört das *Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights kurz TRIPS)* zu den bedeutendsten, internationalen Urheberrechtsabkommen.[742] Es stellt eines der wichtigsten, multilateralen, internationalen Abkommen dar. Deutschland ist Mitglied, ebenso die Europäische Union. In Deutschland ist das Abkommen am 01.01.1995 in Kraft getreten.[743]

Der nationale Gesetzgeber hat sich als Gesetzgeber in Europa an die europäischen Vorgaben zu halten. Der Urheberrechtsgesetzgeber eines Mitgliedstaates der europäischen Union, also auch der deutsche, hat insgesamt acht das Urheberrecht des Binnenmarktes harmonisierende Richtlinien zu beachten.[744]

---

739 *H. Schack,* Europäisches Urheberrecht im Werden, in: ZEuP 2000, 799 (807).

740 Die Übereinkunft wurde vervollständigt in Paris 1896, revidiert in Berlin 1908, vervollständigt in Bern 1914, revidiert in Rom 1928, revidiert in Brüssel 1948, revidiert in Stockholm 1967 und nochmals revidiert in Paris 1971. Zu den Nachweisen der Vervollständigung und Revisionen siehe *P. Katzenberger,* in: G. Schricker, Urheberrecht, § 73 Rdnr. 21.

741 Auslöser für die Ausarbeitung der WIPO Verträge WCT und WPPT war, dass die Berner Übereinkunft nicht mehr revidiert worden ist. Zudem sollte der internationale Schutz verwandter Schutzrechte vervollständigt werden, der nach wie vor auf dem aus dem Jahre 1961 stammenden Rom-Abkommen beruhte.

742 TRIPS, BGBl. II 1994, 1565 (engl.) und 1730 (dt).

743 Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, in: BGBl. II 1995, 456.

744 Computerprogramme-Richtlinie, 1991 (aktualisierte Fassung: Computerprogramme-Richtlinie, 2009); Vermieten und Verleihen-Richtlinie, 1992; Satellit und Kabel-Richtlinie, 1993; Schutzdauer-

Die Richtlinien als Harmonisierungsmaßnahmen beabsichtigen keine umfassende Regelung des Urheberrechts. Aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes,[745] wonach die EU harmonisierend nur dann tätig werden darf, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaate nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können,[746] kann sie harmonisierend nur diejenigen Bereiche des Urheberrechts regeln, in denen die nationalen Unterschiede das Funktionieren des Binnenmarktes bedrohen. Tatsächlich regeln die Richtlinien jedoch die meisten Fragen des Urheberrechts umfassend. Eine umfassende Regelung des Urheberrechts lässt sich nach dem Vertrag von Lissabon gegebenenfalls auf Art. 118 AEUV, der erstmalig eine explizite Zuständigkeit für die umfassende Regelung des Gebietes des Geistigen Eigentums begründet, stützen. Ob und in welchem Umfang daneben Harmonisierungsmaßnahmen getroffen werden können, ist fraglich.[747]

Die Berner Konvention und alle nachfolgenden Revisionen der Berner Konvention, das TRIPS-Übereinkommen von 1994 und der WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) von 1996 enthalten einen materiellen Mindeststandard des Schutzes, sowie die generelle Verpflichtung, den Unionsangehörigen Inländerbehandlung zu gewähren. Die Berner Konvention und verwandte multilaterale Verträge verpflichten zur Anwendung des Mindeststandards nur im Hinblick auf ausländische Werke. Kein Mitglied ist verpflichtet, seinen eigenen Urhebern den Mindestschutz zu gewähren. Die Richtlinien des europäischen Gesetzgebers im Bereich des Urheberrechts[748] verlangen hingegen eine Harmonisierung der materiellen Vorschriften der EU-Mitgliedstaaten sowohl im Hinblick auf das nationale Recht für Inländer, als auch im Hinblick auf die Behandlung von Ausländern.

Durch die für den deutschen Urheberrechtsgesetzgeber verbindlichen Vorgaben aus den genannten multilateralen, internationalen Abkommen und europäischen Richtlinien, hat dieser einen nur sehr eingeschränkten Regelungsspielraum, der im Folgenden herauszuarbeiten ist.

Richtlinie, 1993; Datenbanken-Richtlinie, 1996; Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001; Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerkes-Richtlinie, 2001; Rechtsdurchsetzung-Richtlinie, 2004.

[745] Siehe Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag, auf den Art. 352 AEU verweist.

[746] *J. Schwarze*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Kultur, in: ders./J. Becker (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, 1998, 125 (145).

[747] Hierzu siehe 2. Kapitel E.II.2.b).

[748] Computerprogramme-Richtlinie, 1991 (aktualisierte Fassung: Computerprogramme, 2009); Vermieten und Verleihen-Richtlinie, 1992; Satellit und Kabel-Richtlinie, 1993; Schutzdauer-Richtlinie, 1993; Datenbanken-Richtlinie, 1996; Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001; Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerkes-Richtlinie, 2001; Rechtsdurchsetzung-Richtlinie, 2004.

a) Verbleibende Spielräume

Die multilateralen Verträge und europäischen Richtlinien regeln *Gegenstände* und *Umfang* (Schutzunter- und Schutzobergrenze) des Urheberrechtsschutzes bereits sehr detailliert. Dennoch verbleiben dem nationalen Gesetzgeber gewisse Spielräume, die im Folgenden dargestellt werden.

aa) Urheberschaft und Inhaberschaft am Urheberrecht

Wesentliche Lücken bleiben in den Verträgen insbesondere im Hinblick auf die *Inhaberschaft am Urheberrecht* und *Urheberschaft* bestehen.[749] Auch die EU-Richtlinien tolerieren Unterschiede der nationalen Gesetze bei der Regelung des Urheberrechtsstatus der originären Urheberschaft und Rechteinhaberschaft. Beispielsweise überlassen es die Computerprogramme-Richtlinie[750] und die Datenbanken-Richtlinie[751] dem nationalen Gesetzgeber, darüber zu bestimmen, ob der Urheber eine juristische ebenso wie eine natürliche Person sein kann.[752] Bezüglich der originären Rechteinhaberschaft erlauben die Computerprogramme-Richtlinie, die Schutzdauer-Richtlinie[753] und die Datenbanken-Richtlinie den Mitgliedsländern, welche die originäre Inhaberschaft an Kollektivwerken (ein Begriff, den die Richtlinien nicht definieren) zugunsten von juristischen Personen vorsehen, dies auch weiterhin zu tun.[754]

bb) Schutzgegenstände

Bezüglich der *Schutzgegenstände* des Urheberrechts wird zwar durch die RBÜ kein Originalitätsstandard festgelegt und nationale Abweichungen scheinen zulässig, jedoch schließen das TRIPS-Übereinkommen und der WCT diese Lücke wenigstens teilweise, indem sie für Computerprogramme und Datenbanken den Standard einer „geistigen Schöpfung“ festlegen. In Europa gilt der durch die Computerprogramme-Richtlinie und Datenbanken-Richtlinie festgelegte Standard der „eigenen geistigen Schöpfung“,[755] welcher nicht nur für Computerprogramme und Datenbanken Gültigkeit besitzt, sondern auf alle urheberrechtlich geschützten Werke zu verallgemeinern ist.

Es steht dem nationalen Gesetzgeber jedoch frei, einen Schutz kritischer und wissenschaftlicher Ausgaben vorzusehen. Auch sonstige, nach nationalem Recht

---

[749] *J. C. Ginsburg,* Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, in: GRUR Int. 2000, 97 (104).

[750] Computerprogramme-Richtlinie, 2001.

[751] Datenbanken-Richtlinie, 1996.

[752] Vgl. Art. 2 Abs. 1 Computerprogramme-Richtlinie, 1991, und Art. 4 Abs. 1 Datenbanken-Richtlinie, 1996.

[753] Schutzdauer-Richtlinie, 1992.

[754] *J. C. Ginsburg,* Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, in: GRUR Int. 2000, 97 (106).

[755] Siehe Art. 1 Abs. 3 Computerprogramme-Richtlinie, 1991; sowie Art. 3 Abs. 1 Datenbanken-Richtlinie, 1996.

bestehende, verwandte Schutzrechte, wie etwa der in Deutschland geltende Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG, werden weder in den multilateralen, internationalen Verträgen, noch in den europäischen Richtlinien geregelt.

cc) Schutzdauer

Zu den Schranken, denen das Urheberrecht im Interesse der Allgemeinheit unterliegt, gehört auch die Befristung seines Schutzes. Bezüglich der *Schutzdauer* ist in Europa, und damit in Deutschland, die Schutzdauer-Richtlinie entscheidend.[756] Diese verpflichtet dazu eine Schutzfrist von 70 Jahren bis nach dem Tod des Urhebers vorzusehen. Die Schutzdauer der verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern, Filmhersteller und Sendeunternehmen beträgt zwingend 50 Jahre, die für Herausgeber nachgelassener Werke 25 Jahre.[757] Auch die Anknüpfungspunkte für die Schutzfristberechnung in Europa sind durch die Schutzdauer-Richtlinie harmonisiert worden. Schafft der nationale Gesetzgeber einen Schutz kritischer und wissenschaftlicher Ausgaben, so darf dieser Schutz nur für höchstens 30 Jahre ab der ersten Veröffentlichung vorgesehen werden.

Die europäische Harmonisierung in Bezug auf die Schutzdauer ist jedoch nicht ganz vollständig und es bleibt Raum für nationale Regelungen. So geht die Schutzdauer-Richtlinie davon aus, dass die Bestimmungen der Mitgliedstaaten zur Regelung der Urheberpersönlichkeitsrechte unberührt bleiben.[758] Regelungen zu Inhalt sowie Dauer des Namensnennungsrechts und des Rechts auf Werkintegrität sind daher dem nationalen Urheberrechtsgesetzgeber überlassen.

Da die Schutzfähigkeit der verwandten Schutzrechte (wie etwa der in Deutschland geltende Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG) in den multilateralen, internationalen Verträgen und europäischen Richtlinien nicht geregelt wird, wird auch die Schutzdauer verwandter Schutzrechte nicht geregelt und obliegt daher der Regelung durch den nationalen Gesetzgeber.

dd) Urheberrechte und Ausnahmen

Im Hinblick auf den Umfang der *Rechte und Ausnahmen vom Schutz* wird durch die Kombination der europäischen Richtlinien ein Regelungszustand erreicht, der fast alle Rechte und Ausnahmen erfasst[759] und zudem auch für diesen Bereich den Dreistufentest verbindlich vorschreibt.

Während die Richtlinien zunächst nur Einzelvorschriften über zustimmungsbedürftige Handlungen und Ausnahmen hiervon bezüglich spezieller Schutzgegenstände oder Rechte enthielten, stützt sich die Richtlinie zur Informationsgesell-

---

[756] Schutzdauer-Richtlinie 2006.

[757] Siehe im Einzelnen *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § Vor §§ 64 ff. UrhG Rdn. 16 ff.

[758] Siehe Art. 9 sowie Erwägungsgrund 21 Schutzdauer-Richtlinie 1993.

[759] *J. C. Ginsburg,* Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, in: GRUR Int. 2000, 97 ff., S. 101.

schaft auf den WCT und enthält demgemäß eine Regelung fast aller Urheberrechtsbefugnisse. Indem die Richtlinie, neben einigen zwingend vorzusehenden Schrankenbestimmungen, die optional vorsehbaren Schrankenbestimmungen, zumindest in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe, in Art. 5 abschließend aufzählt,[760] enthält sie diesbezüglich eine vermeintlich endgültige Regelung.

Die Regelung des Umfangs des Urheberrechtsschutzes durch den nationalen Gesetzgeber wird dadurch, dass bestimmte Urheberrechtsbefugnisse zwingend vorzusehen sind und die Regelung bis ins Detail vorbestimmt ist (so z.B. das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung oder das Verbreitungsrecht), stark eingeschränkt.

Zugleich wird dadurch, dass die Richtlinie zur Informationsgesellschaft dazu verpflichtet, bestimmte Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen vorzusehen, durch die europäischen Richtlinien eine Obergrenze des Urheberrechtsschutzes geschaffen. Dadurch, dass nicht alle in der Richtlinie vorgesehenen Schranken verbindlich umzusetzen sind, können die Mitgliedstaaten durch Umsetzung der optionalen Schrankenbestimmungen die Obergrenze des Schutzumfanges unterschiedlich stark absenken, jedoch müssen sie dabei die durch die multilateralen, internationalen Verträge und die europäischen Richtlinien vorgesehene Untergrenze des Schutzes beachten.

Selbst in dem stark eingeschränkten Bereich des nationalen Gesetzgebers müssen von diesem geschaffene, urheberrechtliche Schrankenbestimmungen dem so genannten „Dreistufentest“ standhalten. Dieser ist schon aus internationalen Verträgen verbindlich und wird durch die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie auch für die durch die Richtlinie zugelassenen Schranken festgeschrieben.[761]

Der Dreistufentest verlangt von den nationalen Gesetzgebern die Einhaltung einer Reihe von restriktiven Bedingungen, wenn sie zum Zwecke der Privilegierung gewisser Werknutzungen Schranken für das Urheberrecht einführen wollen. Gemäß dem Dreistufentest müssen urheberrechtliche Schrankenbestimmungen „bestimmte Sonderfälle“ (1. Stufe) regeln, in denen „die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird“ (2. Stufe) und „die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden“ (3. Stufe).

---

[760] A.A. *Reto M. Hilty,* Sündenbock Urheberrecht?, in: D. Klippel/A. Ohly (Hrsg.) Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 107, (141 FN 91), der sich auf Erwägungsgrund 32 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001, beruft, wonach „Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe … in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt“ werden. Hieraus zieht Hilty den Umkehrschluss, dass die Aufzählung für andere Bereiche (etwa das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) nicht abschließend ist.

[761] Der Dreistufentest ist in den internationalen Harmonisierungs-Abkommen wie in Art. 13 TRIPS der Welthandelsorganisation (WTO) sowie in Art. 9 Abs. 2 und außerdem in Artikel 5 Abs. 5 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001, festgeschrieben.

Prüft man die drei Stufen nacheinander und versteht man unter „normaler Verwertung“ jegliche künftig denkbare Art der wirtschaftlich relevanten Nutzung, so ist die Prüfung zumeist schon auf der zweiten Stufe zu Ende. Es bleibt kaum Spielraum für den nationalen Gesetzgeber bestehende urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte aus kulturellen Gründen einzuschränken, denn das Allgemeininteresses an der Wahrung des Kulturellen Gedächtnisses findet erst bei der Interessenabwägung innerhalb der Prüfung der dritten Stufe Berücksichtigung.

Jedoch lässt sich der Dreistufentest auch so auslegen, dass man die Interessenabwägung gleich von Anbeginn in einer Gesamtabwägung mit berücksichtigt.[762] Jedenfalls sind die Bestimmungen des Dreistufentests so auszulegen, dass die im Interesse der Allgemeinheit oder bestimmter Nutzergruppen (z.B. der Wissenschaft oder der Bildung) bestehenden Schrankenregelungen nicht in Frage gestellt werden, denn eines der entscheidenden Probleme des Dreistufentests besteht darin, dass sich dieser nicht nur an den nationalen Gesetzgeber richtet, sondern auch an die Judikative.[763] So sind einige nationale Gerichte in Europa bereits dazu übergegangen, bestehende nationale Schranken im Lichte des Dreistufentests auszulegen.[764] Dies impliziert die Gefahr, dass im Interesse der Allgemeinheit oder bestimmter Nutzergruppen (z.B. der Wissenschaft oder der Bildung) bestehende Schrankenregelungen in Frage gestellt werden. Die Anforderungen des Dreistufentests sind so auszulegen, dass die Gefahr einer Privatisierung des Schrankenbestandes über den Dreistufentest im Verbund mit technischen Schutzmaßnahmen und vertraglichen Vereinbarungen gebannt wird.[765]

So ausgelegt, dass der Test einen sinnvollen, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Abwägungsvorgang unterstützt,[766] dient die erste Teststufe als Eintritts-

---

[762] Mit dieser Intention die „Declaration. A balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Cpoyright Law.”

[763] Der Dreistufentest ist zwar in erster Linie eine Gestaltungsanordnung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber in Bezug auf die im Einzelnen zu konkretisierenden Schranken des Urheberrechts. Jedoch ist er nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch „entscheidender Maßstab für die Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes“ (BGHZ 141, 13-40; NJW 1999, 1953 (1959) – Kopienversanddienst). Seine Geltung ist damit auch bei der Anwendung des Urheberrechtsgesetzes im Einzelfall gewährleistet.

[764] So ist der Dreistufentest nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs „entscheidender Maßstab für die Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes“ und nicht nur Gestaltungsanordnung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber. BGHZ 141, 13-40; NJW 1999,1953 (1959) – Kopienversanddienst.

[765] Siehe für eine Darstellung des Problemfeldes der Privatisierung des Schrankenbestandes über den Dreistufentest: *T. Dreier/M. Senftleben*, Das Verhältnis des Urheberrechts zum Vertragsrecht. Grenzen des Vertragsrechts durch Intellectual Property Law, in: M. Lejeune (Hrsg), Der E-Commerce-Vertrag nach amerikanischem Recht, 2001, 81.

[766] Der Dreistufentest soll auf einen sachgerechten Interessenausgleich hinwirken. Die drei ineinander greifenden Teststufen lassen sich als Instrumente zur allmählichen Annäherung an den Kern des zu erzielenden Ausgleichs begreifen. *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, in: GRUR Int. 2004, 200 (205).

tor des Abwägungsvorgangs vor allem der genauen Identifizierung der Belange, denen durch eine Beschränkung des Urheberechts Rechnung getragen werden soll,[767] die zweite Teststufe ermöglicht als Vorstufe zum endgültigen Interessenausgleich die Aussonderung von Fällen evidenter Unverhältnismäßigkeit,[768] und die dritte Teststufe liefert schließlich einen weiten Rahmen für den abschließenden Abwägungsvorganges, in dem nur berechtigte Interessen des Urhebers bzw. der Rechteinhaber zu berücksichtigen sind.[769] Eine Verletzung dieser Interessen ist erlaubt, solange sie nicht ein ungebührliches Maß erreicht.[770] Ist dies der Fall, so eröffnet der Dreistufentest die Möglichkeit, durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung die ungebührliche Verletzung auf ein zulässiges Maß zu reduzieren.[771]

Um den, zwischen den bestehenden Urheberrechtstraditionen bestehenden Graben nicht noch zu vergrößern, sondern im Gegenteil zu verkleinern, darf der in Art. 5 Abs. 5 Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie 2001 für

---

[767] Keinesfalls ist in die erste Stufe ein gesondertes kontinental-europäisches Bestimmtheitserfordernis hineinzulesen! Es reicht aus, wenn Schranken hinreichend voneinander unterscheidbar sind, sodass ein Bestand von „einigen" beziehungsweise „gewissen" (certain special cases) erkennbar wird. Festzustellen ist ein Sonderfall in qualitativer Hinsicht. Demnach kommt es darauf an, welchem Zweck die Bestimmung dient. Bezweckt die Beschränkung die Durchsetzung von Grundrechten oder stützt sie andere wichtige Belange der Allgemeinheit, so kann auf Grund dieser Tatsache von einem Sonderfall ausgegangen werden. *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, in: GRUR Int. 2004, 200 (207).

[768] Eine Beschränkung ist nur dann zu verwerfen, wenn sie ganz erhebliche Umsatzeinbußen mit sich bringt und sozusagen einen Übergriff auf den ökonomischen Kern des Urheberrechts bedeutet. Dabei kann die Errichtung eines funktionierenden Marktes in einem bestimmten, von einer Schranke überlagerten Bereich allein nicht ausreichen, um das Verdikt der Beeinträchtigung der normalen Auswertung zu verhängen und die Schranke zu Fall zu bringen. Es geht weniger darum, einem durch Marktversagen an der Ausübung seiner Rechte gehinderten Urheber zumindest die Verwertungsformen zu erhalten, die (durch technische Schutzmaßnahmen) kontrollierbar sind, sondern vielmehr darum, den Anwendungsbereich des zweiten Prüfungskriteriums sachgerecht einzugrenzen, um einer rücksichtlosen Minimierung des Schrankenbestandes vorzubeugen. Daher ist erstens festzustellen, welche Werkarten durch die Schranke überhaupt betroffen sind und zweitens festzustellen, welche Auswirkungen die Beschränkung innerhalb der Gesamtverwertung von Werken der betroffenen Werkart hat. Von einer ungebührlichen Beeinträchtigung der Rechtsinhaber kann erst dann gesprochen werden, wenn diese einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle beraubt werden, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat. *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, in: GRUR Int. 2004, 200 (208 f.).

[769] Das ökonomische Interesse an der Geltendmachung anerkannter Ausschließlichkeitsrechte ist ein solches berechtigtes Interesse. *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, in: GRUR Int. 2004, 200 (210).

[770] Die Verletzung der berechtigten Interessen des Urhebers, die von einer Beschränkung ausgeht, darf unter Berücksichtigung der Zwecke, denen die Beschränkung dient, nicht unverhältnismäßig sein, andernfalls liegt eine ungebührliche Verletzung vor, die der Dreistufentest verbietet. *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, in: GRUR Int. 2004, 200 (211).

[771] Für einen Vorrang der „liability rules" gegenüber „property rules" auch *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 185 f.

verbindlich erklärte Dreistufentest nicht allein nach kontinental-europäischem Verständnis ausgelegt werden. Die in angloamerikanischen Urheberrechtssystemen existierenden, offenen Schrankenbestimmungen und insbesondere die Fair-Use-Schrankenbestimmung haben bei der Auslegung ebenfalls Berücksichtigung zu finden. Auf der Grundlage des Dreistufentests lassen sich bei einer solchen Auslegung offene Schrankenbestimmungen in kontinental-europäische Urheberrechtsgesetzte eingliedern.[772] Eine offene Schrankenbestimmungen berücksichtigende Auslegung des Dreistufentests kann dazu beitragen, dass sich die angloamerikanische und kontinental-europäische Urheberrechtstradition annähern und helfen, verkrustete Strukturen im Bereich der Schranken des Urheberrechts in Kontinentaleuropa aufzubrechen.[773] Durch offene Schrankenbestimmungen kann auch das europäische Harmonisierungsvorhaben im Bereich des Urheberrechts nachhaltig gefördert werden.[774]

Das setzte jedoch einen Spielraum des nationalen Gesetzgebers voraus, den die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie 2001mit ihrem abschließendem detailliert formulierten Schrankenkatalog gerade nicht gibt.

b) Sonderrechtskompetenz des nationalen Gesetzgebers

Es ist fraglich, ob der europäische Gesetzgeber zu den vorgenommenen, umfassenden und abschließenden Bestimmungen im geistigen Eigentum tatsächlich befugt war, beziehungsweise ist.

Seit dem Vertrag von Lissabon[775] gibt es eine Rechtsgrundlage, die das unmittelbare Handeln der Union im Bereich des geistigen Eigentums ermöglicht. Es handelt sich um Artikel 118 Absatz 1, der verfügt:

„Im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union sowie zur Einführung von zentralisierten Zulassungs-, Koordinierungs- und Kontrollregelungen auf Unionsebene.“

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Binnenmarktziel (Art. 26 AEUV) schafft Art. 118 AEUV explizit eine umfassende Kompetenzgrundlage für die Schaffung eines einheitlichen, unionsweiten Schutzes für den gesamten Bereich des geistigen Eigentums.

In Art. 118 AEUV liegt jedoch keine Zuständigkeitsübertragung auf die Union begründet. Es handelt sich allein um eine Klarstellung, die den bisherigen Rück-

---

772 Siehe etwa der Vorschlag von *A. Förster*, Fair Use, 2008, 221 f..

773 Für eine auch die angloamerikanische Urheberrechtstradition reflektierende Auslegung plädiert *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, in: GRUR Int. 2004, 200 (207).

774 *M. Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis oft the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, 2004, 278 ff.

775 ABl. EU C 306/1

griff auf Art. 308 EGV (Art. 352 AEUV) überflüssig, beziehungsweise sogar unzulässig (weil lex specialis) macht.[776] Während bisher Art. 308 EGV (Art. 352 AEUV), der im Bereich des Marken-, Design- und Sortenschutzrechts zur Anwendung gekommen ist,[777] die Rechtsgrundlage für EU-Rechtsakte zum Schutz des geistigen Eigentums und insoweit insbesondere auch zur Schaffung einschlägiger, europäischer Rechtstitel bot, ist hierfür nunmehr ausschließlich Art. 118 AEUV die richtige Rechtsgrundlage. Art. 118 AEUV soll insbesondere den Bemühungen um die Schaffung eines Gemeinschaftspatents neuen Auftrieb verleihen,[778] sowie den langjährigen Bemühungen um ein einheitliches, organisatorisch beim EuGH angesiedeltes Patentgerichtssystem, und den Bemühungen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems zu einem Durchbruch verhelfen.

Außerhalb der Schaffung einheitlicher, europäischer Rechtstitel samt Verfahrensbestimmungen ist auch auf dem Gebiet des geistigen Eigentums für legislative Maßnahmen weiterhin ein Rückgriff auf die allgemeinen Ermächtigungsgrundlagen zur Rechtsangleichung erforderlich ist. Regelungen zur Harmonisierung des Schutzes des geistigen Eigentums können rechtmäßig nur auf der Grundlage der Art. 114 und 115 AEUV ergehen. Art. 114 Abs. 1 AEUV bestimmt:

„Soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist, gilt für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26 die nachstehende Regelung. Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.“

Es ist anerkannt, dass der Schutz des geistigen Eigentums wegen seiner innovations- und investitionsfördernden Wirkung ein wesentliches Element für den Erfolg des Binnenmarktes darstellt. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ist damit sowohl in materiell- als auch verfahrensrechtlicher Hinsicht europaweit die Herstellung eines möglichst einheitlichen Schutzniveaus anzustreben,[779] und sind dementsprechende Maßnahmen gem. Art. 114 AEUV somit, weil sie die

---

[776] *Markus Kotzur* in: Rudolf Geiger / Daniel-Erasmus Khan / ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, Art. 118 Rdn. 8.

[777] Vgl. VO 40/94 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 1994 L 11/1, kodifizierte Fassung: VO 207/2009 v. 26. 2. 2009, ABl. 2009 L 78/1; VO 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmackmuster, zuletzt geänd. durch VO 1891/2006 v. 18. 12. 2006, ABl. 2006 L 386, 14; VO 2100/94 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. 1994 L 227/1, zuletzt geänd. durch VO 15/2008 v. 20. 12. 2007, ABl. 2007 L 8/2.

[778] vgl. Pressemitteilung v. 4. 12. 2009, IP/09/1880, siehe auch bereits die Mitteilung der Kommission v. 3. 4. 2007 über die „Vertiefung des Patentsystems in Europa“, KOM (2007) 165 endg.

[779] *Markus Kotzur* in: Rudolf Geiger / Daniel-Erasmus Khan / ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, Art. 118 Rdn. 1.

„Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“ zulässig.

Harmonisierungsbemühungen im europäischen Urheberrecht durch Vorsehung eines abschließenden Kataloges von zwingend und optional vorhersehbaren Schrankenbestimmungen waren und sind daher vor dem Hintergrund der Binnenmarktkompetenz (jetzt Art. 26 AEUV) zu sehen, auf die Art. 114 Bezug rekurriert.

Auch für die Binnenmarktkompetenz gilt jedoch das Prinzip der Subsidiarität aus Art. 5 Abs. 3 EU, nach dem der europäische Gesetzgeber nur dann tätig werden darf, wenn die Regelungsmaterie nicht besser vom nationalen Gesetzgeber geregelt werden kann. Genau das impliziert jedoch für kulturelle Angelegenheiten die Begrenzung der Europäischen Zuständigkeit in Art. 167 AEU.

Nach Art. 167 AEU, der auf die Schaffung eines europäischen Kulturraums zwischen den Mitgliedstaaten der EU abzielt, ist die Kompetenz Europas auf die Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und Ergänzung und Unterstützung nationaler Maßnahmen zum Schutz des kulturellen Erbes von europäischer Bedeutung beschränkt. Maßnahmen, die über die reine Förderung hinausgehen, sind unzulässig.

Art. 167 AEU ist als „Querschnittsklausel“ im Vertrag angelegt und daher bei allen Regelungen mit Kulturbezug, welche die Gemeinschaftsorgane aufgrund von Ermächtigungen in anderen Politikbereichen des Vertrages treffen, zu berücksichtigen. Dies geschieht in einem Abwägungsverfahren, in dem die von der betreffenden Ermächtigungsvorschrift verfolgten Ziele mit denen der Bestimmung, die die Querschnittsklausel enthält, gegeneinander abgewägt werden. Aus Art. 167 AEU folgt für alle Politikbereiche der Gemeinschaft das Gebot der Rücksichtnahme auf die kulturellen Interessen der Mitgliedstaaten, sowie auf den Schutz des gemeinsamen kulturellen Erbes. Stehen auf der einen Seite wirtschaftliche Ziele der Gemeinschaft, auf der anderen Seite die kulturellen Interessen der Mitgliedstaaten, ist in die Abwägung Art. 167 AEU miteinzubeziehen und mit der jeweils konfligierenden Materie in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Der Kultur wird im Konflikt mit wirtschaftlichen Belangen der Vorrang eingeräumt. Das lässt den Schluss zu, dass im Bereich der Kultur eine Kompetenzgarantie zugunsten der Mitgliedstaaten besteht.

Man könnte argumentieren, dass insoweit die Gesetzgebungskompetenz des nationalen Gesetzgebers im Hinblick auf kulturelle Anliegen mit der Gesetzgebungskompetenz des europäischen Gesetzgebers in Bezug auf den Binnenmarkt, zusammenfällt, letztere durch die Regelungen des nationalen Gesetzgebers eingeschränkt wird und nicht andersherum.

Für diese Argumentation spricht auch Art. 9 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, der ausdrücklich bestimmt, dass die Richtlinie (außerurheberrechtliche) Rechtsvorschriften zum Schutz nationalen Kulturgutes unberührt lässt.

Kulturelle Äußerungen sind eben nicht nur „Waren“, sondern insbesondere „Werte“ und ihre kulturelle Bedeutung geht ihrer kommerziellen Bedeutung vor. Genauso könnte man argumentieren, verhält es sich auch mit nationalen Regelungen zum Schutz kultureller Äußerungen die EU-Markt-Regelungen vorgehen.

Nach dieser Argumentation bliebe für gesetzliche Regelungen, mit dem Hintergrund das Kulturelle Gedächtnis der Nation sicherzustellen, der nationale Gesetzgeber zuständig und ließe sich diese „Sonderrechtskompetenz“ nicht beschränken, sodass die „Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie“, insoweit sie Schrankenbestimmungen von ausschließlichen Urheberrechten abschließend regelt und dem nationalen Gesetzgeber nicht den Raum lässt, Schrankenbestimmungen (etwa zugunsten bestimmter Gedächtnisinstitutionen) zu schaffen, die notwendig sind, um das Funktionieren des Kulturellen Gedächtnisses zu gewährleisten, gegen primäres Gemeinschaftsrecht verstößt.

Zudem hat der EU-Gesetzgeber das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 4 EU zu beachten und darf mit seinen Regelungen nicht über das Ziel hinaus schießen. Das Urheberrecht betreffende, gesetzgeberische Akte in Europa laufen aufgrund dessen, dass die Regelungskompetenz Europas eine wirtschaftliche Basis hat, immer Gefahr, die kulturpolitische Bedeutung des Urheberrechts zugunsten von dessen wirtschaftlicher Bedeutung in den Hintergrund treten zu lassen und sich weitgehend unreflektiert am System der gewerblichen Schutzrechte zu orientieren. EU Regelungen auf dem Gebiet des Urheberrechts werden dem Verhältnismäßigkeitsprinzip jedoch nur gerecht, wenn die kulturpolitische Bedeutung des Urheberrechts ausreichend gewahrt ist. Dies kann für die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, die maßgeblich wirtschaftspolitische Ziele verfolgt, bezweifelt werden, sodass sie auch aus diesem Grund gegen primäres Gemeinschaftsrecht verstoßen könnte.

Nichtsdestotrotz kann der nationale Gesetzgeber derzeit keine nationalen Schrankenbestimmungen vorsehen,[780] welche gegen die schon seit Juni 2001 in Kraft getretene und in Deutschland durch den zweiten Korb im Urheberrecht in nationales Recht transformierte Richtlinie einfach ignorieren.

Vor allem angesichts dessen, dass es Möglichkeiten gibt, das den Handlungsspielraum der Rechtsetzungsgewalt zu sehr einschränkende, positive Recht zu korrigieren, ist der im konkreten Fall bestehende Konflikt zwischen sekundären Gemeinschaftsrecht und nationalen Kulturinteressen zugunsten der Gemeinschaft zu entscheiden.

---

[780] A. A. in Bezug auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung: *Reto M. Hilty,* Sündenbock Urheberrecht?, in: D. Klippel/A. Ohly (Hrsg.) Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 107, (141 FN 91), der sich auf Erwägungsgrund 32 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001, beruft, wonach „Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe … in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt“ werden. Hieraus zieht Hilty den Umkehrschluss, dass die Aufzählung für andere Bereiche (etwa das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) nicht abschließend ist.

Der richtige Weg, dem nationalen Urheberrechtsgesetzgeber mehr Spielraum, beziehungsweise den zum Erhalt des Kulturellen Gedächtnisses notwendigen Spielraum, in Bezug auf nationale Schrankenbestimmungen zu geben, ist der, das positive Recht (sekundäre Gemeinschaftsrecht) zu korrigieren, also die Unzureichbarkeit der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie feststellen zu lassen und diese zu überarbeiten, beziehungsweise zu ersetzen.[781]

Da der Schutz des Kulturellen Gedächtnisses ein wichtiges Erfordernis im Sinne des Art. 36 AEUV ist, kommt eine Vorlage an die Kommission gemäß Art. 114 Abs. 4 in Betracht.

Art. 114 Abs. 4 AEUV sieht vor:

„Hält es ein Mitgliedstaat nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch das Europäische Parlament und den Rat beziehungsweise durch den Rat oder die Kommission für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten, die durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind, so teilt er diese Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Beibehaltung der Kommission mit.“

Allerdings gibt es in Deutschland (und auch allen anderen Mitgliedstaaten) noch keine einzelstaatlichen Bestimmungen, die beizubehalten wären, vielmehr geht es darum, auf die durch die digitalen und vernetzten Medien neu geschaffenen Bedingungen gesetzgeberisch reagieren zu können, was gegenwärtig die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie unter Verstoß gegen die Subsidiarität nicht zulässt.

Gegen (bereits ergangene) EU-Rechtsakte, die gegen die Subsidiarität verstoßen, können die nationalen Länderparlamente die Subsidiaritätsklage erheben. Voraussetzung ist, dass sie dazu innerhalb von acht Wochen ein Viertel ihrer Mitglieder mobilisieren. Eben hieran scheitert in der Praxis die Subsidiaritätsklage oftmals.

Jedoch bleibt immer noch die Vorlage an den EuGH, sowie an das BVerfG, das sich in seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon vom 30.06.2009 ausdrücklich vorbehalten hat, Handlungen der europäischen Organe daraufhin zu überprüfen, ob sie den Ermächtigungsrahmen, den ihnen die Mitgliedstaaten eingeräumt haben, einhalten oder aber „ausbrechende Rechtsake“ darstellen (sog. ultra-vires-Kontrolle).[782] Jedoch legt das BVerfG die eigene Prüfungskompetenz im Hinblick auf europäische Rechtsakte sehr eng aus[783] und schließt sich bei der korrespondierenden Frage nach der Auslegung des Zustimmungsgesetzes in der Regel der

---

[781] Bei Verstoß gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht droht ein Vertragsverletzungsverfahren mit ungewissem Ausgang. Es ist eher nicht davon auszugehen, dass die Anwendung der Radbruschen Formel sekundäres europäisches Recht derogierbar macht.

[782] BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267.

[783] BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010, Aktenzeichen 2 BvR 2661/06.

Vertragsauslegung des EuGH an (europarechtsfreundliche Kontrolle). Bei Zweifeln muss nach Ansicht des BVerfG zunächst dem EuGH die Gelegenheit zur Entscheidung über einen europäischen Rechtsakt gegeben werden, jedenfalls kommt eine Kompetenzkontrolle nur in Betracht, wenn der Kompetenzverstoß der europäischen Organe „hinreichend qualifiziert", also offensichtlich ist, und im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt.[784]

Eine Vorlage mit der dargelegten Argumentationskette könnte dazu führen, die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie insoweit für überarbeitungswürdig erkennen zu lassen, dass sie dem nationalen Urheberrechtsgesetzgeber im Hinblick auf die Schaffung von Schrankenbestimmungen den Handlungsspielraum lassen muss, der die Schaffung der für den Erhalt des (digitalen) kulturellen Erbes wesentlichen Regelungen ermöglicht (soweit nicht von der Richtlinie erkannt und geregelt).

Der Spielraum, der notwendig ist, damit der nationale Gesetzgeber Schrankenbestimmungen für bestimmte Gedächtnisinstitutionen schaffen kann, die diesen ermöglichen, ihren Aufgaben auch im digitalen und vernetzten Zeitalter adäquat nachzukommen, könnte zuletzt auch durch eine Ersetzung beziehungsweise Überarbeitung der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie geschaffen werden.

Es besteht jedoch keine Sonderrechtskompetenz des nationalen Gesetzgebers, aufgrund derer er sich über gültiges, sekundäres Gemeinschaftsrecht hinwegsetzen kann. Nationale Schrankenbestimmungen haben daher, bis entweder der EuGH oder das BVerfG sich mit der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie befassen oder deren Überarbeitungswürdigkeit auf Ebene der europäischen Union erkannt und angegangen wird, den Anforderungen aus der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie zu genügen.

F. Regelungsvorschläge

Damit die Gedächtnisinstitutionen ihren Aufgaben auch im digitalen Umfeld adäquat nachkommen können und das Kulturelle Gedächtnis auch über digitale und vernetzte Medien funktioniert, müssen (1.) die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen der Gedächtnisinstitutionen und (2.) die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer diese agieren, in Bezug auf die herausgearbeiteten Problemfelder geändert werden.

Es müssen einerseits die rechtlichen Tätigkeitsgrundlagen an die Gedächtnisinstitutionen den klaren Auftrag stellen, die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen auch über digitale und vernetzte Medien dauerhaft zu gewähr-

---

[784] *Walter Frenz*, Kastriertes Lissabon-Urteil? Die Relativierung durch den „Mangold"-Beschluss vom 6. 7. 2010, in: EWS 2010, 401, S. 402.

leisten, sowie andererseits die ordnungspolitischen Rechtsrahmenbedingungen, innerhalb derer die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland agieren, so umgestaltet werden, dass sie ihrem rechtlichen Auftrag überhaupt auch adäquat nachkommen können.

I. Vorschlag in Bezug auf die Tätigkeitsgrundlagen

Es kann an dieser Stelle kein allgemeingültiger Formulierungsvorschlag in Bezug auf die Tätigkeitsgrundlagen der verschiedenen Gedächtnisinstitutionen gegeben werden, jedoch wird anhand des herausgearbeiteten Status quo und dabei offengelegter Mängel aufgezeigt, wo Änderungsbedarf besteht.

Weil in Bezug auf die über digitale und kulturelle Medien kommunizierten und kommunizierbaren kulturellen Äußerungen die Verantwortlichkeiten verschwimmen, ist ein institutionelles Zusammenwachsen der Gedächtnisinstitutionen zu erwarten. Auf dem Weg dahin sind Doppelungen der Arbeitswahrnehmung unvermeidlich. Zwar verursacht doppelte Aufgabenerfüllung auch doppelte Kosten, das ist jedoch im Sinne der Funktionsfähigkeit und Lückenlosigkeit des Kulturellen Gedächtnisses in Kauf zu nehmen. Bei Abfassung der Tätigkeitsgrundlagen ist institutionenübergreifend ein gemeinsamer Konsens und eine neue Arbeitsaufteilung zu finden, was mehr Abstimmung und Zusammenarbeit erforderlich macht.

Ausgehend von der bestehenden, institutionellen Aufteilung der Gedächtnisinstitutionen in Bibliotheken, Archive und Museen ist jeweils in den untergesetzlichen und gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen der Auftrag in Bezug auf die Sammlung, Bewahrung und Vermittlung kultureller Äußerungen so zu fassen, dass auch unkörperlich (über digitale und vernetzte Medien) interaktionslos kommunizierte und kommunizierbare kulturelle Äußerungen erfasst werden.

1. Tätigkeitsgrundlagen der (Pflichtexemplar-) Bibliotheken

Das bedeutet für die Bibliotheken, dass sie den bibliotheksrechtlichen Terminus in Bezug auf das Sammlungs-, Aufbewahrungs- und Vermittlungsobjekt „Druckwerk“ (beziehungsweise Publikation) so formulieren, dass er auch unkörperlich kommunizierte kulturelle Äußerungen erfasst. Dort, wo der Sammlungsauftrag nicht an eine mediale Ausdrucksform anknüpft, sondern einen inhaltlich universalen Ansatz verfolgt, können innerhalb der urheberrechtlichen und finanziellen Möglichkeiten und der Sammlungsgrundsätze alle, auch die unkörperlich über digitale und vernetzte Kommunikationsmedien kommunizierten, kulturellen Äußerungen gesammelt werden.[785] Der im Gesetz zur Deutschen Nationalbibliothek vorgeschlagene Terminus „Medienwerk“ (beziehungsweise Netzpublikation) löst das Problem der Anknüpfung an einen materiellen Körper und erfasst auch

[785] Einen solchen universalen Ansatz verfolgt etwa die Staatsbibliothek zu Berlin Stiftung Preußischer Kulturbesitz.

die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten und kommunizierbaren kulturellen Äußerungen. Er ist zugleich technikoffen und im Hinblick auf die technische Medienentwicklung unbeschränkt haltbar. Einzig die Beispielskataloge im Hinblick darauf, welche Medienwerke konkret vom Auftrag erfasst sind, müssen der jeweiligen Medienentwicklung angepasst werden. Für alle bibliotheksrechtlichen Tätigkeitsgrundlagen bietet sich die Ersetzung des bibliotheksrechtlichen Terminus „Druckwerk“ durch den Begriff „Medienwerk“ an. Jedoch sind die untergesetzlichen und gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen in Gänze zu überarbeiten und nicht nur einzelne Begriffsersetzungen vorzunehmen. Es reicht etwa nicht aus, nur eine Analogie zum Begriff Medienwerk herzustellen (siehe die Anpassung der gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen der Pflichtexemplarbibliothek in Baden-Württemberg) oder etwa den Begriff Druckwerk über seinen Wortlaut hinaus zu definieren (siehe die Anpassung der gesetzlichen Tätigkeitsgrundlagen der Pflichtexemplarbibliothek in Sachsen-Anhalt). Das Gesetz zur Deutschen Nationalbibliothek kann richtungsweisend nicht nur für die Pflichtexemplarbibliotheken der Länder, sondern auch für untergesetzliche Tätigkeitsgrundlagen herangezogen werden. Einzuschränken ist der Sammlungsauftrag dann durch lokalen oder thematischen Bezug.

Die Tätigkeitsgrundlagen der Pflichtexemplarbibliotheken sind weiterhin dahingehend zu überarbeiten, dass sie die Ablieferungsverpflichtung mit einer Anbietungsverpflichtung kombinieren. Bisher war in den Pflichtexemplarvorschriften immer die Ablieferungspflicht statuiert. Aufgrund der Besonderheiten digitaler und vernetzter Medien bietet es sich an, es den Ablieferungsverpflichteten zu ermöglichen, ihrer Verpflichtung nachzukommen, indem sie die ablieferungspflichtigen kulturellen Äußerungen der Pflichtexemplarrechtbibliothek zur Abholung anbieten. Es ist genau zu spezifizieren, wann der Ablieferungspflichtige die Ablieferungsverpflichtung beziehungsweise die Anbietungsverpflichtung erfüllt hat.

Die Ablieferungs- beziehungsweise Anbietungsverpflichtung ist ebenfalls zu überarbeiten. Im Zeitalter der „Selbstverleger“ bietet es sich an, vom Verlegerbegriff Abstand zu nehmen und den Begriff durch den Begriff des „Berechtigten“ zu ersetzen, um so nicht nur verlegte, sondern allgemein „veröffentlichte“ Publikationen durch das Pflichtexemplarrecht zu erfassen.

Abgabe- beziehungsweise anbietungsverpflichtet sollte derjenige sein, der die in den Sammlungsauftrag fallende kulturelle Äußerung der Öffentlichkeit berechtigt kommuniziert hat. Es ist darauf zu achten, die Anbietungs- beziehungsweise Ablieferungsverpflichtung erst an die erfolgte, berechtigte, öffentliche Kommunikation zu knüpfen, damit nicht in dem Fall, dass eine kulturelle Äußerung unberechtigt der Öffentlichkeit kommuniziert wird, der Berechtigte durch diesen Umstand auch noch gegenüber einer Pflichtexemplarbibliothek anbietungs- beziehungsweise ablieferungspflichtig wird. Zudem ist klarzustellen, dass auch für den

Fall, dass mehrere Berechtigte eine kulturelle Äußerung berechtigt öffentlich kommuniziert haben, alle anbietungs- beziehungsweise ablieferungspflichtig sind, um auszuschließen, dass sich der originär Berechtigte auf den abgeleitet Berechtigten verlässt oder umgekehrt und keiner der Anbietungs- beziehungsweise Abgabeverpflichtung nachkommt. Zugleich ist die Pflichtexemplarbibliothek angehalten, Doppelungen beim Bestandsaufbau zu vermeiden.

Vorschlag: Ersetzung des Begriffes „Druckwerk“ durch den Begriff „Medienwerk“

2. Tätigkeitsgrundlagen der Archive

Für Archive bedeutet die Anpassung der Tätigkeitsgrundlagen, dass der archivrechtliche Terminus „Unterlage“ so definiert werden muss, dass er nicht nur körperliche Objekte erfasst. Die in den Archivgesetzen, beziehungsweise den diesen nachgebildeten Organisationsgrundlagen privater Archive, enthaltenen Legaldefinitionen des archivrechtlichen Terminus „Unterlage“ sind entsprechend zu erweitern. Nur dann, wenn die Archivgesetze den Unterlagenbegriff entsprechend erweitern, sind die anbietungspflichtigen Stellen auch zur Anbietung der über digitale und vernetzte Medien kommunizierten Äußerungen verpflichtet, wobei auch die Anbietung so verstanden werden kann, dass bereits in der Kommunikation über digitale und vernetzte Medien die Anbietung begründet liegt. Nicht nur die institutionelle Aufteilung, sondern auch die Arbeitsweise (Übernahme nach Anbietung und selbsttätige Sammlung) verschwimmt im digitalen Umfeld. Damit der den Organisationsgrundlagen zu entnehmende Archivierungsauftrag der privaten Archive die archivierungswürdigen über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen erfasst, darf er nicht an den materiellen Träger einer kulturellen Äußerung anknüpfen, sondern muss, um alle, auch die über digitale und vernetzte Medien unkörperlich aber trotzdem aufgezeichnet und damit interaktionslos kommunizierten, kulturellen Äußerungen der anbietenden Stelle zu erfassen, an die Aufzeichnung der kulturellen Äußerung an sich anknüpfen. Anders als der Begriff „Druckwerk“ lässt sich der Begriff „Unterlage“, ohne über den Wortlaut hinauszugehen, noch so definieren, dass auch unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierte kulturelle Äußerungen erfasst werden. Über digitale und vernetzte Medien kommunizierte kulturelle Äußerungen werden in der Form des Binärcode als digitale Daten kommuniziert. Die Tätigkeitsgrundlagen, die zum Unterlagenbegriff auch Dateien, also einen strukturierten Bestand inhaltlich zusammengehörender Daten (DIN), zählen, ermächtigen die Archive auch zur Erfüllung ihrer Tätigkeit in Bezug auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen. Im Geltungsbereich der Archivgesetze, die Dateien als Unterlage aufführen, lässt sich ohne Weiteres vertreten, dass die über öffentliche, digitale und vernetzte Medien der allgemeinen Öffentlichkeit angebotenen kulturellen Äußerungen auch den Archiven zur Übernahme angeboten werden. Dass also die bloße Kommunikation

kultureller Äußerungen über öffentliche Netze wie beispielsweise das Internet schon die Erfüllung der sich aus den Archivgesetzen ergebenden Anbietungspflicht bedeutet. Die Archive haben den Auftrag, sich die über öffentliche Netze unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen anbietungspflichtiger Stellen zur Archivierung selbsttätig zu holen, also herunter zu speichern.

Vorschlag: Neudefinition des archivrechtlichen Begriffes „Unterlagen", so dass dieser auch „Dateien" erfasst.

3. Tätigkeitsgrundlagen der Museen

Die über digitale und vernetzte Medien sozusagen unkörperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen fallen aus dem Zuständigkeitsbereich der Museen heraus. Museen sammeln derzeit keine über das Internet kommunizierten, sondern nur über das Internet kommunizierbare kulturelle Äußerungen, sie nutzen das Internet mithin nicht zum Bestandsaufbau und -ausbau, sondern bestenfalls zur Vermittlung eines vorhandenen Bestandes. Es besteht derzeit kein Änderungsbedarf ihrer Tätigkeitsgrundlagen.

Jedoch ist den Museen anzuraten, dass sie bei der Aufgabenerfüllung ihren Fokus erweitern und institutionenübergreifend in Kontakt zu Bibliotheken und Archiven treten, um aus den Erfahrungen gegebenenfalls später profitieren zu können und um in der funktionalen Einheit, welche die Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien besorgen wird, mitzuwirken.[786]

II. Vorschlag in Bezug auf die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen

Im Zusammenhang mit der Langzeitarchivierung und -verfügbarkeit kultureller Äußerungen in digitaler Form stellen sich urheberrechtliche Fragen beim Bestandsaufbau ebenso wie bei der Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung. Welche Rechte werden im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen zur Durchführung notwendiger Eingriffe in die Gestalt der elektronisch aufgezeichneten kulturellen Äußerungen im Interesse der Langzeiterhaltung benötigt? Wie wirkt sich der rechtliche Schutz digitaler, technischer Schutzmaßnahmen aus? Welche Konditionen des Zugriffs auf die archivierten, digitalen kulturellen Äußerungen und deren Nutzung bestehen?[787] Gegenwärtig verhindert der urheberrechtliche Rahmen einerseits, dass von den Gedächtnisinstitutionen in Deutschland die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen umfassend und systematisch in Bestand und Gestalt zur Nutzbarkeit

---

[786] Wie zum Beispiel über das BAM Portal, das die digitalen Bestände von Bibliotheken, Archiven und Museen über ein einheitliches Portal zugänglich macht siehe: http://www.bam-portal.de/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[787] Vgl. *U. Schwens/H. Liegmann,* Langzeitarchivierung digitaler Ressourcen, in: K. Laisiepen/E. Lutterbeck/K.-H. Meyer-Uhlenried (Hrsg.), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation, 2004, 567 (570).

erhalten werden, sowie andererseits, dass die medientechnologischen Errungenschaften des 21. Jahrhunderts von den Gedächtnisinstitutionen für ihre gesellschaftliche Funktion, die nicht nur darin besteht, kulturelle Äußerungen interaktionslos in die Zukunft zu kommunizieren, sondern auch darin besteht, kulturelle Äußerungen interaktionslos in der jeweiligen Gegenwart zu kommunizieren, voll ausgenutzt werden. Den Gedächtnisinstitutionen sind, im Hinblick auf die von ihnen zu erfüllende Aufgabe der zuverlässigen und dauerhaften, interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien, urheberrechtlich die Hände gebunden. Damit die Gedächtnisinstitutionen in der Bundesrepublik Deutschland (insbesondere die öffentlich-rechtlichen Einrichtungen und solche, die weder mittelbar noch unmittelbar kommerzielle Interessen verfolgen), die im Kontext rekonstruierbare Kommunikation kultureller Äußerungen, unter Wahrung von Authentizität und Integrität,[788] die den demokratischen Rechtsstaat auszeichnet,[789] nicht nur über analoge, sondern auch über digitale vernetzte Medien gewährleisten können, müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Gedächtnisinstitutionen agieren, den neuen Kommunikationsformen angepasst werden. Es sind maßgebliche Änderungen am geltenden Urheberrecht vorzunehmen.

Im Hinblick auf das Ziel die Funktionsfähigkeit des Kulturellen Gedächtnisses auch im digitalen Umfeld zu erhalten und die es besorgenden Gedächtnisorganisationen in die Lage zu versetzen ihren Aufgaben auch im Hinblick auf digitale und vernetzte Medien nachkommen zu können, ist es nicht zielführend, sich Gedanken über Schutzrechtsvoraussetzungen zu machen und den (generell-abstrakten Schutz-) Ansatz des Urheberrechts an sich zu hinterfragen und das Urheberrecht etwa zu seinen Wurzeln zurückzuführen, indem es auf den mit den Begriffen „Literatur, Wissenschaft und Kunst“ beschriebenen „hochkulturellen“ Kern zurückgeführt wird und sonstige Schutzgegenstände (Werke der „kleinen Münze“) in leistungsschutzrechtlich geprägte Kodifizierungen zu transferieren.[790] Denn es sind gerade die hochkulturellen und mithin auch bei Anhebung der Schutzvoraussetzungen urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen, welche in den Bestand von Gedächtnisinstitutionen übernommen, erhalten und kommuniziert werden müssen, damit das Kulturelle Gedächtnis funktionieren kann. Diese werden auch nach einem engen Verständnis von Urheberrecht und

---

[788] Integrität einer kulturellen Äußerung wahren, bedeutet Gleichförmigkeit und Zuverlässigkeit der jeweiligen Äußerung zu sichern und dafür Sorge zu tragen, dass die Äußerung an unterschiedlichen Stellen in einem Netzwerk nicht in abweichender Orthographie und Syntax kommuniziert wird. Vgl. *J. Siglerschmidt*, MusIS. Chancen und Probleme großer Dokumentationsprojekte, in: G. Maier/T. Fricke (Hrsg.), Kulturgut aus Archiven, Bibliotheken und Museen im Internet, 2004, 47 (51).

[789] *H. Weber,* Die Rolle der Archive in Electronic-Government Konzepten, in: G. Maier/T. Fricke (Hrsg.), Kulturgut aus Archiven, Bibliotheken und Museen im Internet, 2004, 16 (22).

[790] Vgl. mit weiteren Nachweisen *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 323 FN 1259.

bei hohen Schutzrechtsvoraussetzungen vom urheberrechtlichen Schutz nicht ausgenommen sein.

Ebenso wenig ist es zielführend, über die Schutzdauer zu diskutieren. Die Schutzdauer ist im Hinblick auf das fragile, digitale Umfeld, soweit der Schutz die Arbeit der Gedächtnisinstitutionen blockiert, immer zu lang. Vorschläge die Schutzdauer auf fünf Jahre zu begrenzen, sind unbedingt zu verfolgen und zu überdenken,[791] jedoch bewirken sie keine Verbesserung der Situation für das Kulturelle Gedächtnis im digitalen Umfeld, in dem der Gedächtnisschwund keine Frage von Jahren, sondern viel kürzeren Zeiträumen ist.

In Bezug auf die Inhaberschaft am Urheberrecht könnte man zur Verbesserung der Situation der Gedächtnisinstitutionen diskutieren, bei Digitalisierungshandlungen entstehende Urheberrechte von im Bestand befindlichen kulturellen Äußerungen, die im Auftrag der Gedächtnisinstitution stattfindet, die Institution als Urheber zu betrachten (nach dem „work made for hire" Prinzip, wie es etwa in § 69b Abs. 1 UrhG bei Computerprogrammen zum Ausdruck kommt). Die originäre Inhaberschaft entlastet davon, rechtsgeschäftlich ein derivatives Recht für die Vermittlungshandlung von der digitalisierenden Person erwerben zu müssen. Der Erwerb eines derivativen Urheberrechts bei der Auftragsdigitalisierung ist jedoch ein (durch vertragsrechtliche Lösungen) handhabbares Problem und gesetzgeberisches Eingreifen nicht unbedingt erforderlich. Die für die Digitalisierung der Vorlage erforderliche Zustimmung muss ohnehin nach wie vor eingeholt werden.

Einzig in Bezug auf die geltenden Schrankenbestimmungen im Urheberrecht lässt sich das dieser Arbeit zugrundeliegende Anliegen verwirklichen. Die nicht ausreichenden Schrankenbestimmungen sind unter Berücksichtigung des Spielraums des nationalen Gesetzgebers so zu verändern, dass sie den Gedächtnisinstitutionen ermöglichen, ihren Aufgaben auch im digitalen Umfeld nachzukommen.

Das geht nur in dem stark eingeschränkten, herausgearbeiteten Spielraum, welchen der europäische Gesetzgeber dem nationalen Urheberrechtsgesetzgeber lässt. Im Folgenden werden Regelungsvorschläge unterbreitet, die praktischen Notwendigkeiten folgen, aber unter Umständen de lege lata noch nicht umsetzbar sind, worauf im Einzelnen hingewiesen wird.

Zunächst werden einzelfallspezifische Regelungsvorschläge für den nationalen Urheberrechtsgesetzgeber in Bezug auf den herausgearbeiteten Änderungsbedarf der Schrankenbestimmungen für Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien gemacht und geprüft, ob sich diese innerhalb des Spielraums der dem nationalen Gesetzgeber angesichts internationaler und europäischer Vorgaben verbleibt, schon de lege lata verwirklichen lassen.

---

[791] *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 368 ff.

Sodann wird der Frage nachgegangen, ob sich de lege lata eine nach angloamerikanischem Vorbild an das Fair-Use angenäherte Generalschrankenregelung im Sinne einer flexiblen Auffangschrankenbestimmung, welche die zur Erhaltung des Kulturellen Gedächtnisses notwendigen Handlungen der Gedächtnisinstitutionen privilegiert, die von keiner spezifischen Schrankenregelung privilegiert werden, in das deutsche Urheberrecht integrieren lässt.

1. Bestandsaufbau

Die Krux beim Aufbau eines Bestandes von unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen liegt darin begründet, dass jede Nutzungshandlung eines digitalen Inhalts mit einer Vervielfältigung desselben verbunden ist und das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG berührt. Die Übernahme vieler über das Internet unkörperlich kommunizierter kultureller Äußerungen scheitert schon daran, dass diese mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind (zumindest solche Inhalte, die kommerziell genutzt werden). Jedoch selbst die frei zugänglichen und verfügbaren Inhalte, welche in öffentlichen Netzwerken kommuniziert werden, lassen sich mangels einer „Bestandsaufbauschrankenbestimmung“ zugunsten von bestimmten Gedächtnisinstitutionen nur in Abstimmung mit den Urheberrechteinhabern in den Bestand von Gedächtnisinstitutionen übernehmen. Das gilt selbst im Anwendungsbereich von Pflichtexemplar- und Archivgesetzen, wenn bestimmte Inhalte von einer Ablieferungs- beziehungsweise Anbietungsverpflichtung erfasst sind, da alleine in der „freien“ Kommunikation (Kommunikation ohne Schutzmaßnahmen) über öffentliche Netze noch nicht die Erfüllung einer Anbietungs- beziehungsweise Ablieferungsverpflichtung (durch Bereitstellung zur Abholung) zu sehen ist.

Die Abstimmung mit Urheberrechteinhabern ist im Hinblick auf die Anzahl relevanter Inhalte und im Hinblick auf die praktischen Schwierigkeiten, welche mit dem Ausfindigmachen der Urheberrechteinhaber der unkörperlich über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen verbunden sind, nicht möglich. Das reißt Lücken in das Kulturelle Gedächtnis, die nur durch Schaffung von geeigneten Schrankenbestimmungen geschlossen werden können.

Fraglich ist, wie weit diese Schrankenbestimmungen gehen sollen. Ist etwa intendiert, die Übernahme aller, also auch der mit technischen Schutzmaßnahmen versehenen, Inhalte zu ermöglichen, oder sollen nur diejenigen Inhalte in den Bestand der Gedächtnisinstitutionen übernommen werden können, die für jedermann frei verfügbar sind und von jedermann privat rezipiert und im allgemeinen aufgrund der verschiedenen Alternativen von § 53 UrhG von Einzelpersonen auch archiviert werden können (nur von Gedächtnisinstitutionen nicht).

Ersteres ließe sich nur mit einer Schrankenbestimmung ermöglichen, welche sich gegen den rechtlichen Schutz technischer Schutzmaßnahmen aus § 95a UrhG

durchsetzen lässt (Erweiterung des § 95b UrhG). Unabhängig von der Frage, ob eine solch weitgehende Schrankenbestimmung zulässig wäre,[792] macht spätestens die Durchsetzung eine Abstimmung erforderlich. Ziel einer Bestandsaufbauschranke für die Archivierung von über digitale und vernetzte Medien unkörperlich kommunizierten Inhalten ist es jedoch, gerade diese Abstimmung im Hinblick auf die frei verfügbaren Inhalte entbehrlich zu machen. Alle anderen Inhalte bedürfen der Abstimmung, zu deren Mitwirkung die Rechteinhaber der für das Kulturelle Gedächtnis relevanten kulturellen Äußerungen, die von Anbietungs- oder Abgabeverpflichtungen erfasst werden, verpflichtet sind.

Es geht im vorliegenden Fall also um die Findung einer Schrankenbestimmung, die es den das Kulturelle Gedächtnis besorgenden Gedächtnisinstitutionen ermöglicht, die frei, also ohne Schutzmaßnahmen, über digitale und vernetzte Medien öffentlich kommunizierten kulturellen Äußerungen für die Nachwelt in den Bestand übernehmen zu können.

a) Problem Web-Harvesting

Insbesondere ist den das Kulturelle Gedächtnis von Deutschland maßgeblich tragenden Gedächtnisinstitutionen, wie etwa der Deutschen Nationalbibliothek, aber auch dem Bundesarchiv, das flächige (und nicht nur kompetenziell das zielgerichtete) Web-Harvesting zu ermöglichen. Diese haben den gesetzlichen Auftrag, die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen in den Bestand zu übernehmen. Da diese, wie in der Lageanalyse dargestellt, nur mithilfe von flächigem Web-Harvesting dieser Aufgabe zufriedenstellend nachkommen können,[793] ist eine sie privilegierende Beschränkung im UrhG zu schaffen. Das UrhG ist um eine Privilegierungsbestimmung, welche zumindest bestimmten Gedächtnisinstitutionen den Einsatz des flächigen Web-Harvesting erlaubt, zu erweitern.[794] Diese lässt sich nur im Rahmen der europäischen und internationalen Vorgaben verwirklichen. Jedoch geht insbesondere die europäische Kommission davon aus, dass die Schaffung einer Web-Harvesting Schranke zugunsten bestimmter Einrichtungen möglich ist, und hat in einer Empfehlung den Mitgliedstaaten nahegelegt, diese zu schaffen.[795]

---

[792] Wäre sie wegen Art. 6 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001, welche zu einem Umgehungsschutz verpflichtet der nur in den von Abs. 4 benannten Grenzen durchbrochen werden kann.

[793] Siehe die Pressemitteilung der DNB: Deutsche Nationalbibliothek, Pressemitteilung vom 29.06.2006, Deutsche Nationalbibliothek mit erweitertem Sammelauftrag.

[794] Privilegiert sein müssen zumindest diejenigen Institutionen, die einen gesetzlichen Auftrag haben über digitale und vernetzte Medien kommunizierte kulturelle Äußerungen in den Bestand aufzunehmen und diesem Bestand kostenneutral und effektiv nur durch das Web-Harvesting nachkommen können. Also insbesondere die DNB, welche gem. §§ 2, 3 DNBG zur Sammlung von Medienwerken verpflichtet ist.

[795] Kommissionsempfehlung vom 24.08.3006, 2006/585/EC, Erwägungsgrund 14 und Empfehlungspunkt 11.

Welcher Spielraum im Hinblick auf die Schaffung einer das flächige Web-Harvesting privilegierenden Schrankenbestimmung zugunsten bestimmter Gedächtnisinstitutionen tatsächlich besteht, ist im Folgenden zu prüfen:

Bei der Schaffung der Schranke sind gemeinschaftsrechtliche Vorgaben sowie der aus internationalen Vorgaben resultierende Dreistufentest ebenso wie die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit europäischem Recht sind bei Schaffung einer Web-Harvesting-Schranke die Vorgaben aus der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie[796] sowie, da durch das flächige Web-Harvesting auch Datenbanken bzw. Computerprogramme erfasst werden könnten, der Datenbanken-Richtlinie[797] und der Computerprogramme-Richtlinien[798] zu berücksichtigen.

(A) Art. 5 und Art. 6 RL 2001/29/EG

Die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie führt in Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 mögliche Schrankenregelungen erschöpfend auf. Eine das flächige Web-Harvesting durch Gedächtnisinstitutionen erlaubende Schrankenbestimmung ließe sich gegebenenfalls auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie stützen.

Nach Art. 5 Abs. 2 Buchst. c der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie können die Mitgliedstaaten „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; …“ eine Ausnahme oder Beschränkung vornehmen.

So lässt sich zum Beispiel die Archivschranke aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. c stützen.[799] Vervielfältigungen zu Archivierungszwecken sind unter den eingeschränkten Voraussetzungen von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG zulässig. Das Web-Harvesting lässt sich, weil es sich bei den Werken, die vervielfältigt werden, nicht um eigene Werke handelt, nicht auf die Archiv-

---

796 Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001.

797 Datenbanken-Richtlinie, 1996.

798 Computerprogramme-Richtlinien, 1991 und 2001.

799 *H. Schack,* Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen?, in: AfP 2003, 1 (4). Das gilt zumindest in Bezug auf Vervielfältigungshandlungen die von den traditionellen Gedächtnisinstitutionen (Bibliothek, Archiv und Museum) vorgenommen werden, zugunsten derer laut Art. 5 Abs. 2 lit c der nationale Gesetzgeber für bestimmte Vervielfältigungshandlungen Ausnahmen vorsehen darf. Grundlage für die Schrankenbestimmung insoweit sie weitergehend auch anderen Institutionen erfasst (Wirtschaftsarchive etc.) ist hingegen Art. 5 Abs. 2 lit o der RL 2001/29/EG. Die von diesem verlangte Einschränkung das die Ausnahmebestimmung sich auf eine analoge Benutzung begrenzen muss findet sich in § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG wieder.

schranke stützen.[800] Die Archivschranke aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG deckt in ihrer derzeitigen Form nur die Bestandserhaltung und nicht den Bestandsaufbau.

Die Archivschranke aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG schöpft den Rahmen dessen, was auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 2 Buchst. c der Urheberrechtslinie möglich ist, nicht aus. Gestützt auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie lässt sich eine weitergehende, sogar Vervielfältigungshandlungen, die beim Einsatz von flächigen Web-Harvesting-Technologien getätigt werden, erlaubende Schrankenbestimmung schaffen. Es lässt sich mithin eine Bestandsaufbau- und nicht nur Bestandserhaltungs-Schranke schon auf der Grundlage der Richtlinie schaffen, die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. c einen entsprechenden Anknüpfungspunkt findet.

Art. 6 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie verpflichtet zum rechtlichen Schutz technischer Schutzmaßnahmen, deren Umgehung rechtlich zu untersagen ist. Eine Schrankenbestimmung, die das Web-Harvesting erlaubt, kann sich also nur auf öffentlich zugängliche kulturelle Äußerungen beziehen und nicht auf solche, die mittels technischer Schutzmaßnahmen vor Nutzungshandlungen (wie etwa der Vervielfältigung) geschützt sind.

(B) Art. 6 Abs. 2 RL 96/9/EG

Nach Art. 6 Abs. 2 der Datenbanken-Richtlinie sind Schrankenbestimmungen vom Datenbankwerkrecht nur zu den in Buchst. a) – d) aufgeführten Zwecken zulässig. Die Buchst. a) – c) benennen konkrete Schrankenbestimmungen. Gemäß Art. 6 Abs. 2 Buchst. d) der Datenbanken-Richtlinie können die Mitgliedstaaten „im Fall sonstiger Ausnahmen vom Urheberrecht, die traditionell von ihrem innerstaatlichen Recht geregelt werden, unbeschadet der Buchstaben a), b) und c)“, weitere Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen in Bezug auf das Datenbankwerkrecht vornehmen. Die Pflege und Sicherstellung des Funktionierens der kulturellen Überlieferung gehört zu den Ausnahmen vom Urheberrecht, die traditionell durch innerstaatliches Recht geregelt werden. Sie rechtfertigen daher eine insoweit erforderliche, besondere Bestimmung für Datenbankwerke.

(C) Art. 5 RL 2009/24/EG

Die Computerprogramme-Richtlinie lässt in Art. 5 nur eingeschränkt Ausnahmebestimmungen vom Vervielfältigungsrecht in Bezug auf Computerprogramme zu. Eine flexibilisierende Bestimmung, wie sie in Art. 6 Abs. 2 Buchst. d) der Datenbanken-Richtlinie enthalten ist, fehlt. Die Inhaber der Rechte an Computerprogrammen werden stärker geschützt, als die Inhaber der Rechte von Datenbanken. Die Computerprogramme-Richtlinie enthält keinen Anknüpfungspunkt, um eine

---

[800] Was der Gesetzgeber bei Erlass des DNBG, welches das Web-Harvesting vorsieht (vgl. die amtliche Begründung in: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), Bundestagsdrucksache 16/322, 13) wohl übersehen hat.

das Web-Harvesting für bestimmte Gedächtnisinstitutionen erlaubende Schrankenbestimmung zu schaffen, sodass die Harvester so zu programmieren sind, dass die Sammlung von Computerprogrammen technisch ausgeschlossen ist.

bb) Anforderungen aus dem Dreistufentest

Neben den Vorgaben aus Art. 5 Abs. 2 Buchst. c der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie ist der in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie für verbindlich erklärte, durch internationale Bestimmungen vorgegebene[801] Dreistufentest zu berücksichtigen.

Danach ist entscheidend, dass die das Web-Harvesting erlaubende Schranke, die einen bestimmten Sonderfall (das Web-Harvesting durch Gedächtnisinstitutionen) regelt (also der ersten Stufe genügt),[802] und die weder die normale noch überhaupt die Verwertung der Rechteinhaber tangiert (also der zweiten Stufe genügt), auch keine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen darstellt (und somit auch der dritten Stufe genügt). Anders formuliert darf die Verletzung berechtigter Interessen, die von einer Beschränkung ausgeht, unter Berücksichtigung der Zwecke, denen die Beschränkung dient, nicht unverhältnismäßig sein.[803] Demzufolge sind Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der geplanten Regelung zu prüfen.

Im Hinblick auf die Geeignetheit, welche sich empirisch zumeist nicht feststellen lässt, ist dem Gesetzgeber eine breite Einschätzungsprärogative zuzubilligen.[804] Der Bundesgesetzgeber geht in der Begründung zum DNBG davon aus, dass das flächige Web-Harvesting gar die einzig sinnvolle Technik ist, um das digitale kulturelle Erbe zu archivieren.[805]

Erforderlich ist das Web-Harvesting, da keine alternativen Lösungsmöglichkeiten in Betracht kommen, welche bei gleicher Geeignetheit ein milderes Mittel darstellen. So scheiden insbesondere vertragliche Vereinbarungen mit den Rechteinhabern für das Web-Harvesting schon gedanklich aus.

---

801 so in Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPs, Art. 10 Abs. 1, Abs. 2 WWCT, Art. 16 WPPT

802 Um dem Bestimmtheitsgebot aus der ersten Prüfungsstufe zu genügen, ist eine hinreichende Präzisierung der Privilegierungszwecke erforderlich, aber auch ausreichend. Siehe zu den insoweit bestehenden Anforderungen *G. Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, in: GRUR Int. 2005, 378 (385); *J. Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005, 497 ff., *M. Senftleben*, Die Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, R. M. Hilty/ A. Peukert (Hrsg), 159 (176 ff.) (S. 177: „Gegen das Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests verstoßen Schranken des Urheberrechts (…) nur dann, wenn sie derart unklar umrissen sind, dass nicht erkennbar wird, welchem Zweck sie zu dienen bestimmt sind.“).

803 *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, in: GRUR Int. 2004, 200 (210 ff.).

804 *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int. 2008, 271.

805 Siehe: Begründung des DNBG zu § 2 (Aufgaben und Methoden) Nummer 1 letzter Teilsatz, im Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), Bundestagsdrucksache 16/322.

Insoweit kommt es auf die Angemessenheit der Regelung an und es sind die gegenläufigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Eine Interessenabwägung ist jedoch nur erforderlich, wenn überhaupt ein Interessenkonflikt besteht. Bei der reinen Bestandsaufnahme an sich, werden noch keine (wirtschaftlichen) Interessen von Rechteinhabern beeinträchtigt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Aufnahme in den Bestand einer Gedächtnisinstitution und damit verbundene Verpflichtung der kostenintensiven Pflege nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse der Rechteinhaber liegt.

Etwas anderes ist nur dann anzunehmen, wenn die kulturelle Äußerung durch technische Schutzmaßnahmen gegen Vervielfältigungen geschützt ist. Die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen indiziert die Außerachtlassung berechtigter Interessen von Urheberrechteinhabern und bedeutet nicht nur einen Verstoß gegen den Dreistufentest, sondern auch einen Verstoß gegen § 95a UrhG, der in Umsetzung von Art. 6 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen untersagt.

Eine Schrankenbestimmung, die das Web-Harvesting erlaubt, ist mit dem Dreistufentest insoweit zu vereinbaren, wie sich das Web-Harvesting auf öffentlich zugängliche und nicht mit technischen Schutzmaßnahmen versehene kulturelle Äußerungen beschränkt.

cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Durch eine das Web-Harvesting erlaubende Schrankenregelung wird, indem Gedächtnisinstitutionen für bestimmte, mit dem Bestandsaufbau durch Web-Harvesting verbundene Vervielfältigungshandlungen privilegiert und vom Zustimmungserfordernis der Rechteinhaber freigestellt werden, das Verwertungsrecht der Vervielfältigung aus §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG berührt.

Jedoch steht es dem Gesetzgeber unter Beachtung der Institutsgarantie frei, den Inhalt des Eigentums für die Zukunft neu zu ordnen.[806] Somit obliegt dem Gesetzgeber die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Schutzumfanges, welchen die grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Ergebnisse einer schöpferischen Leistung an den Urheber im Rahmen der privatrechtlichen Normierung gewährt. Hierbei hat der Gesetzgeber eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherzustellen, welche den Interessen aller Beteiligten Rechnung trägt.

Zu berücksichtigen ist zudem insbesondere der kulturelle Imperativ des Urheberrechts.[807]

---

[806] BVerfG 31, 275 (284 ff) – Bearbeiter-Urheberrecht; BVerfG 36, 281 (293) – Patentanmeldung; BVerfG 58, 300 (351) – Naßauskiesung; BVerfG 71, 137 (143); BVerfG 78, 58 (75).

[807] *M. Senftleben*, Der Kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: M. Weller/N. B. Kemle/T. Dreier/P. M. Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Baden-Baden 2010.

Die Möglichkeit für Gedächtnisinstitutionen, bestimmte das Web-Harvesting ermöglichende Vervielfältigungshandlungen vornehmen zu können, die ohne Privilegierung nicht ohne Zustimmung vorgenommen werden könnten, beeinträchtigt das Interesse der Urheberrechteinhaber nur theoretisch. Denn in der Praxis würde ohne die Privilegierung das Web-Harvesting nicht durchgeführt werden und würde eine Vergütung für die mit dem Web-Harvesting verbundenen Vervielfältigungshandlung ausscheiden. Es ist für den Urheberrechteinhaber somit besser, wenn er eine Vergütung bekommt (vergleichbar der Ersetzung der „Property Rule“ durch eine „Liability Rule“ dort wo, was nicht geschützt werden kann, wenigstens vergütet werden soll). Als Mitglied der Gemeinschaft hat er am Web-Harvesting sogar ein eigenes Interesse, beziehungsweise soweit andere eigene Interessen dem auch im Gemeinschaftsinteresse liegenden Web-Harvesting vorgehen, kann er das Web-Harvesting immer noch durch technische Schutzmaßnahmen verhindern.

Dem somit praktisch irrelevanten Eingriff in Verwertungsrechte steht auf der anderen Seite das schutzwürdige kulturhistorische Interesse der Allgemeinheit an einer lückenlosen Bewahrung kultureller Äußerungen als Fundament für die Zukunft gegenüber.

Die Abwägung rechtfertigt offensichtlich den geeigneten und erforderlichen, geringfügigen Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Verwertungsrechte von §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG, der mit der vorgeschlagenen Schrankenregelung durch das Web-Harvesting verbunden ist.

dd) Vorschlag Erweiterung der §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 5 S. 2, 87c, 69d UrhG

Bestehende Schrankenregelungen sind so zu erweitern, dass sich unkörperlich über das Internet kommunizierte kulturelle Äußerungen unabhängig von der Werkkategorie, in die sie urheberrechtlich einzuordnen sind (also ob als Schriftwerk, als Datenbankwerk oder Datenbank), in den Bestand einer privilegierten Einrichtung aufnehmen lassen.[808] Daher sind Änderungen im allgemeinen Teil nicht ausreichend, sondern sind außerdem in den besonderen Bestimmungen für Datenbanken entsprechende Änderungen vorzunehmen.

Folgende die oben herausgearbeiteten Vorgaben berücksichtigende Erweiterungen geltender Schrankenbestimmungen könnten das Web-Harvesting ermöglichen:

(A) Erweiterung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG

Denkbar ist eine Erweiterung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG. Als verfassungs-

---

[808] Ohne weitergehende Schrankenbestimmungen für die Zugänglichmachung kann durch das Web-Harvesting jedoch nur eine „Black Box“ geschaffen werden, in die zwar alles hinein gesammelt wird, dann aber, weil nicht verwertbar beziehungsweise vermittelbar ist und demnach keine Wirkungen für das Kulturelle Gedächtnis entfaltet.

konforme Inhalts- und Schrankenbestimmung von Art. 14 GG könnte die Erweiterung von §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2 UrhG etwa lauten:

(2) Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen

1.…..

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~~

3.…..…

4.…..…

a)…..

b)…..

Dies gilt im Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich

1. als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird und die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen wird oder

2. als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird und eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet oder

3. als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird und das Archiv im öffentlichen Interesse tätig ist und keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt oder

4. die Vervielfältigung durch eine im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitution, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgt und einen gesetzlichen Anspruch auf die Ablieferung des vervielfältigten Werkes hat, angefertigt wird.

Die Erweiterung beruht in der Streichung der bisher vor der Klammer stehenden Voraussetzung, dass als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt werden muss, und der Erweiterung der Tatbestände aus § 53 Abs. Abs. 2 S. 2 UrhG.

Auf der Grundlage der vorgeschlagenen Schrankenbestimmung können die das kulturelle Gedächtnis maßgeblich besorgenden Gedächtnisinstitutionen (Pflichtexemplarbibliotheken und Archive, denen ein Belegexemplarrecht zukommt) zu Archivierungszwecken digitale Archive anlegen und zwar auch durch Vervielfältigung von „fremden“ Werkstücken, also etwa durch flächiges Web-Harvesting.[809]

Das Archivieren und für die Zukunft Erhalten der über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen ist geboten, um eine digitale Amnesie des Kulturellen Gedächtnisses zu verhin-

[809] Wohlgemerkt müssen sonstige Verfügungsrechte an den Vorlagen beachtet werden. Im Ergebnis können durch das flächige Web-Harvesting daher nur die frei zugänglichen kulturellen Äußerungen geharvestet werden, die keinen Tag enthalten, der den Crawler davon abhält sie einzusammeln.

dern und auch gesetzlich im Pflichtexemplarrecht vorgesehen.[810] Daher bedeutet etwa das flächige Web-Harvesting durch die DNB keinen weiteren Eingriff in Rechte von Rechteinhabern. Insoweit gesetzlich vorbestimmt ist, dass die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen in einem digitalen Archiv einer entsprechend beauftragten Gedächtnisinstitution landen, bedeutet es für die Rechteinhaber im Gegenteil eine Erleichterung, wenn diese sich „holt", was ablieferungspflichtig ist, und es ihr nicht erst in einem mehr oder weniger komplizierten Verfahren abgeliefert werden muss.[811] Für die Gedächtnisinstitution und die Abgabepflichtigen spart das Kosten und Aufwand.

Damit die Bestimmung dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis genügt, muss der gesetzlich neu eingeführte Begriff „Gedächtnisinstitution" in der Gesetzesbegründung näher bestimmt werden.[812] Gegenwärtig überschreibt der Begriff Gedächtnisinstitution als Überbegriff die traditionellen Gedächtnisinstitutionen Bibliothek, Archiv und Museum. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass sich aufgrund der technischen Fortentwicklung ein neuer Institutionstyp entwickelt, der ebenfalls alle Voraussetzungen an eine Gedächtnisinstitution erfüllt und der dann ebenfalls unter die Privilegierung zählt.[813]

Die vorgeschlagene Erweiterung privilegiert nicht alle, sondern nur Gedächtnisinstitutionen mit gesetzlichem Auftrag (etwa Pflichtexemplarbibliotheken).

Es ist denkbar, weitere Einschränkungen in der Gesetzesbegründung vorzunehmen, indem Voraussetzungen benannt werden, die erfüllt sein müssen, damit die Privilegierung greift. Etwa ließe sich ein durch den Bundesbeauftragten für Kultur und Medien geführtes Register schaffen, in dass sich die genannten Institutionen eintragen lassen müssen (was sie nur können, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind), damit sie durch die vorgeschlagene Regelung privilegiert werden.

Die Schrankenbestimmung erfasst nur diejenigen Vervielfältigungshandlungen, die rechtlich zulässig und technisch möglich sind.

---

[810] Siehe etwa §§ 2, 3 DNBG.

[811] Der mit den rechtlichen Zusammenhängen nicht vertrauten Allgemeinheit lässt sich schwer vermitteln, dass eine „frei" im Netz verfügbare abgabepflichtige kulturelle Äußerung nicht ohne Zutun eingesammelt (etwa geharvestet) werden kann.

[812] Siehe zum Begriff 1. Kapitel B.II. Gedächtnisinstitution ist in Abgrenzung zur Bildungseinrichtung eine Institution, die der Archivierung, mithin der langfristigen Kommunizierbarkeit, kultureller Äußerungen dient. Die Kommunikation der archivierten kulturellen Äußerungen in der Gegenwart wiederum obliegt den Bildungseinrichtungen. Eine Bibliothek kann als Archivbibliothek eine Gedächtnisinstitution sein, die nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG privilegiert ist (so etwa die DNB als Archivbibliothek) sowie eine Bildungseinrichtung und hat als letztere bei der Kommunikation kultureller Äußerungen in der Gegenwart, die hierfür geltenden urheberrechtlichen Rahmenbestimmungen zu beachten.

[813] So erfüllt etwa die Deutsche Digitale Bibliothek alle Voraussetzungen einer Gedächtnisinstitution, lässt sich aber keiner der traditionellen Gedächtnisinstitutionen zuordnen. Mit Spannung ist abzuwarten, welchen Namen die mit der Namensfindung beauftragte Agentur Interbrand für die die neu errichtete „Bibliothek" finden wird.

Nicht erfasst wird die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen, sodass kein Konflikt mit dem Umgehungsverbot aus § 95a UrhG entsteht und auch die Vorgaben aus Art. 6 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie berücksichtigt sind.

Dadurch, dass die Schrankenbestimmung medienneutral ist, wird sie auch im Hinblick auf die technische Fortentwicklung nicht revisionsbedürftig.[814]

(B) Erweiterung des § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG

Da das Web-Harvesting als automatisches Verfahren eventuell auch Datenbankwerke (sowie Datenbanken), also zusammengefasste und strukturierte Inhalte, beziehungsweise zumindest, falls nicht technisch entsprechend geschützt, einzelne Inhalte erfasst, ist zugleich eine spezielle Schrankenbestimmung für das Datenbankwerkrecht und das sui generis Datenbankrecht zu schaffen, die den Anforderungen der Datenbanken-Richtlinie genügt.

Daher wäre auch § 53 Abs. 5 UrhG, der sich auch auf die vorgeschlagene Erweiterung § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG bezieht, so zu erweitern, dass den speziellen Anforderungen an die Vervielfältigung von Datenbankwerken genügt wird.

Nach Art. 6 der Datenbanken-Richtlinie sind Schrankenbestimmungen vom Datenbankwerkrecht nur zu den dort aufgeführten Zwecken zulässig. De lege lata lassen sich nur die Schrankenbestimmungen aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 (Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch) sowie Abs. 3 Nr. 1 (Zugänglichmachung von Vervielfältigungsstücken im Unterricht) auf eine durch die Richtlinie genannte Bestimmung stützen. § 53 Abs. 5 UrhG bestimmt daher, dass die Schrankenbestimmungen aus § 53 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 bis 4 (Vervielfältigungen zur Aufnahme in ein eigenes Archiv, zur eigenen Unterrichtung über Tagesfragen und zum sonstigen eigenen Gebrauch) sowie Abs. 3 Nr. 2 (Vervielfältigungsstücke für Prüfungen) auf Datenbankwerke keine Anwendung finden.

Gemäß Art. 6 Abs. 2 Buchst. d der Datenbanken-Richtlinie können die Mitgliedstaaten „im Fall sonstiger Ausnahmen vom Urheberrecht, die traditionell von ihrem innerstaatlichen Recht geregelt werden, unbeschadet der Buchstaben a), b) und c)“, weitere Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen in Bezug auf das Datenbankwerkrecht vornehmen. Die Pflege und Sicherstellung des Funktionierens der kulturellen Überlieferung gehört zu den Ausnahmen vom Urheberrecht, die traditionell durch innerstaatliches Recht geregelt werden. Die insoweit erforderliche Ausweitung von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UrhG auch auf Datenbankwerke lässt sich daher in Übereinstimmung mit europäischen Vorgaben

---

[814] „Jede Gesetzgebung sollte so technologiespezifisch wie notwendig und so technologieneutral wie möglich sein.“ *T. Dreier*, Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends. Einige Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts, in: CR 2000, 45 (48).

durch Erweiterung des § 53 Abs. 5 schaffen. Damit die für § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 vorgeschlagene Erweiterung das Web-Harvesting tatsächlich ermöglichen könnte, müsste § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG wie folgt erweitert werden:

Absatz 1, Absatz 2 Satz 1 ~~Nr. 2 bis~~ Nr. 3 und Nr. 4 sowie Absatz 3 Nr. 2 finden keine Anwendung auf Datenbankwerke, deren Elemente einzeln mithilfe elektronischer Mittel zugänglich sind. Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 sowie Absatz 3 Nr. 1 finden auf solche Datenbankwerke mit der Maßgabe Anwendung, dass ~~der wissenschaftliche Gebrauch sowie der Gebrauch im Unterricht~~ die privilegierte Nutzung nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt.

(C) Erweiterung des § 87c UrhG

Zugleich müsste § 87c UrhG, der die Schrankenbestimmungen für das sui generis Datenbankrecht enthält, in Übereinstimmung mit Art. 9 der Datenbanken-Richtlinie um eine Schrankenbestimmung erweitert werden, die auch in Bezug auf Datenbanken als kulturelle Äußerungen das Web-Harvesting ermöglicht.

Nach Art. 9 der Datenbanken-Richtlinie sind Schrankenbestimmungen vom Datenbankrecht nur zu den dort aufgeführten Zwecken zulässig. Diese sind fast wortgleich in § 87c Abs. 1 S. 1 UrhG aufgeführt. Die vorgeschlagene Erweiterung von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG lässt sich auf keine der in Art. 9 der Datenbanken-Richtlinie aufgeführten Ausnahmebestimmungen stützen.

Anders als Art. 5 für das Datenbankwerkrecht enthält Art. 9 der Richtlinie keine Bestimmung, die den Mitgliedstaaten „im Fall sonstiger Ausnahmen vom Urheberrecht, die traditionell von ihrem innerstaatlichen Recht geregelt werden", Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen in Bezug auf das Datenbankrecht vorzunehmen.

Bevor sich § 87c UrhG um eine die vorgeschlagene Erweiterung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG auch in Bezug auf Datenbanken ermöglichende Schrankenbestimmung erweitern lässt, ist die Datenbankrichtlinie zu ersetzen bzw. zu ändern.[815]

Die Erweiterung könnte als § 87c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UrhG wie folgt aussehen:

(1) Die Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank ist zulässig

1. – 3. (…)

4. unter den Voraussetzungen von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2UrhG.

(D) Erweiterung des § 69d UrhG

Gleiche Erwägungen gelten für § 69d UrhG, da die Computerprogramme-Richtlinie[816] in Art. 5 nur eingeschränkt Ausnahmebestimmungen vom Vervielfältigungsrecht in Bezug auf Computerprogramme zulässt.

---

[815] Zum Vorgehen siehe die Ausführungen zur Sonderrechtskompetenz des nationalen Urheberrechtsgesetzgebers 2. Kapitel E.II.2.b).

[816] Computerprogramme-Richtlinie, 2001.

Eine Erweiterung zum Zwecke der Ermöglichung des Web-Harvesting durch Bibliotheken, Archive oder Museen, die im öffentlichen Interesse tätig sind, ist im Hinblick auf § 69d UrhG zudem nicht unbedingt nötig, da Computerprogramme durch das Web-Harvesting nur bei einer äußerst weiten Auslegung des Computerprogrammbegriffes überhaupt betroffen sein können, sodass anstatt die Schrankenbestimmung in § 69d UrhG zu erweitern, eine enge Auslegung des Computerprogrammbegriffes ausreicht.

Ein Web-Crawler lässt sich so programmieren, dass er Computerprogramme nicht erfasst und dort wo er Multi-Media Produkte erfasst, die gegebenenfalls bei weiter Auslegung den Computerprogrammbegriff erfüllen, lässt sich eine bestehende Kollision mit § 69d UrhG durch eine enge Auslegung des Begriffs Computerprogramm verhindern.

b) Problem verwaiste Werke

Mit Schaffung einer Schranke für das Web-Harvesting hätte sich auch das Problem der Erhaltung (nicht der Verfügbarkeit durch Zugänglichmachung!) verwaister Werke, also von Werken deren Urheberrechteinhaber nicht auffindbar ist, teilweise erledigt. Diese wären, wie andere Werke und Werkarten auch, von der vorgeschlagenen Erweiterung der Archivschranke erfasst und könnten ohne Zustimmung zum privilegierten Zweck der Erhaltung und Bewahrung in den Bestand einer privilegierten Gedächtnisinstitution aufgenommen werden.

2. Bestandserhaltung

Bestandserhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen müssen aufgrund deren Fragilität besondere Anforderungen erfüllen und sind aufgrund der Kurzlebigkeit digital aufgezeichneter kultureller Äußerungen schnell und effektiv noch während des Bestehens von Urheberrechten durchzuführen.[817]

a) Vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen

Digitale Bestandserhaltungsmaßnahmen lassen sich gegenwärtig nur als Vervielfältigung einer *eigenen* Vorlage auf die Archivschranke aus §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UrhG stützen. Die Archivschrankenregelung ist zugeschnitten auf Sachverhalte, bei denen es um den Erhalt eines körperlichen Werkstückes geht (Mikroverfilmung oder Digitalisierung von gedruckten Büchern etc.).

Sie bietet jedoch schon keine ausreichende Grundlage für die Langzeitarchivierung einer körperlichen eigenen Vorlage durch Digitalisierung eines besser erhaltenen fremden körperlichen Werkstückes.[818]

---

[817] Digitale Aufzeichnungen sind sehr flüchtig und lassen sich, wenn sie zerstört sind, nicht rekonstruieren, sondern sind gänzlich verloren.

[818] So *T. Dreier*, ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 53 UrhG Rdn. 27.

Jedenfalls bietet sie keine ausreichende Grundlage für die Erhaltung unkörperlicher, digital aufgezeichneter Werkstücke, die digitale Langzeitarchivierung.[819] Nach vorherrschender Meinung ist schon die mit jeder digitalen Langzeitarchivierung einhergehende redundante Speicherung nur mit Zustimmung der Urheberrechteinhaber möglich.[820] Von der Archivschranke ebenfalls nicht erfasst ist der Fall der digitalen Langzeitarchivierung von Datenbanken und Computerprogrammen,[821] sowie der Fall der digitalen Langzeitarchivierung lizenzierter digitaler Inhalte.[822]

Die Archivschrankenregelung erfasst zudem nur den Fall der vervielfältigenden Bestandserhaltungsmaßnahmen. Jedoch lässt sich eine kulturelle Äußerung nicht immer in ihrer Gestalt, sondern gegebenenfalls nur ihr Inhalt zur Nutzbarkeit erhalten und ist es nicht immer mit einer vervielfältigenden Nutzung getan, sondern ist eine bearbeitende oder umgestaltende Nutzung nötig. So können beispielsweise die eine digital aufgezeichnete kulturelle Äußerung erhaltenden Maßnahmen Migration, Emulation und Konvertierung urheberrechtlich als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung zu beurteilen sein.[823]

Der Spielraum, den die Archivschranke eröffnet, ist zu eng, um alle für die digitale Langzeitarchivierung notwendigen Nutzungshandlungen vornehmen zu können. Auch in Bezug auf bearbeitende und umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen ist daher eine urheberrechtliche Lösung zu finden.

Erforderlich sind Schrankenbestimmungen, die bestimmten privilegierten, archivierenden Gedächtnisinstitutionen Bestandserhaltungsmaßnahmen unabhängig davon gestatten, mit welchen urheberrechtlichen Nutzungshandlungen diese verbunden sind, und die zudem auch dann durchgeführt werden können, wenn technische Schutzmaßnahmen zu durchbrechen sind.

aa) Problem Digitalisierung eines fremden Werkstückes

Das Problem der Digitalisierung eines fremden Werkstückes mit der Absicht ein eigenes, aber bereits sehr fragiles und daher nicht ohne weiteres digitalisierbares Werk zu erhalten, hätte sich mit der Schaffung der für das Web-Harvesting beim Bestandsaufbau vorgeschlagenen Schranke zumindest teilweise erledigt. Zumindest im Falle, dass die Vervielfältigung zu Archivierungszwecken von einer Gedächtnisinstitution innerhalb ihres gesetzlichen Auftrages vorgenommen wird, kann auch ein fremdes Werkstück als Vorlage dienen.

Für sonstige, auch die im öffentlichen Interesse tätigen Gedächtnisinstitutionen ohne gesetzlichen Auftrag, bliebe es mit der Beibehaltung der bestehenden fragli-

---

819 Siehe zur Problematik die Ausführungen im 2. Kapitel D.II.e)bb).

820 Siehe hierzu die Ausführungen im 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(B)(II)(1)(h) Problem redundante Speicherung.

821 Siehe zur Problematik die Ausführungen im 2. Kapitel D.II.e)bb)(B)(II)(1)(b).

822 Siehe zur Problematik die Ausführungen im 2. Kapitel D.II.e)bb)(B)(II)(1)(g).

823 Siehe 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(C)(I)(2) zur Konvertierung, 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(C)(II)(1) zur Migration und 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(C)(II)(2) zur Emulation.

chen Privilegierung bei einer unzureichenden Schrankengrundlage. Eine Lösung für im öffentlichen Interesse tätige Bibliotheken und vergleichbare Gedächtnisinstitutionen könnte darin bestehen, diese vom Erfordernis der Benutzung eines „eigenen Werkstückes“ für die Vervielfältigung zu Archivierungszwecken freizustellen und stattdessen nurmehr vorauszusetzen, dass das zu archivierende Werk im Bestand vorhanden ist.

(A) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Anforderungen aus dem Dreistufentest

Eine solche Erweiterung wäre in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie möglich, da diese es den Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs. 2 Buchst. c gestattet, Schrankenbestimmungen „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; …“ im nationalen Urheberrecht zu schaffen.

Da die Langzeitarchivierung des aufgebauten Bestandes einen bestimmten Sonderfall regelt und weder die normale noch sonstige Verwertung der Urheberrechteinhaber tangiert, noch ungebührlich verletzt (sondern im Gegenteil die Langzeitarchivierung auch in ihrem Interesse liegt), wäre eine solche Erweiterung auch mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar.

(B) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Insoweit die Vervielfältigung der Archivierung des eigenen vorhandenen Werkstückes (wenn auch durch Vervielfältigung einer fremden besser erhaltenen Vorlage) dient, wird zwar das urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht berührt, es kommt jedoch aufgrund des engen Archivierungszweckes zu keiner gegenüber der bestehenden Privilegierung weiteren Inanspruchnahme von Eigentumsrechten, sodass auch verfassungsrechtliche Vorgaben nicht dagegen sprechen, das Erfordernis eines „eigenen Werkstückes“ durch das Erfordernis, dass sich die Vorlage bereits im Bestand befindet, zu ersetzen.

(C) Vorschlag Erweiterung von § 53 Abs. 2 S. 2 UrhG

Als verfassungskonforme Inhalts- und Schrankenbestimmung von Art. 14 GG könnte die mit europäischen Richtlinien-Vorgaben und dem Drei-Stufen-Test in Einklang stehende Anpassung von § 53 Abs. 2 S. 2 in Nr. 3 etwa lauten:

Dies gilt im Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich

3. die Vervielfältigung durch eine im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitution, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgt, und die das Werk in ihrem Bestand hat, angefertigt wird.

bb) Problem digitale Langzeitarchivierung und redundante Speicherung

Grundsätzlich lässt sich das Anfertigen zumindest *eines* Vervielfältigungstückes zu Archivierungszwecken auf die Archivschrankenregelung aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG stützen. Digitale Langzeitarchivierung geht jedoch immer einher mit *mehrfachen* Vervielfältigungen und redundanter Speicherung.

Problematisch ist die Ansicht der vorherrschenden Meinung zur Reichweite des § 53 Abs. 2 S.1 Nr. 2 UrhG, die von einer strengen Bestandsakzessorietät der erlaubten Vervielfältigungen ausgeht und davon, dass bei lediglich einer im Bestand befindlichen Aufzeichnung nur eine Vervielfältigung erlaubt ist,[824] was zu einer praktischen Einschränkung sinnvoller Bestandserhaltungsmaßnahmen im digitalen Umfeld führt, beziehungsweise diese, fernab von zumeist nicht praktikablen urhebervertragsrechtlichen Lösungen, gar unmöglich macht.

Zwar lässt sich mit guten Argumenten auch eine andere Ansicht vertreten,[825] jedoch wäre eine gesetzgeberische Klarstellung der Situation wünschenswert.

Die strenge Bestandsakzessorietät (eine Vervielfältigung pro Vorlage) würde für bestimmte Gedächtnisinstitutionen (zumindest Pflichtexemplarbibliotheken und Archiven mit Belegexemplarrecht) mit der schon für das Web-Harvesting vorgeschlagenen Erweiterung entfallen. Diese könnten auf der Grundlage der für das Web-Harvesting vorgeschlagenen Erweiterung in § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 i.V.m. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG kulturelle Äußerungen nicht nur im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages in den Bestand aufnehmen, sondern schon im Bestand befindliche kulturelle Äußerungen durch redundante Speicherung (in einer für die sichere Archivierung notwendigen Anzahl) auch im Bestand erhalten. Auf der Grundlage der vorgeschlagenen Erweiterung ist für die privilegierten Einrichtungen (also zumindest die Pflichtexemplarbibliotheken und Archive mit Belegexemplarrecht) eine redundante Speicherung im für die Bestandserhaltung notwendigen Umfang möglich.[826]

Nach hier vertretener Ansicht kann die redundante Speicherung zu Archivierungszwecken jedoch auch ohne die Erweiterung bereits de lege lata praktiziert werden.[827]

Insoweit eine privilegierte Einrichtung nicht nur als Gedächtnisinstitution im Sinne der Bewahrung, sondern auch im Sinne der Vermittlung und damit nicht nur als ar-

---

[824] Vgl. nur *T. Dreier*, ders./G. Schulze, UrhG, 2008, § 53 UrhG Rdn. 27; *S. Lüft*, in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger, UrhG, § 53 Rdn. 28; *U. Decker*, in: P. Möhring/K. Nicolini, UrhG, § 53 Rdn. 25 jeweils bezugnehmend auf BGHZ 134, 250 = AfP 1997, 624 (626 f.) = GRUR 1997, 459, 461 f. – CB-Infobank I.

[825] Siehe hierzu die Ausführungen im 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(B)(II)(h) Problem redundante Speicherung.

[826] Während analog aufgezeichnete kulturelle Äußerungen in der Regel nur einmal vervielfältigt werden müssen, um langfristig erhalten werden zu können, ist es bei digital aufgezeichneten kulturellen Äußerungen notwendig, diese mehrfach redundant zu speichern. Die notwendige Anzahl ist im Einzelfall zu ermitteln.

[827] Siehe hierzu die Ausführungen im 2. Kapitel D.II.2.e)bb)(B)(II)(h) Problem redundante Speicherung.

chivierende Instanz, sondern auch als vermittelnde Bildungseinrichtung agiert, hat sie, da ansonsten der Archivierungszweck überschritten wäre, die zur Bestandserhaltung notwendigen Vervielfältigungen in einem vom zugänglich gemachten Bestand zu trennenden, allein der Bestandserhaltung dienenden Archiv (redundant) zu speichern. Ob und in welchem Umfang die in diesem bewahrten kulturellen Äußerungen zugänglich gemacht werden können, ist eine sich anschließende Frage.

cc) Problem digitale Langzeitarchivierung von Datenbankwerken, Datenbanken und Computerprogrammen

Die digitale Langzeitarchivierung von Datenbankwerken scheitert de lege lata an § 53 Abs. 5 UrhG, der die Anwendbarkeit der Archivschranke aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG für Datenbankwerke ausschließt. Ebenfalls nicht anwendbar ist die Archivschranke für Datenbanken sowie für Computerprogramme. Datenbanken dürfen nur unter den Voraussetzungen von § 87c UrhG, der als abschließende Sonderregelung den §§ 44a ff. UrhG vorgeht, vervielfältigt werden.[828] Computerprogramme dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 69d UrhG vervielfältigt werden, welcher den § 44a ff. UrhG als lex specialis vorgeht. Durch § 69d UrhG ausgeschlossen ist insbesondere § 53 UrhG.[829]

Während in Bezug auf Datenbanken die Datenbanken-Richtlinie in Art. 6 Abs. 2 Buchst. d) den Mitgliedstaaten das Recht einräumt „im Fall sonstiger Ausnahmen vom Urheberrecht, die traditionell von ihrem innerstaatlichen Recht geregelt werden, unbeschadet der Buchstaben a), b) und c)“, Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen in Bezug auf das Datenbankwerkrecht vorzunehmen, gibt es keine vergleichbare, die Handlungsoptionen des nationalen Urheberrechtsgesetzgebers flexibilisierende Bestimmung in Bezug auf Computerprogramme in der Computerprogrammrichtlinie.

Bevor der nationale Urheberrechtsgesetzgeber die Langzeitarchivierung von Computerprogrammen durch die Schaffung entsprechender Schrankenbestimmungen privilegieren kann, ist ein Anknüpfungspunkt in der Computerprogrammerichtline auf europäischer Ebene zu schaffen. Da jedoch in Bezug auf die Langzeitarchivierung von Computerprogrammen vertragliche Lösungen praktikabel sind und sie zudem durch die Rechteinhaber, die ein wirtschaftliches Interesse an der Langzeitarchivierung haben, besorgt werden wird, ist die Schaffung von Schrankenbestimmungen, welche die Langzeitarchivierung von Computerprogrammen privilegieren, nicht so dringlich, wie die Schaffung von Schrankenbestimmungen, welche die Langzeitarchivierung von Datenbanken und Datenbankwerken ermöglichen. Denn insbesondere Forschungsdaten sind regelmäßig in Datenbanken beziehungsweise Datenbankwerken zusammengefasst und müssen zukünftigen Wissenschaftsgenerationen langfristig zur Verfügung stehen.

---

828 *T. Dreier*, in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2006, § 87c UrhG, Rdn. 1.

829 *T. Dreier*, in: ders./Gernot Schulze, UrhG, 2006, § 69d Rdn. 3.

Die zum Bestandsaufbau vorgeschlagene Erweiterung von § 53 Abs. 5 UrhG und § 87c Abs. 1 UrhG ermöglicht im Zusammenspiel mit den zu § 53 Abs. 2 UrhG gemachten Vorschlägen nicht nur das Web-Harvesten von Datenbanken und Datenbankwerken, sondern ermöglicht auch deren (vervielfältigende Nutzungshandlungen voraussetzende digitale) Langzeitarchivierung. Insoweit sei hier auf die dort gemachten Vorschläge verwiesen.[830]

dd) Problem digitale Langzeitarchivierung lizenzierter Werke

Gesetzliche Schrankenregelungen gehen, soweit gesetzlich nicht abdingbar, lizenzvertraglichen Regelungen immer vor, sodass insoweit kein Anlass zur Sorge in Bezug auf die Langzeitarchivierung behindernde lizenzvertragliche Bestimmungen besteht.[831] Jedoch ist de lege lata die vervielfältigende digitale Langzeitarchivierung von lizenziert überlassenen Werken nur bei weiter Auffassung des Eigentumsbegriffs auf der Grundlage von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG zulässig und nur im Hinblick auf Werkstücke, an denen zeitlich unbeschränkte Nutzungsrechte bestehen.[832]

Während den Gedächtnisinstitutionen mit gesetzlichem Auftrag lizenzvertraglich die zur Langzeitarchivierung notwendigen Rechte verpflichtend einzuräumen sind, stehen die sonstigen im öffentlichen Interesse tätigen Gedächtnisinstitutionen ohne gesetzlichen Auftrag vor dem Problem, dass sie nach Ablauf der Lizenz keinen, auch keinen Archivierungsrechte einräumenden, Zugriff mehr auf die lizenzierte kulturelle Äußerung haben.

Außerhalb lizenzvertraglicher Lösungen können zumindest die Gedächtnisinstitutionen mit gesetzlichem Auftrag auf der Grundlage der für das Web-Harvesting vorgeschlagenen Erweiterung in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V. mit § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 UrhG die digitale Langzeitarchivierung lizenzierter Werke besorgen.[833]

Sonstige im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitutionen ohne gesetzlichen Auftrag könnten diese auf der Grundlage der Ersetzung der Voraussetzung, dass es sich bei der Vervielfältigungsvorlage um ein „eigenes“ Werkstück handeln muss, durch das Erfordernis, dass sich die Vorlage bereits im Bestand befinden muss, ebenfalls besorgen.

Auf der Grundlage einer Schrankenbestimmung zulässigerweise angefertigte Archivkopien werden zwar nicht dadurch rückwirkend unzulässig, dass nach Ablauf der Vertragslaufzeit keine Nutzungsrechte mehr bestehen, jedoch hätte die Anfertigung von Archivkopien digitaler lizenzierter Inhalte, indem diese erst nach

---

830 Siehe 2. Kapitel F.II.1.a)dd).

831 Anders etwa § 52b UrhG oder § 53a Abs. 1 UrhG, die gegenüber vertraglichen Bestimmungen subsidiär sind.

832 Siehe zum Problem des Eigentumsbegriffs bei digitalen Inhalten 2. Kap. D.II.2.c)bb)(B)(II)(1)(g).

833 Siehe 2. Kapitel F.II.1.a)dd).

Ablauf von bestehendem Urheberrechtsschutz wieder sinnvoll nutzbar wären, und bis dahin in einer sogenannten „Black Box“ archiviert wären, einen nur sehr fernen Archivierungszweck.[834]

b) Bearbeitende und umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen

Während, weil die Vervielfältigungshandlung in § 16 Abs. 1 UrhG als urheberrechtliches Verbotsrecht ausgestaltet ist, vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen mit urheberrechtlichen Nutzungen verbunden sind und zustimmungsfrei nur gestützt auf eine Schrankenbestimmung durchführbar sind, sind bearbeitende und umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen mangels Verbotsrechtes mit keinen urheberrechtlichen Nutzungen verbunden und lassen sich grundsätzlich zustimmungsfrei vornehmen.

Eine Ausnahme gilt nur für die Verwertung einer Bearbeitung oder Umgestaltung, sowie in bestimmten Bereichen auch für die Vornahme der Anfertigung einer Bearbeitung oder Umgestaltung.

Um zu erreichen, dass die Vornahme vervielfältigender und bearbeitender Bestandserhaltungsmaßnahmen zulässig ist, bedarf es keiner Schrankenbestimmung, sondern einer Klärung in § 23 S. 2 UrhG dahingehend, dass in den dort aufgeführten Fällen die Zustimmung des Urhebers dann nicht erforderlich ist, wenn es sich um Bestandserhaltungsmaßnahmen von Gedächtnisinstitutionen handelt.

Diese Ausnahme von der Ausnahme der Zustimmungsbedürftigkeit der Herstellung beziehungsweise Vornahme einer Bearbeitung und Umgestaltung würde bewirken, dass es für Bestandserhaltungsmaßnahmen bei dem Grundsatz der Einwilligungsfreiheit bleibt, sie mithin ohne Einwilligung der Urheberrechteinhaber vorgenommen werden können, auch dann, wenn sie mit Verwertungsabsicht getätigt werden. Ob und unter welchen Umständen die Verwertung dann in Betracht kommt, ist eine Frage der Bestandsvermittlung.[835]

aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Anforderungen aus dem Dreistufentest

Weil es sich bei der angedachten Erweiterung von § 23 UrhG nicht um eine Schrankenbestimmung handelt, sondern die Bearbeitung und Umgestaltung im Hinblick auf Erhaltungsmaßnahmen von Gedächtnisinstitutionen gar nicht erst als Verbotsrecht ausgestaltet wird, sind die Anforderungen, welche für Schrankenbestimmungen gelten, nicht zu berücksichtigen.

Die Anforderungen des Dreistufentests sind bei der außerurheberrechtlichen Lösung ebenfalls irrelevant, insoweit keine Schrankenbestimmung geschaffen und schon gar kein Verbotsrecht vorgesehen wird.

---

[834] Siehe 2. Kap. D.II.2.c)bb)(B)(II)(1)(g).

[835] Zur kommerziellen Verwertung digitalisierter kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen siehe 2. Kapitel D.II.2.f)dd)(B).

Erforderlich ist jedoch, dass der deutsche Urheberrechtsgesetzgeber nicht hinter dem Mindeststandard an Urheberechten, die zu gewähren er verpflichtet ist, zurück bleibt.[836]

bb) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Indem das als Verbotsrecht ausgestaltete Bearbeitungs- und Verwertungsrecht teilweise abgeschafft wird, wird der Inhalt des Eigentums für die Zukunft neu geordnet.[837] Damit gestaltet der Gesetzgeber den Schutzumfang, welchen die grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Ergebnisse einer schöpferischen Leistung an den Urheber im Rahmen der privatrechtlichen Normierung gewährt, neu aus. Bei einer Gesamtabwägung geht das Interesse von Urheberrechteinhabern und Allgemeinheit an der Erhaltung kultureller Äußerungen für die Zukunft konform und ist die zur Zielerreichung geeignete und erforderliche Ausgestaltung somit zulässig.

cc) Vorschlag Erweiterung von § 23 S. 2 HS 2 UrhG

Die Erweiterung von § 23 S. 2 HS 2 UrhG könnte folgendermaßen lauten:

Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet 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, es sei denn, dass die Bearbeitung oder Umgestaltung zu Erhaltungszwecken von einer im öffentlichen Interesse tätigen Gedächtnisinstitution vorgenommen wird.

Damit bleibt der deutsche Urheberrechtsgesetzgeber nicht hinter dem Mindeststandard an Urheberechten, die zu gewähren er verpflichtet ist, zurück, dehnt den Schutz aber auch nicht zulasten des Kulturellen Gedächtnisses übermäßig aus.

Die Intention der Erhaltung des Originalwerkes setzt voraus, dass Bearbeitungen und Umgestaltungen nur im zur Erhaltung notwendigen Umfang vorgenommen werden. Nur soweit sich eine kulturelle Äußerung nicht anders als durch Bearbeitung oder Umgestaltung des körperlichen und geistigen Gesamteindruckes für die Nachwelt erhalten lässt, können diese ohne Einwilligung vorgenommen werden. Insbesondere wenn ein Werk sich nochmals besorgen lässt und nicht einzigartig ist, sondern etwa als digitale Aufzeichnung lizenziert erneut erworben werden kann, darf eine Umgestaltung oder Bearbeitung nicht ohne Einwilligung vorgenommen werden.[838]

---

[836] Zum Mindeststandard siehe 2. Kapitel E.II.2.a)bb).

[837] BVerfG 31, 275 (284 ff) – Bearbeiter-Urheberrecht; BVerfG 36, 281 (293) – Patentanmeldung; BVerfG 58, 300 (351) – Naßauskiesung; BVerfG 71, 137 (143); BVerfG 78, 58 (75).

[838] Hingegen lassen sich auf der Grundlage der Schrankenbestimmung aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 i.V. mit Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG digitale Vervielfältigungen zu Bestandserhaltungszwecken auch dann herstellen, wenn das Werk noch käuflich oder zu Lizenzbedingungen erhältlich ist.

c) Problem Bestandserhaltung und technische Schutzmaßnahmen

Die Effektivität der für die Bereiche Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung vorgeschlagenen (wie auch der existierenden) Schrankenbestimmungen wird in Frage gestellt, wenn die Einhaltung von Lizenzverträgen (die urheberrechtliche Schrankenbestimmungen aushebeln) mit technischen Schutzmaßnahmen erzwungen wird. Technische Schutzmaßnahmen können den hinter einer Handlung stehenden Zweck nicht berücksichtigen und nur die Handlung steuern, also etwa eine Vervielfältigung verhindern. Sie verhindern diese dann generell und zwar sowohl wenn sie durch einen Privaten zur Weitergabe des Vervielfältigungsstückes erfolgt, als auch wenn sie durch eine Gedächtnisinstitution zu privilegierten Zwecken erfolgt. Damit technische Schutzmaßnahmen legitime Interessen, die durch eine urheberrechtliche Schranke privilegiert werden, nicht behindern, sind gesetzgeberische Maßnahmen unmittelbarer und mittelbarer Technikgestaltung denkbar.[839]

aa) Gesetzliche Bestimmungen unmittelbarer Technikgestaltung

Eine gesetzliche Bestimmung unmittelbarer Technikgestaltung ist etwa § 16 DNBG, der bestimmt, dass Abgabepflichtige „Medienwerke vollständig, in einwandfreiem, nicht befristet benutzbaren 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“ haben. In einem zur dauerhaften Archivierung geeigneten Zustand sind Medienwerke nur, wenn sie nicht mit die Archivierung behindernden, technischen Schutzmaßnahmen versehen sind.

Der § 16 DNBG hat Bedeutung jedoch nur für Abgabeverpflichtete im Hinblick auf Werke, die abgabepflichtig sind. Sonstige im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitutionen und vergleichbare Gedächtnisinstitutionen können sich nicht auf § 16 DNBG berufen. Hier ist es Verhandlungssache, in welchem Zustand, also ob befristet oder unbefristet benutzbar, ein digital aufgezeichnetes Werk überlassen wird. Aufgrund struktureller Verhandlungsunterlegenheit können die Gedächtnisinstitutionen nicht darauf bestehen, dass ihnen die Werke, welche sie in den Bestand aufnehmen, in einem zur dauerhaften Bestandserhaltung geeigneten Zustand überlassen werden. Zu groß ist die Angst auf der anderen Seite, dass dieser Zustand auch nicht legitimierte Nutzungen ermöglicht.

Um universelle Geltung zu erzielen, ist bei den Bestimmungen über technische Schutzmaßnahmen in den §§ 95a UrhG ff. anzusetzen und sind diese entsprechend zu erweitern.

---

[839] Damit das Recht auch im Internet funktioniert kann der digitale „Code“, können technische Schutzmaßnahmen, sogar ein hilfreiches Instrument sein, es kommt auf die Regulierung an: siehe auch *E. Dommering,* Regulating technology: code is not law, in: ders./L. Asscher (Hrsg). Coding Regulating. Essays on the Normative Role of Information Technology, 2006, 1 ff.

(A) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben aus Art. 6 RL 2001/29/EG und Anforderungen aus dem Dreistufentest

Bei der Abfassung der §§ 95a ff. UrhG hat der deutsche Urheberrechtsgesetzgeber Art. 6 Abs. 1-4 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie zu beachten, die vorgibt, dass ein Schutz technisch wirksamer Maßnahmen gegen Umgehung und die Umgehung vorbereitenden Handlungen vorzusehen ist.[840]

Damit technische Schutzmaßnahmen nicht Handlungen verwehren, die durch Schrankenbestimmungen privilegiert werden und die nach dem Willen des Gesetzgebers auch ohne Zustimmung zulässig sein sollen, kann der nationale Gesetzgeber gem. Art. 6 Abs. 4 Rechteinhaber dazu verpflichten, in bestimmten Fällen technische Mittel zur Umgehung zur Verfügung zu stellen.

Jedoch besteht diese Möglichkeit gem. Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 4 der RL nicht in Bezug auf solche Werke und sonstige Schutzgegenstände, die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, also die gem. § 19a UrhG beispielsweise über digitale und vernetzte Medien unkörperlich verbreitet werden.[841]

Der Dreistufentest ist im Hinblick auf den rechtlichen Umgehungsschutz technischer Schutzmaßnahmen nicht einschlägig.

(B) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Durch eine Regelung der Bestimmungen über technische Schutzmaßnahmen wird im entferntesten Sinne der Umgang mit dem Eigentum dergestalt geregelt, dass bestimmt wird, wann diese nicht vorgenommen werden dürfen. Die zur Zielerreichung geeignete und erforderliche Regelung ist bei einer Abwägung der im Hinblick auf die Bestandsbewahrung gleichlaufenden urheberrechtlichen Interessen hinnehmbar und daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

(C) Vorschlag Erweiterung von §§ 95a, 95b UrhG

Vorstehende Überlegungen berücksichtigend ließe sich unmittelbar Technik gestaltend § 95a UrhG um einen § 95a Abs. 5 UrhG mit folgendem Wortlaut erweitern:

Werden Werke von einer im öffentlichen Interesse tätigen Gedächtnisinstitution in den Bestand aufgenommen, muss, insoweit diese mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind, vom Verwender der technischen Schutzmaßnahmen gewährleistet werden, dass die Gedächtnisinstitution die zur Bestandserhaltung zulässigen und notwendigen Nutzungen am Werk vornehmen kann.

---

[840] Auch die internationalen konventionsrechtlichen Vorschriften der Art. 11 des WIPO-Urheberrechtsvertrages und 18 des WIPO-Vertrages über Darbietungen und Tonträger sehen einen rechtlichen Umgehungsschutz für technische Schutzmaßnahmen vor.

[841] Durch den rechtlichen Umgehungsschutz technischer Schutzmaßnahmen wird der im Allgemeinen gewährte Urheberrechtsschutz faktisch noch verstärkt, wenn technische Schutzmaßnahmen zum Einsatz kommen.

Diese Erweiterung würde die Verwender technischer Nutzungsrestriktionen unmittelbar verpflichten, Gedächtnisinstitutionen die mit einer Bestandserhaltungsmaßnahme verbundenen, gesetzlich zulässigen Nutzungen technisch zu ermöglichen.

Die vorgeschlagene Erweiterung des § 95a UrhG verpflichtet die Verwender technischer Schutzmaßnahmen lediglich, die zur Bestandserhaltung „notwendigen“ und „gesetzlich zulässigen“ Nutzungen zuzulassen.

Erstens bedeutet das, dass eine Bestandserhaltungsmaßnahme nicht in jedem Fall vorgenommen werden kann, sei sie auch angezeigt, sondern erst, wenn sie wirklich notwendig ist. Zweitens werden auch solche Bestandserhaltungsmaßnahmen erfasst, die nicht deswegen zulässig sind, weil sie schon keine urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen ausmachen, wie etwa bearbeitende und umgestaltende Bestandserhaltungsmaßnahmen.[842] Insbesondere das Herstellen einer Bearbeitung oder Umgestaltung, das gem. § 23 UrhG einwilligungsfrei möglich ist, ließe sich ohne die genannte Erweiterung durch technische Nutzungsrestriktionen verhindern und auch nicht gegen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen gem. § 95b UrhG durchsetzen.

Da die Gedächtnisinstitutionen nur die gesetzlich zulässigen Nutzungen am Werk vornehmen dürfen, ist die Verwendung technischer Nutzungsrestriktion gegenüber Gedächtnisinstitutionen im Ergebnis entbehrlich. Insbesondere was die Weiternutzung angeht, sind die Gedächtnisinstitutionen durch das restriktive Urheberrecht daran gehindert, das Potenzial digital aufgezeichneter kultureller Äußerungen für das Kulturelle Gedächtnis auszunutzen.

bb) Gesetzliche Bestimmungen mittelbarer Technikgestaltung

Wo Optionen unmittelbarer Technikgestaltung nicht bestehen, sind die Optionen mittelbarer Technikgestaltung zur Interessendurchsetzung auszuloten:

Um den Umfang von Schrankenbestimmungen des Urheberrechts nicht der freien Disposition der Verwender technischer Schutzmaßnahmen zu überlassen und der Privatisierung des Rechtsschutzes entgegenzuwirken, hat der deutsche Gesetzgeber mit § 95b UrhG den durch urheberrechtliche Schrankenbestimmungen Begünstigten die Möglichkeit an die Hand gegeben, ihre Nutzerbefugnisse gegen den Verwender technischer Nutzungsrestriktionen geltend zu machen und durchzusetzen. In der Aufzählung von § 95b UrhG findet sich in Abs. 1 Nr. 6 c) auch § 53 Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 Nr. 1 oder 3 UrhG, sodass durch diese Bestimmung legitimierte, vervielfältigende Bestandserhaltungsmaßnahmen, wenn sie an einer technischen Schutzmaßnahme scheitern, gegen den Verwender technischer Nutzungsrestriktionen durchgesetzt werden können.

---

[842] Diese sind nach der vorgeschlagenen Erweiterung von § 23 UrhG auch dann nicht zustimmungsbedürftig, wenn sie mit der Intention der Weitervermittlung getätigt werden.

Die Durchsetzung einer Schrankenbestimmung gem. § 95b UrhG ist einer Gedächtnisinstitution und den dort Beschäftigen, anders als den meisten durch die in § 95b Abs. 2 genannten Schranken Begünstigten, durchaus zumutbar und realisierbar,[843] sodass es weitergehender Regelungen mittelbarer Interessendurchsetzung in Bezug auf das Interesse der Bestandserhaltung eigentlich nicht bedürfte und auch kein Änderungsbedarf bestünde, gäbe es da nicht § 95b Abs. 3 UrhG.

§ 95b Abs. 3 UrhG bestimmt, dass die durch § 95b Abs. 1 und Abs. 2 UrhG geschaffene Durchsetzungskraft von Schrankenbestimmungen gegen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen nur für offline zugänglich gemachte Werke gelten soll, nicht jedoch für solche Werke und sonstige Schutzgegenstände, die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, mithin nach § 19a verwertet werden.[844] § 95b Abs. 3 UrhG marginalisiert die durch die § 95b Abs. 1 und Abs. 2 UrhG geschaffene Durchsetzungskraft bedeutend, denn über digitale und vernetzte Medien lassen sich kulturelle Äußerungen nur in Form von § 19a UrhG vertraglich kommunizieren. Im Ergebnis gehen in einem für das Kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien entscheidenden Bereich die von Privaten eingesetzten, technischen Schutzmaßnahmen den vom Gesetzgeber in Abwägung von Eigentumsinteressen mit Interessen der Allgemeinheit festgelegten Schrankenbestimmungen selbst dort vor, wo diese nicht lediglich ein Marktversagen korrigieren, sondern öffentliche Zugangsinteressen schützen, die ihrerseits unter dem Schutz verfassungsrechtlich geschützter Grundrechte stehen.[845]

Der deutsche Umsetzungsgeber hat den ihm zur Verfügung stehenden Umsetzungsspielraum von Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie ausgeschöpft,[846] sodass eine privilegierende, Schrankenbestimmungen durchsetzbar machende Erweiterung von § 95b UrhG erst nach Überprüfung und anschließender Ersetzung bzw. Erweiterung der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie in Betracht kommt.[847]

Eine nach Überprüfung und anschließender Ersetzung bzw. Erweiterung der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie privilegierende Schran-

---

[843] Zu den Problemen der Durchsetzung der Schrankenprivilegierungen aus § 95b UrhG, die auch durch §§ 2a i.V.m. § 3a UKlaG, der eine Verbandsklagemöglichkeit zur Durchsetzung des individuellen zivilrechtlichen Anspruches enthalten, nicht entschärft werden siehe: *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 425 f.

[844] *T. Dreier/G. Schulze*, in: dies., UrhG, 2008, § 95b Rdn. 17.

[845] Vgl. *T. Dreier/G. Schulze*, in: dies., UrhG, 2008, § 95b Rdn. 17.

[846] So: *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, S. 424; *T. Dreier/G. Schulze*, in: dies., UrhG, 2008, § 95b Rdn. 17.

[847] Zum Vorgehen siehe die Ausführungen zur Sonderrechtskompetenz des nationalen Urheberrechtsgesetzgebers 2. Kapitel E.II.2.b).

kenbestimmungen durchsetzbar machende Erweiterung von § 95b UrhG könnte in § 95b Abs. 3 folgendermaßen lauten:

Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, soweit Werke und sonstige Schutzgegenstände der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, es sei denn, dass sich eine im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitution auf sie beruft.

Das Problem der Bestandserhaltung von den nur über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen, die von Bedeutung für das Kulturelle Gedächtnis sind, wird bis zu einer Änderung der Vorgaben auf europäischer Ebene dadurch entschärft, dass für die Pflichtabgabe an die Deutsche Nationalbibliothek in § 16 DNBG vorgesehen wird, dass Abgabepflichtige „die Medienwerke vollständig, in einwandfreiem, nicht befristet benutzbaren 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“ haben. Zumindest die Deutsche Nationalbibliothek, die umfassend für digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen von Bedeutung für das Gedächtnis der Nation zuständig ist, kann durch digitales Rechtemanagement und digitale Schutzmaßnahmen nicht an zu Bestandsaufbau- oder Bestandserhaltungszwecken privilegierten Nutzungen faktisch gehindert werden.

d) Problem Bestandserhaltung und verwaiste Werke

Mit Schaffung einer Schranke für das Web-Harvesting beim Bestandsaufbau hätte sich auch das Problem der Erhaltung (nicht der Verfügbarkeit durch Zugänglichmachung!) verwaister Werke, also von Werken deren Urheberrechteinhaber nicht auffindbar ist, erledigt. Diese wären, wie andere Werke und Werkarten auch, von der vorgeschlagenen Erweiterung der Archivschranke erfasst und könnten ohne Zustimmung des (oder der) Urheberrechteinhaber(s) zum privilegierten Zweck des Bestandsaufbaus und der Bewahrung in den Bestand einer privilegierten Gedächtnisinstitution aufgenommen werden.

Auf der Grundlage der vorgeschlagenen Erweiterungen sind weitergehend auch Nutzungshandlungen in Bezug auf verwaiste Werke, nicht nur zu vervielfältigenden Bestandserhaltungsmaßnahmen, sondern auch zu bearbeitenden und umgestaltenden Bestandserhaltungsmaßnahmen möglich.

Es fehlt jedoch weiterhin an einer Lösung für die kommunikative Nutzbarkeit verwaister Werke. Weitergehend ist daher eine allgemein Schutz für die Nutzer verwaister Werke bietende Lösung anzustreben.[848]

---

[848] Vgl. *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int. 2008, 271.

3. Bestandsvermittlung

Der Ausgleich der verschiedenen, durch das Urheberrecht geschützten Interessengruppen fällt im Aufgabenbereich Weitervermittlung besonders schwer. Während alle beim Prozess der Kommunikation kultureller Äußerungen Beteiligten ein Interesse an der Aufnahme und Pflege kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen haben und die Urheberrechteinhaber auf die Vergütung für urheberrechtlich relevante Handlungen, die bei der Erledigung der Kosten produzierenden Arbeitsgebiete erforderlich sind, verzichten können,[849] haben zwar auch alle Beteiligten ein Interesse an der möglichst kostenneutralen Teilhabe, also Vermittlung kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen, jedoch ist es für Urheberrechteinhaber insoweit nicht mit dem einmaligen Verzicht auf Vergütung einer urheberrechtlich relevanten Handlung getan, sondern je nach Ausgestaltung verunmöglicht die kostenneutrale Vermittlung kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen dauerhaft deren gewinnbringende Verwertung, beziehungsweise mindert zumindest die Einnahmemöglichkeiten.

Den legitimen Interessen der Rechteinhaber und Verwerter kultureller Äußerungen an gewinnbringender Weitervermittlung darf nicht einseitig zulasten ebenso berechtigter Interessen der Allgemeinheit wie Menschen- und Freiheitsrechten, Wettbewerbsüberlegungen und anderen öffentlichen Interessen Vorrang eingeräumt werden. Genau das geschieht jedoch, wenn, wie die vorliegende Untersuchung gezeigt hat, Schranken der Urheberrechte so unklar formuliert sind, dass sie nicht zum Tragen kommen können und die Kommunikationsmittel der Gegenwart, die digitalen und vernetzten Medien, daher von den Gedächtnisinstitutionen für den Aufgabenbereich Weitervermittlung nicht genutzt werden können. Um das gesamtgesellschaftliche Interesse am wissenschaftlichen und kulturellen Fortschritt sowie der sozialen oder ökonomischen Entwicklung zu wahren, ist der „kulturellen Imperativ“ im Urheberrecht, zu verwirklichen.[850]

Beim Ausgleich der Interessen ist der nationale Gesetzgeber an europäische Vorgaben und internationale Abkommen gebunden. Diese räumen den legitimen Interessen der Rechteinhaber und Verwerter kultureller Äußerungen an gewinnbringender Weitervermittlung kultureller Äußerungen einseitig zulasten ebenso berechtigter Interessen der Allgemeinheit Vorrang ein. So wurde etwa zur Anpassung des Urheberrechts an das Zeitalter digitaler und vernetzter Medien durch die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 und 2 zugunsten der Urheberrechteinhaber beziehungsweise Verwerter das neue Recht der öffentli-

---

[849] Beziehungsweise sogar dankbar sein müssen, wenn sie nicht für die Kosten der Langzeitarchivierung aufkommen müssen.

[850] Der Kulturelle Imperativ im Urheberrecht versteht im Schöpfungskreislauf die Funktionsbedingung des Urheberrechts. Schutzrechte sind so wenig umfangreich wie möglich, aber so umfangreich wie nötig vorzusehen.

chen Zugänglichmachung eingeführt,[851] während im Gegenzug keine neuen Schranken zugunsten der Allgemeinheit von diesem Recht eingeführt worden sind.

Darüber hinaus lassen sich die geltenden Schrankenbestimmungen im digitalen Umfeld bei Verwendung von technischen Schutzmaßnahmen nicht durchsetzen, weil die Richtlinie keine effektiven Rechtsmittel einführt, die für die Durchsetzung aber erforderlich wären. Die in Art. 6 Abs. 4 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie im Grundsatz enthaltene Verpflichtung zur Bereitstellung von die Schrankenverwirklichung ermöglichenden Mitteln wird durch Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4, der bestimmt, dass diese Verpflichtung nur für offline, nicht aber für online zugänglich gemachte Werke gilt, marginalisiert.

Dem nationalen Urheberrechtsgesetzgeber, der an diese Vorgaben gebunden ist, sind bei der Online-Verwertung hinsichtlich überbordender, technischer Nutzungsrestriktionen die Hände gebunden.[852]

Schrankenbestimmungen kann er zudem grundsätzlich nur insoweit schaffen, wie sie in das Raster der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie passen. Diese führt in Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 mögliche Schrankenregelungen erschöpfend auf.

Wo der nationale Urheberrechtsgesetzgeber in engen Grenzen Schrankenbestimmungen von Urheberrechten vorsehen kann, hat er den durch europäische und internationale Vorgaben verbindlich gemachten Dreistufentest zu beachten, der auch, wenn man ihn als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes versteht, von den Urhebern[853] beziehungsweise den Rechteinhabern (also Verwertern)[854] und nicht der Allgemeinheit spricht, die jedoch besonderen Schutz und Berücksichtigung gerade auch in den Verträgen zur Europäischen Union genießt![855]

Damit die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland die sich durch die digitalen und vernetzten Medien bietenden Chancen für das Kulturelle Gedächtnis im Sinne der gegenwärtigen, interaktionslosen, Zeit und Raum unabhängigen Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien nutzen können, ist etwa die Einführung einer bereichsspezifischen Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gem. §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG denkbar (hierzu a), oder

---

851 Der deutsche Gesetzgeber hat durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 10.09.2003 in Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie Art. 19a UrhG eingeführt.

852 Der deutsche Gesetzgeber hat den zur Verfügung stehenden Umsetzungsspielraum in§ 95b UrhG mehr oder weniger ausgeschöpft. Siehe: *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 424.

853 So der ursprüngliche Wortlaut des internationalen Dreistufentests, der in Art. 9 Abs. 2 RBÜ verankert wurde. Dieser enthält ein Verbot der Verletzung „berechtigter Interessen des *Urhebers*".

854 So der Wortlaut des Dreistufentests, wie er Eingang in das TRIPS gefunden hat. Art. 13 TRIPS untersagt eine ungebührliche Verletzung "der berechtigten Interessen des *Rechtsinhabers*".

855 *G. Mazziotti*, EU Digital Copyright Law and the End User, 2008, 38.

aber es sind die geltenden Schrankenbestimmungen zu präzisieren (hierzu b), beziehungsweise ist an die Einführung neuer Schrankenbestimmungen zu denken (hierzu c) und ist so im Rahmen des Möglichen ein ausgewogener Interessenausgleich auch für das Feld Bestandsvermittlung herbeizuführen.

a) Bereichsspezifische Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG – Digitaler Verleih von Bestandsexemplaren

Bei der Gestaltung des Kulturellen Gedächtnisses geht es in der Gegenwart vor allem darum, das Potenzial der verfügbaren Medien für die Vermittlung kultureller Äußerungen auszunutzen. Das heißt, es ist von den Gedächtnisinstitutionen nicht nur sicherzustellen, dass sich kulturelle Äußerungen in die Zukunft kommunizieren lassen, sondern auch über Raum und Zeit hinweg in der Gegenwart. Die Verfügbarkeit digitaler und vernetzter Medien ermöglicht theoretisch die Vermittlung unabhängig von Ort und Zeit. Kulturelle Äußerungen lassen sich Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich machen.

Das geht jedoch aufgrund von §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG nicht ohne Zustimmung. Die Zustimmung ist sowohl dann erforderlich, wenn das Werk aufgezeichnet auf einem Trägermedium, also körperlich, in den Bestand aufgenommen wurde, als auch dann, wenn es unabhängig von einem Trägermedium unkörperlich in den Bestand aufgenommen wurde.

Das liegt daran, dass sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erschöpft. Weder wenn das Werk über ein körperliches Trägermedium kommuniziert und durch Aufnahme desselben in den Bestand aufgenommen wurde, weil insoweit schon vom Inhaber des Rechts kein Gebrauch gemacht wird, noch wenn das Werk durch öffentliche Zugänglichmachung über digitale und vernetzte Medien kommuniziert und durch seine vervielfältigende Aufzeichnung in den Bestand übernommen wurde, weil es an einer § 17 Abs. 2 UrhG vergleichbaren Regelung fehlt.

Während im analogen Umfeld die Erschöpfung des Rechtes der körperlichen Verbreitung an einem konkreten, körperlich erworbenen Werkstück dessen Weitervermittlung (Verkehrsfähigkeit) garantiert, gibt es keine Bestimmung, die durch Anordnung der Erschöpfung des Rechtes der unkörperlichen Zugänglichmachung an einem konkreten, körperlich oder unkörperlich „erworbenen“ Werkstück, dessen Weitervermittlung ermöglicht.

Das ist solange kein Problem, wie es ein körperliches Pendant gibt, welches sich, wenn auch nicht unkörperlich über digitale und vernetzte Medien, so doch zumindest körperlich durch Weiterverbreitung gem. § 17 Abs. 1 UrhG weitervermitteln lässt. Existiert aber kein körperliches Pendant mehr, sondern existiert die kulturelle Äußerung eben nur als digitale Aufzeichnung und lässt sich diese, insofern sie unkörperlich über digitale und vernetzte Medien „erworben“ wird (und eben nicht gem. § 17 Abs. 2 UrhG körperlich), mangels Erschöpfung des Weiterverbreitungs-

rechts aus § 17 Abs. 1 UrhG an der Aufzeichnung auch nicht verkörperlicht weiterverbreiten,[856] dann ist die kulturelle Äußerung nicht mehr verkehrsfähig, beziehungsweise hängt ihre weitere Kommunikation vom Rechteinhaber ab.

Eine Teillösung für das Kulturelle Gedächtnis liegt darin begründet, dass man der Ansicht folgt, die in dem Fall, dass die unkörperlich über digitale und vernetzte Medien erfolgende Verkörperung durch Aufzeichnung eines digitalen Inhalts einem Erwerbstatbestand gleichkommt und daher der die Verkehrsfähigkeit von Werken sichernden Erschöpfungsgrundsatzes aus § 17 Abs. 2 UrhG analog anzuwenden ist. Das ermöglicht zumindest die körperliche Kommunikation beziehungsweise Weitervermittlung des betreffenden digital, aufgezeichneten Inhalts und erhält ihn so im Kulturellen Gedächtnis.

Das Potential der digitalen und vernetzten Medien im Hinblick auf die Möglichkeiten der unkörperlichen Weitervermittlung lässt sich jedoch auch bei analoger Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aus § 17 Abs. 2 UrhG auf unkörperlich kommunizierte kulturelle Äußerungen nicht ausschöpfen. Die zustimmungsfreie, unkörperliche Kommunikation kultureller Äußerungen über Raum und Zeit hinweg, also Kommunikation auf Abruf über digitale und vernetzte Medien, bleibt von der Zustimmung der Rechteinhaber gem. §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG und urhebervertragsrechtlichen Lösungen abhängig.

Das Potenzial der digitalen und vernetzten Medien im Hinblick auf die Möglichkeiten der unkörperlichen Weitervermittlung ließe sich unabhängig von urhebervertragsrechtlichen Lösungen nur dann nutzen, wenn man eine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung, konkret der unkörperlichen Vermittlung über digitale und vernetzte Medien, begründen könnte, was voraussetzte, dass dadurch die legitimen Verwertungsinteressen der Rechteinhaber nicht völlig entwertet werden würden. Würde sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung erschöpfen, dann wäre genau das jedoch im Hinblick auf dieses Recht der Fall.

Während im analogen Umfeld die Erschöpfung der Weiterverbreitung auf ein konkretes, körperliches Werkstück beschränkt ist, um dessen Verkehrsfähigkeit zu erhalten, geht es im digitalen Umfeld weniger um die Verkehrsfähigkeit eines konkreten Werkstücks, als um die Vermittlungsfähigkeit eines Inhalts. Sobald ein Inhalt jedoch einmal unkörperlich über digitale und vernetzte Medien öffentlich zugänglich gemacht ist, lässt sich seine weitere Vervielfältigung und hierdurch bewirkte potenzierte, vervielfältigende Kommunikation nicht mehr kontrollieren. Mit dem Kontrollverlust verbunden ist auch die Entwertung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung. Ein Werkstück, das einziges Mal öffentlich zugänglich gemachtes ist, ist und bleibt öffentlich zugänglich, während sich körperliche Werkstü-

---

[856] Es sei denn, man folgt der Ansicht, die in einem solchen Fall die analoge Anwendung des die Verkehrsfähigkeit von Werken sichernden Erschöpfungsgrundsatzes aus § 17 Abs. 2 UrhG befürwortet. Siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.f)aa)(B)(II).

cke kontrolliert verbreiten lassen. Eine ausgewogene Weitervermittlung im digitalen Umfeld erscheint nicht möglich. Ausgehend von der Annahme, dass die Weitergabe digitaler Inhalte durch öffentliche Zugänglichmachung bestehende Verwertungsrechte völlig entwertet, ist dem Schutzinteresse dadurch Rechnung zu tragen, dass sie (die öffentliche Zugänglichmachung) sich nicht erschöpfen kann und dem absoluten Verbotsrecht des Rechteinhabers unterliegen muss.

Jedoch ist durchaus eine eingeschränkte, bereichsspezifische Erschöpfung und zwar Erschöpfung für den Bereich der Vermittlung kultureller Äußerungen durch bestimmte Gedächtnisinstitutionen in bestimmtem, beschränktem Umfang denkbar.

Beispielsweise wäre an die Übertragung der gegenwärtig im analogen Umfeld zu findenden Vermittlungsszenarien in das digitale Umfeld zu denken. So ließen sich bei bereichsspezifischer Erschöpfung zugunsten der Gedächtnisinstitutionen kulturelle Äußerungen, die in digitaler Form (digital aufgezeichnet auf ein Trägermedium körperlich oder über digitale und vernetzte Medien unkörperlich) in den Bestand aufgenommen wurden, über digitale und vernetzte Medien wie das Internet bei strenger Bestandsakzessorietät digital „verleihen“, indem dem Nutzer ein digitaler Datensatz zugespielt wird, der sich nach einer gewissen Zeit von selbst zerstört und der durch digitales Rechtemanagement vor Manipulation oder Vervielfältigung geschützt ist.

Voraussetzung für die Übertragung der gegenwärtig im analogen Umfeld zu findenden Vermittlungsszenarien in das digitale Umfeld durch bereichsspezifische Erschöpfung ist, dass diese nur insoweit gilt, wie die Verwertungsmöglichkeiten des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung nicht völlig entwertet werden und nur dann eintritt, wenn kulturelle Äußerungen auf gesetzlicher Grundlage oder mit Zustimmung des zur öffentlichen Zugänglichmachung Berechtigten in den Bestand einer Gedächtnisinstitution aufgenommen wurden.

Damit die Gedächtnisinstitutionen ihre Aufgabe der Vermittlung kultureller Äußerungen im digitalen und vernetzten Umfeld adäquat besorgen können, ohne unzumutbar durch Abstimmungserfordernisse mit Rechteinhabern belastet zu sein, könnte man daran denken, hier (wie dort durch § 17 Abs. 2 UrhG) eine bereichsspezifische Erschöpfung des für die weitere Vermittlungsfähigkeit notwendigen Rechtes (hier Art. 19a UrhG) einzuführen.

aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Eine solche, § 17 Abs. 2 UrhG vergleichbare Regelung, lässt sich vom nationalen Urheberrechtsgesetzgeber nicht formulieren. Die Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus den §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG wird durch Art. 3 Abs. 3 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie ausgeschlossen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch Erwägungsgrund 40 dieser Richtlinie, der zu erkennen gibt, dass eine Vermittlung kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien durch Gedächtnisinstitutionen in der Europäischen Union nicht auf der politischen Agenda steht. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass

die Weitergabe digitaler Inhalte durch öffentliche Zugänglichmachung bestehende Verwertungsrechte völlig entwerten würde. Dem Schutzinteresse wird durch den europäischen Urheberrechtsgesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie vorsieht, dass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erschöpfen kann und dem absoluten Verbotsrecht des Rechteinhabers unterliegen muss. Fraglich ist, ob ein absolutes Verbot im Hinblick auf die Erschöpfung des Rechtes der öffentlichen Zugänglichmachung wirklich zwingend ist, um dem Schutzinteresse der Rechteinhaber zu genügen. Der nationale Gesetzgeber hat dies auf europäischer Ebene zur Diskussion zu stellen.

bb) Anforderungen aus dem Dreistufentest

Dass das Verwertungsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht völlig ausgehöhlt wird und auch keine berechtigten Interessen verletzt werden, verlangt schon der neben gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beachtende Dreistufentest.

Bei der öffentlichen Zugänglichmachung in Form der Zurverfügungstellung zum kostenlosen Download wäre das Schutzinteresse sicher unzulässig berührt, denn diese würde die Rechte aus den §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG völlig entwerten. Die Verwertung des Werkstücks durch öffentliche Zugänglichmachung in Form der Zurverfügungstellung kostenpflichtiger Downloads wäre nicht mehr sinnvoll.

Jedoch bleiben bei der Übertragung der gegenwärtig im analogen Umfeld zu findenden Vermittlungsszenarien in das digitale Umfeld die Interessen der Urheberrechteinhaber gewahrt und werden nicht ungebührlich verletzt.

Die Verwertung des Werkstücks durch öffentliche Zugänglichmachung in Form der Zurverfügungstellung kostenpflichtiger Downloads durch den Rechteinhaber würde bei Übertragung von im analogen Umfeld vorzufindenden Verleihbedingungen durch Gedächtnisinstitutionen nicht beeinträchtigt werden.[857] Im Gegenteil könnte der „Verkauf“ (die Zurverfügungstellung eines Inhalts durch Lizenzierung) umfangreicherer Nutzungsrechte durch Rechteinhaber sogar noch beflügelt werden.[858]

Einzig die Verwertung an die Bibliotheken in Form der Lizenzierung zur weiteren Lizenzierung wäre nur noch eingeschränkt möglich. Sie macht nur noch insoweit Sinn, wie durch die Lizenzierung Rechte gewährt werden, die über diejenigen hinausgehen, die aufgrund der Bestandsaufnahme bestehen (etwa die Ermöglichung von Volltextsuche, copy-and-paste und weiteren Bearbeitungsfunktionen).

---

[857] Siehe hierzu 2. Kapitel F.II.3.a) Digitaler Verleih von Bestandsexemplaren.

[858] So sorgt ja auch „open access“, also die freie Verfügbarkeit von Inhalten im Internet, bei Büchern nachweislich und anhand von Zahlen belegbar zu Mehrverkäufen. Zumindest gilt das für umfangreiche Werke, anderes mag ausnahmsweise für Enzyklopädien oder Gesetzeskommentare sowie andere Werke bei denen gerade auch Ausschnitte einen eigenen Wert haben, gelten.

Jedoch werden die Schutzinteressen nicht ausgehöhlt oder unangemessen benachteiligt. Die nach bereichsspezifischer Erschöpfung eingeschränkt mögliche weitere Verwertung durch öffentliche Zugänglichmachung über digitale und vernetzte Medien in Form des „Verleihens“ wäre in Übertragung des derzeit im analogen Umfeld vorzufindenden Szenarios nämlich vergütungspflichtig.[859]

Am einfachsten lässt sich die Beachtung des Dreistufentests gewährleisten, indem man seine beiden letzten Stufen als Schrankenbestimmung formuliert, die zudem dem Erfordernissen der ersten Stufe entsprechen muss, also einen konkreten Einzelfall regeln muss. Sodann ist es eine Einzelfallentscheidung, ob eine konkrete Weitervermittlungshandlung über digitale und vernetzte Medien durch öffentliche Zugänglichmachung nach Erschöpfung dem Dreistufentest genügt.

cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Eine Erschöpfungsregelung wie § 17 Abs. 2 UrhG ist eine objektivrechtliche Vorschrift, die in allgemeiner Form den Inhalt des (urheberrechtlichen) Eigentums bestimmt. Sie ist also eine Inhaltsbestimmung und keine Enteignung. Die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtmäßigkeit lässt sich dahingehend entscheiden, dass sie keine unzulässige Enteignung und kein Sonderopfer, sondern ein legitimes Anliegen der Gemeinschaft, welche ein Interesse an der Weitervermittlung kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen und der Möglichkeit der Partizipation hat, darstellt.[860]

dd) Erweiterungsvorschlag

Ein (erst nach Änderung bzw. Ersetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben möglicher) verfassungsrechtliche und internationale Vorgaben berücksichtigender Vorschlag in Bezug auf die bereichsspezifische Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung könnte etwa wie folgt aussehen:

§ 19a Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Abs. 1

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.

Abs. 2

Ist ein veröffentlichtes Werk mit Zustimmung des zur öffentlichen Zugänglichmachung Berechtigten oder auf der Grundlage einer Schrankenbestimmung von einer im öffentlichen Interesse tätigen Gedächtnisinstitution in den Bestand aufgenom-

---

[859] Der die Vergütungspflicht für das Verleihen im analogen Umfeld anordnende § 27 Abs. 2 UrhG wäre entsprechend auf die bereichsspezifische Erschöpfung zu erweitern.

[860] So auch die Entscheidung zur Pflichtabgabe im analogen Bereich. Siehe BVerfG 58, 137 – Pflichtexemplar.

men worden, so ist seine weitere öffentliche Zugänglichmachung durch diese Institution zulässig, insoweit hierdurch weder berechtigte Interessen ungebührlich verletzt werden, noch die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt wird.

Wird das UrhG wie vorgeschlagenen erweitert, ist § 27 Abs. 2 S. 1 UrhG entsprechend anzupassen:

§ 27 Vergütung für Vermietung und Verleihen

Abs. 2

Für das Verleihen von Originalen oder Vervielfältigungsstücken eines Werkes, deren Weiterverbreitung nach § 17 Abs. 2 oder § 19a Abs. 2 zulässig ist, ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Originale oder Vervielfältigungsstücke durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung (…) verliehen werden.

Die vorgeschlagene Erweiterung schafft zugunsten von bestimmten Gedächtnisinstitutionen eine bereichsspezifische Erschöpfung in Bezug auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und ermöglicht so etwa den digitalen „Verleih" kultureller Äußerungen.[861]

Der Anwendungsbereich einer Schrankenbestimmung muss ausreichend konkret bestimmt sein und sich durch geeignete Kriterien eingrenzen lassen.

Der gemachte Vorschlag regelt den konkreten Fall der bereichsspezifischen Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung und ist somit, was den geregelten Fall angeht, ausreichend bestimmt.

Um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot und dem Gebot der Bestimmtheit des Dreistufentest zu genügen, muss auch der Anwendungsbereich ausreichend bestimmt sein.

Demgemäß ist insbesondere der gesetzlich neu eingeführte Begriff „Gedächtnisinstitution" enger zu fassen. Der weite Begriff Gedächtnisinstitution (Memory institutions) ist in der internationalen Politik ein gängiger Begriff. Er wird für die gemeinsame Benennung der traditionellen Gedächtnisinstitutionen Bibliothek, Archiv und Museum benutzt. Welche Gedächtnisinstitutionen privilegiert sein sollen, hängt von der weiteren Eingrenzung ab.

Eingrenzungskriterium könnte, wie schon zur Erweiterung der Archivschranke vorgeschlagen, etwa sein, dass nur diejenigen Gedächtnisinstitutionen privilegiert sein sollen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen und die sich etwa in ein (zu schaffendes) vom Beauftragten für Angelegenheiten von Kultur und Medien (BKM) gepflegtes Register haben eintragen lassen. Denkbar wäre zur weiteren

---

[861] Zu beachten sind jedoch die weiteren Voraussetzungen der §§ 19a Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG (Vergütungspflichtigkeit). Zudem muss gesichert sein, dass sich durch den digitalen Verleih kein Mehr an Nutzungsmöglichkeiten eröffnet und dass nur so viele Exemplare digital verliehen werden, wie im Bestand vorhanden sind (Bestandsakzessorietät). Ansonsten würde der digitale Verleih öffentlich finanzierter Einrichtungen die kommerzielle Verwertung digitaler Inhalte über digitale und vernetzte Medien verunmöglichen und berechtigte Interessen ungebührlich verletzten.

Eingrenzung auch an die Trägerschaft (nur öffentlich-rechtlich getragene Gedächtnisinstitutionen) beziehungsweise die Tätigkeitsgrundlagen (nur auf der Grundlage von Pflichtexemplarrecht tätige Gedächtnisinstitutionen) anzuknüpfen.

Indem die vorgeschlagene Regelung die weiteren Voraussetzungen des Dreistufentests wörtlich enthält, wird diesen genügt.

b) Überarbeitung geltender Schrankenbestimmungen

Neben der Vorsehung einer bereichsspezifischen Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ist, um den Gedächtnisinstitutionen zu ermöglichen, die Aufgabe der Bestandsvermittlung im digitalen und vernetzten Zeitalter adäquat zu erfüllen und das Potential der Neuen Medien ausschöpfen zu können, an die Überarbeitung geltender Schrankenbestimmungen zu denken.

Von den geltenden Schrankenbestimmungen privilegieren nur die §§ 53a Abs. 1 S. 2, 52b UrhG Gedächtnisinstitutionen im traditionellen Sinne bei der Vermittlung kultureller Äußerungen über digitale Medien. Sie sind vor der Prämisse, das Funktionieren des Kulturellen Gedächtnisses im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien zu ermöglichen, zu überarbeiten.

Die geltenden Schrankenbestimmungen, welche das Anliegen bestmöglicher Kommunikation kultureller Äußerungen für das Kulturelle Gedächtnis verfolgen, aber nicht zum Tragen kommen können, weil sie unklar formuliert sind, oder es an Voraussetzungen (etwa einer Annexvervielfältigungskompetenz) fehlt, sind kumulativ zu den vorgeschlagenen Erweiterungen dahingehend zu präzisieren bzw. zu erweitern, dass sie auch praktisch erreichen, worauf sie theoretisch abzielen.

aa) § 52b UrhG – Wiedergabe an elektronischen Leseplätzen

§ 52 b UrhG, der europäischen, internationalen und verfassungsrechtlichen Vorgaben bei enger Auslegung entspricht,[862] gestattet bestimmten Einrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen die Zugänglichmachung ihres Bestandes an elektronischen Leseplätzen, enthält aber kein Recht zur Annexvervielfältigung.[863] Damit fehlt eine Regelung, wie die privilegierten Einrichtungen zu einem für die öffentliche Zugänglichmachung auf den Leseplätzen erforderlichen, digitalen Werkexemplar kommen können.[864] Dieses Manko lässt sich nicht durch eine wei-

---

[862] Siehe ausführlich hierzu: *C. Berger*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven - Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, in: GRUR 2007, 754.

[863] Begriff: *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, § 52a Rdn. 16.

[864] *C. Berger*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven, in: GRUR 2007, 754 (756).

te Auslegung des Archivprivilegs beheben,[865] sondern nur indem noch eine dem § 52 a Abs. 3 UrhG vergleichbare Annexvervielfältigungskompetenz geschaffen wird.

Diese könnte als Abs. 2 in § 52b UrhG folgenden Wortlaut haben:

Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die zur Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen erforderlichen Vervielfältigungen.

Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, verfassungsrechtliche Vorgaben und auch der international verbindliche Dreistufentest stehen dieser Erweiterung nicht entgegen.

Um den Streit über die Frage der Auslegung „entgegenstehende vertragliche Regelungen" und im Hinblick auf den Umfang der Anschlussvervielfältigungsmöglichkeiten aufzulösen, bietet sich eine Überarbeitung von § 52b Abs. 1 UrhG an die folgendermaßen aussehen könnte:

Zulässig ist, veröffentlichte Werke aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit ~~dem keine~~ bestehende vertraglich~~en~~ Regelungen dem nicht entgegenstehen. Es dürfen grundsätzlich nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Einrichtung umfasst. Soweit Vervielfältigungen des zugänglich gemachten Werkes möglich sind, ist dafür Sorge zu tragen, dass diese nur als grafische Datei gefertigt werden können. Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

bb) § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG – Dokumentenlieferservice

Der § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG ermöglicht unter engen Voraussetzungen in Einschränkung des Vervielfältigungsrechts aus § 16 UrhG den öffentlichen Bibliotheken den Kopienversand auf Bestellung auch in sonstiger elektronischer Form, etwa über digitale und vernetzte Medien. Der Umfang der Privilegierung ist stark eingeschränkt. Nicht nur, dass die Voraussetzungen so eng gefasst sind, dass der Anwendungsbereich stark eingeschränkt ist, auch ist der Kreis der Berechtigten auf öffentliche Bibliotheken beschränkt. Museen und Archive werden nicht privilegiert. Es ist daran zu denken einige der Beschränkungen des § 53 a Abs. 1 S. 2 UrhG aufzuheben.[866] Zumindest ist eine Privilegierung weiterer Gedächtnisinstitu-

---

[865] Die Archivschranke ermöglicht nur Vervielfältigungen zu Archivierungszwecken und nicht zu Zwecken der Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen.

[866] Es geht im Folgenden nicht um die Anpassung an die Bedürfnisse von Wissenschaft und Forschung, sondern um die Notwendigkeiten für die Gewährleistung des Kulturellen Gedächtnisses.

tionen einzuführen. Der geänderte Wortlaut von § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG könnte lauten:

(1) Zulässig ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes im Wege des Post- oder Faxversands durch ~~öffentliche Bibliotheken~~ im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitutionen, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, sofern die Nutzung durch den Besteller nach § 53 zulässig ist. Die Vervielfältigung und Übermittlung in sonstiger elektronischer Form ist ausschließlich als grafische Datei und zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulässig, soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist.

Wie schon bei den vorrangegangenen Erweiterungen ist um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen, erforderlich, dass nur bestimmte (Voraussetzungen erfüllende) Gedächtnisinstitutionen privilegiert werden.[867]

Indem die vorgeschlagene Regelung die Stufen des Dreistufentests wörtlich enthält, wird diesen genügt.

§ 53a Abs. 1 S. 3 UrhG, der bestimmt, dass ein Kopienversand in sonstiger elektronischer Form nur dann zulässig ist, wenn er den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen auch von Dritter Seite ermöglicht wird, ist ersatzlos zu streichen. Zur Wahrung der Anforderungen des Dreistufentests ist der Zusatz nicht notwendig.

Die Schrankenbestimmung erfüllt auch ohne den Zusatz mit kartellrechtlichem Ansatz, der im Urheberrecht systemwidrig untergebracht ist, alle Vorgaben des Dreistufentests. Erstens rechtfertigt das berechtigte Interesse der Allgemeinheit und im speziellen der Wissenschaft die auf einen bestimmten Sachverhalt beschränkte Schranke.[868] Zweitens wird die normale Verwertung der Rechteinhaber im Hinblick auf den Kopienversand als Mehrwertdiensteleistung nicht beeinträchtigt. Diese können sich gegenüber den Gedächtnisinstitutionen insbesondere da-

---

[867] Dem Bestimmtheitsgebot wäre bei ausreichender Bestimmung des Begriffs Gedächtnisinstitution ebenso genügt, wie wenn man als Qualifizierung für die Privilegierung vorsehen würde, dass eine Gedächtnisinstitution in ein (zu schaffendes) vom Bundesbeauftragten für Kultur und Medien geführtes Register eingetragen sein muss.

[868] Um dem Bestimmtheitsgebot aus der ersten Prüfungsstufe zu genügen, ist eine hinreichende Präzisierung der Privilegierungszwecke erforderlich, aber auch ausreichend. Siehe zu den insoweit bestehenden Anforderungen *G. Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, in: GRUR Int. 2005, 378 (385); *J. Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005, 497 ff., *M. Senftleben*, Die Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: R. M. Hilty/A. Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 159 (176 ff.) (S. 177: „Gegen das Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests verstoßen Schranken des Urheberrechts (…) nur dann, wenn sie derart unklar umrissen sind, dass nicht erkennbar wird, welchem Zweck sie zu dienen bestimmt sind.“).

durch abheben, dass nicht nur eine grafische Datei, sondern dass eine (weiter-) bearbeitbare und durchsuchbare Datei versandt wird. Auch im Hinblick auf die Bearbeitungszeit einer Anfrage und die Qualität haben kommerzielle Anbieter die Möglichkeit, höhere Preise gegenüber den Preisen, welche von Gedächtnisinstitutionen angeboten werden, zu rechtfertigen. Die Preise der Gedächtnisinstitutionen dürfen im Übrigen schon kartellrechtlich nicht zu einem Verdrängungswettbewerb führen. Öffentlich-rechtlich getragene Gedächtnisinstitutionen dürfen nur dann konkurrierend agieren, wenn die Preisgestaltung marktwirtschaftlich ist und nicht subventionsbedürftig. Drittens verletzt die Schrankenregelung nicht ungebührlich Interessen Dritter. Sie ist ein geeignetes und das mildeste, mithin ein erforderliches, Mittel, um das propagierte Ziel, nämlich ein schnell funktionierendes und wirtschaftlich arbeitendes Informationswesen für forschungsrelevante Bereiche zu schaffen,[869] zu erreichen. Sie ist auch ein angemessenes Mittel, denn bei Abwägung der Interessen der Allgemeinheit mit den Interessen von Rechteinhabern, ist ersteren insbesondere im Hinblick auf den beschränkten Umfang der Schrankenbestimmung, Vorzug zu geben.[870]

c) Erweiterung des Schrankenkataloges

Mit der Präzisierung des geltenden Schrankenkataloges ist es den Gedächtnisinstitutionen im Aufgabenfeld Bestandsvermittlung zwar möglich, die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen auch weiterzuvermitteln, jedoch nur für Unterricht und Forschung und nur in einem sehr eingeschränktem Umfang, also wiederum über digitale und vernetzte Medien. Hingegen zur rein partizipierenden Konsumtion für die Allgemeinheit nur entweder an elektronischen Leseplätzen innerhalb der Einrichtung gem. § 52b UrhG oder durch Medienbruch. Die Chancen und Möglichkeiten, welche digitale und vernetzte Medien für die Kommunikation kultureller Äußerungen bieten, werden hingegen bei weitem nicht ausgeschöpft. Vor allem fehlt es an einer Sicherheit gebenden Regelung für den Umgang mit verwaisten Werken. Zudem ist zu hinterfragen, ob sich durch eine Erweiterung des geltenden Schrankenkataloges die digitale Gedächtnisinstitution schaffen lässt, welche über digitale und vernetzte Medien kulturelle Äußerungen unkörperlich interaktionslos kommunizieren kann, also für die Allgemeinheit möglicher Rezipienten zum Abruf bereithalten kann. Dies käme bei kostenneutraler Vermittlung einer „Kulturflatrate“ gleich.[871]

aa) Regelung für die Nutzung verwaister Werke

Verwaiste Werke, also solche Werke, deren Urheberrechteinhaber nicht, bezie-

---

[869] *T. Dreier*, in: ders./G. Schulze, UrhG, 2006, § 53a Rdn. 1.

[870] Zur Prüfung der Voraussetzungen des Dreistufentests siehe: *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR Int. 2004, 200; sowie *M. Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis oft he Three-Step in International and EC Copyright Law, 2004, 210 ff.

[871] Zur Kulturflatrate siehe 2. Kapitel F.II.3.c)bb).

hungsweise nur unter Einsatz unverhältnismäßigen Aufwandes, zu identifizieren oder lokalisieren ist,[872] sind in der Praxis dem Wirtschaftskreislauf für nicht privilegierte Nutzungshandlungen entzogen. Dies stellt insbesondere (aber nicht nur) ein Problem im Hinblick auf die Nutzung körperlicher Werke in (retro-) digitalisierter Form über digitale und vernetzte Medien dar. Analog auf körperliche Medien aufgezeichnete Werke lassen sich, insofern sich der Urheber nicht ermitteln lässt, aufgrund der mit der Retrodigitalisierung verbundenen, urheberrechtlichen Nutzungsart und des Fehlens einer Schrankenbestimmung für die meisten Fälle[873] nicht digitalisieren. Originär digital aufgezeichnete Werke lassen sich, insofern sich der Urheber nicht ermitteln lässt, nicht umfassend (sondern nur auf der Grundlage von Schrankenbestimmungen) nutzen, da nahezu jede Nutzung einer digital aufgezeichneten, urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerung mit einer urheberrechtlichen relevanten Nutzungsart verbunden ist.

Eine Lösung für umfassende Retrodigitalisierung und Nutzung kultureller Äußerungen, die körperlich über herkömmliche Medien kommuniziert wurden, in *neuen* Nutzungsarten schafft vermeintlich § 137l UrhG.

Dieser sieht für Altverträge eine Rechtsübertragungsfiktion für neue Nutzungsarten vor, nach der die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannten Nutzungsarten als dem Lizenzvertragspartner ebenfalls eingeräumt gelten, sofern der Urheber diesem alle wesentlichen, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannten Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt übertragen hatte.

Der § 137l UrhG ist mit zahlreichen Problemen verbunden und wird weder seinem Anspruch, den Rechteinhabern sonstiger Nutzungsrechte auch ohne ausführliche Suche nach dem Rechteinhaber neue Nutzungsformen zu ermöglichen, gerecht,[874] noch schafft er eine Lösung zugunsten aller Nutzungswilligen noch in Bezug auf alle möglichen Werkarten. So wird durch § 137l UrhG nur begünstigt, wer räumlich wie zeitlich unbegrenzt die ausschließlichen Nutzungsrechte im Hinblick auf alle sonstigen wesentlichen Nutzungsrechte innehat. Damit wird nicht nur ein begrenzter Nutzerkreis begünstigt,[875] sondern es werden zudem all jene Werke, über die keine Nutzungsverträge geschlossen wurden, beziehungs-

---

[872] *A. Gowers*, Gowers Review of Intellectual Property, Dezember 2006, S. 69.

[873] Die Retrodigitalisierung ist de lege lata nur in sehr begrenztem Umfang möglich.

[874] Tatsächlich ist eine gewissenhafte Suche und damit die Feststellung, dass ein Werk verwaist ist, nach § 137l UrhG nicht entbehrlich, sondern erforderlich, siehe: *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int. 2008, 271 (272).

[875] Begünstigt werden soll durch § 137l UrhG wohlgemerkt auch nicht die Allgemeinheit, sondern vorrangig die Verlage, welche zugunsten der Allgemeinheit von ihren durch § 137l UrhG fiktiv zuerkannten Nutzungsrechten zugunsten der Allgemeinheit Gebrauch machen sollen. Gerade Letzteres ist jedoch, da eine Verpflichtung der Verlage zum Gebrauch der Rechte zur Digitalisierung und Zugänglichmachung nicht besteht, äußerst zweifelhaft !

weise in Bezug auf die nicht alle wesentlichen Nutzungsrechte übertragen wurden, nicht erfasst. Ebenfalls nicht erfasst werden durch § 137l UrhG Leistungsschutzrechte, noch im Zusammenspiel mit § 38 die Sammelwerke.[876]

Insbesondere die von Gedächtnisinstitutionen angestrebte Schaffung der umfassenden interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien erfährt durch § 137l UrhG keine Begünstigung, da ihnen zumeist nicht die wesentlichen Nutzungsrechte an in den Bestand aufgenommenen kulturellen Äußerungen eingeräumt werden und diese daher nicht zu dem durch § 137l UrhG begünstigten Kreis gehören. Selbst wenn dem so wäre, wäre den Gedächtnisinstitutionen durch § 137l UrhG nur partiell geholfen, insoweit § 137l UrhG nicht alle Werkarten erfasst und es den Gedächtnisinstitutionen nicht nur um die Weitervermittlung der bisher körperlich kommunizierten kulturellen Äußerungen über neue Medien, deren Urheberrechteinhaber nicht zu ermitteln sind, geht, sondern auch um die interaktionslose Weitervermittlung der originär über die neuen Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen, deren Urheberrechteinhaber nicht zu ermitteln sind.

(A) Erweiterung Schrankenkatalog

Fraglich ist, ob es sich durch Erweiterung des geltenden Schrankenkataloges gewährleisten lässt, dass sowohl unkörperlich über digitale und vernetzte Medien, also originär digital, als auch körperlich über analoge körperliche Medien öffentlich kommunizierte, verwaiste Werke unabhängig von bestehenden Nutzungsrechtsverträgen und deren Umfang und Alter, umfassend genutzt im Sinne von über digitale und vernetzte Medien durch Gedächtnisinstitutionen (kommerziell wie nicht kommerziell) weitervermittelt werden können.

Die Erweiterung muss den europäischen und internationalen Vorgaben ebenso wie den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

(I) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Zu berücksichtigen ist insbesondere die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, die in Art. 5 die zulässigen Ausnahmen und Beschränkungen von den vorgeschriebenen Ausschließlichkeitsrechten, zu denen auch die Nutzung in unkörperlicher Form über digitale und vernetzte Medien zählt,[877] abschließend aufzählt. In Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie fehlt ein Anknüpfungspunkt für die Schaffung einer Schranke, welche die uneingeschränkte (kommerzielle

---

[876] Zu den Problemen von § 137l UrhG insbesondere im Zusammenspiel mit § 38 UrhG und der Anwendung auf Sammelwerke siehe: *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR 2008, 271; *J. Heckmann/M. P. Weber,* Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda, in: GRUR Int. 2006, 995.

[877] Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001, umgesetzt in § 19a UrhG

wie nicht kommerzielle) nicht zweckgebundene Nutzung verwaister Werke im Sinne der Vermittlung über digitale und vernetzte Medien ermöglichen würde. In Erwägungsgrund 40 schließt die Richtlinie auch zugunsten von Gedächtnisinstitutionen die Schaffung einer die uneingeschränkte Vermittlung über digitale und vernetzte Medien erlaubende Schranke explizit aus und erlaubt sie nur im Hinblick auf bestimmte, das Vervielfältigungsrecht erfassende Fälle. Damit die Gedächtnisinstitutionen ihrer Aufgabe der ausgewogenen Verbreitung kultureller Äußerungen nachkommen können, verweist Erwägungsgrund 40 auf spezifische Verträge und Lizenzen. Letztere lassen sich jedoch, im Falle dass Werke verwaist sind, gerade nicht schließen.

Mithin lässt sich ohne Änderung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben keine Schranke durch den nationalen Urheberrechtsgesetzgeber schaffen, welche die uneingeschränkte Vermittlung verwaister, urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien privilegiert.[878]

Gedächtnisinstitutionen können verwaiste Werke jedoch nach oben genannten Präzisierungen und Erweiterungen des geltenden nationalen Schrankenkataloges in Deutschland im Hinblick auf die Aufgabenfelder Bestandsaufbau und Bestandsvermittlung in den Bestand übernehmen, in Gestalt und Nutzbarkeit erhalten und auch ohne Erweiterung des Schrankenkataloges ihre Nutzung in eingeschränkten privilegierten Bereichen (z.B. gem. §§ 52a, 52b, 53a UrhG) ermöglichen.

Mag man auch darüber streiten, ob die Schrankenbestimmungen zur Vermittlung kultureller Äußerungen unabhängig vom Zustimmungserfordernis der Rechteinhaber eine ausgewogene Interessenabwägung darstellen,[879] ist es doch so, dass sie das Kulturelle Gedächtnis kommunizierbar und auf der Gegenseite rezipierbar machen. Die Freiheiten, welche die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft Richtlinie hinsichtlich der Möglichkeiten Ausnahmen vom Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vorzusehen bietet, behindern zwar eine alle Vorteile der digitalen und vernetzten Medien nutzende Vermittlung durch Gedächtnisinstitutionen, lassen dem nationalen Gesetzgeber jedoch so viel Spielraum für die Schaffung von Schrankenbestimmungen, welche die Vermittlung des Kulturellen Gedächtnisses ermöglichen, sodass nationale Belange im Hinblick auf den Schutz des kulturellen Gedächtnisses gewahrt bleibt.

---

[878] Siehe auch das Fazit bei: *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR 2008, 271.

[879] Zumal sie teilweise hinter dem zurückbleiben, was Art. 5 der Urheberrechte in der Wissensgesellschaft RL 2001/29/EG ermöglicht! Dies gilt bspw. Für Art. 5 Abs. 3 lit. a) der RL 2001/29/EG, welcher auch eine „öffentliche Wiedergabe zur Veranschaulichung im Unterricht gestattet und damit weiter gefasst ist, als § 52a UrhG, der sich nur auf bestimmte E-Learning-Angebote bezieht. Siehe: *A. Metzger,* Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzeltatbestände? in: M. Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, Punkt IV.

Bevor sich ein Vorschlag im Hinblick auf eine Schrankenregelung, welche die *uneingeschränkte* (kommerzielle wie nicht kommerzielle) Nutzung im Sinne der Vermittlung verwaister, urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien ermöglicht, machen lässt, sind die diese derzeit nicht erlaubenden, gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben abzuändern.

In Art. 5 Abs. 3 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie ist ein Anknüpfungspunkt für die Schaffung einer solchen Schranke zu schaffen.

Etwa ist aus der Erwägung heraus, zumindest bestimmten Gedächtnisinstitutionen die Nutzung der digitalen und vernetzten Medien für den Prozess der Kommunikation kultureller Äußerungen ermöglichen zu wollen, um dadurch ein hochwertiges und umfangreiches Angebot von über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen zu erreichen, in Art. 5 Abs. 3, der die fakultativen Schrankenbestimmungen aufzählt, ein Buchstaben p mit folgendem knappen Wortlaut zu schaffen:

(3) Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

(a) – (o)

p) Für die Nutzung von Werken, an denen trotz zumutbarer Maßnahmen keine Rechteinhaber ausfindig gemacht werden können, durch im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitutionen.

(II) Anforderungen aus dem Dreistufentest

Eine Schrankenregelung im Hinblick auf verwaiste Werke liegt im Allgemeininteresse und stellt einen bestimmten Sonderfall dar.

Um den Anwendungsbereich einer möglichen Schrankenregelung nicht uferlos werden zu lassen, ergibt sich die Notwendigkeit einer genauen Bestimmung, unter welchen Voraussetzungen ein Werk als verwaist anzusehen ist.

Um zu verhindern, dass die normale Verwertung beeinträchtigt wird, ist die Schrankenregelung so zu gestalten, dass sie eine Nutzung verwaister Werke nur bis zu dem Moment erlaubt, in dem sich der Rechteinhaber zu erkennen gibt. Bis zu diesem Zeitpunkt werden die Werke ja gerade nicht verwertet und kann eine Verwertung denknotwendig nicht beeinträchtigt werden.

Wird eine Schrankenregelung so ausgestaltet, dass eine Berufung auf die Privilegierung nur bis zu dem Moment statthaft ist, in dem sich der Rechteinhaber zu erkennen gibt, ist zugleich auch gewährleistet, dass dessen berechtigte Interessen nicht ungebührlich verletzt werden, denn solange ein Werk verwaist ist, fehlt es an einem Eingriff in (wirtschaftliche) Verwertungsinteressen des Urheberrechteinhabers und kommt das Interesse der Allgemeinheit an der uneingeschränkten Nutzbarkeit von in der Öffentlichkeit kommunizierten kulturellen Äußerungen durch die Privilegierung voll zum Tragen.

Bei maßvoller und zurückhaltender Ausgestaltung ist somit eine die Nutzung im Sinne uneingeschränkter Vermittlung verwaister Werke erlaubende Schrankenregelung denkbar, die den Anforderungen an den Dreistufentest gerecht wird.[880]

(III) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Eine Schrankenbestimmung, welche die (kommerzielle wie nicht kommerzielle) Nutzung verwaister Werke im Sinne der Weitervermittlung in unkörperlicher Form über digitale und vernetzte Medien ermöglicht, muss so ausgestaltet sein, dass diese Nutzung den Anforderungen aus Art. 14 Abs. 1 GG genügt. Es darf nicht unzulässig in das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG eingegriffen werden.

Ein schwerwiegender Eingriff liegt insbesondere dann vor, wenn in die über Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Verwertungsmöglichkeit eingegriffen wird. An einer wirtschaftlichen Verwertung in Form der Kommunikation über digitale und vernetzte Medien fehlt es jedoch bei verwaisten Werken, da ansonsten der Rechteinhaber ja auffindbar wäre. Demgemäß droht durch eine Schranke, welche die (kommerzielle wie nicht kommerzielle) Nutzung verwaister Werke ermöglicht, kein Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG. Das gilt jedoch nur solange, wie der Inhaber der Nutzungsrechte an einem bislang verwaisten Werk sich nicht zu erkennen gibt. Sobald das Werk seinen Status als verwaistes Werk verliert, liegt in einer Schrankenregelung, die weiterhin die Nutzung des Werkes in unkörperlicher Form über digitale und vernetzte Medien im Sinne der (kommerziellen wie nicht kommerziellen) Weitervermittlung erlaubt, ein nicht rechtfertigungsfähiger Eingriff in das über Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Verwertungsrecht aus § 19a UrhG vor, denn dem Rechteinhaber würde faktisch sein Ausschließlichkeitsrecht genommen.

Der Eingriff könnte jedoch dadurch beseitigt werden, dass die Schrankenregelung nur solange zur Anwendung kommt, wie das Werk tatsächlich verwaist ist, mithin der Rechteinhaber sich nicht zu erkennen gibt. Denkbar wäre auch die Abmilderung des Eingriffs durch die Schaffung von Härtefallklauseln, welche die weitere Werknutzung nach Bekanntwerden des Rechteinhabers von einer angemessenen Vergütung an diesen abhängig machen.[881] Diese Lösung wäre geeignet und erforderlich, um die dauernde Nutzung verwaister Werke zu ermöglichen und in Abwägung der Interessen von Rechteinhabern und Allgemeinheit angesichts der Entschädigung der Rechteinhaber auch verhältnismäßig mithin zu rechtfertigen.

(B) Sonstige Lösungen

Neben der Schaffung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen sind auch au-

---

[880] Siehe auch das Fazit bei: *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int. 2008, 271.

[881] Siehe: *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int. 2008, 271.

ßerurheberrechtliche Lösungen zum Umgang mit verwaisten Werken denkbar. Lösungen außerhalb des Urheberrechts machen insbesondere einen Anknüpfungspunkt in Art. 5 Abs. 3 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie entbehrlich

Zur allgemeinen Nutzbarkeit verwaister Werke wurden unter anderem erweiterte kollektive Lizenzen und die Abschaffung der strafrechtlichen Sanktionen vorgeschlagen.[882]

(I) Erweiterte kollektive Lizenzen

Erweiterte kollektive Lizenzen verbinden die freiwillige Rechteübertragung vom Rechteinhaber an eine Verwertungsgesellschaft mit einer rechtlichen Erweiterung des Repertoires der Gesellschaft auf jene Rechteinhaber, die der Gesellschaft nicht angehören. Gesetzliche Bestimmungen verleihen den Klauseln in einem kollektiven Lizenzvertrag, der zwischen der Verwertungsgesellschaft und einem Nutzer geschlossen wird, eine erweiterte Wirkung, sofern bereits eine bedeutende Zahl von Rechteinhabern der betreffenden Kategorie von der Organisation vertreten wird.[883] Den Urhebern, die keinen Wahrnehmungsvertrag mit einer Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben und deren Nutzungsrechte somit lediglich im Wege der erweiterten kollektiven Lizenz von der Verwertungsgesellschaft verwertet werden, steht nicht nur ein Anspruch auf individuelle Vergütung zu, sondern auch die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen die kollektive Verwertung. Durch das System der kollektiven Lizenzen werden nicht nur solche Rechteinhaber erfasst, die nicht auffindbar sind, sondern auch die auffindbaren, die lediglich keiner Verwertungsgesellschaft angehören und die sodann bis zum Widerspruch zwangsweise wie angehörig behandelt werden. Im Ergebnis werden alle Nutzungsrechte durch die Verwertungsgesellschaften verwertet, solange von den Urheberrechteinhabern kein Widerspruch erhoben wird. Dies bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG über den die Verwertungsrechte der Urheber geschützt sind.[884] Dieser ist dann nicht zu rechtfertigen, wenn es eine gleich geeignete, aber weniger einschneidende Lösung als die der kollektiven Lizenzen gibt.

(II) Strafausschließungsgrund

Insbesondere in Bezug auf die nicht gewerbliche und mithin nicht kommerzielle Vermittlung kultureller Äußerungen durch Gedächtnisinstitutionen könnte daran gedacht werden, die strafrechtlichen Sanktionen in Bezug auf nicht autori-

---

[882] Siehe: *G. Spindler/J. Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen, Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int. 2008, 271. Als untauglich, um das Problem der verwaisten Werke vollumfänglich zu lösen, verworfen wurde hier der Vorschlag der Registrierungspflicht oder Einführung einer Zwangslizenz.

[883] *S. v. Gompel,* Unlocking the Potenzial of Pre-Existing Content: How to address the issue of orphan Works in Europe?, in: IIC 2007, 669 (687f.).

[884] BVerfG 31, 229 (239) – Schulbuchprivileg; BVerfG 77, 263 (270); BVerfG 79, 29 (40).

sierte Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke durch Einführung eines Strafausschließungsgrundes aufzuheben. Diese Lösung belässt den Urhebern (ob auffindbar oder nicht) ihre zivilrechtlichen Ansprüche! Praktisch wäre es den Gedächtnisinstitutionen dann möglich, verwaiste Werke zu nutzen, ohne der Gefahr einer strafrechtlichen Verurteilung gem. § 106 UrhG i.V.m. §§ 16, 19a UrhG ausgesetzt zu sein. Die Dogmatik des Urheberrechts stünde einer solchen Lösung ebenso wenig entgegen,[885] wie europäische oder internationale Vorgaben.[886]

Zu denken wäre etwa an eine Erweiterung von § 106 Abs. 1 UrhG in folgender Form:

(1) Wer in anderen, als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten ein Werk oder eine Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, es sei denn, dass der Berechtigte an einem zu nicht kommerziellen Zwecken verwendeten Werk trotz gewissenhafter, zumutbarer und dokumentierter Suche nicht ausfindig gemacht werden konnte.

Die konkreten Schritte zur Durchführung der Rechteinhaber-Suche sollten gesetzlich nicht vorgeschrieben werden, um dem Umstand der sich stetig verändernden Technik und neuen Suchmethoden hinreichend Rechnung zu tragen.[887] Die Anforderungen sollten als Grundlage für die gerichtliche Überprüfung zwischen den Interessengruppen in einer Art Pflichtenheft regelmäßig neu ausgearbeitet werden.

(III) Übertragungsfiktion an die öffentliche Hand

Um es insbesondere den Gedächtnisinstitutionen zu ermöglichen, verwaiste Werke im Sinne der Vermittlung über digitale und vernetzte Medien zu nutzen, wäre auch denkbar, eine Art Fundbüro zu schaffen, in dem kulturelle Äußerungen, die urheberrechtlich geschützt sind, deren Urheberrechteinhaber aber nicht auffindbar sind und die mithin verwaist sind, abgegeben (im Sinne von gemeldet) werden könnten. Nach Verstreichen einer bestimmten Frist würden die Urheberrechte der öffentlichen Hand zufallen und könnten durch diese an die eigenen Gedächtnisinstitutionen lizenziert werden.

---

885 Das zeigt schon die bei Ausgestaltung des „zweiten Korbes“ zum Urheberrecht diskutierte sogenannte „Bagatellklausel“.

886 Während eine kommerzielle Nutzung und Weitervermittlung verwaister Werke gegen europäischen Vorgaben nach Umsetzung der europäischen Rechtsdurchsetzung-Richtlinie, 2004, und hier Art. 2 lit.b RL-V ebenso verstoßen würde, wie gegen internationale Vorgaben und hier Art. 61 TRIPS. Die Vorschriften zwingen den nationalen Gesetzgeber zur Einführung von Strafnormen für den Fall der gewerbsmäßigen Nutzung und Verletzung eines Rechts am geistigen Eigentum.

887 Damit wird auch der Forderung der EU im Rahmen der i2010-Initiative Rechnung getragen, siehe: i2010: Digitale Bibliotheken. Hochrangige Expertengruppe – Untergruppe „Urheberrecht“. Bericht über digitale Bewahrung, verwaiste und vergriffene Werke. Ausgewählte Fragen der Implementierung vom 18. April 2007, 9.

Dieser Weg würde faktisch den Weg in Richtung eines „Copyrightregisters“ weisen, ohne dieses zur Bedingung für die Entstehung von Urheberrechtsschutz zu machen.[888] Denn wer seine Werke in einem Register verzeichnet, ist auffindbar und vermeidet, dass seine Werke als verwaist eingestuft werden und die Rechte daran der öffentlichen Hand zufallen können.

bb) Kulturflatrate

Die umfassendste Nutzungsmöglichkeit im Hinblick auf Vermittlungsmöglichkeiten kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien verspricht die Idee der „Kulturflatrate“. Diese erfasst verwaiste Werke ebenso wie solche Werke, deren Urheberrechteinhaber auffindbar sind, und würde im privilegierten Anwendungsbereich auch das Problem der Vermittlung verwaister Werke über digitale und vernetzte Medien lösen.

Mit dem Begriff Kulturflatrate wird der Ansatz beschrieben, die nichtkommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung von digital aufgezeichneten, urheberrechtlich geschützten Werken, die sich über digitale und vernetzte Medien kommunizieren lassen (wie zum Beispiel Musik, Filme, Software oder E-Books) über das Internet zu legalisieren und zum Ausgleich eine pauschale Gebühr zur Entschädigung der Rechteinhaber zu erheben und an diese abzuführen.[889] Der Begriff Kulturflatrate bezeichnet mithin ein System, in dem der (Internet-) Nutzer eine pauschale Vergütung als Gegenleistung für die Möglichkeit des legalen Herunterladens digital über das Internet kommunizierter, urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen zu privaten Zwecken, die ebenso legal zu nicht kommerziellen Zwecken auch hochgeladen und über das Internet kommuniziert werden können, bezahlt.[890] Das System der Kulturflatrate sieht gemäß dem Motto „Schützen, was man schützen kann, vergüten, was man nicht schützen kann“ vor,[891] das Verbotsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung im Hinblick auf die nichtkommerzielle Kommunikation urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien auf einen Vergütungsanspruch zu beschränken.

Die Entlohnung von Urheberrechteinhabern über eine Pauschalvergütung zur Korrektur eines Marktversagens im Hinblick auf die Kontrolle von Nutzungshand-

---

[888] Die Einführung eines Copyright Registers ist hingegen weil gegen internationales Recht verstoßend nicht möglich. So sieht Art. 5 Abs. 2 RBÜ vor, dass der Genuss und die Ausübung der in der Berner Übereinkunft vorgesehenen Mindestrechte nicht an die Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten gebunden werden dürfen. Diese Regelung wird gem. Art. 9 bzw. gem. Art. 3 WCT auch in das TRIPS-Abkommen bzw. das WIPO Copyright Treaty (WCT) mit einbezogen.

[889] Siehe nur Thema des Tages der Süddeutschen Zeitung vom 23./24. August 2008, 2, Die Krise der Musikindustrie, hier wird die pauschale Gebühr als Lösung gesehen.

[890] Vergleiche die Definitionen in: *Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel,* Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, 2009, 4 und 58.

[891] So Brigitte Zypries in einer Rede zur Eröffnung der „Internationalen Konferenz zur Zukunft des Urheberrechts“ am 07. Mai 2009 in Berlin; Netzpublikation siehe Anhang.

lungen und deren Vergütung gibt es etwa auch bei der Privatkopie. Hier werden gemäß §§ 53, 54 UrhG die gesetzlich privilegierten, weil sowieso nicht verhinderbaren und kontrollierbaren, Privatkopien dadurch vergütet, dass urheberrechtlich pauschal Abgaben für die Vervielfältigungsgeräte erhoben werden.

Die Urheberrechteinhaber werden für die nicht verhinderbaren, massenhaften und nicht kontrollierbaren Nutzungen beim Austausch kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien nicht vergütet. Daran ändert der Straftatbestand aus § 106 UrhG, der die Kommunikation urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien (sei es über sogenannte Peer-to-Peer Tauschnetzwerke oder über direkten Austausch ohne Zwischenschaltung von Clients) ohne Einwilligung und Vergütung der Urheberrechteinhaber unter Strafe stellt, nichts.

Die Kulturflatrate hat zum Ziel die Kommunikation urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien zu legalisieren und dadurch eine Vergütung der Urheberrechteinhaber zu garantieren, die für die massenhaften illegalen Nutzungshandlungen gegenwärtig nicht vergütet werden.[892] Nichtsdestotrotz wird sie von den Urheberrechteinhabern, die von „Enteignung“ und von einer „Sowjetisierung“ des Urheberrechts sprechen, mehrheitlich abgelehnt.[893]

Zur Umsetzung der Idee einer Kulturflatrate wäre dogmatisch eine Erweiterung der geltenden Schrankenbestimmungen erforderlich, welche die Kommunikation (das Hochladen beziehungsweise Verfügbarmachen und somit die öffentliche Zugänglichmachung) digital aufgezeichneter, urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien, sowie die Partizipation (das Herunterladen) ermöglichen. Es wären also Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht gem. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG zu schaffen. Erforderlich wäre zudem eine Bestimmung, welche die Pauschalvergütung für die privilegierten Nutzungshandlungen vorsieht.

Unter dem System einer Kulturflatrate wäre es den nicht kommerziell agierenden Gedächtnisinstitutionen möglich, kulturelle Äußerungen unabhängig von bestehendem Urheberrechtsschutz über digitale und vernetzte Medien interaktionslos durch Upload und/oder Bereitstellung zum Download zu kommunizieren. Das gilt für alle über digitale und vernetzte Medien kommunizierbaren kulturellen Äußerungen, also wenn man die Annexvervielfältigungskompetenz für die öffentliche Zugänglichmachung kultureller Äußerungen an elektronischen Leseplätzen gem. § 52b UrhG bejaht, nicht nur im Hin-

---

[892] Die straf- und zivilrechtliche Verfolgung und Geltendmachung der Vergütungsansprüche ist zumeist ausweglos, beziehungsweise führt nicht zu der gewünschten Vergütung. Sie wird zur Abschreckung trotz allem gelegentlich durchgesetzt. Vgl. OLG Köln, MMR 2008, 820 ff.; LG Frankfurt a.M.; MMR 2008, 829 f.; LG Frankenthal, MMR 2008, 207 ff.; LG Oldenburg, MMR 2008, 832 f.

[893] *S. Krempl*, Urheberrechtsvertretungen gegen Filesharing-Kulturflatrate, in: Heise Online News vom 13. November 2007.

blick auf bereits originär auf digitale Medien digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen, sondern auch im Hinblick auf analog aufgezeichnete kulturelle Äußerungen, die sich gestützt auf die Annexvervielfältigungskompetenz des § 52b UrhG de lege ferenda digitalisieren lassen.

Das Thema Kulturflatrate wird in der (rechtswissenschaftlichen) Literatur[894] intensiv diskutiert.[895]

Die Idee hört sich zunächst bestechend an, weil sie einen umfassenderen Zugang zu kulturellen Äußerungen verspricht. Sie birgt jedoch mannigfaltige Probleme[896] und wird nicht ohne Grund sogar von der „Piratenpartei Deutschland" abgelehnt.[897]

Es ist aber nicht nur äußerst fraglich, ob eine Kulturflatrate tatsächlich einen geeigneteren Ausgleich zwischen dem Verwertungsinteresse der Urheberrechteinhaber bei der Kommunikation urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen und dem Interesse der Allgemeinheit an möglichst ungehinderter Partizipation herbeiführen würde,[898] sondern es ist schon fraglich, ob sich der Vorschlag

---

[894] Vgl. u.a. *O. Moldenhauer,* Zukunft des P2P. Kultur-Flatrate statt Knast, in: Spiegel Online vom 22. Juli 2004; *K. Bund*, Pauschal genießen, in: Die Zeit vom 18. Juli 2009; *R. Mönch*, Für eine Handvoll Euro, FAZ online vom 28. August 2009; *B. Goebel,* Legal, illegal, scheissegal? Musik-Download aus Filesharing- und P2P-Netzen im Lichte der deutschen Urheberrechtsnovelle vom März 2006, E-Book 2006; *V. Grassmuck*, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, in: ZUM 2005, 104 (107 ff.); *H. Rösler*, Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte - Reflexionen der U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft zum Urheberrecht im digitalen Zeitalter, in: GRUR Int. 2005, 991 (995 ff.); ders., Haftung von Musiktauschbörsen und ihrer Nutzer in Nordamerika, Australien und Europa, in: MMR 2006, 503 (510 f.); *P. Runge*, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Dreistufentest, in: GRUR Int. 2007, 130.

[895] Siehe den Wahlcheck zu politischen Inhalten (hier zur Kulturflatrate) bei: http://www.3dcenter.org/blog/leonidas/wahlcheck-von-telemedicus (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[896] So sind nicht nur urheberrechtliche Anforderungen, sondern bei der konkreten Ausgestaltung auch datenschutzrechtliche Anforderungen zu beachten! Keines der Gutachten setzt sich insbesondere mit den kollisionsrechtlichen Fragestellungen auseinander, welche die Kulturflatrate aufwirft. Nationales Urheberrecht kann nur national den Up- und Download kultureller Äußerungen regeln. Wenn der nach nationalem Recht statthaft ist, heißt das nicht, dass ein Rechteinhaber, dem ein Bündel nationaler Rechte zusteht, nicht die Verletzung eines anderen nationalen Rechts, wo der Up- oder und Download nicht statthaft sind, aber über das globale Medium Internet trotzdem möglich, geltend machen kann! Hier könnte nur die Beschränkung des Zugangs der Kulturflatrate für Nutzer mit DSL-Anschluss in Deutschland durch Geo-Sperren helfen. Siehe zur urheberrechtlichen Betrachtung von Geosperren: *S. Mittsdörfer/U. Guttfleisch*, „Geo-Sperren" – wenn Videoportale ausländische Nutzer sperren. Eine urheberrechtliche Betrachtung, in: MMR 2009, 731.

[897] Siehe den Wahlcheck zu politischen Inhalten (hier zur Kulturflatrate) bei: http://www.3dcenter.org/blog/leonidas/wahlcheck-von-telemedicus (Letzter Abruf: 12. April 2010). Die CDU/CSU, FDP und die Piratenpartei (!) lehnen die Kulturflatrate als untaugliches Mittel ab, SPD und Grüne befürworten sie und Die Linke ist kritisch.

[898] Pauschalabgaben bergen Verteilungsschwierigkeiten und drohen Kleinprojekte aus dem Blick zu verlieren. Hingegen droht die „Kultur" Flatrate, gerade gesellschaftlich weniger erwu□nschte Medienbereiche (z.B. Pornoprodukte) zu begünstigen. Der Verwaltungsaufwand für die Einziehung und Verteilung der Pauschalabgabe wäre beträchtlich und kostenintensiv. Die Finanzierung wäre von den

von der Theorie in die Praxis umsetzen lässt. Das nämlich setzt die Vereinbarkeit mit europäischem und internationalem Recht ebenso voraus, wie die Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Anforderungen.

(A) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Zwei Rechtsgutachten haben die gemeinschaftsrechtliche Vereinbarkeit der Kulturflatrate bereits geprüft und sind zu dem Ergebnis gekommen, dass die Kulturflatrate eine Änderung des europäischen Rechts erfordert.[899] Denn während die europäische Richtlinie zur Informationsgesellschaft 2001/29/EG in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b grundsätzlich Ausnahmen oder Beschränkungen vom Vervielfältigungsrecht zulässt, nämlich wenn die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch erfolgt und die Rechteinhaber entschädigt werden, enthält der abschließende Katalog optional von den Mitgliedstaaten vorhersehbarer Schrankenregelungen keinen Anknüpfungspunkt für eine Schrankenbestimmung in Bezug auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.[900]

(B) Anforderungen aus dem Dreistufentest

Jedoch bejahen die Gutachten eine Vereinbarkeit mit dem durch internationales und europäisches Recht verbindlichen Dreistufentest. Erstens werde (genau wie bei der Schranke zur Privatkopie) ein bestimmter Sonderfall geregelt, zweitens werde die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt und drittens würden auch keine berechtigten Interessen der Rechteinhaber ungebührlich verletzt.[901] Es sei mithin „nur“ eine Änderung im europäischen Recht erforderlich, welches anders als internationales Recht tatsächlich einer Revision unterzogen werden könne. Daher sei die Kulturflatrate theoretisch wie praktisch realisierbar. Begründet wird die Vereinbarkeit mit der zweiten Stufe damit, dass die Legalisierung des Austauschs urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale

---

Einnahmen der Urheber abzuziehen, sodass insgesamt sehr fraglich ist, ob die Pauschalabgabe die Einnahmen der Urheberrechteinhaber gegenüber der derzeitigen Situation, in der (nur) legale Downloads vergütet werden, verbessern würde.

[899] Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, 2009; Institut de Recherche en Droit Privé de l'Université de Nantes, Peer-to peer et propriété littéraire et artistique. Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des oeuvres sur internet, 2005, Netzpublikation siehe Anhang.

[900] Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, 2009, S. 25, Netzpublikation siehe Anhang.

[901] Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, 2009, 26 ff., Netzpublikation siehe Anhang.

und vernetzte Medien keine Auswirkungen auf den kommerziellen Vertrieb habe, da sie nur die Rechtsfolgenseite betreffe, aus der illegalen also eine legale Nutzungshandlung machen würde, aber der Austausch ja auch ohne legalisierende Regelungen (illegal) stattfinden würde.[902]

Diese Überlegung hat ihre Berechtigung nur solange, wie Rechteinhaber, die kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien kommerziell vertreiben, gegenüber dem nicht kommerziellen Vertrieb über dieselben Medien erhebliche Vorteile aufweisen können und daher daneben bestehen bleiben können. Tatsächlich wird ein Nutzer, der ein bestimmtes Angebot in einer hohen Qualität sucht und für den die Verfügbarkeit, Downloadgeschwindigkeit und die Sicherheit, dass er keine das eigene System korrumpierenden Inhalte bekommt, ein entscheidendes Kriterium darstellen, eher für einen kommerziellen Anbieter entscheiden, als sich auf ein kostenloses Angebot einlassen, sodass die kommerziellen Angebote durchaus neben den kostenlosen, nicht kommerziellen Angeboten bestehen können. Jedoch entfiele dieser Vorteil kommerzieller Anbieter gegenüber nicht kommerziellen Anbietern, wenn zu letzteren auch die Gedächtnisinstitutionen zählen würden. Denn die Gedächtnisinstitutionen wären ein verlässlicher Garant für die Qualität des Angebotes der kommunizierten kulturellen Äußerungen. Das nichtkommerzielle Angebot urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien von Gedächtnisinstitutionen würde jedem gleichgearteten aber kommerziellen Angebote die wirtschaftliche Grundlage entziehen und daher sowohl einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG darstellen, als auch, weil alle Werkarten erfassend,[903] einen Verstoß gegen die zweite Stufe des Dreistufentests.

Würde man andererseits ausgerechnet die Gedächtnisinstitutionen, also die Institutionen welche die Kommunikation kultureller Äußerungen gerade besorgen, von der Kulturflatrate ausschließen, dann wäre diese entlarvt als „Kommerzflatrate“. Es ginge nur noch darum, den Austausch von Musik und Film, der derzeit illegal stattfindet, zu legalisieren und über eine Pauschalabgabe zu finanzieren.[904] Auch hier darf man sich nicht der Illusion hingeben, eine Kulturflatrate sei ein

---

[902] Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, 2009, S. 27, Netzpublikation siehe Anhang.

[903] Eine Beschränkung ist auf der zweiten Prüfungsstufe nur dann zu verwerfen, wenn sie ganz erhebliche Einsatzbußen mit sich bringt und einen Übergriff auf den ökonomischen Kern des Urheberrechts bedeutet. Entscheidend ist, welche Werkarten durch die Beschränkung betroffen sind und ob die Rechteinhaber der von der Beschränkung betroffenen Werkarten einer Einnahmequelle beraubt werden, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung der betroffenen Werkarten hat.

[904] Von der im Übrigen bei einer Verteilung der Pauschalabgabe an die Urheberrechteinhaber insbesondere die US-amerikanische Unterhaltungsindustrie, als Hauptproduzent von der Unterhaltung dienenden kulturellen Äußerungen, profitieren könnte!

"Allheilmittel".[905] Der Download illegal ins Netz gestellter Filme vor deren Erstaufführung oder der Download zu kommerziellen Zwecken wären beispielsweise weiterhin illegal.

(C) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Verfassungsrechtlich ist erforderlich, dass die Legalisierung der nichtkommerziellen Weitergabe und Vervielfältigung von Werken über das Internet keinen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen darstellt. So muss ein Eingriff in von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechte von Urhebern oder die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Rechte von Internet-Nutzern, beziehungsweise von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Verwertungsformen, ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Zielerreichung sein und bei einer Interessenabwägung der gegenläufigen Interessen das privilegierte Interesse vorgehen.

(I) Art. 14 Abs. 1 GG

Mit der Schaffung der für die Einführung der Kulturflatrate erforderlichen Schrankenbestimmung vom Vervielfältigungsrecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in den §§ 44a ff. UrhG wird auch bei Vorsehung einer Pauschalvergütung für die privilegierten Nutzungen in die über Art. 14 Abs. 1 GG geschützten, urheberrechtlichen Verwertungsrechte eingegriffen,[906] denn für den Inhaber der eingeschränkten Verwertungsrechte entfällt durch die Pauschalvergütung die Möglichkeit, eine individuelle Vergütung für die Nutzung seiner urheberrechtlich geschützten Werke zu erlangen.

Der über Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Schutz einer bestimmten Rechtsposition ist nicht unantastbar. Die konkreten, dem Eigentümer zugeordneten und durch die Verfassung garantierten Rechte unterliegen nach Maßgabe des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG der Disposition des Gesetzgebers.[907] Inhaltliche Veränderungen einer geschützten Rechtsstellung sind im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG mithin zulässig. Die Schaffung der für die Einführung der Kulturflatrate erforderlichen Begrenzung der Verwertungsrechte ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.

Die Kulturflatrate ist, Verteilungsschwierigkeiten hin oder her, ein geeignetes Mittel, um eine pauschale Vergütung aller Urheberrechteinhaber zu erreichen, die derzeit mangels Verfolgbarkeit der massenhaft illegal erfolgenden Nutzungen leer

---

[905] So Bernd Neumann der Beauftragte für Kultur und Medien in einem Interview; Netzpublikation siehe Anhang.

[906] Urheberrechtliche Verwertungsrechte werden über Art. 14 Abs. 1 GG geschützt, siehe: BVerfG 31, 275 (284ff) – Bearbeiter-Urheberrecht; BVerfG 36, 281 (293) – Patenanmeldung; BVerfG 58, 300 (351) – Pflichtexemplar; BVerfG 71, 137 (143); BVerfG 78, 58 (75).

[907] BVerfG 31, 275 (284) – Bearbeiter-Urheberrecht.

ausgehen.[908] Sie ist auch das einzige und damit notwendigerweise auch das mildeste Mittel, um die Pauschalvergütung der Nutzungen kultureller Äußerungen über das Internet zu erreichen und weil anders als mit der Kulturflatrate keine Vergütung der Urheberrechteinhaber, deren Inhalte illegal genutzt werden, erzielt werden kann,[909] auch erforderlich.

Angemessen ist die Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung nur, wenn die beeinträchtigten Belange in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Beeinträchtigung verfolgten Belang stehen. Die grundrechtliche Beeinträchtigung besteht in der Einführung einer gesetzlichen Lizenz. Sie nimmt dem Urheber im Vergleich zum Ausschließlichkeitsrecht ein rechtliches Mittel zur Erzielung einer angemessenen Vergütung und ersetzt dieses durch einen gesetzlichen Anspruch.[910] Dieser Beeinträchtigung steht nicht nur eine Reihe von öffentlichen Belangen entgegen,[911] sondern sie ermöglicht überhaupt erst eine angemessene Vergütung im Falle der massenhaften, illegalen Tauschvorgänge urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen über das Internet. Daher kommt der Eingriff genau denen zugute, in deren Rechte eingegriffen wird. Er ist mithin angemessen und die Einführung einer Kulturflatrate zumindest unter dem Gesichtspunkt von Art. 14 Abs. 1 GG insgesamt verhältnismäßig.

(II) Art. 2 Abs. 1 GG

Jedoch wird durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten (der Pauschalgebühr) auch die allgemeine Handlungsfreiheit der Internetnutzer, die über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird, beeinträchtigt. Auch wer von der Möglichkeit kulturelle Äußerungen über das Internet zu kommunizieren und zu konsumieren keinen Gebrauch macht, muss die Pauschale für den Zugang bezahlen. Jedoch besteht dieselbe Problematik auch bei der Geräteabgabe und bei der Rundfunkgebührenpflichtigkeit. Allein die Möglichkeit, dass mit einem Gerät Vervielfälti-

---

[908] Ob man sie deswegen einführen sollte, sei dahingestellt. Es wäre zunächst zu beweisen, dass Rechteinhaber ohne Pauschalvergütung leer ausgehen und Tauschbörsen schaden. A. A. siehe Felix Oberholzer-Gee im Gespräch mit Dirk von Gehlen, „Piraterie schadet nicht – Tauschbörsen haben keinen Einfluss auf Plattenverkäufe“ in: Süddeutsche Zeitung vom 19. März 2007, 33.

[909] Insbesondere DRM-Systeme sind nicht so effektiv wie eine Kulturflatrate. Mit DRM-Systemen gesicherte Werke lassen sich in Tauschbörsen ohne Probleme finden und haben sich auf dem Markt nicht durchsetzen können.

[910] *T. Dreier*, in: ders. /G. Schulze, UrhG, 2008, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rdn. 14; *F. Melichar,* in: G. Schricker (Hrsg.) Urheberrecht. 2006, Vor §§ 44 UrhG, Rdn. 6.

[911] Die Kulturflatrate würde Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, die mit der Verfolgung illegaler Tauschvorgänge beschäftigt sind, entlasten, würde zur Entkriminalisierung einer breiten Bevölkerungsschicht beitragen und würde viele Nutzerfreiheiten im Umgang mit kulturellen Äußerungen ermöglichen. Siehe auch: *Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel,* Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, 2009, 19 ff.

gungen angefertigt werden können, beziehungsweise allein die Möglichkeit, Rundfunk zu empfangen beziehungsweise über das Internet kulturelle Äußerungen auszutauschen, führt zur Abgabepflichtigkeit.

Die verfassungsgemäße Neuordnung des Kulturbetriebes rechtfertigt, dass im Einzelfall Internet-Nutzer in ihrer Handlungsfreiheit beeinträchtigt werden und eine Abgabe leisten müssen, obwohl sie von den Möglichkeiten des Downloads keinen Gebrauch machen.[912]

(III) Art. 12 Abs. 1 GG

Die Einführung der Kulturflatrate bedeutet jedoch einen schwerwiegenden Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG.[913]

Es ist davon auszugehen, dass bei Einführung der Kulturflatrate die Downloadportale Umsatzeinbußen erleiden werden, denn warum sollte ein Nutzer für kulturelle Inhalte bezahlen, die er auch umsonst haben kann, indem er kulturelle Inhalte tauscht? Es gibt jedoch Gründe dafür, dass Nutzer sich eher bei kommerziellen Anbietern bedienen könnten, als kostenlose Tauschangebote wahrzunehmen. So garantieren die kommerziellen Angebote eine hervorgehobene Qualität und garantieren Sicherheit vor kompromittierenden Inhalten. Daher könnten die kommerziellen Angebote als sogenannte „Premium"-Angebote neben den nichtkommerziellen Angeboten bestehen bleiben. Da mithin Betreibern von Downloadportalen nicht der Zugang zu ihrem Beruf verwehrt wird, handelt es sich bei einer Kulturflatrate nur um eine Berufsausübungsregelung, die durch die vernünftige Gemeinwohlerwägungen, wie sie die Entkriminalisierung der Internet-Nutzer die kulturelle Äußerungen über das Internet tauschen, die Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und die finanziellen Kompensation der Urheber, darstellen gerechtfertigt und mithin verhältnismäßig ist.

Jedoch gilt diese Überlegung nur solange, wie die kommerziellen Angebote einen Vorteil gegenüber den nicht kommerziellen Angeboten aufweisen und daher neben diesen bestehen bleiben können. Insoweit auch Gedächtnisinstitutionen kulturelle Äußerungen über digitale und vernetzte Medien auf der Basis der Kulturflatrate zum Download bereithalten, mithin interaktionslos an einen unbekanntem Empfängerkreis kommunizieren können, steht zu erwarten, dass kommerzielle Angebote nur noch auf Feldern, die von den Gedächtnisinstitutionen nicht abgedeckt werden Einnahmen generieren können, denn die Gedächtnisinstitutionen vermitteln kulturelle Äußerungen zwar zu nicht kommerziellen Zwecken, bieten aber gleichwohl die Gewähr für Sicherheit und Qualität ihrer Angebote, was im

---

912 Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, 2009, 24.

913 Der Betrieb eines Downloadportals ob für Musik oder andere kulturelle Äußerungen ist von der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.

Hinblick auf Angebote über das Internet eine drosselnde Wirkung für kommerzielle Angebote hätte.

Zwar wäre die Auswahl kommerzieller Anbieter im Vergleich zur Auswahl der Angebote von Gedächtnisinstitutionen sicher größer und aktueller und ein gewisser Vorteil bliebe bestehen, jedoch gerade im Hinblick auf „hoch"-kulturelle Äußerungen könnten die Angebote der Gedächtnisinstitutionen eine drosselnde Wirkung haben. Würde man jedoch ausgerechnet die Gedächtnisinstitutionen, also die für die dauerhafte interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen zuständigen Institutionen von der Kulturflatrate ausnehmen, dann wäre diese entlarvt als eine reine „Kommerzflatrate", über die nur solche kulturelle Äußerungen getauscht werden, die einen aktuellen kommerziellen Marktwert haben (neueste Musik, Filme etc.).

Eine solche Kommerzflatrate wäre kein geeignetes Mittel zur flächendeckenden und umfassenden Informationsversorgung, womit der maßgebliche Rechtfertigungsgrund entfiele. Nur weil der illegale Austausch ein Massenphänomen ist, bedeutet dies noch nicht, dass er zu befürworten und zu legalisieren ist. Gegebenenfalls ist Gegensteuern hier doch angezeigter. Der Erfolg der derzeitigen Strategie der Bundesregierung ein Umdenken durch Umerziehungs- und Sensibilisierungskampagnen zur Bedeutung des Urheberrechts im digitalen Umfeld („Copy kills music" oder „Respe©t Copyrights") ist bei einem Rückgang illegaler Downloads nicht von der Hand zu weisen und führt ebenfalls zu einer Entlastung der Strafverfolgungsbehörden.

Zusammenfassend bedeutet die Einführung der Kulturflatrate unter Beteiligung der Gedächtnisinstitutionen einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die über Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit von Anbietern kultureller Inhalte im Internet zum Beispiel über Downloadportale.

Für die Verwertung in Form der Kommunikation kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien ist gesetzgeberisches Eingreifen in Form der Schaffung einer Pauschalabgabe (Kulturflatrate) unter dem Gesichtspunkt des Kulturellen Gedächtnisses weder angezeigt noch realisierbar.

4. Fair-Use für Gedächtnisinstitutionen

Die gemachten Vorschläge im Hinblick auf Erweiterungen bzw. Spezifizierungen geltender Schrankenbestimmungen reagieren auf die in der Erhebung des Status quo aufgedeckten Problemfelder der Gedächtnisinstitutionen bei der adäquaten Erledigung ihrer Aufgaben. Da die technische Weiterentwicklung beständig voranschreitet, ist es wahrscheinlich, dass sich die Gedächtnisinstitutionen mit neuen Problemfeldern konfrontiert sehen werden, die nicht von den vorgeschlagenen Erweiterungen bzw. Spezifizierungen gelöst werden.

Um die urheberrechtlichen Nutzungshandlungen, welche bei der Erledigung der Aufgaben von Gedächtnisinstitutionen anfallen, unabhängig von der Technikentwicklung privilegieren zu können, bietet sich eine flexible Schran-

kenbestimmung nach dem Vorbild des Fair-Use an. Aufgrund der sogenannten Fair-Use-Ausnahme des amerikanischen Urheberrechts sind bestimmte Nutzungshandlungen, die sich allenfalls marginal auf die Verwertung der Originalwerke auswirken können, zustimmungs- und vergütungsfrei.[914]

Da sich bei fortwährender Technikentwicklung die urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen bei Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und Bestandsvermittlung im Hinblick auf digital aufgezeichnete kulturelle Äußerungen im Vorfeld nicht genau spezifizieren lassen, ist es nicht möglich, für jede urheberrechtliche Nutzungshandlung, die gegebenenfalls betroffen sein könnte, eine Einzelfalllösung im Vorfeld zu finden. Es bedarf vielmehr einer Öffnung des bisher strikten Schrankenkataloges durch eine offene Schrankenbestimmung, welche die Vielgestaltigkeit potenziell privilegierungswürdiger Nutzungshandlungen erfasst.[915]

Zu beachten sind die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und der Dreistufentest ebenso wie die verfassungsrechtlichen Vorgaben des nationalen Rechts.

a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Die Schaffung einer flexiblen Schrankenregelung im Sinne eines Fair-Use für Gedächtnisinstitutionen mag angezeigt sein, um den privilegierten Institutionen zu ermöglichen, ihre Aufgaben den praktischen und medientechnischen Gegebenheiten anzupassen und um das Funktionieren des Kulturellen Gedächtnisses zu gewährleisten, sie findet jedoch keinen Anknüpfungspunkt innerhalb des enumerativen abschließenden Schrankenkataloges aus Art. 5 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie. Art. 5 der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie fixiert die bestehenden nationalen Schranken und will mit seinem abschließenden Katalog von spezifischen Ausnahmetatbeständen verhindern, dass die Mitgliedstaaten ungestört neue Urheberrechtsschranken einführen und die Urheberrechtsordnungen in Europa dadurch weiter diversifizieren.[916]

---

[914] Ausführlich zu den verschiedenen Möglichkeiten der Implementierung einer Fair-Use Bestimmung auf kontinental-europäischem Boden siehe: *A. Förster,* Fair Use. Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenkatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, 2008.

[915] Siehe auch den Vorschlag für eine flexible Auffangbestimmung bei *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009 (409), die jedoch nur urheberrechtlich relevante Handlungen bei der Bestandsvermittlung erfasst und nicht auch beim Bestandsaufbau- und der Bestandserhaltung und aufgrund dessen, dass die Privilegierung der Auffangbestimmung nicht nur für Gedächtnisinstitutionen und mithin das Kulturelle Gedächtnis Wirkung entfaltet, de lege lata nicht zu verwirklichen ist, weil sie nicht mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

[916] Vergleich *J. Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005, 505; *J. Reinbothe*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, in: ZUM 2002, 43(48). Daher lehnt H. Schack eine flexible Schrankenregelung ab und verlangt stattdessen, dass eine künftige EG-Richtlinie den Mitgliedstaaten nicht erlaubt ihre traditionellen nationalen Schranken beizubehalten, sondern stattdessen eine abschließende Liste ausformulierter Schranken enthält und sich anders als noch die Urheberrecht in der Informationsgesellschaft-Richtlinie in Art. 5 V nicht mehr mit

Regelungstechnisch folgt die Richtlinie der in Europa vorherrschenden Rechtstradition enumerativer Einzeltatbestände.[917]

Insoweit eine Schrankengeneralklausel im Sinne eines Fair-Use für Gedächtnisinstitutionen den bestehenden enumerativen Schrankenkatalog als Auffangklausel nur ergänzt,[918] steht dies nicht in Widerspruch zum europäischen Leitbild eines Kataloges enumerativer Einzeltatbestände, da zunächst das Vorliegen eines konkreten Ausnahmetatbestandes geprüft werden muss.

Hierdurch würde auch das durch Europa vorgegebene, erforderliche Maß an Rechtssicherheit gewahrt,[919] denn die Nutzer könnten in den meisten Fällen und insbesondere in den etablierten, klassischen Schrankenkonstellationen unmittelbar einsehen, welche Nutzungshandlungen zulässig sind und welche nicht.[920]

Die bei der Einführung einer Schrankengeneralklausel bestehende Gefahr einer weiteren Diversifikation der nationalen Schrankensysteme ist vor dem Hintergrund, dass sich die Gerichte nach wie vor an den konkreten Schranken orientieren werden und zu einer richtlinienkonformen Auslegung angehalten sind, als gering einzuschätzen.

Hingegen würde die Ersetzung des bestehenden Schrankenkataloges durch eine Schrankengeneralklausel ein Abweichen von dem in der Richtlinie verankerten Leitbild enumerativer Schranken bedeuten und ist daher nicht ohne Änderung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben realisierbar.[921] Das würde dem mit der Richtlinie verfolgen Harmonisierungsbestrebungen widersprechen und deren praktischen Wirksamkeit schaden. Vor dem Hintergrund des Effektivitätsgebotes verbietet sich die Ersetzung des enumerativen Schrankenkataloges durch eine Schrankengeneralklausel.[922]

b) Anforderungen aus dem Dreistufentest

Der Dreistufentest hindert eine offene Schrankenbestimmung nicht, sondern for-

---

dem klassischen Dreistufentest begnügt, siehe: *H. Schack,* Europäisches Urheberrecht im Werden, in: ZEuP 2000, 799 (812).

917 *A. Förster*, Fair Use, 2008, 209.

918 Wie etwa die englische Regelung des Fair Dealing aus §§ 29, 30 CDPA.

919 Siehe zu den Anforderungen an die Rechtssicherheit in europäischen Entscheidungen mit Nachweisen Achim Förster, Fair Use, 2008, 206.

920 *A. Förster,* Fair Use, 2008, 219.

921 Eine neue Schrankensystematik, die an die Stelle enumerativer „Ausnahme“ – Kataloge tritt fordert T. Hoeren mit Einführung einer „Mega“-Schranke, siehe: *T. Hoeren*, Rundfunk- und Fernsehanstalten im Internet – urheberrechtliche Grundlagen und Einzelaspekte, in: WiVerw 1994, S. 230.

922 Die Flexibilisierung der Schranken im Urheberrecht Kontinentaleuropas durch Ersetzung des enumativen Schrankenkataloges durch ein dem angloamerikanischem System gleiches Fair Use (große Lösung) ist daher nicht mit einer europarechtskonformen Umsetzung der Richtlinie zur Informationsgesellschaft zu vereinbaren. Siehe: *A. Förster*, Fair Use, 2008, 209.

dert, versteht man seine dritte Stufe als Flexibilisierungsinstrument,[923] geradezu hierzu auf.[924]

Um dem Bestimmtheitsgebot aus der ersten Prüfungsstufe zu genügen, ist eine hinreichende Präzisierung der Privilegierungszwecke erforderlich, aber auch ausreichend.[925]

Ein bestimmter Sonderfall ist schon dann anzunehmen, wenn der Schranke die Durchsetzung von Grundrechten zugrunde liegt oder sie andere wichtige Belange der Allgemeinheit stützt.[926] Letzteres ist im Hinblick auf die Arbeit der Gedächtnisinstitutionen, welche das Kulturelle Gedächtnis der Gemeinschaft organisieren, eindeutig zu bejahen.

Werden die beiden anderen Stufen zum Teil der Schrankenbestimmung, ist gewährleistet, dass die Aufgabenerfüllung der Gedächtnisinstitutionen nicht über das für die Erhaltung des Kulturellen Gedächtnisses erforderliche Maß hinaus geht und dadurch etwa die kommerzielle Verwertung kultureller Äußerungen durch öffentlich finanzierte, kostenlose Vermittlung verunmöglicht wird.

Ob im Einzelfall die Voraussetzungen des Dreistufentest gewahrt sind, ist durch die Rechtsprechung zu klären.[927] Die Kriterien für die Anwendung des Dreistufentest sind mittlerweile in der Literatur ausreichend problematisiert,[928] sodass eine gewisse Vorhersehbarkeit gewährleistet ist.[929]

c) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Verfassungsrechtlich obliegt gemäß dem in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Gesetzesvorbehalt die materiell-rechtliche Inhaltsbestimmung des Eigentums der Legislative und kann grundsätzlich nicht der Judikative überantwortet werden. Urheberrechte als „geistiges Eigentum“ lassen sich daher nur durch gesetzliche

---

923 *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 408.

924 So *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR Int. 2004, 200 (207).

925 Siehe zu den insoweit bestehenden Anforderungen *G. Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, in: GRUR Int. 2005, 378 (385); *J. Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005, 497 ff., *M. Senftleben*, Die Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, R. M. Hilty/ A. Peukert (Hrsg), 159 (176 ff.) (S. 177: „Gegen das Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests verstoßen Schranken des Urheberrechts (…) nur dann, wenn sie derart unklar umrissen sind, dass nicht erkennbar wird, welchem Zweck sie zu dienen bestimmt sind.“).

926 *M. Senftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR Int. 2004, 200 (207 ff.).

927 Zu den Anforderungen aus dem verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt siehe den folgenden Prüfungspunkt.

928 *M. Senftleben*, Der Kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: M. Weller/N. B. Kemle/T. Dreier/P. M. Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Baden-Baden 2010.

929 Zumindest ist Vorhersehbarkeit in dem Umfang gewährleistet, in dem sie gegenwärtig im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen einer privilegierenden Schrankenbestimmung gewährleistet ist!

Schrankenbestimmungen einschränken, deren Anwendungsbereich konkret bestimmt und durch geeignete Kriterien eingegrenzt ist.[930] Der Anwendungsbereich einer Auffangklausel muss, um dem Gesetzesvorbehalt zu genügen, ausreichend konkret bestimmt sein und sich durch geeignete Kriterien eingrenzen lassen. Eine vollständige Ersetzung des enumerativen Schrankenkataloges durch eine allgemein gehaltene Schranken-Generalklausel würde den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Bestimmtheit nicht genügen.[931]

Wenn die Auffangbestimmung nur zur Anwendung gelangt, insoweit keine der vorrangig zu prüfenden spezifischen Schrankenregelungen greift, ist der Anwendungsbereich der Auffangklausel von vorneherein stark eingeschränkt. Die Auffangbestimmung kann etwa dann zur Anwendung kommen, wenn sich neuartige privilegierungswürdige Nutzungsanliegen erst im Zuge der technischen Entwicklung ergeben. Die Rechtsprechung wird durch die Auffangbestimmung in die Lage versetzt, hierauf situationsabhängig zu reagieren.

Die Schrankenbestimmung ist ausreichend konkret bestimmt. Indem der Begriff „Gedächtnisinstitution“ wie schon in den vorangegangenen Regelungsvorschlägen spezifiziert wird, gilt dies sowohl im Hinblick auf die erfassten Fallgestaltungen, als auch den Anwendungsbereich.

d) Vorschlag für Fair-Use Regelung in § 61 UrhG

Eine flexible Generalschrankenregelung im Sinne einer Auffangbestimmung ließe sich gesetzestechnisch wunderbar in § 61 UrhG einfügen. Dieser ist im Zuge des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003 aufgehoben worden. In gesetzessystematischer Hinsicht ist der ganz am Ende der spezifischen Schrankenregelungen unmittelbar vor den allgemeinen Vorschriften bezüglich des Änderungsverbots (§ 62 UrhG) und der Quellenangabe (§ 63 UrhG) stehende § 61 UrhG ideal für eine Auffangbestimmung.[932] Eine die Arbeit der Gedächtnisinstitutionen privilegierende allgemeine Auffangbestimmung, die mit den verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sowie dem Dreistufentest vereinbar sein könnte, könnte folgenden Wortlaut haben:

---

[930] *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 407.

[931] So ist etwa die an die Formulierung des Dreistufentests angelehnte Formulierung einer (Mega) Schranken-Generalklausel nicht verfassungsgemäß, so aber *T. Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: K.P. Berger/W. F. Ebke/S.H. Elsing/B. Großfeld/G. Kühne (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Otto Sandrock, 2000, 357 (371); *ders.,* Urheberrecht 2000. Thesen für eine Reform des Urheberrechts, in: MMR 2000, 3 (5).

[932] Das Urheberrecht ändernde Vorschläge für eine Generalklausel bzw. Auffangbestimmung wurden schon gemacht und setzen ebenfalls bei § 61 UrhG an. Siehe etwa: *J. Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005, 491; oder *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 407 f.

Sofern nicht der Anwendungsbereich einer speziellen in den §§ 44a ff. UrhG geregelten Schrankenbestimmung eröffnet ist, sind im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitutionen mit gesetzlichem Auftrag, die weder mittelbar noch unmittelbar kommerzielle Zwecke verfolgen, zu Nutzungen berechtigt, insoweit hierdurch weder berechtigte entgegenstehende Interessen von Urhebern oder Rechteinhabern ungebührlich verletzt werden, noch die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt wird.

Die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie, 2001, lässt Schranken von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten nur zugunsten nichtkommerzieller Zwecke zu, siehe Erwägungsgrund 40, sowie Art. 5 Abs. 1 c, der eine Schrankenregelung in Bezug auf bestimmte Vervielfältigungshandlungen nur zugunsten von nichtkommerziellen Gedächtnisinstitutionen zulässt. Diese Maßgabe muss auch für eine mögliche Auffangklausel gelten.

Die Anforderungen aus dem Dreistufentest werden dadurch gewährleistet, dass es selbige sind, die bei Vornahme einer erlaubnispflichtigen Nutzungshandlung zu beachten sind.

Dadurch, dass der implementierte Wortlaut des Dreistufentests die Reihenfolge der letzten beiden Stufen umdreht, wird in der nationalen Anwendung garantiert, dass gegenläufige Interessen – wie insbesondere des Allgemeininteresses an der Wahrung des Kulturellen Gedächtnisses – gleich von Anbeginn an in einer Gesamtabwägung Berücksichtigung finden.[933]

Dadurch, dass die Auffangklausel die urheberrechtlich gegebenenfalls betroffenen Nutzungshandlungen nicht gleich als solche benennt, also etwa nicht spezifische Nutzungshandlungen wie *Vervielfältigungen* oder *öffentliche Zugänglichmachung* privilegiert, ist die urheberrechtliche Einordnung für die Frage der Zulässigkeit nur insoweit von Bedeutung, als zunächst das Vorliegen der Voraussetzungen einer gegebenenfalls einschlägigen, speziellen Schrankenbestimmung aus §§ 44a ff. UrhG zu prüfen ist.

Die vorgeschlagene Auffangbestimmung stellt nicht im Vorfeld starre Anwendungskriterien auf, sondern sie lässt Raum für eine einzelfallabhängige Konkretisierung der rechtlichen Voraussetzungen der Einordnung einer urheberrechtlichen Nutzungshandlung durch die Judikative. Sie hält damit die Möglichkeit offen, dass eine von einer Gedächtnisinstitution zur adäquaten Aufgabenerfüllung vorgenommene erlaubnispflichte Nutzungshandlung, welche nicht durch eine der spezifischen Schrankenregelungen abgedeckt ist, dennoch zulässig sein kann.

Die Schrankenbestimmung verleiht die erforderliche Flexibilität, um auf durch technologischen Wandel hervorgerufene, unvorhersehbare Problemstellungen re-

---

[933] Gegen die sukzessive Prüfung der Stufen des Dreistufentest und für eine Gesamtabwägung der gegenläufigen Interessen siehe auch die „Declaration. A balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law".

agieren zu können, ohne dass der Gesetzgeber für jeden neuen unvorhersehbaren Interessenkonflikt bemüht werden muss.

Durch die auslegungsbedürftige, weite Schrankenbestimmung räumt der Gesetzgeber der Judikative einen Mitgestaltungsspielraum ein. Bedenken im Hinblick auf die Rechtssicherheit kann entgegengehalten werden, dass die Gerichte die Faktoren des § 61 UrhG nicht frei abwägen, sondern auf die üblichen Methoden und bereits ergangene Entscheidungen mit ähnlichen Fragestellungen zurückgreifen.

Im Vergleich mit den zahlreichen Unabwägbarkeiten, welche sich bei der Anwendung der derzeit geltenden Schrankenbestimmungen ergeben, ist der Grad an Rechtssicherheit für die Beteiligten unmerklich geringer.[934]

Damit sich auf der Grundlage der vorgeschlagenen Schrankenbestimmungen und der Auffangbestimmung das Kulturelle Gedächtnis sowohl gegenwärtig als auch zukünftig von Gedächtnisinstitutionen adäquat besorgen lässt, ist in der Rechtsprechung neben einer subjektiven auch eine objektive Auslegungsmethode anzustrengen und weder „in dubio pro auctore“[935] noch „in dubio pro libertate“[936] zu argumentieren. Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen sind weder eng[937] noch weit, [938] sondern unter Anwendung des allgemein üblichen „Auslegungskanons“ auszulegen.[939] Neben der grammatischen, der historischen und der systematisch-logischen Auslegung kommt der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode im Urheberrecht eine hervorgehobene Bedeutung zu. Demgemäß ist das übergeordnete Ziel des Urheberrechts, neue Werkschöpfungen zu fördern (der kulturelle Imperativ des Urheberrechts), bei der Frage, ob eine Handlung

---

934 Mit Beispielen im Ergebnis: *A. Metzger,* Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzeltatbestände? in: M. Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, Punkt V. 2.

935 Eine Auslegung, die im Zweifel dem Urheber bzw. Rechtsinhaber Vorzug gibt. Für eine Auslegung in dubio pro auctore etwa W. Nordemann in: F.Fromm/W. Nordemann, Urheberrecht, § 1, Rdn. 1.

936 Eine Auslegung, die im Zweifel der freien Nutzung den Vorzug gibt. Für eine Auslegung in dubio pro libertate etwa *T. Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: K. P. Berger/W. F. Ebke/S. H. Elsing/B. Großfeld/G. Kühne (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Otto Sandrock, 2000, 357 (370).

937 Die Befürworter einer engen Schrankenauslegung argumentieren, die in §§ 44a UrhG niedergelegten Schranken seien als Ausnahmebestimmungen zum urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht grundsätzlich eng auszulegen, etwa W. Nordemann in: F.Fromm/W. Nordemann, Urheberrecht, Vor § 45, Rdn. 3.

938 Nach anderer Argumentation sind Urheberrechte Ausnahmen von der grundsätzlich geltenden Informationsfreiheit bzw. nicht den Grundsatz, sondern die Ausnahme und sind Schranken daher nicht eng, sondern weit auszulegen. Siehe auch: *D. Kröger*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, in: MMR 2002, 18.; *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 422 f.

939 *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 390.

durch eine Schrankenbestimmung gedeckt ist, maßgeblich zu berücksichtigen.[940] Erst diese Auslegungsmethode gewährleistet die Verwirklichung des mit den Schrankenbestimmungen beabsichtigten Gleichgewichtes zwischen Schutz und Freiraum, das optimal auf den künstlerischen Schöpfungskreislauf abgestimmt ist, beziehungsweise dass die Gedächtnisinstitutionen auch tatsächlich die ihnen obliegenden Aufgaben adäquat erfüllen können.

Der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Schranke ist deutlich begrenzt. § 61 UrhG privilegiert nur Gedächtnisinstitutionen mit gesetzlichem Auftrag. Außerdem lassen sich nur diejenigen Nutzungshandlungen zustimmungs- und vergütungsfrei vornehmen, die weder berechtigte entgegenstehende Interessen von Urhebern oder Rechteinhabern ungebührlich verletzen, noch die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen, also sich allenfalls marginal auf die Verwertung der Originalwerke auswirken.[941]

Da Urheber beziehungsweise Rechteinhaber „ihre“ kulturellen Äußerungen insbesondere durch die Zugänglichmachung verwerten, wird es für urheberrechtlich insoweit relevante Bestandsvermittlungshandlungen daher in der Regel dabei bleiben, dass die vorherige Einholung entsprechender Rechte (§§ 16, 19a UrhG) erforderlich ist.[942]

Dahingegen wirken sich Bestandsaufbau- beziehungsweise Bestandserhaltungshandlungen grundsätzlich nur marginal auf die Verwertung kultureller Äußerungen aus, sodass die Schrankengeneralklausel bestimmte im öffentlichen Interesse tätige Gedächtnisinstitutionen Bestandsaufbauhandlungen und Bestandserhaltungshandlungen im Hinblick auf urheberrechtlich geschützte kulturelle Äußerungen in der Regel vom Erfordernis der Zustimmungseinholung freistellt. Dies gilt jedenfalls solange keine „berechtigten Interessen“ der Urheber beziehungsweise Rechteinhaber verletzt werden, etwa weil diese den in Frage stehenden Bestandsaufbau- beziehungsweise Bestandserhaltungsmaßnahmen ausdrücklich widersprochen haben.

Die vorgeschlagene Bestimmung integriert, indem sie zugunsten von Gedächtnisinstitutionen mit gesetzlichem Auftrag bestimmte Nutzungshandlungen

---

940 Zum Begriff und Inhalt des kulturellen Imperativs des Urheberrechts siehe *M. Senftleben*, Der Kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: M. Weller/N. B. Kemle/T. Dreier/P. M. Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Baden-Baden 2010.

941 Zumindest im Grundsatz gilt Vergütungsfreiheit. In bestimmten Fällen kann es sein, dass die Nutzung nur bei Zahlung einer angemessenen Vergütung gerechtfertigt ist.

942 Insoweit eine "vernetzte" Gedächtnisinstitution ihren Bestand über ein Portal (wie z.B. die Deutsche Digitale Bibliothek) vermittelt, ist zu fragen, ob ihr dies urheberrechtlich gestattet ist, oder ob zusätzlich zu gegebenen Nutzungsrechten weitere Nutzungsrechte einzuholen sind. Der Portalbetreiber benötigt für bestimmte Handlungen, wenn er (fremde) Inhalte selbst vorhält oder vermittelt, eigene Rechte. Insoweit die einzelnen vernetzten Gedächtnisinstitutionen über das Portal nur innerhalb der ihnen zustehenden Rechte den Bestand vermitteln, stellt das "vernetzte Angebot" keine über das einzelne Angebot hinausgehende Nutzung dar und sind keine weiteren Rechte erforderlich. Die Vernetzung ermöglicht lediglich einen vereinfachten Zugang für den Nutzer. Zur Vernetzung über Portale siehe 2. Kapitel D.II.2.f)ee) Bestandsvermittlung über Portallösungen.

in Bezug auf kulturelle Äußerungen zustimmungsfrei stellt, solange die Urheber beziehungsweise Rechteinhaber kein entgegenstehendes Interesse bekunden, ein Opt-Out in das bisher nach dem Grundsatz des Opt-In funktionierende Urheberrecht.[943]

Die Bestimmung könnte beispielsweise dann zur Anwendung gelangen, wenn eine privilegierte Gedächtnisinstitution Beiträge zu Sammlungen ein Jahr nach ihrer erstmaligen Veröffentlichung über digitale und vernetzte Medien öffentlich zugänglich machen möchte. Dieses Recht steht gem. § 38 UrhG dem Urheber selbst dann zu, wenn er dem Verleger bzw. Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung an seiner kulturellen Äußerung eingeräumt hat. Die Ausschließlichkeit des eingeräumten Rechts endet ein Jahr ab Erscheinen, was die weitere Zirkulation der kulturellen Äußerung über andere Kanäle ermöglichen soll. Diese ist allerdings von einer Handlung des Urhebers abhängig. Bleibt der Urheber untätig und bemüht sich nicht um die Kommunikation seiner veröffentlichten kulturellen Äußerung über digitale und vernetzte Medien, muss sie bislang unterbleiben. Nach § 61 UrhG kann eine privilegierte Gedächtnisinstitution für den Urheber aktiv werden, solange dieser nicht widerspricht und die weitere Vermittlung über digitale und vernetzte Medien besorgen, denn § 38 UrhG impliziert die Vermutung, dass die normale Verwertung eines Beitrages in einer Sammlung ein Jahr nach Erstveröffentlichung durch das weitere verwerten über andere Kanäle nicht beeinträchtigt wird. Berechtigte Interessen der Rechteinhaber (Verleger bzw. Herausgeber der Sammlung) werden nicht verletzt. Der Urheber hat ein vermutetes Interesse an einer möglichst weiten Kommunikation seiner kulturellen Äußerungen. Erst wenn er diese Vermutung durch seinen ausdrücklichen Widerspruch widerlegt, hat die weitere Verwertung seines Sammelbeitrages über digitale und vernetzte Medien zu unterbleiben, weil sie ansonsten seine berechtigten Interessen verletzt. Der Urheber kann seine kulturelle Äußerung erneut verwerten, muss es aber nicht.[944]

Des Weiteren würde die vorgeschlagene Regelung die Probleme der Nutzung verwaister Werken bei Bestandsaufbau, Bestandserhaltung ebenso wie bei der Bestandsvermittlung lösen.[945] Bei der Aufgabenwahrnehmung durch Gedächtnisinstitutionen in Bezug auf verwaiste Werke werden berechtigte Interessen von Urhebern und Rechteinhabern nicht verletzt und wird auch bei der Bestandsver-

---

943 Nach dem „opt in“ Prinzip darf eine Handlung die nur mit Zustimmung zulässig ist nicht vorgenommen werden, bis dies Zustimmung vorliegt. Hingegen kehrt das „opt out“ diesen Grundsatz um und geht von der Zulässigkeit einer Handlung aus, bis derselben widersprochen wird.

944 OLG Frankfurt GRUR 1967, 151 (153).

945 Während der § 137l UrhG, nur die Probleme der Vermittlung verwaister Werke angeht und auch hier den Gedächtnisinstitutionen einen nur sehr eingeschränkten Spielraum eröffnet, siehe hierzu 2. Kapitel D.II.2.f)cc)(B)(IV).

mittlung über digitale und vernetzte Medien die normale Verwertung der Werke nicht beeinträchtigt, da diese ja überhaupt nicht verwertet werden.

Ebenfalls gelöst würde das Problem redundanter Speicherungen zur Bestandserhaltung unabhängig von einem eigenen Werkstück als Vorlage, sowie die mit sonstigen Bestandserhaltungsmaßnahmen verbundenen Probleme, die sich unabhängig von ihrer urheberrechtlichen Einordnung sofern notwendig immer unter die Fair-Use Bestimmung einordnen lassen.

Insbesondere das Phänomen der vernetzten Gedächtnisinstitutionen über Portallösungen lässt sich, wo es an urheberrechtliche Grenzen stößt, etwa weil zwar Nutzungsrechte vielfach berührt werden, aber objektiv betrachtet keine gesteigerte Nutzung stattfindet, adäquaten Lösungen zuführen.

Die Regelung ist schließlich durch ihre Flexibilität und die Integration des Dreistufentests mit Prüfung der dritten vor der zweiten Stufe ein gutes Instrument, um den zwischen den bestehenden Urheberrechtstraditionen des Droit d`Auteur und Droit Moral bestehenden Graben zu verkleinern.

3. Kapitel: Ausblick

Wie das Kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien letztlich funktionieren und aussehen wird, ist gegenwärtig noch offen und abhängig von der technischen (im Hinblick auf die Medien), politischen (im Hinblick auf die Kultur) und wirtschaftlichen (im Hinblick auf die materielle Gedächtnisinfrastruktur) Entwicklung, sowie insbesondere der Ausgestaltung des (Urheber-) gesetzlichen Rahmens. Dabei beeinflussen sich alle Faktoren wechselseitig. Denkbar ist es, dass in Zukunft jeder anstatt oder zusätzlich zu einer Bibliothek aus gedruckten Büchern ein elektronisches Lesegerät in Form eines portablen Flachbildschirmes zu Hause hat, auf das er alle kulturellen Äußerungen in Textform aus dem Internet herunterladen und so daran partizipieren kann. Die Technik ist mittlerweile weit fortgeschritten,[946] jedoch sind die Einsatzmöglichkeiten (urheber-) rechtlich beschränkt. Private Initiativen schaffen Fakten, oder aber einen neuen politischen Rahmen, und nehmen so Einfluss auf die Gesetzgebung oder veranlassen diese. In Bezug auf das Urheberrecht entweder, weil sie Urheberrechte einfach ignorieren,[947] oder aber, weil sie an Urheberrechten mit ihrer Zielsetzung scheitern.[948] Durch die Macht des Fakti-

---

[946] Sony hat einen E-Reader produziert, Amazon hat Ende 2009 das Kindle auf den Markt gebracht.

[947] So werden im Rahmen von Google Bücher Bibliotheksbestände unabhängig von bestehenden Urheberrechten ohne Einholung der für die Digitalisierung erforderlichen Rechte digitalisiert und den Rechteinhabern wird zum Ausgleich ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Dieses Vorgehen kehrt das dem bestehendem Recht zugrundeliegende Opt-In Prinzip (Nutzung erst nach Einholung der Zustimmung) in ein Opt-Out Prinzip (Nutzung bis Widerspruch) um.

[948] So etwa das europäische Digitalisierungsprojekt „Europeana“, Informationen hierzu online abrufbar unter: http://europeana.eu/portal/ (Letzter Abruf: 10. April 2010).

schen, oder aber politischen Druck, wirken sie auf gesetzgeberisches Tätigwerden hin.

So schaffte das unter dem Namen „Google Book Search“[949] firmierende Projekt eines umfassenden Einscannens von Büchern mit dem Ziel, diese über das Internet zugänglich zu machen, indem es die Rechteinhaber urheberrechtlich noch geschützter Werke nicht, wie es eigentlich nach dem weltweit geltenden Opt-In-Prinzip im Urheberrecht erforderlich wäre, um Zustimmung fragte, vorübergehend das Faktum des dem geltendem Recht widersprechenden Opt-Out-Prinzips. Der Urheberrechtsschutz, welcher darin besteht, dass die Urheberrechtsinhaber um Zustimmung gefragt werden müssen, wurde ignoriert und die Urheberrechteinhaber, welche mit dem Vorgehen von Google nicht einverstanden waren, waren gezwungen, diesem Vorgehen zu widersprechen.[950] Amerikanische Autoren- und Verlegerverbände erhoben im Jahr 2004 Klage gegen Google und die Bibliotheken in Amerika.[951] Google und die Bibliotheken verteidigten sich damit, dass die Digitalisierung der Buchbestände von und für Bibliotheken ein nach US-Urheberrecht zulässiger „Fair Use“ sei.[952] Da der Ausgang des Prozesses unsicher erschien, schlossen die Parteien 2009 einen Vergleich, der es Google erlaubte, auch urheberrechtlich geschützte Werke in bestimmtem Umfang zu nutzen. Der Vergleich musste aufgrund kartellrechtlicher Bedenken seitens des US-amerikanischen Justizministeriums,[953] wie auch der Kritik vor allem seitens der

---

[949] Google Bücher ist eine Dienstleistung des US-amerikanischen Unternehmens Google Inc.. Google Bücher speist sich aus zwei Quellen und zwar einmal „Google Print“, dem nicht weiter kontroversen Kooperationsprojekt mit Verlagen, und zum zweiten dem umstrittenen „Google Library“, bei dem Bücher großer akademischer Bibliotheken zunächst ohne Zustimmung der Rechteinhaber massenweise gescannt wurden.

[950] *S. Ott,* Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?, in: GRUR Int. 2007, 562; *S. Kubis*, Digitalisierung von Druckwerken zur Volltextsuche im Internet – die Buchsuche von Google („Google Book Search“) im Konflikt mit dem Urheberrecht, in: ZUM 2006, 370; *O. Niiranen*, Online Access tot he World`s Libraries. Legal risk analysis of book scanning and indexing projects in Europe and their implications for the freedom of information, in: CRI 2006, 65.

[951] In einer „class action“. Dies ist eine dem deutschen Zivilprozessrecht unbekannte Verfahrensart, die sich nur unzureichend mit „Sammelklage“ bzw. „Gruppenklage“ übersetzen lässt. Mit einer class action können mit Geltung für die ganze USA Rechts- und Tatsachenfragen, die eine Vielzahl von Geschädigten betreffen, insgesamt und für alle einheitlich geklärt werden. Dabei ist diese Klärung für alle Gruppenmitglieder bindend, und zwar ausdrücklich auch für diejenigen, die selbst nicht am Prozess beteiligt waren bzw. von dessen Existenz nichts wussten. Zwar kann sich jeder einzelne Betroffene dieser Wirkung durch ein sog. Opting-Out entziehen, doch müsste er seine Rechte innerhalb einer kurzen Frist dann selbst geltend machen, was angesichts der Kosten, die ein Prozess in den USA regelmäßig verschlingt, in der Regel kein gangbarer Weg ist.

[952] Aufgrund der sogenannten fair use-Ausnahme des amerikanischen Urheberrechts sind bestimmte Nutzungshandlungen, die sich allenfalls marginal auf die Verwertung der Originalwerke auswirken, zustimmungs- und vergütungsfrei.

[953] Amerikanische Justiz prüft Googles Vergleich, FAZ.NET 29.04.2009, Netzpublikation siehe Anhang.

europäischen Rechteinhaber[954] nachgebessert werden. Von dem nunmehr gültigen „Amended Google Book Settlement“ sind Bücher, die nicht in den USA veröffentlicht wurden, nur noch dann betroffen, wenn sie entweder beim United States Copyright Office registriert wurden, oder nachweislich in Kanada, Großbritannien oder Australien erschienen sind. Folglich fallen die meisten europäischen Bücher, auch deutsche, aus dem Definitionsbereich heraus. Für die vom Amended Book Settlement erfassten Werke gibt es Vergütungsvereinbarungen, die zu einer pauschalen Vergütung der Urheberrechteinhaber führen. Der Börsenverein des deutschen Buchhandels lobt in einem Schreiben an seine Mitglieder das Amended Book Settlement als durchschlagenden Erfolg. Fraglich ist, ob Googles Beschränkung tatsächlich die durch die Verlage vertretenen Urheberrechteinhaber in Deutschland und im sonstigen Europa besänftigt. Vielleicht wollen die Vertretenen gar nicht alle vor der digitalen Wiedergabe, vor neuer Leserschaft und vor damit verbundenen Einnahmen geschützt werden. Zwar behalten die Urheberrechteinhaber jetzt ihre Rechte, jedoch was sind diese Rechte tatsächlich wert, wenn niemand sie nachfragt? Der Vorstand des Börsenvereins des deutschen Buchhandels hat in seiner Stellungnahme zum Amended Book Settlement „Licht und Schatten“ erkannt und spricht sich für Digitalisierungsprojekte wie die „Deutsche Digitale Bibliothek“ als Teil der „Europeana“ aus,[955] damit Europa gegenüber Amerika den weltweiten Anschluss bei der Online-Erschließung von Bibliotheksbeständen nicht verliert.[956] Die Kritik, dass das Digitalisierungsprojekt von Google eine „Amerikanisierung“ beziehungsweise zumindest den englischsprachigen Vorzug des Wissens im Internet befördern wird,[957] ist nunmehr trotz, dass die vom Settlement betroffenen Bücher lediglich in den USA angezeigt werden, berechtigter denn je.[958]

---

[954] In der EU befürchtet man, das europäische Digitalisierungsprojekte, welche in Einklang mit dem geltenden Recht nach dem Opt-In Verfahren zunächst die Zustimmung zur Digitalisierung bei den Rechteinhabern einholen, gegenüber Googles Projekt, welches auch nach dem Vergleich ein dem Recht eigentlich widersprechendes Opt-Out Verfahren anwendet und keine Zustimmung zur Digitalisierung bei den Rechteinhabern einholt, sondern diese vornimmt, solange kein Widerspruch der Rechteinhaber vorliegt, ins Hintertreffen geraten. Die Bundesregierung hat ihre Bedenken zum Google Vergleich in einem Amicus-Curiae-Schriftsatz vor Gericht geäußert, Netzpublikation siehe Anhang.

[955] Die Deutsche Digitale Bibliothek und auch die Europeana beschränken sich wohlgemerkt auf Bücher!

[956] Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Honnefelder: Google Book Settlement mit Licht und Schatten, Pressemitteilung vom 15. November 2009.

[957] Der vehementeste Kritiker in Europa ist der ehemalige Direktor der Französischen Nationalbibliothek, Jean-Noël Jeanneney, der mit „Gallica“ das ambitionierteste freie europäische Digitalisierungsprojekt betreibt. Er befürchtet, dass durch die englischsprachige Ausrichtung des Projekts die europäischen Sprachen ins Hintertreffen geraten könnten und warnt vor der „Google-Arroganz“ und der Dominanz einer Hypermacht. Siehe auch: *M. Mönninger*, Die Google-Bibliothek, in: Die Zeit, 2005, 32.

[958] Hingegen war sie bis zu dem Vergleich unangebracht, denn Google Bücher beschränkt sich seiner Zielrichtung nach auf das Medium Bücher, jedoch nicht auf den englischsprachigen Raum. Wo Kooperationsbereitschaft besteht, wurde Google tätig, was für Deutschland der Kooperationsvertrag

A. Perspektive für Europa

Die digitalen und vernetzten Medien für das Kulturelle Gedächtnis Europas fruchtbar zu machen, bietet für Europa eine ganz neue Perspektive, denn Identität und Gedächtnis hängen unmittelbar miteinander zusammen. So gut wie das Gedächtnis funktioniert, so stark ausgeprägt ist die Identität der Gemeinschaft.

Die Idee Europa[959] hat keine eindeutigen, geographischen, geologischen beziehungsweise plattentektonischen Grenzen.[960] Die Europäische Union zählt derzeit 27 Mitgliedsstaaten und drei potenzielle Beitrittskandidaten.[961] Viele geografisch zweifelsfrei zum europäischen Kontinent zählende Staaten sind nicht Mitglied der Europäischen Union,[962] andererseits wurde mit Zypern ein geografisch zum asiatischen Kontinent zählender Staat als Mitglied aufgenommen.[963] Die säkulare Real-Utopie Europäische Union ist ein erfolgreiches Friedensprojekt in Form einer möglichst pragmatischen Verschränkung von Nationalstaaten und Ökonomien.[964] Sie ist das komplexeste Projekt transnationaler Demokratie in kultureller Vielfalt.[965] Während die Europäische Union am Anfang in erster Linie ein gemeinsames kulturpolitisches Projekt war, wird sie im Zuge der (Wirtschafts-) Globalisierung mittlerweile vor allem als gemeinsamer Wirtschaftsraum interpretiert.[966] Eine

---

mit der Bayrischen Staatsbibliothek beweist (vgl. hierzu siehe: *K. Ceynowa,* Der „BSB-Google-Deal". Eine Million Bücher der Bayerischen Staatsbibliothek online, in: BibliotheksMagazin. Mitteilungen aus den Staatsbibliotheken in Berlin und München, Nr. 1/2008, 3 ff.), sodass die Gefahr der allein englischsprachigen Ausrichtung von Googles Projekt und somit einer „Amerikanisierung des Wissens" vor allem auf mangelnder Kooperationsbereitschaft Europas beruhte.

[959] Europa als Idee beschreibt das Projekt der Vereinigung des Kontinents, so: *R. Frank*, Die Idee Europas und das Gedächtnis, in: FTE info, Sonderausgabe Gedächtnis, 2005, 3.

[960] Die 'Grenzen Europas' sind eine Frage gesellschaftlicher Übereinkunft. Diese besteht derzeit darin, dass mit Europa das westliche Fünftel der eurasischen Landmasse gemeint ist. Der mit dem asiatischen Kontinent direkt zusammenhängende „europäische Kontinent" besteht aus 47 rechtsstaatlich verfassten Nationen. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges wurde aus kriegspräventiven Gründen die europäische Integration angestrebt, welche ausgehend vom Schuman-Plan, der zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl führte, in der Europäischen Union mündete.

[961] Türkei, Mazedonien und Kroatien.

[962] Viele europäische Länder sind nicht Mitglied der Europäischen Union. Neben der Schweiz fehlen Albanien, Moldawien, San Marino, Weißrussland, Andorra, Monaco, Bosnien und Herzegowina, Montenegro, Serbien, Island, Norwegen, Ukraine, Lichtenstein und der Vatikan.

[963] Am Beitritt Zyperns lässt sich ersehen, dass die Europäische Union auf die Integration der nicht unbedingt geografisch, aber auf jeden Fall politisch zu Europa zählenden Staaten gerichtet ist, also derjenigen Staaten, die politische (kulturelle Werte) und historische (kulturelle Erfahrungen) Gemeinsamkeiten aufweisen.

[964] *G. Wagner*, Europäische Kulturpolitik – wie bitte?, in: Kulturpolitische Mitteilungen, I/2007, 24 (24).

[965] Der deutsche Bundesstaat ist ein vergleichsweise einfaches Projekt transnationaler Demokratie in kultureller Vielfalt.

[966] Dieser Weg wird nachgezeichnet in: *O. Schwencke,* Das Europa der Kulturen. Kulturpolitik in Europa. Dokumente, Analysen und Perspektiven von den Anfängen bis zur Gegenwart, 2006.

gemeinschaftliche „europäische“ Identität fehlt. Das liegt sicher mit daran, dass in Europa die dauerhafte, interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen von den Gedächtnisinstitutionen der Mitgliedstaaten gewährleistet wird, es aber keine einzige kulturelle Institution Europas gibt.[967]

Digitale und vernetzte Medien ermöglichen die Schaffung eines gemeinschaftlichen Internetportals,[968] über das alle Gedächtnisinstitutionen in Europa, im Rahmen des nationalen und europäischen Rechts,[969] ihren Bestand an (originär digitalen bzw. digitalisierten) kulturellen Äußerungen zugänglich machen können. Multilinguale gut ausgebildete Suchmasken und intelligente Retrivalsysteme können einen Rückgriff auf die kulturellen Äußerungen in einem nie bekannten Ausmaß ermöglichen.

Die Gedächtnisinstitutionen in Europa kommunizieren kulturelle Äußerungen derzeit noch nicht umfassend über digitale und vernetzte Medien. Ihnen fehlen nicht nur die Kapazitäten, sondern auch die rechtlichen Möglichkeiten. Im rechtsstaatlich verfassten Europa agieren sie alle innerhalb eines Rechtsrahmens. Dieser regelt Aufbau und Aufgabengebiet der staatlichen Gedächtnisinstitutionen und ist, weil er die Eigentumsverhältnisse und damit die (Kommunikations-)Rechte an den kulturellen Äußerungen regelt, auch für die nichtstaatlichen Gedächtnisinstitutionen von maßgeblicher Bedeutung. Die Gedächtnisinstitutionen können von den gesetzlich vorgegebenen Strukturen nicht beliebig abweichen. Sie können ihre Tätigkeit nicht einfach den Bedingungen der Neuen Medien anpassen, also ihrer Tätigkeit rein technische Kriterien und Maßstäbe zugrunde legen, sondern sie müssen sich an die sie und ihr Aufgabengebiet betreffenden Rechtsvorgaben halten und die (Kommunikations-)Rechte an den kulturellen Äußerungen beachten. Daher ist das Gedächtnis Europas nicht so leistungsfähig, wie es sein könnte. Darunter leidet auch die Identität Europas.

Tatsächlich ist die europäische Identität schwach ausgeprägt, der Europäischen Union wird gar eine Identitätskrise attestiert.[970] Den Mitgliedern der Europäischen Union fehlt eine ausgebildete, kollektive Identität, ein ausgeprägtes „Wir-

---

[967] Der Teil Europas, der sich zur Europäischen Union zusammengeschlossen hat, hat zumindest eine Gedächtnisinstitution, welche Äußerungen innerhalb der parlamentarischen, behördlichen oder gerichtlichen Verfahren, zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vorgänge und zur Kontrolle der Tätigkeit der europäischen Institutionen zuverlässig dauerhaft interaktionslos kommuniziert: das historische Archiv der Europäischen Union, online unter: http://ec.europa.eu/historical_archives/index_de.htm (Letzter Abruf: 12. April 2010).

[968] Der Begriff Portal bezeichnet die technische Lösung, die dem Benutzer eine einheitliche Oberfläche anbietet und für die Verbindung zu den dahinter liegenden Systemen (Gedächtnisinstitutionen in Europa) entsprechende technische Schnittstellen. Siehe: *H.-W. Hoffmann/R. Diedrichs*, Elektronische Datenverarbeitung, in: R. Frankenberger/K. Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek, 2004, 418 (455).

[969] Also im Allgemeinen beschränkt auf „gemeinfreie“, nicht dem europaweit harmonisierten Urheberrechtsschutz unterfallende kulturelle Äußerungen, deren Zugänglichmachung der Urheber zustimmen müsste.

[970] Vgl. die von *G. Strohmeier*, Die EU zwischen Legitimität und Effektivität, in: APuZ 10/2007, 24, aufgeworfene Frage „Wer oder Was ist die EU?“

Gefühl". Europa hat noch immer keine Seele. Der Traum von europäischer Größe und Geschlossenheit ist ein Traum der Theoretiker und Philosophen. Die Realität widerspricht ihm. Der europäische Integrationsprozess ist ins Stottern geraten. Im europäischen Einigungsprozess wiederholt sich die europäische „Geschichte von Dominanz, Einfluss und Grenzerhäuschen".[971] Europa hat keine „ökonomisch, politisch oder kulturell integrierte Gesellschaft, sondern zerfällt in ein Spiel zwischen nationalstaatlichen Gesellschaften, in denen die Geschichte präsent[972] und das argwöhnische Bewusstsein für Innen und Außen, für Interdependenzen, Rivalitäten, externe Effekte und Abhängigkeitsverhältnisse geschärft ist".[973] In den europäischen Mitgliedstaaten ist man sich zwar des offensichtlichen Nutzens der Europäischen Union (sowohl was den Binnenmarkt, als auch die politische Durchschlagkraft auf dem internationalen Parkett betrifft) bewusst, dennoch ergeben Umfragen unter den EU-Bürgern eine stetig wachsende Unzufriedenheit. Eine Verfassung für Europa konnte aufgrund des „Non" der Franzosen und des „Nee" der Niederländer[974] zuerst nicht zustande kommen. Die (durch das politische Phänomen namens Globalisierung verschärfte) Angst vor Entgrenzung durch die zu schnelle Erweiterung der Europäischen Union und Ausweitung ihrer Kompetenzen,[975] die Angst vor zu großer innereuropäischer Freizügigkeit und Wohlstands-Migration, haben das Mantra von der bereichernden „Vielfalt in der Einheit" in den Augen vieler Bürger ins Wanken gebracht und verstärken die Bedeutung der nationalen Identität und das Paradigma der Sicherheit,[976] was wiederum das Entstehen einer kollektiven Identität auf supranationaler (europäischer) Ebene behindert.[977]

Der europäische Traum[978] lässt sich nur dann realisieren, wenn Europa im Bewusstsein seiner Bürger nicht nur als eine „Vorteilsgemeinschaft" verankert ist,

---

971 *S. Kornelius*, Im Grenzerhäuschen, Leitartikel, in: Süddeutsche Zeitung vom 21. Juni 2007, 4.

972 Siehe das Verhalten Polens bei der Reformkonferenz unter deutscher Ratspräsidentschaft im Jahr 2007. Polen, das ein höheres Gewicht in der EU forderte, argumentierte mit dem Kriterium der Einwohnerzahl, der die vielen Millionen Kriegstoten hinzuzurechnen seien.

973 *C. Offe*, Gibt es eine europäische Gesellschaft? Kann es sie geben?, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 2001, 423 (424).

974 *W. Weidenfeld,* Die Europäische Verfassung verstehen, 2006, 10.

975 Vgl. *G. Strohmeier*, Die EU zwischen Legitimität und Effektivität, in: APuZ 10/2007, 24: „Während die Europäische Union zunächst in mehr als fünf Jahrzenten um weniger als zehn Mitglieder erweitert wurde, erhielt sie anschließend in weniger als eineinhalb Jahrzehnten sogar mehr als zehn neue Mitglieder. Ähnlich haben sich die Kompetenzen der EU entwickelt. Während die Aktivitätsbereiche der EU nach den Römischen Verträgen rund drei Jahrzehntelang relativ überschaubar und unverändert blieben, wurden sie anschließend in der Hälfte der Zeit durch vier Vertragsrevisionen beträchtlich ausgedehnt und vertieft."

976 *G. Wagner*, Europäische Kulturpolitik – wie bitte?, in: Kulturpolitische Mitteilungen I/2007, 24 (24).

977 *G. Strohmeier,* Die EU zwischen Legitimität und Effektivität, in: APuZ 10/2007, 24 (27).

978 *J. Rifkin*, Der Europäische Traum, 2004.

sondern im Sinne der Zusammengehörigkeit, des gegenseitigen Verstehens, des Aufeinanderangewiesen-Seins verstanden und empfunden wird, wenn sich eine europäische Identität herausbildet.[979] Nur eine Gemeinschaft, die ein Bewusstsein der Zusammengehörigkeit ausgebildet hat, kann Mehrheitsentscheidungen treffen und vermag Solidarleistungen zu tragen.[980] Die Frage lautet dabei nicht ob, sondern wann, beziehungsweise unter welchen Umständen, sich eine solche supranationale Identität schaffen lässt, ohne dass dabei die nationale Identität aufgegeben werden muss.

Eine Mehrfach-Identität bedingt, dass Identität als etwas verstanden wird, das sich nicht vehement von anderen Identitäten abgrenzt, sondern das sich öffnet.[981] Das Individuum kann sich nur dann in eine Gemeinschaft integrieren, wenn es sich den An- und Einsichten der anderen Gemeinschaftsmitglieder öffnet. Eine Gemeinschaft kann sich nur dann in eine übergeordnete Gemeinschaft integrieren, wenn sie sich den, in den anderen Gemeinschaften vorherrschenden An- und Einsichten öffnet. Grundvoraussetzung hierfür ist, dass die in kulturellen Äußerungen zum Ausdruck kommenden An- und Einsichten unter den Mitgliedern der Gemeinschaft kommuniziert werden können, dass das Gedächtnis der Gemeinschaft funktioniert.

Hier mag man einwenden, dass die interaktionslose ebenso wie die aktionsreiche, die indirekte ebenso wie die direkte Kommunikation kultureller Äußerungen nur dann der gegenseitigen Verständigung dient, wenn sie in einer den Kommunikationspartnern verstehbaren Sprache erfolgt.[982] Dieser Einwand verliert jedoch angesichts fortschreitender Vielsprachigkeit immer mehr an Tragweite und betrifft insbesondere nur die sprachlich kommunizierten kulturellen Äußerungen. Eine Vielzahl kultureller Äußerungen erschließt sich jedoch unabhängig vom Verständnis einer Sprache sofort (Musik, Bild etc.). Mithilfe Neuer Medien lassen sich nicht zuletzt multilinguale Systeme einsetzen, die über die Sprachbarriere hinweghelfen können. Technisch denkbar sind sogar Programme, die sprachlich verfasste kulturelle Äußerungen in die jeweilige Muttersprache übersetzen können. Dadurch würde die europaweite Diskursfähigkeit auch über sprachliche kulturelle Äußerungen ermöglicht. Während gegenwärtig nahezu ausschließlich nationale Medien existieren, die ausschließlich von einem nationalen Publikum mit ausschließlich nationalen Kommunikationsgewohnheiten genutzt werden, könnte

---

979 *M. Fritzler/G. Unser,* Die Europäische Union, 2001, 13.

980 *D. Grimm,* Braucht Europa eine Verfassung?, in: JZ 1995, 581 (590).

981 *M. Fuchs*, Kultur(politik) in Europa, Anmerkungen zu einer national wie international komplizierter gewordenen Kulturpolitik, 2007.

982 *P. Kielmansegg,* Integration und Demokratie, in: M. Jachtenfuchs/ B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, 47 (55): „Europa ist keine Kommunikationsgemeinschaft, weil Europa ein vielsprachiger Kontinent ist – das banalste Faktum ist zugleich das elementarste."

mithilfe der Neuen Medien ein europäisches Medienangebot geschaffen und ein politisch substanzieller, europäischer Massendiskurs ermöglicht werden.
In einer solchen Sichtweise wird die Sprache zwar reduziert auf ihre Funktion als Kommunikationsmittel, ihre Bedeutung als integralen Bestandteil der politischen Kultur beziehungsweise der politischen und kulturellen Identität behält sie jedoch für die nationale Identität. Sie spielt nur auf der Ebene der supranationalen Identität eine weniger gewichtige Rolle.[983]
Was die sprachlich verfassten kulturellen Äußerungen der Institutionen der Europäischen Union angeht, werden diese schon gegenwärtig in alle Amtssprachen übersetzt, die in der Europäischen Union gesprochen werden.[984] Der Anteil des Sprachpersonals am Gesamtpersonal im Dienst der Europäischen Union beträgt etwa 11,5 Prozent (Stand 2003). Der Übersetzer- und Dolmetscherdienst der Europäischen Union machte schon vor der Erweiterung mit 13 Prozent der Verwaltungsausgaben den größten Einzeletat in der EU-Administration aus. Wegen dieses enormen finanziellen Aufwandes werden immer wieder Stimmen für die Einführung einer europäischen Verkehrssprache laut. Die Übersetzung in alle Sprachen der Mitgliedstaaten ist nicht nur ein finanzielles Problem, aufgrund der Masse an zu übersetzenden Dokumenten leidet die Übersetzungsqualität. Zusätzliche Qualitätseinbußen resultieren aus der gängigen Praxis der Relais-Sprachen-Übersetzung.[985] Die Einigung auf eine Verkehrssprache und Investitionen in die Fremdsprachenausbildung könnten Kosten sparen und die Verständigung der Mitgliedstaaten auch auf anderen Gebieten fördern.
Die Europäische Union hat die Chancen, welche die Neuen Medien für das Gedächtnis und die Identität Europas bieten, scheinbar erkannt, denn sie unterstützt und kofinanziert zahlreiche Gemeinschaftsprojekte europäischer Gedächtnisinstitutionen mit dem Ziel der Schaffung eines gemeinsamen Internetportals, der Europäischen Digitalen Bibliothek.[986] „Es ist unser Ziel, eine echte Europäische Digitale Bibliothek aufzubauen, ein mehrsprachiges Zugangsportal zu den digitalisierten kulturellen Ressourcen Europas“, sagte hierzu das zum damaligen Zeitpunkt für Informationsgesellschaft und Medien zuständige Kommissionsmitglied Viviane Reding. „Mit einer solchen Europäischen Digitalen Bibliothek können

---

983 Eine Gemeinschaft bedingt nicht die Kommunikation in der Muttersprache, ansonsten wäre das Gemeinschaftsprojekt Familie zwischen Partnern unterschiedlicher Herkunft und Sprache von vorneherein zum Scheitern verurteilt.
984 Rechtlich verbindlich festgelegt in Art. 21 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.
985 Einigung auf eine Sprache, auf die alle Dolmetscher zurückgreifen können. Übersetzt wird dann nicht mehr die Original Äußerung, sondern die in die Relais-Sprache übersetzte Äußerung. Die Übersetzung einer Übersetzung ist doppelt fehleranfällig.
986 Grundlage sind diverse Förderprogramme. Mittel werden in den EU Forschungs- und Entwicklungsprogrammen (RP 6 und RP/) vorgesehen, im Programm „e-Content plus“ und in der Initiative „i2010“, der Gesamtstrategie der Kommission zur Förderung der digitalen Wirtschaft.

zum Beispiel finnische Bürger digitalisierte Bücher und Bilder aus Bibliotheken, Archiven und Museen in Spanien leichter finden, während ein niederländischer Bürger online auf historisches Filmmaterial aus Ungarn zugreifen kann".[987]
Die Europäische Digitale Bibliothek firmiert zwar als „Bibliothek",[988] hebt aber, indem sie alle existierenden Gedächtnisinstitutionen miteinbezieht, die klassische Einteilung in die etablierten Gedächtnisinstitutionen Bibliothek, Museum und Archiv auf. Sie ist auch keine Institution, die sich wie die etablierten Institutionen um Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und (kommunikative sowie kommerzielle) Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen bemüht. Sie ist ein reines Zugangsportal, über das die durch die zuständigen, europäischen Gedächtnisinstitutionen gesammelten, bewahrten und erschlossenen, digitalen, beziehungsweise digitalisierten kulturellen Äußerungen weit über das für die Gemeinschaft erforderliche Maß hinaus, nämlich weltweit, interaktionslos kommuniziert werden können.[989] Vielleicht auch deshalb, und nicht nur wegen des Bezuges auf die legendäre Bibliotheca Alexandrina, ist sie umbenannt worden in „Europeana".
Die Europeana soll als Webportal durch die Vernetzung der *Bestände und Kataloge* der Gedächtnisinstitutionen in Europa allen Europäern (nicht intendiert, über das „World Wide Web" darüber hinaus der ganzen Welt) den Zugang zu allen digitalen und digitalisierten kulturellen Äußerungen der Europäer ermöglichen.[990] Sie soll den Ablauf des Prozesses, den das Gedächtnis Europas beschreibt, also die dauerhafte interaktionslose Kommunikation der kulturellen Äußerungen, an der alle Europäer teilhaben und teilnehmen können, ermöglichen.[991] Sie beschränkt sich nicht auf die Gedächtnisinstitutionen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, sondern bezieht die Gedächtnisinstitutionen aller 47 politisch zu Europa zählenden Staaten mit ein.[992] Dadurch werden die Chancen der fortschreitenden europäischen Integration verbessert.

---

[987] Kommission ruft Mitgliedstaaten zur Beteiligung am Aufbau der Europäischen Digitalen Bibliothek auf, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 25. August 2006, IP/06/1124.

[988] „Bibliothek" kommt aus dem Griechischen und bedeutet „Büchersammlung". *R. Hacker,* Bibliothekarisches Grundwissen, 2000, 11.

[989] Wobei zur rechtlichen Ermöglichung einer europäischen Kulturflatrate an eine Begrenzung des Zugangs auf alle DSL-Anschlüsse in Europa zu denken wäre, vergleichbar der Begrenzung des Zugangs zu den digitalen Archiven der BBC, welche nur mit DSL-Anschluss in Großbritannien möglich ist.

[990] Siehe auch die von der EU herausgegebene Broschüre: i2010 – digital libraries, 2006.

[991] Diese Tätigkeit unterscheidet sich von der rein die Kontrolle der europäischen Institutionen ermöglichenden Tätigkeit des Historischen Archivs.

[992] Albanien, Andorra, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Kasachstan, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, Moldawien, Monaco, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Türkei, Ukraine, Ungarn, Staat Vatikanstadt, Vereinigtes Königreich, Weißrussland

Über ein gemeinschaftliches Internetportal,[993] wie es die „Europeana“ darstellt, können alle in den Gedächtnisinstitutionen in Europa vorhandenen kulturellen Äußerungen der Europäer auffindbar gemacht werden. Multilinguale gut ausgebildete Suchmasken und intelligente Retrievalsysteme können einen Rückgriff auf die kulturellen Äußerungen der Europäer in einem nie bekannten Ausmaß ermöglichen. Die interaktionslose Kommunikation kultureller Äußerungen durch ihr Bereithalten zum Abruf im Internet für einen unbekannten Empfänger zu einem Zeitpunkt seiner Wahl und von einem Ort seiner Wahl, ermöglicht die Teilhabe aller Europäer an den für Europa relevanten kulturellen Äußerungen. Wenn die Gedächtnisinstitutionen ihren Auftrag auch auf die über digitale und vernetzte Medien kommunizierten kulturellen Äußerungen erweiterten, dann hat jedermann zudem die Möglichkeit der erleichterten, unmittelbaren Teilnahme an der interaktionslosen Kommunikation kultureller Äußerungen.[994] So ist es möglich, dass die Gemeinschaftsmitglieder indirekt über kulturelle Äußerungen miteinander kommunizieren, was zu einem besseren Verständnis und einem Gemeinschaftsgefühl beiträgt. Gleichzeitig wird, was innerhalb der einzelnen Nationen an kultureller Bildung in Bezug auf Europa nicht besorgt wird, so auf europäischer Ebene besorgt.[995] Für den europäischen Einigungsprozess, der sich immer wieder in einer periodischen Krise befindet, bietet die „Europeana“ den idealen Rahmen, um sich über Wesen und Ziele Europas zu verständigen und dem Projekt Europa zu einem neuen Aufbruch zu verhelfen.[996]

Die digitalen und vernetzten Medien bieten zahlreiche Chancen, das Gedächtnis Europas zu verbessern. Sie verbessern damit zugleich die Chancen der Konstruktion einer supranationalen, europäischen Identität.

Zwar sind die digitalen und vernetzten Medien im Hinblick auf die Kommunika-

---

[993] Der Begriff Portal bezeichnet die technische Lösung, die dem Benutzer eine einheitliche Oberfläche anbietet und für die Verbindung zu den dahinter liegenden Systemen (Gedächtnisinstitutionen in Europa) entsprechende technische Schnittstellen. Siehe: *H.-W. Hoffmann/R. Diedrichs*, Elektronische Datenverarbeitung, in: R. Frankenberger/K. Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek, 2004, 418 (455).

[994] In Deutschland wurde beispielsweise mit dem Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG) vom 22. Juni 2006 der Sammelauftrag der DNB auf Netzpublikationen erweitert. Seither kann jeder, der sich über das Internet kulturell äußert, diese Äußerung von der DNB archivieren lassen und erhält eine digitale internationale Standardbuchnummer (ISBN), die Uniform Resource Number (URN).

[995] So ist in Deutschland der Unterricht über die EU stark unterrepräsentiert und reicht nicht für ein gemeinsames Verständnis bzw. gar für die Herausbildung eines Gemeinschaftsgefühls. „Die Schüler in Deutschland wissen mehr über die Römer als über die Römischen Verträge, Zehntklässler wissen mehr über die Pharaonen als über die Gründungsväter der Europäischen Gemeinschaft. Wer aber seine Wurzeln nicht kennt, kann kein Bewusstsein, geschweige denn ein Gemeinschaftsgefühl entwickeln.“ Siehe: *J. Rubner*, Die Schule Europas, in die Süddeutsche Zeitung vom 18. Oktober 2007, 4.

[996] So im Fazit (jedoch mit dem Ziel der Schaffung einer europäischen Gedächtnisinstitution namens Sokrates) auch *N. Kermani*, Erst Goethe, dann Sokrates, Europa braucht gemeinsame Kulturinstitute, in: Süddeutsche Zeitung vom 1. Juni 2006, 15.

tion der kulturellen Äußerungen in die Zukunft weniger zuverlässig als die herkömmlichen Medien, sie bieten jedoch revolutionäre Möglichkeiten im Hinblick auf die, für das Gedächtnis einer großen, komplexen Gemeinschaft wie Europa wesentliche, gemeinschaftsweite Kommunizierbarkeit der kulturellen Äußerungen. Für die Funktionalität des Gedächtnisses einer Gemeinschaft ist es nicht nur entscheidend kulturelle Äußerungen möglichst weit in die Zukunft, sondern auch möglichst gemeinschaftsweit in der jeweiligen Gegenwart vermitteln zu können!
Multilinguale Systeme und automatische Übersetzungsprogramme können den sprachunabhängigen übernationalen Diskurs ermöglichen.[997] Damit dieser jedoch nicht auf historisierende Zusammenhänge beschränkt bleibt, sind neben technischen zunächst die rechtlichen Fragen zu klären.
Im 21. Jahrhundert, im Zeitalter der Neuen Medien, in dem kulturelle Äußerungen träger- und damit sozusagen körperlos kommuniziert werden können, ist die weltweit raumübergreifende, interaktionslose Kommunizierbarkeit kultureller Äußerungen technisch möglich. Die Online-Verfügbarkeit aller, auch der weniger als 70 Jahre alten und damit europaweit urheberrechtlich geschützten kulturellen Äußerungen, die es allen Europäern ermöglichen soll für Studien, Arbeit oder in ihrer Freizeit jederzeit uneingeschränkt Zugriff zu haben, und neue kulturelle Äußerungen fördern soll, erfordert einen Umbau der rechtlichen Strukturen in Europa.

Die Vision der europäischen (Gegen-)Initiative zu Googles Book Search, das gesamte Wissen Europas über das einheitliche Portal „Europeana“ im Internet digital zur Verfügung zu stellen, scheitert derzeit jedoch am geltenden Recht. Eine Vielzahl der in den vernetzten Gedächtnisinstitutionen vorgehaltenen kulturellen Äußerungen ist urheberrechtlich (noch) geschützt, sodass ihre uneingeschränkte, öffentliche Zugänglichmachung über das Internet von der Zustimmung der Urheberrechtsinhaber abhängig ist. Insoweit sie nicht in originär digitaler Form vorliegen, muss eine Zustimmung schon zur Digitalisierungshandlung vorliegen. Die Transaktionskosten, die erforderlich sind, um die Rechteinhaber ausfindig zu machen und entsprechende Rechte einzuholen, sind immens,[998] und teilweise sogar unfruchtbar. Weder lassen sich die verwaisten Werke über das Portal der Europeana zugänglich machen, noch die Werke, deren Urheberrechtsinhaber mit dieser Zugänglichmachung nicht einverstanden sind.

Die Europäische Kommission will angesichts der Erkenntnis, dass auf der Grundlage des geltenden Rechts nur die USA mit ihrer flexiblen Fair-Use-

---

997 Was die Demokratisierung übernationaler Zusammenschlüsse wie den der Europäischen Union vereinfachen und die Diskrepanz zwischen Legitimität und Effektivität vermindern könnte. Zum Problem der Errichtung demokratischer Strukturen auf europäischer Ebene vgl. *G. Strohmeier*, Die EU zwischen Legitimität und Effektivität, in: APuZ 10/2007, 24.

998 Siehe *G. Hansen/A. Schmidt-Bischoffshausen*, Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften - Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, in GRUR Int. 2007, 461 (468).

Schrankenbestimmung von den Vorteilen der Digitalisierung und der Online-Vermarktung profitieren, Änderungen im europäischen Urheberrecht herbeiführen. Auf der Suche nach einer gesetzlichen Lösung hat sie eine Expertengruppe eingesetzt, die sich vor allem mit verwaisten und vergriffenen Werken beschäftigt.[999] Diese kommt in ihrem endgültigen Abschlussbericht zu dem Ergebnis, dass nichtlegislative Initiativen weder hinreichende Rechtssicherheit schaffen, noch das Problem lösen, dass die Verwendung verwaister Werke eine Urheberrechtsverletzung darstellt. Anzustreben sei eine gesetzgeberische Lösung auf europäischer Ebene, die verschiedene Nutzungen verwaister Werke zulässt. Mit Ausnahme der Anregung, gemeinsame Regeln für den Umfang der „gründlichen Suche" nach Inhabern der Rechte an verwaisten Werken aufzustellen, werden jedoch keine konkreten legislativen Vorschläge gemacht.[1000] Eine europaweite Lösung des Problems in Bezug auf die europaweite (kommunikative) weitervermittelnde Nutzung verwaister Werke setzt zunächst die Revision der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie voraus, insoweit dort in Art. 5, welcher mögliche Schrankenbestimmungen von Urheberrechten abschließend aufzählt, ein Anknüpfungspunkt für die Schaffung einer Schrankenregelung fehlt. Dies ist auch der Europäischen Kommission klar, die in ihrer Mitteilung „Urheberrechte in der wissensbestimmten Gesellschaft"[1001] immerhin den formalen Rahmen für eine gesetzliche Lösung abgesteckt und eine Ausnahmeregelung zur Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie oder Leitlinien für die grenzüberschreitende, gegenseitige Anerkennung verwaister Werke in Betracht gezogen hat. Mit einer Anpassung des „europäischen Urheberrechts"[1002] zumindest in Bezug auf verwaiste Werke ist daher in nicht allzu ferner Zukunft zu rechnen.

Die Europäische Kommission ist im Spagat zwischen der Erleichterung der Digitalisierung und der Online-Zugänglichmachung von Bibliotheksbeständen zum einen und der Wahrung der Urheber- und Verlegerinteressen zum anderen ersichtlich darum bemüht, die Grundsätze des Urheberrechts nicht zu verletzen.[1003] Solange zu diesen Grundsätzen aber auch das Festhalten an starren Schrankenka-

---

[999] Informationen zur High Level Expert Group online abrufbar unter: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/hleg/index_en.htm (Letzter Abruf: 10.04.2010).

[1000] Siehe Abschlussbericht: i2010 Digital Libraries Initiative, High Level Expert Group on Digital Libraries, Final Report, December 2009, "Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future", December 2009; Netzpublikation siehe Anhang.

[1001] Mitteilung der Kommission „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft", KOM(2009) 532, S. 7; Netzpublikation siehe Anhang; siehe auch das Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft, Dok. KOM (2008) 466/3; Netzpublikation siehe Anhang.

[1002] Also der europäischen Rahmenvorgaben in Bezug auf nationale Urheberrechtsregelungen.

[1003] *T. Dreier,* Urheberrecht und das Gedächtnis der Informationsgesellschaft – Chancen und Risiken, in: v. Trotha im Erscheinen.

talogen zählt, wird es nur fallspezifische Sonderlösungen, jedoch keine umfassenden Lösungen geben und wird die „Europeana“ ihrer Vision und Aufgabe nicht gerecht werden können.

B. Perspektive für Deutschland

Damit die über das Portal „Deutsche Digitale Bibliothek“ zugänglichen Gedächtnisinstitutionen in Deutschland die Chancen der digitalen und vernetzten Medien für das Kulturelle Gedächtnis im digitalen und vernetzten Zeitalter voll ausnutzen können, also die unkörperliche Raum und Zeit übergreifende Vermittlung kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien in Bezug auf alle über digitale und vernetzte Medien kommunizierbaren (weil digitalisierte oder originär digitale) kulturellen Äußerungen betreiben können, ist das nationale Urheberrecht im Rahmen des national machbaren, etwa wie vorgeschlagen, der technischen Entwicklung anzupassen.

Dann wären zumindest die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland in der Lage, ihre Aufgaben auch im digitalen und vernetzten Zeitalter adäquat zu besorgen und wäre das Kulturelle Gedächtnis im Geltungsbereich des deutschen Urheberrechts den Anforderungen und Besonderheiten der digitalen und vernetzten Medien gewachsen.[1004]

In Deutschland hat der nationale Urheberrechtsgesetzgeber einen eingeschränkten Spielraum, um die urhebergesetzlichen Rahmenbedingungen für das Kulturelle Gedächtnis zu gestalten. Aber er hat einen Spielraum! Nutzt er diesen durch die Schaffung eines Fair-Use für die das Kulturelle Gedächtnis tragenden Gedächtnisinstitutionen, dann kann Deutschland eine Vorreiterrolle in Europa bei der Verwirklichung einer offenen, partizipativen Kultur einnehmen.[1005]

[1004] Bleibt jedoch noch viel zu tun für andere Disziplinen wie den Umweltschutz. Das Internet ist ein „Klimakiller“. Siehe: *T. Arnu*, Hoher Stromverbrauch. Klimakiller Internet, in: Süddeutsche Zeitung vom 23. Oktober 2007, 4.

[1005] Siehe zur Vision einer offenen Kultur: *G. Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009, 434.

Anhang:
Verzeichnis der verwendeten Literatur nebst Materialien

I. Literatur

Abdelaziz Abid, Conservare il patrimonio digitale: una prospettiva Unesco, in: Futuro delle memorie digitali e patrimonio culturale, Convegno internationale promosso dal Ministero per i beni e le attività culturali e dalla Regione Toscana a cura di Vittoria Tola e Cecilia Castellani, Rom 2004, S. 65-86.

Titus Arnu, Hoher Stromverbrauch. Klimakiller Internet, in: Süddeutsche Zeitung vom 23. Oktober 2007, S. 4. Online abrufbar unter: http://www.sueddeutsche.de/computer/407/422168/text/print.html (Letzter Abruf: 3. April 2010)

Aleida Assmann, Speichern oder Erinnern? Das Kulturelle Gedächtnis zwischen Archiv und Kanon, in: Moritz Csáky/Peter Stachel (Hrsg.), Speicher des Gedächtnisses. Bibliotheken, Museen, Archive, Teil 2: Die Erfindung des Ursprungs. Die Systematisierung der Zeit, Wien 2001, S. 15-29.

Aleida Assmann, Das Kulturelle Gedächtnis an der Milleniumsschwelle. Krise und Zukunft der Bildung, Konstanz 2004.

Aleida Assmann, Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses, 3. Auflage, München 2006.

Aleida Assmann, Soziales und kollektives Gedächtnis, Vortrag auf einer von der Bundeszentrale für politische Bildung veranstalteten internationalen Konferenz „Kulturelles Gedächtnis – China zwischen Vergangenheit und Zukunft“, abrufbar unter: www.bpb.de/files/0FW1JZ.pdf
(Letzter Abruf: 30. März 2010)

Aleida Assmann/Jan Assmann, Das Gestern im Heute. Medien und soziales Gedächtnis, in: Klaus Merten/Siegfried Jan Schmidt/Siegfried Weischenberg (Hrsg.), Die Wirklichkeit der Medien. Eine Einführung in die Kommunikationswissenschaft. Opladen 1994, S. 114-140.

Aleida Assmann/Jan Assmann (Hrsg.), Verwandlungen. Archäologie der literarischen Kommunikation IX, München 2006.

Aleida Assmann/Jan Assmann/Christof Hardmeier, (Hrsg.), Schrift und Gedächtnis. Beiträge zur Archäologie der literarischen Kommunikation I, München 1983.

Jan Assmann, Der Begriff des Kulturellen Gedächtnisses, in: Thomas Dreier/Ellen Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, Karlsruhe 2005, S. 21-29.

Jan Assmann, Körper und Schrift als Gedächtnisspeicher. Vom kommunikativen zum kulturellen Gedächtnis, in: *Moritz Csáky/Peter Stachel (Hrsg.)*, Speicher des Gedächtnisses. Bibliotheken, Museen, Archive, Teil 1: Absage an und Wiederherstellung von Vergangenheit. Kompensation von Geschichtsverlust, Wien 2000, 199-212.

Jan Assmann, Nachwort in: Elena Esposito, Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft, Frankfurt (Main) 2002, S. 400-414.

Jan Assmann, Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./ Tonio Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, Frankfurt (Main) 1988, S. 9-19.

Jan Assmann/*Tonio Hölscher (Hrsg.)*, Kultur und Gedächtnis, Frankfurt (Main) 1988.

*Jan Assmann, D*as Kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen, München 1992.

Peter Badura, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, in: DÖV 1998, S. 818-829.

Martin Bahr, The Wayback Machine und Google Cache – eine Verletzung deutschen Urheberrechts?, in: JurPC Web-Dok. 29/2002, Abs. 1-18.

Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 14. Aufl. 1987.

Axel Beater, Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien, JZ 1998, 1101-1109.

Bernhard von Becker, Doppelt verkaufen geht nicht. Das Urheberrecht und die Freiheit, in: Süddeutsche Zeitung vom 24. Mai 2007, S. 16.

Gabriele Beger, Urheberrecht für Bibliothekare. Eine Handreichung von A – Z, 2. Auflage (Stand: Januar 2008) Wien/München 2007.

Gabriele Beger, Bibliotheksrecht, in: Rudolf Frankenberger/Klaus Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek. Ein Kompendium der Bibliotheksverwaltung, München 2004, S. 365-380.

Gabriele Beger, Langzeitarchivierung. Das kulturelle Gedächtnis. Rechtliche Grundlagen, in: Thomas Dreier/Ellen Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, Karlsruhe 2005, S. 75-85.

Thomas Berberich/Wolfgang Holl/Kurt-Jürgen Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht. Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht,
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1979.

Christian Berger, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, in: GRUR 2002, S. 198-203.

Christian Berger, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven - Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, in: GRUR 2007, S. 754-761.

Christian Berger, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, in: ZUM 2004, S. 257 ff.

Christian Berger, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, in: AcP 2001, 411 ff.

Klaus Peter Berger/Werner F. Ebke/Siegfried H. Elsing /Bernhard Großfeld/ Gunther Kühne, (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Otto Sandrock, Heidelberg 2000.

Johann Bizer/Bernd Lutterbeck/Joachim Rieß (Hrsg.), Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft. Freundesgabe Büllesbach,
Stuttgart 2002.

Peter Blum, Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle. Gutachten I für den 65. Deutschen Juristentag, München, 2004.

Volker Boehme-Neßler, Auf dem Weg zum „unscharfen“ Verwaltungsrecht? Portal-Denken und Netz-Logik im Verwaltungsrecht, NVWZ 2007, S. 650-655.

Christiane Bohrer (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung in Europa. Diskussionsbeiträge und Länderberichte, Bad Honnef 2000

Carl Böhret/Götz Konzendorf, Moderner Staat – Moderne Verwaltung.
Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, 2001, online abrufbar unter:
http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/139716/publicationFile/14795/Leitfaden_Gesetzfolgenabschaetzung.pdf (Letzter Abruf 10. April 2010).

Carl Böhret/Götz Konzendorf, Handbuch zur Gesetzesfolgenabschätzung (GFA). Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Baden-Baden 2001.

Vittoria Borsò/Gerd Krumeich/Bernd Witte (Hrsg.), Medialität und Gedächtnis. Interdisziplinäre Beiträge zur kulturellen Verarbeitung europäischer Krisenzeiten, Stuttgart/Weimar 2001.

Danièle Bourcier/Mélanie Dulang de Rosnay (Hrsg.), International Commona at the Digital Age. La Création en partage, Paris 2004.

Stewart Brand, Escaping The Digital Dark Age, Library Journal 124 , 1999, S. 46-49, online abrufbar unter: http://web.archive.org/web/20050923024519/http://library.colstate.edu/libr1105/kramer/cadeau/deadm2.html (Letzter Abruf 10. April 2010).

Klaus Brepohl, Telematik. Die Grundlage der Zukunft, Bergisch Gladbach 1983.

Bernd Brunn, Möglichkeiten einer Rechtsförmlichkeitsprüfung im parlamentarischen Verfahren, in: ZRP 2004, S. 79-81.

Günther Buchstab, Grundsätzliche Überlegungen und aktuelle Lage der Parteiarchive in Europa, in: ders. (Hrsg.), Das Gedächtnis der Parteien. Parteiarchive in Europa, Sankt Augustin 1996, S. 11-19.

Günther Buchstab, (Hrsg.), Das Gedächtnis der Parteien. Parteiarchive in Europa, Sankt Augustin 1996, S. 11-19.

Winfried Bullinger, Kunstwerke in Museen - die klippenreiche Bildauswertung, in: Rainer Jacobs/Hans-Jürgen Papier/Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag am 04. Februar 2006, München 2006, S. 379-400.

Kerstin Bund, Pauschal genießen, in: DIE ZEIT vom 18. Juni 2009, online abrufbar unter: http://www.zeit.de/2009/26/Kulturflatrate (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Axel Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1996.

Christian Callies, Globalisierung der Wirtschaft und Internationalisierung des Staates. Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip als Strukturprinzipien der Kompetenzverflechtung zwischen Staaten und Internationalen Organisationen, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17, online abrufbar unter: http://www.jura.fu-berlin.de/einrichtungen/we3/professoren/ls_calliess/onlinebeitraege/Paper01-Berliner_Online-Beitraege.pdf (Letzer Abruf am 10. April 2010).

Klaus Ceynowa, Der „BSB-Google-Deal“. Eine Million Bücher der Bayerischen Staatsbibliothek online, in: BibliotheksMagazin. Mitteilungen aus den Staatsbibliotheken in Berlin und München, Nr. 1, 2008, S. 3-7, online abrufbar unter:

http://www.bsb-muenchen.de/fileadmin/imageswww/pdf-dateien/bibliotheksmagazin/BM2008-1.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Hanno Charisius, Naturkundemusseen. Das Gedächtnis der Erde, in SZ vom 20./21. März 2008, S. 16, online abrufbar unter: http://www.sueddeutsche.de/wissen/3/436748/text/ (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Carlos M. Correa, Fair Use in the Digital Era, in: IIC 2002, S. 570 – 585.

Kenneth Crews, Study on Copyright Limitations and Execeptions for Libraries and Archives, 26. August 2008, SCCR/17/2, online abrufbar unter: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_2.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Moritz Csáky/Peter Stachel (Hrsg.), Speicher des Gedächtnisses. Bibliotheken, Museen, Archive, Teil 1: Absage an und Wiederherstellung von Vergangenheit. Kompensation von Geschichtsverlust, Wien 2000.

Moritz Csáky/Peter Stachel (Hrsg.), Speicher des Gedächtnisses. Bibliotheken, Museen, Archive, Teil 2: Die Erfindung des Ursprungs. Die Systematisierung der Zeit, Wien 2001.

Thomas von Danwitz, Wege zu besserer Gesetzgebung in Europa, in: Rechtspolitisches Forum Nr. 31/ 2005, S. 3-28, online abrufbar unter: http://www.irp.uni-trier.de/typo3/fileadmin/template/pdf/31_vonDanwitz.pdf (Letzter Abruf 10. April 2010).

Ottfried Dascher, Archive der Wirtschaft, in: Der Archivar 1984, Sp. 419-428.

Doug DeGroot, Keeping Our People Alive: The Role of Digital Immortality in Culture Preservation, in: Thomas Dreier/Ellen Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, Karlsruhe 2005, S. 33-55.

Der Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hrsg.), Neue Medien und Recht. Tag der juristischen Fakultät 21. November 2001, Potsdam 2002, S. 7-17.

Egbert Dommering, Regulating technology: code is not law, in: Egbert Dommering/ Lodewijk Asscher (Hrsg.), Coding Regulating. Essays on the Normative Role of Information Technology, Den Haag 2006, S. 1-17, online abrufbar unter: http://www.ivir.nl/publications/dommering/Regulating_technology.pdf (Letzter Abruf 10. April 2010).

Egbert Dommering/ Lodewijk Asscher (Hrsg.), Coding Regulating. Essays on the Normative Role of Information Technology, Den Haag 2006.

Marianne Dörr/Wilfried Enderle/Heinz Hauffe, Elektronische Publikationen und Informationsdienstleistungen, in: Rudolf Frankenberger/Klaus Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek. Ein Kompendium der Bibliotheksverwaltung, München 2004, S. 381-417.

Thomas Dreier, Kulturelles Gedächtnis – Digitales Gedächtnis. Eine Einführung, in: Thomas Dreier/Ellen Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, Karlsruhe 2005, S 3-17.

Thomas Dreier, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, in: ZUM 2002, S. 28-43.

Thomas Dreier , Urheberrecht und das Gedächtnis der Informationsgesellschaft – Chancen und Risiken, in: v.Trotha im Erscheinen

Thomas Dreier, Urheberrecht und digitale Werkverwertung: die aktuelle Lage des Urheberrechts im Zeitalter von Internet und Multimedia. Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 1997.

Thomas Dreier, Urheberrecht im Zeitalter digitaler Technologie. Bericht über ein WIPO-Symposium an der Harvard University, in: GRUR Int. 1993, 742-747.

Thomas Dreier, Informationsrecht in der Informationsgesellschaft, in: Johann Bizer/Bernd Lutterbeck/Joachim Rieß (Hrsg.), Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft. Freundesgabe Büllesbach Stuttgart 2002, S. 65-76.

Thomas Dreier, Steuerung durch Recht – Einige Überlegungen zum rechtlichen Schutz technischer Schutzmaßnahmen im Urheberrecht, in: Schwerpunkt Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis Nr. 2, August 2006, S. 13 – 19.

Thomas Dreier/Gernot Schulze, Urheberrechtsgesetz (UrhG). Kommentar. Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz. 2. Auflage, München 2006.

(Zit.: Bearbeiter, in: T. Dreier/G. Schulze, UrhG, 2006)

Thomas Dreier/Gernot Schulze, Urheberrechtsgesetz (UrhG). Kommentar. Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz. 3. Auflage, München 2008.

(Zit.: Bearbeiter, in: T. Dreier/G. Schulze, UrhG, 2008)

Thomas Dreier/Ellen Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, Karlsruhe 2005, online abrufbar unter: http://digbib.ubka.uni-karlsruhe.de/volltexte/documents/2938 (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Thomas Dreier/Martin Senftleben, Das Verhältnis des Urheberrechts zum Vertragsrecht. Grenzen des Vertragsrechts durch Intellectual Property Law, in: Mathias Lejeune (Hrsg.), Der E-Commerce-Vertrag nach amerikanischem Recht, Köln 2001, S. 81-120.

Thomas Dreier, Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends. Einige Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts, in: CR 2000, S. 45-49.

Richard von Dülmen, Kultur und Alltag in der Frühen Neuzeit, München 1990.

Dirk Ehlers, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, in: JZ 1990, S. 1089-1100.

Dirk Ehlers, Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand", in: JURA 1999, S. 212-217.

Konrad Ehlich, Text und sprachliches Handeln. Die Entstehung von Texten aus dem Bedürfnis nach Überlieferung, in: Aleida Assmann/Jan Assmann/Christof Hardmeier, (Hrsg.), Schrift und Gedächtnis. Beiträge zur Archäologie der literarischen Kommunikation I, München 1983. S. 24-43.

Sigrid Emmenegger, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 - Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tübingen 2006.

Jörg Ennuschat, Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, in: DVBl 2004, S. 986-994.

Hans Magnus Enzensberger, Das digitale Evangelium, in: Spiegel 2/2000, S. 92-101, online abrufbar unter: http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-15376078.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Astrid Erll, Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen. Eine Einführung, Stuttgart/Weimar 2005.

Elena Esposito, Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft, Frankfurt (Main) 2002.

Gisela Ewert/Walther Umstätter, Die Definition der Bibliothek. Der Mangel an Wissen über das unzulängliche Wissen ist bekanntlich auch ein Nichtwissen, in: Bibliotheksdienst, 1999, S. 957-971, online verfügbar unter: http://www.ib.hu-berlin.de/~wumsta/pub110.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010) und unter: http://bibliotheksdienst.zlb.de/1999/1999_06_Bibliotheken01.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Elena Esposito, Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft, Frankfurt (Main) 2002.

Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt (Main) 1970.

Ellen Euler/Thomas Dreier, Creative Commons – iCommons und die Allmendeproblematiken, in : *Danièle Bourcier/Mélanie Dulang de Rosnay (Hrsg.)*, International Commons at the Digital Age. La Création en partage, Paris 2004, S. 155-168.

Ellen Euler, Web-Harvesting vs. Urheberrecht. Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht, in: CR 2008, S. 64-68.

Ellen Euler, Recht am Bild der eigenen Sache? Wie frei sind gemeinfreie Kulturgüter?, in: AfP 2009, S. 459-464.

Ellen Euler, Die Rechtsinformatik als Wissenschaftsdisziplin, Hannover 2006.

Ellen Euler, Europäisches Kulturerbe - nachhaltig für alle. Ein Plädoyer für den freien und nachhaltigen Zugang zum digitalen Kulturerbe der Europäischen Union. Stellungnahme zu i2010. Online Konsultation Digitale Bibliotheken, 2006, online abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/consultations/replies/euler_ellen_a303394.pdf (Letzter Aufruf am 10. April 2010).

Ellen Euler, Zur Langzeitarchivierung digital aufgezeichneter Werke und ihrer urheberrechtlichen Einordnung und Beurteilung, in: AfP 2008, S. 474-482.

Ellen Euler/Eric W. Steinhauer/Christina Bankhardt, Digitale Langzeitarchivierung als Thema für den 3. Korb zum Urheberrechtsgesetz: Urheberrechtliche Probleme der digitalen Langzeitarchivierung. Stellungnahme der AG Recht im Kompetenznetzwerk nestor, in: Bibliotheksdienst 45, 2011, S. 322-328.

Gerhart Enders, Archivverwaltungslehre, 3. überarbeitete Auflage, Leipzig 2004.
Marianne Englert, Pressearchive, in: Der Archivar 1984, Sp. 435-442.

Ulrich Everling, Buchpreisbindung im deutschen Sprachraum und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1997.

Gisela Ewert/Walter Umstätter, Lehrbuch der Bibliotheksverwaltung. Auf der Grundlage des Werkes von Wilhelm Krabbe und Wilhelm Martin Luther völlig neu bearbeitet, Stuttgart 1997.

Gisela Ewert/Walter Umstätter, Die Definition der Bibliothek. Der Mangel an Wissen über das unzulängliche Wissen ist bekanntlich auch ein Nichtwissen, in: Bibliotheksdienst 33, 1999, S. 957-971.

Norbert P. Flechsig/Martin Fischer, Speicherung von Printmedien in betriebseigene Datenbankarchive und die Grenze ihrer betrieblichen Nutzung, in: ZUM 1996, S. 833-847.

Achim Förster, Fair Use. Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenkatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, Tübingen 2008.

Robert Frank, Die Idee Europas und das Gedächtnis, in: FTE info, Sonderausgabe Gedächtnis, Europäische Gemeinschaften 2005, S. 3.

Rudolf Frankenberger/Klaus Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek. Ein Kompendium der Bibliotheksverwaltung, München 2004.

Walter Frenz, Kastriertes Lissabon-Urteil? Die Relativierung durch den „Mangold"-Beschluss vom 6. 7. 2010, in: EWS 2010, S. 401-407.

Alexander Freys, Das Recht der Nutzung und des Unterhalts von Archiven, Baden-Baden 1989.

Marc Fritzler/Günther Unser, Die Europäische Union, Bonn 2001.

Friedrich K. Fromm/Wilhelm Nordemann, Urheberrecht**.** Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 10. überarbeitete und ergänzte Auflage, Stuttgart 2008.
(Zit.: Bearbeiter, in: F.K. Fromm/W. Nordemann, Urheberrecht)

Wolfgang Frühauf/Helga Unger/Gerd Brinkhus, Bestandserhaltung, in: Rudolf Frankenberger/Klaus Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek. Ein Kompendium der Bibliotheksverwaltung, München 2004, S. 301-321.

Max Fuchs, Kultur(politik) in Europa, Anmerkungen zu einer national wie international komplizierter gewordenen Kulturpolitik, online abrufbar unter: http://www.goethe.de/ges/eur/eku/de1952559.htm (Letzter Aufruf 10. April 2010).

Dirk von Gehlen, Piraterie schadet nicht. Tauschbörsen haben keinen Einfluss auf Plattenverkäufe. Gespräch mit Felix Oberholzer-Gee, in: Süddeutsche Zeitung vom 19.03.2007, S. 33.

Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, München 2010.

Willi Geiger, Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Thomas Berberich/Wolfgang Holl/Kurt-Jürgen Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht. Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1979, S. 131-142.

Ekkehard Gerstenberg, Fototechnik und Urheberrecht. Grenzfragen des Lichtbildschutzes, in: Georg Herbst (Hrsg.), Festschrift für Rainer Klaka, München 1987, S. 120-126.

Jane C. Ginsburg, Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, in: GRUR Int. 2000, S. 97-110.

Jürgen W. Goebel/Jürgen Scheller/Wolfgang Zimmermann, Digitale Langzeitarchivierung und Recht, Bad Homburg 2004.

Bettina Goebel, Legal, illegal, scheissegal? Musik-Download aus Filesharing- und P2P-Netzen im Lichte der deutschen Urheberrechtsnovelle vom März 2006, E-Book 2006, online abrufbar unter: http://www.grin.com/e-book/110674/legal-illegal-scheissegal-musik-download-aus-filesharing-und-p2p-netzen# (Letzter Abruf 10. April 2010).

Jürgen Christoph Gödan, Zur rechtlichen Zulässigkeit besonderer Bedingungen für die Benutzung von Handschriftenbibliotheken, in: Bibliotheksdienst 28, 1994, S. 1638-1650.

Stef van Gompel, Audiovisual Archives and the Inability to Clear Rights in Orphan Works, in: IRIS Plus Legal observations of the European audiovisual observatory, Issue 2007 – 4. S. 2-8, online abrufbar unter: http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2007.pdf.en (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Stef van Gompel, Unlocking the Potenzial of Pre-Existing Content: How to address the issue of orphan Works in Europe?, in: IIC 2007, S. 669-702, online abrufbar unter: http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/IIC_2007_6_orphan_works.pdf (Letzter Aufruf 10. April 2010).

Eckart Gottschalk, Das Ende von „fair use“? – Technische Schutzmaßnahmen im Urheberrecht der USA, in: MMR 2003, S. 148 – 156.

Georgius Gounalakis, Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagrafen: Geistiges Eigentum weiter in Piratenhand, in: NJW 2007, S. 36-38, online abrufbar unter: http://www.uni-mar-burg.de/fb01/lehrstuehle/zivilrecht/gounalakis/gounalakis_schriften/gounalakis_aufsaetze/Wissenschaftsparagraf (Letzter Abruf 10. April 2010).

Andrew Gowers, Gowers Review of Intellectual Property, Dezember 2006, online abrufbar unter: http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf (Letzter Abruf am 10. April 2010).

Klaus Graf, Urheberrecht: Schutz der Reproduktionsfotografie?, in: Kunstchronik, 2008, S. 206-208, online abrrufbar unter: http://archiv.twoday.net/stories/4850312/ (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Volker Grassmuck, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, in: ZUM 2005, S. 104-108.

Dieter Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, in: JZ 1995, S. 581-591.

Dieter Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 1984, S. 46-79.

Rita Gudermann, Wem gehört die Mona Lisa?, in: Die Zeit 8. Januar 2004 Nr.3, online abrufbar unter: http://www.zeit.de/2004/03/Bildrechte-digital (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Herbert Günther, Rechtsprobleme der Archivbenutzung, in: Rainer Polley (Hrsg.): Archivgesetzgebung in Deutschland. Marburg 2001, S. 120-181.

Christoph Gusy, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, in: ZRP 1985, S. 291-299.

Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 16/99, S. 20-30.

Jürgen Habermas, Medien, Märkte und Konsumenten. Die besondere Natur der Waren Bildung und Information in: Süddeutsche Zeitung vom 16./17. Mai 2007, S. 13, online abrufbar unter: http://www.sueddeutsche.de/kultur/21/404799/text/ (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Rupert Hacker, Bibliothekarisches Grundwissen, 7. neu bearbeitete Auflage, München 2000.

Teresa Hackett, The relationship between copyright and contract law, in: eIFL Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries, online abrufbar unter: http://www.eifl.net/cps/sections/services/eifl-ip/issues/handbook/handbook-e (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Maximilian Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung - Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Gegenstände als Kaufobjekte und das neue Schuldrecht, Tübingen 2003.

Michael Hagner, Primärverformung. Johannes Fried über die Historie als neuronales Netzwerk, Süddeutschen Zeitung vom 3.11.2004, S. 16-17.

Maurice Halbwachs, Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen, Frankfurt (Main) 1985 (original: Les cadres sociaux de la mémoire, Paris 1925).

Maurice Halbwachs, Stätten der Verkündigung im Heiligen Land. Eine Studie zum kollektiven Gedächtnis, Konstanz 2003 (original: La Topographie lègendaire des Évangiles en Terre Sainte. Étude de mémoire collective, Paris 1941).

Maurice Halbwachs, Das kollektive Gedächtnis, Frankfurt (Main) 1991 (original: La mémoire collective, Paris 1950).

Gerd Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, in: GRUR Int. 2005, 378-388, online abrufbar unter: http://www.gerd-hansen.net/Hansen_GRUR_Int_2005_378ff.pdf (Letzter Abruf 10. April 2010)

Gerd Hansen, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden 2009.

Gerd Hansen/Albrecht Schmidt-Bischoffshausen, Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften - Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, in: GRUR Int. 2007, S. 461-481.

Jörn Harder, Digitale Universitätsbibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, Marburg 2007.

Jörn Heckmann/Tobias Hillegeist, Zur Aufnahme einer Zeitschrift in eine Online-Datenbank. Anmerkung zur Entscheidung OLG Hamm, Urteil vom 26.02.2008 I-4 U 157/07, AfP 2008, S. 483-484.

Jörn Heckmann/Marc Philipp Weber, Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda, in: GRUR Int. 2006, S. 995-1000.

Jörn Heckmann/Marc Philipp Weber, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), in: AfP 2008, S. 269-276.

Jörn Heckmann, Retrodigitalisierung, in: Gerald Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, S. 123-148.

Jörn Heckmann, Die fehlende Annexvervielfältigungskompetenz des § 52b UrhG, in: in: K&R 2008, S. 284-287.

Thomas Heide, The Berne Three Step Test and the proposed Copyright Directive, in: EIPR 1999, S. 105-109.

Horst Heitland, Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Frankreichs, Deutschlands und der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1995.

Peter M. Hejl, Wie Gesellschaften Erfahrungen machen oder: Was Gesellschaftstheorie zum Verständnis des Gedächtnisproblems beitragen kann, in: Siegfried Jan Schmidt (Hrsg): Gedächtnis. Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung, 2. Auflage, Frankfurt (Main) 1992, S. 293-336.

Hermann Heller, Staatslehre, Leiden 1934.

Georg Herbst (Hrsg.), Festschrift für Rainer Klaka, München 1987.

Roman Herzog, Strukturmängel der Verfassung? Erfahrungen mit dem GG, Stuttgart 2000.

Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982.

Reto M. Hilty, Sündenbock Urheberrecht?, in: Diethelm Klippel/Ansgar Ohly (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 107-144.

Reto M. Hilty, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, in: GRUR Int. 2006, S. 179-190.

Reto M. Hilty/Alexander Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004.

Reto M. Hilty, Falsch verstanden. Das Urheberrecht darf nicht zu einem Instrument gegen die Wissenschaft ausarten, in: Süddeutsche Zeitung vom 12. April 2007, S. 18

Wouter Hins/Dirk Voorhoof, Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights, in: European Constitutional Law Review 3, 2007, S. 114-126, online abrufbar unter: http://www.ifap.ru/library/book234.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010)

Barbara Hoen (Hrsg.), Planungen, Projekte, Perspektiven. Zum Stand der Archivierung elektronischer Unterlagen, Düsseldorf 2006.

Thomas Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf. Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware, München 1989.

Thomas Hoeren, Rundfunk- und Fernsehanstalten im Internet – urheberrechtliche Grundlagen und Einzelaspekte, in: WiVerw 1994, S. 230 – 260.

Thomas Hoeren, Multimedia = Multilegia. Die immaterialgüterrechtliche Stellung des Multimediaherstellers, in: CR 1994, S. 390- 395.

Thomas Hoeren, Urheberrecht 2000. Thesen für eine Reform des Urheberrechts, in: MMR 2000, S. 3-7, online abrufbar unter: http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/INHALTE/publikationen/157.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Thomas Hoeren, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: Klaus Peter Berger/Werner F. Ebke/ Siegfried H. Elsing /Bernhard Großfeld / Gunther Kühne, (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 357-372, online abrufbar unter: http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/INHALTE/publikationen/ Happy_Birthday.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Thomas Hoeren, Rechtsfragen zu Bestandserhaltung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulschriften, 2005, online abrufbar unter: http://files.d-nb.de/nestor/berichte/hoeren.pdf (Letzter Abruf: 11. April 2010)

Heinz-Werner Hoffmann/Reiner Diedrichs, Elektronische Datenverarbeitung, in: Rudolf Frankenberger/Klaus Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek. Ein Kompendium der Bibliotheksverwaltung, München 2004, S. 418-456.

Ulrich Willi Hösch, Eigentum und Freiheit. Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Tübingen 2000.

Heinrich Hubmann, Leistungsschutz für Fotokopien, Mikrokopien und fotografische Drucksätze, in: Dietrich Schug (Hrsg.), Der Bibliothekar zwischen Praxis und Wissenschaft, Bernhard Sinogowitz zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 1986, S. 159 ff.

Werner Hugger, Gesetze. Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, Baden-Baden 1983.

Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, Leverkusen 1996.

Rainer Jacobs/Hans-Jürgen Papier/Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag am 04. Februar 2006, München 2006.

Till Jaeger, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in: Reto M. Hilty/Alexander Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 47 ff.

Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Darmstadt 1960.

Heike Jochum, Ist die legislative Kompetenzordnung des Grundgesetzes reformbedürftig? Eine kritische Betrachtung der Vorschläge zur Reform der konkurrierenden Gesetzgebung sowie der Rahmengesetzgebung des Bundes, in: ZRP 2002, S. 255-260.

Ulrich Joos, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz, München 1991.

Paul Katzenberger, Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie. Reproduktionsphotographie, Luftbild- und Satellitenaufnahmen, in: GRUR Int. 1989, 116-119.

Paul Katzenberger, Elektronische Printmedien und Urheberrecht, Stuttgart 1996.

Navid Kermani, Erst Goethe, dann Sokrates. Europa braucht gemeinsame Kulturinstitute, in: Süddeutsche Zeitung vom 1. Juni 2006, S. 15.

Peter Graf von Kielmansegg, Integration und Demokratie, in : Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, Leverkusen 1996, S. 47-71.

Wolfgang Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, Methodenorientierte Vorstudie, Frankfurt 1974.

Otto Rudolf Kissel, Internet für und gegen alle?, in: NJW 2006, S. 801-806.

Kerwin Lee Klein, On the Emergence of Memory in Historical Discourse, in: Representations Nr. 69, 2000, S. 127-150, online abrufbar unter: http://www.staff.amu.edu.pl/~ewa/Klein-On%20the%20Emergence%20of%20Memory%20in%20Historical%20Discourse.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Diethelm Klippel/Ansgar Ohly (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007.

Michael Knoche, Papierklänge. Über die Restaurierung von Partituren, in: Süddeutsche Zeitung vom 6./7. September 2008, S. 14, online abrufbar unter: http://miami.uni-muenster.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-4670/SZ_2008_09_6-7_S14_Michael-Knoche_Papierklaenge.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Frank Koch, Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten, in: GRUR 1997, S. 417-430.

Frank Koch, Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia-Anwendungen, in: GRUR 1995, S. 459-469.

Philipp Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 2000.

Stefan Kornelius, Im Grenzerhäuschen, in: Süddeutsche Zeitung vom 21. Juni 2007, S. 4, online abrufbar unter: http://www.sueddeutsche.de/politik/953/359778/text/ (Letzter Abruf 10. April 2010).

P. Krassnitzer, Autobiographische Erinnerung und kollektive Gedächtnisse. Die nationalsozialistische Erinnerung an das „Fronterlebnis“ im Ersten Weltkrieg und in den Autobiographien von alten Kämpfern, in: Vittoria Borsò/Gerd Krumeich/Bernd Witte (Hrsg.), Medialität und Gedächtnis. Interdisziplinäre Beiträge zur kulturellen Verarbeitung europäischer Krisenzeiten, Stuttgart/Weimar 2001, S. 215-258.

Reinhold Kreile/Jürgen Becker, Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten, in: GRUR Int. 1996, S. 677-692.

Stefan Krempl, Urheberrechtsvertretungen gegen Filesharing-Kulturflatrate, in: Heise Online News vom 13. November 2007, online abrufbar unter: http://www.heise.de/newsticker/meldung/Urhebervertretungen-gegen-Filesharing-Kulturflatrate-194990.html (Letzter Aufruf am 10. April 2010).

Till Kreutzer, Die Entwicklung des Urheberrechts in Bezug auf Multimedia der Jahre 1994-1998, Hamburg 1999, online abrufbar unter: http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/58 (Letzter Abruf 10. April 2010).

Till Kreutzer, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda. Teil 1, in: GRUR 2001, 193-204.

Till Kreutzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel, Hamburg 2008.

Till Kreutzer, Digitalisierung gemeinfreier Werke durch Bibliotheken, Digitalisierungsleitfaden herausgegeben vom Hochschulbibliothekszentrum des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 2011.

Detlef Kröger, Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002.

Detlef Kröger, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, in: MMR 2002, S. 18-21.

Oliver Krüger, Der Avatar im Netz-Identität im Zeitalter des Cyberspace, in: Aleida Assmann/Jan Assmann (Hrsg.), Verwandlungen. Archäologie der literarischen Kommunikation IX, München 2006, 205-224.

Johann Georg Krünitz, Die Oekonomische Encyklopädie oder allgemeines System der Staats- Stadt- Haus- und Landwirthschaft in alphabetischer Ordnung, 1773-1858, online abrufbar unter: http://www.kruenitz1.uni-trier.de/ (Letzter Aufruf am 10. April 2010).

Sebastian Kubis, Digitalisierung von Druckwerken zur Volltextsuche im Internet – die Buchsuche von Google („Google Book Search“) im Konflikt mit dem Urheberrecht, in: ZUM 2006, 370-379.

Rainer Kuhlen, Zum Stand pragmatischer Forschung in der Informationswissenschaft, in: Pragmatische Aspekte beim Entwurf und Betrieb von Informationssystemen. Proceedings des 1. Internationalen Symposiums für Informationswissenschaft, Nr.1, 1990, S. 13-18.

Terry Kuny, A Digital Dark Ages? Challenges in the Preservation of Electronic Information, 1997, online abrufbar unter: http://archive.ifla.org/IV/ifla63/63kuny1.pdf (Letzer Abruf 12. April 2010)

Klaus Laisiepen/Ernst Lutterbeck/Karl-Heinrich Meyer-Uhlenried (Hrsg.), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation, München 2004.

Jaques Le Goff, Geschichte und Gedächtnis, Frankfurt (Main)/New York 1992.

Klaus-Dieter Lehmann, Kulturelle Überlieferung und das kurze Gedächtnis der neuen Medien, in: Herbert-Quandt-Stiftung (Hrsg.), Die Zukunft des Gewesenen. Erinnern und Vergessen an der Schwelle des neuen Millenniums, Bad Homburg 2000, S. 42-47, online abrufbar unter: http://www.isaac-sinclair.de/root/index.php?page_id =451&PHPSESSID=468558261c4f66f218da9b1aa9d597be&PHPSESSID=468558 261c4f66f218da9b1aa9d597be (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Henrik Lehment, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, Göttingen 2008.

Michael Lehmann, Digitalisierung und Urhebervertragsrecht, in: ders. (Hrsg.) Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, S. 57-66.

Michael Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997.

Mathias Lejeune (Hrsg.), Der E-Commerce-Vertrag nach amerikanischem Recht, Köln 2001.

Felix Leonhardt, UNESCO Programm Memory of the World. UNESCO Charta zum Erhalt des digitalen kulturellen Weltkulturerbe, in: Thomas Dreier/Ellen Euler (Hrsg.): Kulturelles Gedächtnis im 21. Jahrhundert, Karlsruhe 2005, S. 113-123.

Michael Libertus, Determinanten der Störerhaftung für Inhalte in Onlinearchiven, in: MMR 2007, S. 143-149.

Hans Liegmann, Langzeitverfügbarkeit digitaler Publikationen, in: Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie, Sonderheft Nr. 81, 2001, S. 99-114.

Hans Liegmann, Selbstbedienung oder Lieferung frei Haus?, in: Dialog mit Bibliotheken 14, 2002, S. 15-18, online abrufbar unter: http://www.d-nb.de/netzpub/info/pdf/dialog_2002_1_liegmann.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Hans Liegmann, Web-Harvesting: Aktivitäten von Nationalbibliotheken, in: Barbara Hoen (Hrsg.), Planungen, Projekte, Perspektiven. Zum Stand der Archivierung elektronischer Unterlagen, Düsseldorf 2006, S. 57-65.

Oliver Linnenborn, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: K&R 2001, S. 394-402.

Raoul Löbbert, Wie archiviert man das Internet? Jeder Chat ein Dokument, in: FAZ vom 29.10.2006, S. 33, online abrufbar unter: http://www.faz.net/s/Rub1DA1FB848C1E44858CB87A0FE6AD1B68/Doc~EFE333574446E47C7862E8F2DE6C2DDD6~ATpl~Ecommon~Scontent.html (Letzter Abruf: 10. April 2010.

Ulrich Loewenheim, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Dokumente in Datenbanken, in: AfP 1993, S. 613-619.

Ulrich Loewenheim, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Dokumente in Datenbanken, 1994.

Bernd Lorenz, Braucht das Urheberrecht eine Schranke für die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG)?, in: ZRP 2008, 261-264.

Jörg Lücke, Die allgemeine Gesetzgebungsordnung, in: ZG 2001, 1, S. 1-49.

Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bände, Frankfurt (Main) 1997.

Margaret MacLean/Ben H. Davis, (Hrsg.), Time and Bits. Managing Digital Continuity. Los Angeles 1998.

Gerald Maier/Thomas Fricke (Hrsg.), Kulturgut aus Archiven, Bibliotheken und Museen im Internet. Neue Ansätze und Techniken, Stuttgart 2004.

Bartholomäus Manegold, Archivrecht. Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG, Berlin 2002.

Hermann Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz (GG), Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 5. Auflage, München 2005. (Zit.: Bearbeiter, in: H. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar)

Reto Mantz, Open Content Lizenzen und Verlagsverträge. Die Reichweite des § 33 UrhG, in: MMR 2006, S. 784-789, online abrufbar unter: http://www.retosphere.de/files/Mantz,Open_Content-Lizenzen_und_Verlagsvertraege-Die_Reichweite_des_33_UrhG,MMR_2006,784.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Guiseppe Mazziotti, EU Digital Copyright Law and the End-User, Berlin/Heidelberg 2008.

Ira Mazzoni, Was Restauratoren für unser kulturelles Gedächtnis tun, in: Süddeutsche Zeitung vom 31. August 2006 S. 13.

Marshall McLuhan, Das Medium ist die Botschaft, in: ders., Die magischen Kanäle. Understanding Media, 2. erweiterte Auflage, Dresden/Basel 1995.

Marshall McLuhan, Die magischen Kanäle. Understanding Media, 2. erweiterte Auflage, Dresden/Basel 1995.

Angelika Menne-Haritz, Schlüsselbegriffe der Archivterminologie. Lehrmaterialen für das Fach Archivwissenschaft, Marburg 1992.

Klaus Merten/Siegfried Jan Schmidt/Siegfried Weischenberg (Hrsg.), Die Wirklichkeit der Medien. Eine Einführung in die Kommunikationswissenschaft. Opladen 1994.

Axel Metzger, Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder enge Einzeltatbestände? Erscheint in: M. Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, online abrufbar unter: http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/Materialien/Metzger/Publikationen/Metzger-UrheberrechtsschrankenFairUse2010.pdf

Axel Metzger/Till Jaeger, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, in: MMR 2003, S. 431-438, online abrufbar unter: http://www.ifross.org/ifross_html/art31.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Axel Metzger /Till Jaeger, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, in: GRUR Int. 1999, S. 839-848.

Anke Verena Meyer, Netzpublikationen. Geschäftsgang und Verfügbarmachung, in: Berliner Handreichungen zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft Nr. 210,

Berlin 2007, online abrufbar unter: http://www.ib.hu-berlin.de/~kumlau/handreichungen/h210/h210.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Heinrich Otto Miesner/Wolfgang Leesch, Grundzüge einer deutschen Archivterminologie, Referentenentwurf des Ausschusses für deutsche Archivsprache. Neubearbeitung, in: Archivmitteilungen 10, 1960, S. 134-152.

Sven Mittsdörfer/Ulf Guttfleisch, „Geo-Sperren" – wenn Videoportale ausländische Nutzer sperren. Eine urheberrechtliche Betrachtung, in: MMR 2009, S. 731-735.

Oliver Moldenhauer, Zukunft des 2P2. Kultur-Flatrate statt Knast, in: Spiegel Online vom 22. Juli 2004, online abrufbar unter: http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,309768,00.html (Letzter Abruf 10. April 2010).

Philipp Möhring/Käte Nicolini, Urheberrechtsgesetz-Kommentar, 2. Auflage, München 2000 (zit.: Bearbeiter in: P. Möhring/ K. Nicolini, UrhG)

Hauke Möller, Art. 14 GG und das „geistige Eigentum", in: JurPC 2002, Web-Dok. 225/2992, Abs. 1-58, online abrufbar unter: http://www.jurpc.de/aufsatz/20020225.htm (Letzter Abruf: 10. April 2010)

Regina Mönch, Kulturflatrate. Für eine Handvoll Euro, FAZ online vom 28. August 2009, online abrufbar unter: http://www.faz.net/s/Rub475F682E3FC24868A8A5276D4FB916D7/Doc~E8440FAE6E56943E0B1AD2E570E3F763C~ATpl~Ecommon~Scontent.html (Letzter Abruf 10. April 2010).

Lutz Mönkemöller, Moderne Freibeuter unter uns? Internet, MP3 und CD-R als Gau für die Musikbranche!, in: GRUR 2000 S. 663-669.

Michael Mönninger, Die Google-Bibliothek, in: Die Zeit, 2005, S. 32 ff.

Wilhelm Mößle, Handbuch des Museumsrechts 7: Öffentliches Recht, Opladen 1999.

Georg Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999.

Georg Müller, Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 227-234.

Harald Müller, Elektronisches Pflichtexemplarrecht oder das Recht des Bürgers auf ungehinderten Zugriff zu elektronisch gespeicherten Informationen, in: Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie, Sonderheft 68, 1997, S. 199-212.

Hans-Joachim Musielak, Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar, 5. Aufl., München 2007.
(Zit.: Bearbeiter, in: H.-J. Musielak, Zivilprozessordnung)

Kai Naumann, Websites für die Nachwelt. Das Landesarchiv rettet Web-Auftritte vor dem digitalen Vergessen, in: Archivnachrichten des Landesarchivs Baden-Württemberg Nr. 35, September 2007, S. 27.

Michael Nierhaus/Sonja Rademacher, Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle, in: LKV 2006, S. 385-395.

Ossi Niiranen, Online Access to the World`s Libraries. Legal risk analysis of book scanning and indexing projects in Europe and their implications for the freedom of information, in: CRI 2006, 65-70.

Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973.

Pierre Nora, Zwischen Geschichte und Gedächtnis. Die Gedächtnisorte, in: ders.: Zwischen Geschichte und Gedächtnis, Frankfurt (Main) 1998, S. 11-42.

Pierre Nora, Zwischen Geschichte und Gedächtnis, Frankfurt (Main) 1998.

Pierre Nora, Erinnerungsorte Frankreichs, München 2005.

Wilhelm Nordemann, Lichtbildschutz für fotografisch hergestellte Vervielfältigungen?, in: GRUR 1987, 15-18.

Kerstin Odendahl, Kulturgüterschutz. Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems, Tübingen 2005.

Claus Offe, Gibt es eine europäische Gesellschaft? Kann es sie geben?, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 2001, 423-435.

Ansgar Ohly/Theo Bodewig/Thomas Dreier/Horst-Peter Götting/ Maximilian Haedicke/Michael Lehmann (Hrsg.), Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005.

Klaus Oldenhage/Hermann Schreyer/Wolfram Werner (Hrsg.), Archiv und Geschichte. Festschrift für Friedrich P. Kahlenberg, Düsseldorf 2000.

Manfred Osten, Das geraubte Gedächtnis. Digitale Systeme und die Zerstörung der Erinnerungskultur, Frankfurt (Main)/Leipzig 2004.

Manfred Osten, Gespeichert, das heißt vergessen – moderne Seichertechnologien, Aufbewahrungspraktiken und ihre gesellschaftlichen Implikationen, in: Thomas

Dreier/Ellen Euler (Hrsg.), Kulturelles Gedächtnis im 21 Jahrhundert, Karlsruhe 2005, S. 185-196.

Manfred Osten, Digitalisierung und kulturelles Gedächtnis, in: APuZ 5-6/2006, S. 3-8.

Stephan Ott, Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?, in: GRUR Int. 2007, 562-569.

Stephan Ott, Der Google Cache - Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung?, in: MIR 2007, Dok. 195, Rz. 1-20.

Stephan Ott, Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen?, in: ZUM 2007, S. 119-128.

Stephan Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, Stuttgart 2004.

Olaf Otting, Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft, DVBL 1997, 1258-1263.

Bernd Ottnad, Die Geschichte des Archivwesens vom 16. Jahrhundert bis zur Gegenwart, in: Gregor Richter (Hrsg.), Aus der Untersuchung des Archivars, Festschrift für Eberhard Gönner, Stuttgart 1986, S. 1-22.

Herbert Paschen/Christopher Coenen/Bernd Wingert, Medienentwicklung und kulturelle Transformation, in: TAB-Brief Nr. 21, Dezember 2001, S. 5-9, online abrufbar unter: http://www.tab.fzk.de/de/brief/brief21.pdf (Letzter Abruf 10. April 2010).

Guy Pessach, Networked Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents, in: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal Nr. 1, 2008, S. 71-149, online verfügbar unter: http://www.cardozoaelj.net/issues/08/pessach.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Gerd Pfennig, Museum und Urheberrecht im digitalen Zeitalter. Leitfaden für die Museumspraxis, Wiesbaden 2005.

Henning Piper, Zum Wettbewerb der öffentlichen Hand, in: GRUR 1986, S. 574-579.

Engelbert Plassmann/Ludger Syré, Die Bibliothek und ihre Aufgaben, Vereine und Verbände des Bibliothekswesens, in: Rudolf Frankenberger/Klaus Haller (Hrsg.), Die moderne Bibliothek. Ein Kompendium der Bibliotheksverwaltung, München 2004, S. 11-41.

Engelbert Plassmann/Hermann Rösch/Jürgen Seefeldt/Konrad Umlauf, Bibliotheken und Informationsgesellschaft in Deutschland. Eine Einführung, Wiesbaden 2006.

Thomas Platena, Das Lichtbild im Urheberrecht. Gesetzliche Regelung und technische Weiterentwicklung, Frankfurt (Main) 1998.

Jan Poeppel, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005.

Rainer Polley (Hrsg.): Archivgesetzgebung in Deutschland. Marburg 2001.

Albrecht Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabnitz, München 1995.

Konrad Redeker, Wege zu besserer Gesetzgebung, in: ZRP 2004, S. 160-163.

Viviane Reding, Vorwort, in: „i2010 – Digital Libraries, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburg 2006.

Manfred Rehbinder, Urheberrecht, 12. Auflage, München 2002.

Jörg Reinbothe, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, in: ZUM 2002, S. 43-51.

Helmut Richtering, Herrschafts-, Familien- und Hausarchive, in: Der Archivar 1984, Sp. 413-420.

Jeremy Rifkin, Der Europäische Traum. Die Vision einer leisen Supermacht, Frankfurt (Main)/New York 2004.

Cyrill P. Rigamonti, Schutz gegen Umgehung technischer Maßnahmen im Urheberrecht aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive, in: GRUR Int. 2005, S. 1-14.

Gerhard Robbers, Hermann Heller: Staat und Kultur, Baden-Baden 1983.

Hannes Rösler, Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte. Reflexionen der U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft zum Urheberrecht im digitalen Zeitalter, in: GRUR Int. 2005, S. 991-997.

Hannes Rösler, Haftung von Musiktauschbörsen und ihrer Nutzer in Nordamerika, Australien und Europa, in: MMR 2006, S. 503-511.

Robert Roßmann, Der Staat schützt und fördert die Kultur, in: Süddeutsche Zeitung vom 24./25.02.2007, S. 2.

Jeff Rothenberg, Digital Preservation Summary. Präsentation vom 4. April 2003, online abrufbar unter:

http://www.nationalarchives.gov.uk/documents/rothenberg.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Jeanne Rubner, Die Schule Europas, in: Süddeutsche Zeitung vom 18. Oktober 2007, S. 4.

Philipp Runge, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, in: GRUR Int. 2007, S. 130-135.

Haimo Schack, Europäisches Urheberrecht im Werden, in: ZEuP 2000, S. 799-819.

Haimo Schack, Kunst und Recht. Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht. 2. Auflage, Tübingen 2009.

Haimo Schack, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, in: GRUR 2007, S. 639-645.

Haimo Schack, Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen?, in: AfP 2003, S. 1-8.

Haimo Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: Ansgar Ohly/Theo Bodewig/Thomas Dreier/Horst-Peter Götting/ Maximilian Haedicke/Michael Lehmann (Hrsg.), Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 511-521.

Jochen Schlingloff, Fotografieren verboten. Zivilrechtliche Probleme bei der Herstellung und Reproduktion von Lichtbildern ausgestellter Kunstwerke, in: AfP 1992, S. 112-116.

Stefanie Schmahl, Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, in: LKV 2000, S. 47-54.

Jürgen Schmieder, Internet. Jäger des virtuellen Schatzes, in: Süddeutsche Zeitung vom 15.09.2006, S. 9, online abrufbar unter: http://www.sueddeutsche.de/panorama/304/372116/text/ (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 26, S. 541ff.

Edzard Schmidt-Jortzig, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569-2573.

Jan Siegfried Schmidt, Medien, Kultur, Medienkultur. Ein konstruktivistisches Gesprächsangebot, in: Ders. (Hrsg.): Kognition und Gesellschaft. Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus 2, Frankfurt (Main) 1992, S. 425-450.

Jan Siegfried Schmidt (Hrsg.): Kognition und Gesellschaft. Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus 2, Frankfurt (Main) 1992.

Siegfried Jan Schmidt (Hrsg), Gedächtnis. Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung, 2. Auflage, Frankfurt (Main) 1992.

Siegfried Jan Schmidt, Geschichten & Diskurse. Abschied vom Konstruktivismus, Reinbek 2003.

Hans-Peter Schneider, Meliora Legalia – Wege zu besserer Gesetzgebung, in: ZG 2004, S. 105- 121.

Hans Schneider, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. neu bearb. und erw. Auflage, Heidelberg 2002.

Hans-Joachim Schreckenbach, Archivgesetze und Archivterminologie, in: Klaus Oldenhage/Hermann Schreyer/Wolfram Werner (Hrsg.), Archiv und Geschichte. Festschrift für Friedrich P. Kahlenberg, Düsseldorf 2000, S. 157-181.

Gerhard Schricker, Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, in: GRUR 1992, S. 242–247.

Gerhard Schricker (Hrsg.), Urheberrecht. Kommentar, 3. Auflage, München 2006. (Zit.: Bearbeiter, in: G. Schricker, Urheberrecht)

Dietrich Schug (Hrsg.), Der Bibliothekar zwischen Praxis und Wissenschaft, Bernhard Sinogowitz zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 1986.

Daniela Schulz, Der Bedeutungswandel des Urheberrechts durch Digital Rights Management – Paradigmenwechsel im deutschen Urheberrecht?, in: GRUR 2006, S. 470-477.

Marcel Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz. München 2003.

Helmuth Schulze-Fielitz, Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung – durch sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle?, JZ 2004, S. 862-871.

Gunnar Folke Schuppert, Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, ZG 2003, Sonderheft 200, S. 1-102.

Jürgen Schwarze, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Kultur, in: ders./Jürgen Becker (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Kultur im

Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1998, S. 125-158.

Jürgen Schwarze/Jürgen Becker (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1998.

Olaf Schwencke, Das Europa der Kulturen. Kulturpolitik in Europa. Dokumente, Analysen und Perspektiven von den Anfängen bis zur Gegenwart, 2. erweiterte und aktualisierte Auflage, Essen/Bonn 2006.

Ute Schwens/Hans Liegmann, Langzeitarchivierung digitaler Ressourcen, in: Klaus Laisiepen / Ernst Lutterbeck / Karl-Heinrich Meyer-Uhlenried (Hrsg.), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation, München 2004, S. 567 – 570.

Jürgen Seefeldt, Bibliotheken in Deutschland, 2007, online abrufbar unter: http://www.bibliotheksportal.de/hauptmenue/bibliotheken/bibliotheken-in-deutschland/bibliothekslandschaft/ (Letzter Abruf am 10. April 2010).

David Seiler, Rechtliche Betrachtung fotografischer Reproduktionen, in Erwiderung auf Klaus Graf, online verfügbar unter: http://www.fotorecht.de/publikationen/ReproFotos.html (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Martin Senftleben, Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Den Haag 2004.

Martin Senftleben, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR Int. 2004, S. 200-211.

Martin Senftleben, Die Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: *Reto M. Hilty/Alexander Peukert (Hrsg.)*, Der Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 159-186.

Martin Senftleben, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR Int. 2004, S. 200-211.

Martin Senftleben, Der Kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: Matthias Weller/Nicolia B. Kemle/Thomas Dreier/Peter Michael Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Tagungsband des III. Heidelberger Kunstrechtstags am 09. und 10. Oktober 2009. Baden-Baden 2010.

Franzisk. Sick, Digitales Recht und digitales Gedächtnis, in: dies./Beate Ochsner (Hrsg.): Medium und Gedächtnis. Von der Überbietung der Grenze(n), Frankfurt (Main) 2004, S. 43-69.

Franziska Sick/Beate Ochsner (Hrsg.): Medium und Gedächtnis. Von der Überbietung der Grenze(n), Frankfurt (Main) 2004.

Jörn Siglerschmidt, MusIS. Chancen und Probleme großer Dokumentationsprojekte, in: Gerald Maier/Thomas Fricke (Hrsg.), Kulturgut aus Archiven, Bibliotheken und Museen im Internet. Neue Ansätze und Techniken, Stuttgart 2004, S. 47-63.

Ulrich Smeddinck, Optimale Gesetzgebung im Zeitalter des Mandelkern-Berichts, in: DVBl 2003, S. 641-646.

Helge Sodan, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, in: NVwZ 2000, S. 601- 609.

Gerald Spindler, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft in: GRUR 2002, S. 105 – 120.

Gerald Spindler/Jörn Heckmann, Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 137 I UrhG-E). Schließt die Archive?, in: ZUM 2006, S. 620-630.

Gerald Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006.

Gerald Spindler/Jörn Heckmann, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen. Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int. 2008, S. 271-284.

Felix Stang, Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke? Zur urheberrechtlichen Bewertung von Angeboten gemeinfreier Bilder bei Wikipedia und Wikimedia Commons, in: ZGE/IPJ 2009, S. 167-219.

George Steiner, After Babel. Aspects of Language and Translation, London/Oxford/New York 1975.

Udo Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 1984, S. 7-45.

Eric W. Steinhauer, Pflichtablieferung von Netzpublikationen. Urheberrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Ablieferungspflicht von Netzpublikationen an die Deutsche Nationalbibliothek, in: K&R 2009, S. 161-166, online abrufbar unter: http://edoc.bibliothek.uni-halle.de/servlets/MCRFileNodeServlet /HALCoRe_derivate_00003062/KuR_03_09_Steinhauer.pdf;jsessionid=c6rslbf7ihb07?hosts= (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Thomas Stögmüller, Grünbuch über die Auswirkungen des geistigen Eigentums auf die von der amerikanischen Regierung angestrebte „National Information Infrastructure“, in: GRUR Int. 1995, S. 855-858.

Gerd Strohmeier, Die EU zwischen Legitimität und Effektivität, in: APuZ 10/2007, S. 24-30, online abrufbar unter:
http://www.bpb.de/publikationen/VHO2ZQ,0,0,Die_EU_zwischen_Legitimit%E4t_und_Effektivit%E4t.html#art0 (Letzter Abruf: 10. April).

Walther Umstätter, Die Nutzung des Internets zur Fließbandproduktion von Wissen, in: ders. / Klaus Fuchs-Kittowski / Heinrich Parthey / Roland Wagner-Döbler (Hrsg.), Organisationsinformatik und Digitale Bibliothek in der Wissenschaft. Wissenschaftsforschung Jahrbuch 2000, Berlin 2001, S. 179-199.

Walther Umstätter/Klaus Fuchs-Kittowski/Heinrich Parthey/Roland Wagner-Döbler (Hrsg.), Organisationsinformatik und Digitale Bibliothek in der Wissenschaft. Wissenschaftsforschung Jahrbuch 2000, Berlin 2001.

Klaus Urbanski/Roland Woitowitz, Digitaltechnik. Ein Lehr und Übungsbuch, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg/New-York 2006.

Jan Vansina, Oral Tradition as History, Madison 1985.

Wolfgang Graf von Vitzthum, Staatszielbestimmungen und Grundgesetzreform. Eine Stellungnahme für die Gemeinsame Verfassungskommission, in: Albrecht Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabnitz, München 1995, S. 819-849.

Gottfried Wagner, Europäische Kulturpolitik – wie bitte?, in: Kulturpolitische Mitteilungen I/2007, S. 24-26, online abrufbar unter:
http://www.kupoge.de/kumi/pdf/kumi116/kumi116_24-26.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Kai Walter, Das Pflichtexemplar in der Gesetzgebung des Bundes und der Länder, in: Christiane Bohrer (Hrsg.), Bibliotheksgesetzgebung in Europa. Diskussionsbeiträge und Länderberichte, Bad Honnef 2000, S. 49-53.

Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht (UrhG), 2. Aufl., München 2006.
(Zit.: Bearbeiter, in: A.-A. Wanddkte/W. Bullinger, Praxiskommentar, 2006)

Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht (UrhG), 3. Aufl., München 2009.
(Zit.: Bearbeiter, in: A.-A. Wanddkte/W. Bullinger, Praxiskommentar, 2009)

Hartmut Weber, Die Rolle der Archive in Electronic-Government Konzepten, in: Gerald Maier/Thomas Fricke (Hrsg.), Kulturgut aus Archiven, Bibliotheken und Museen im Internet. Neue Ansatze und Techniken, Stuttgart 2004, S. 17-23.

Heinrich Wefing, Staatsziel Kultur. Kultur und Verfassung, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. Februar 2006, 1, online abrufbar unter:

http://www.faz.net/s/Rub7FC5BF30C45B402F96E964EF8CE790E1/Doc~E673CE325C8B34D6F848B317FCEB358FE~ATpl~Ecommon~Scontent.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Werner Weidenfeld, Die Europäische Verfassung verstehen, Gütersloh 2006.

Matthias Weller/Nicolia B. Kemle/Thomas Dreier/Peter Michael Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt - Kunst im Recht. Tagungsband des III. Heidelberger Kunstrechtstags am 09. und 10. Oktober 2009. Baden-Baden 2010.

Heidrun Wiesenmüller, Langzeitarchivierung von Online-Publikationen an Regionalbibliotheken. Das Projekt 'Baden-Württembergisches Online-Archiv' (BOA), in: Bibliotheksdienst 2004, S. 471-479.

Heidrun Wiesenmüller/Lars Jendral/Hildegard Schäffler/Silke Schomburg/Christoph Höck/Monika Kohlmann, Auswahlkriterien für das Sammeln von Netzpublikationen im Rahmen des elektronischen Pflichtexemplars. Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft der Regionalbibliotheken, in: Bibliotheksdienst 2004, S. 1423-1444.

Hartmut Winkler, Mediendefinition, in: Medienwissenschaft, Nr. 1/2004, S. 9-27.

Gerhard Wolf, Der Einsatz neuer Medien in Rechtslehre und Rechtspraxis, in: Der Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam (Hrsg.), Neue Medien und Recht. Tag der juristischen Fakultät 21. November 2001, Potsdam 2002, S. 7-17.

Christian Wolff, Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht, Göttingen 2005.

Martin Wolff/Ludwig Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957.

Thomas Würtenberger, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, Berlin 1979.

Nasr Hamid Abu Zaid, Schlüsselwort Freiheit. Gegen eine (autonome) europäische Identität, in: Süddeutsche Zeitung vom 13.12.2007, S. 15.

Johann Heinrich Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon der Wissenschaften und Künste (1732-1754), online abrufbar unter: http://www.zedler-lexikon.de (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Martin Zierold, Gesellschaftliche Erinnerung. Eine medienkulturwissenschaftliche Perspektive, Berlin/New York 2006.

II. Reine Netzpublikationen und Materialien

Abdelaziz Abid, Leiter des Memory of the World Programmes, Vortrag gehalten auf einer Konferenz zur digitalen Zukunft des wissenschaftlichen und kulturellen Erbes in Tallin/Estland am 20.10.2006. Folien abrufbar unter: http://www.telmemor.net/conference/docs/Session%206%20-%20Abdelaziz%20Abid.ppt (Letzter Abruf: 2. März 2007).

Aleida Assmann, Soziales und kollektives Gedächtnis, Vortrag auf einer von der Bundeszentrale für politische Bildung veranstalteten internationalen Konferenz, „Kulturelles Gedächtnis – China zwischen Vergangenheit und Zukunft“, als pdf abrufbar unter: www.bpb.de/files/0FW1JZ.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, Bundestagsdrucksache 12/6000, online abrufbar unter: http://www.ub.fu-berlin.de/service_neu/ubpubl/mitarbeiter/dbe/UDHR60/Bundestag_12-6000.pdf (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Berliner Erklärung über den Zugang zu wissenschaftlichem Wissen, 2006 online abrufbar unter: http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf (Letzter Abruf: 25. März 2011).

Bethesda Statement on Open Access Publishing, abrufbar unter: http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm (Letzter Abruf: 25. März 2011).

Bundesvereinigung Deutscher Bibliotheksverbände und Bertelsmann Stiftung, „Bibliothek 2007“, 2004, online abrufbar unter: www.bibliothek2007.de (Letzter Abruf: 25. März 2011).

Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Thüringer Bibliotheksgesetz (ThürBibG) und Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz (ThürBibRG) vom 23. Mai 2008, online abrufbar unter: http://www.boersenblatt.net/sixcms/media.php/747/Stellungnahme_B%F6rsenverein_Th%FCrBibG.PDF (Letzter Abruf: 10. April 2010)

Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Honnefelder: Google Book Settlement mit Licht und Schatten, Pressemitteilung vom 15. November 2009, online abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/de/158446/Pressemitteilungen/347590?_nav= (Letzter Abruf: 10. April 2010)

British Library, Intellectual Property: A Balance. The British Library Manifesto, London 2006, online abrufbar unter: http://www.bl.uk/news/pdf/ipmanifesto.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010)

Budapest Open Access Initiative, online abrufbar unter: http://www.soros.org/openaccess/g/read.shtml (Letzter Abruf: 25. März 2011).

Creative Commons Lizenzen, online abrufbar unter: http://creativecommons.org/about/license/ (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future, A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, vom 22 October 2009, online abrufbar unter: http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010)

Declaration. A balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Cpoyright Law, online abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/aktuelles/declaration_on_the_three_step_.cfm (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Deutsche Bibliotheksstatistik (DBS), Gesamtauswertung Berichtsjahr 2008, online abrufbar unter: http://www.hbz-nrw.de/dokumentencenter/produkte/dbs/aktuell/auswertungen/gesamt/dbs_gesamt_08.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Deutschen Bundesregierung, Amicus-Curiae-Schriftsatz, online abrufbar unter: http://www.bmj.bund.de/files/-/3924/Amicus%20Curiae%20Brief%20Google%20Books.pdf (Letzter Abruf 12. März 2010).

Deutsche Nationalbibliothek, Pressemitteilung vom 29.06.2006, Deutsche Nationalbibliothek mit erweitertem Sammelauftrag. Online abrufbar unter: http://deposit.d-nb.de/ep/netpub/76/22/36/991362276/_data_dyna/_snap_stand_2007_07_13/eng/aktuell/presse/pressemitt_dnbg_neu.htm (Letzter Abruf: 25. März 2011).

Deutsche UNESCO-Kommission e.V., Gedächtnis der Menschheit: "Memory of the World", online abrufbar unter: http://www.unesco.de/mow.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Digital Peer Publishing Lizenz, online abrufbar unter: http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/ (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Ergebnisse der Online-Konsultation zu ‚i2010: Digitale Bibliotheken’, online abrufbar unter: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/results_online_consultation/de.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Fraunhofer Institut Intelligente Analyse- und Informationssysteme, Auf dem Weg zur Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB), Studie erstellt im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien, 2008, online abrufbar unter:

http://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/pdf/auf_dem_weg_studie.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Fraunhofer Institut Intelligente Analyse- und Informationssysteme, Bestandsaufnahme zur Digitalisierung von Kulturgut und Handlungsfelder, Studie erstellt im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM) unter finanzieller Beteiligung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2007, online abrufbar unter:
http://www.iais.fraunhofer.de/uploads/media/BKM_End_01.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Gesamtvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52 a UrhG, online abrufbar unter: http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C38604013_L20.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft, Dok. KOM(2008) 466/3, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/greenpaper_de.pdf (Letzter Abruf 12. März 2010).

i2010 – digital libraries, 2006, online abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/brochures/dl_brochure_2006.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

i2010: Digitale Bibliotheken. Hochrangige Expertengruppe – Untergruppe „Urheberrecht“. Bericht über digitale Bewahrung, verwaiste und vergriffene Werke. Ausgewählte Fragen der Implementierung vom 18. April 2007, online abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_report_april_2007_de.pdf (Letzter Abruf: 12. April 2010).

i2010 Digital Libraries Initiative, High Level Expert Group on Digital Libraries, Final Report, December 2009, online abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/hlg_final_report09.pdf (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Institut de Recherche en Droit Privé de l’Université de Nantes, Peer-to peer et propriété littéraire et artistique. Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l’échange des oeuvres sur internet, 2005, online abrufbar unter:
http://privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p2p-acs_Nantes.pdf (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten, Saarbrücken/Kassel 2009, online abrufbar unter: online abrufbar unter: http://kobra.bibliothek.uni-kassel.de/bitstream/urn:nbn:de:hebis:34-

2009051227379/3/EMR_Gutachten_Kulturflatrate.pdf (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Institut für Museumsforschung (Hrsg.), Statistische Gesamterhebung an den Museen der Bundesrepublik Deutschland für das Jahr 2008, Berlin 2009, online abrufbar unter: http://museum.zib.de/ifm/mat63.pdf (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Interview von Bernd Neumann mit promedia: "Ich selbst verstehe mich mehr als Moderator", online abrufbar unter: http://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Interview/2009/08/2009-08-05-neumann-promedia.html (Letzter Abruf: 12. April 2010).

Kommission forciert Realisierung der Europäischen Digitalen Bibliothek als „Gedächtnis Europas“, Pressemitteilung der EU vom 2. März 2006, Referenznummer IP/06/253, online abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/253&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Kommission ruft Mitgliedstaaten zur Beteiligung am Aufbau der Europäischen Digitalen Bibliothek auf, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 25. August 2006, Referenznummer IP/06/1124, online abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1124&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Mitteilung der Kommission „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“, KOM(2009) 532, online abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20091019_532_de.pdf (Letzter Abruf: 12. März 2010);

Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss KOM(2005) 465 endgültig, i2010: Digitale Bibliotheken, online abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0465:FIN:DE:PDF (Letzter Abruf: 12. April 2010), zitiert als KOM(2005) 465 endgültig, i2010: Digitale Bibliotheken

David Seiler, Rechtliche Betrachtung fotografischer Reproduktionen, in Erwiderung auf Klaus Graf, online abrufbar unter: http://www.fotorecht.de/publikationen/ReproFotos.html (Letzter Abruf 12. April 2010).

Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, Bundestagsdrucksache 16/7000, online abrufbar unter: http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/070/1607000.pdf (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Eric Steinhauer, Virtueller Zettelkasten zum Bibliotheksrecht vom 09. November 2009, abrufbar unter: http://www.bibliotheksrecht.de/2009/11/09/elektronisches-pflichtexemplar-hamburg-7338484/ (letzter Abruf: 10. Juli 2010).

UNESCO, Charter on the Preservation of Digital Heritage, 2003, online abrufbar unter: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17721&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Letzter Abruf: 12 April 2010).

UNESCO, General introduction to the standard-setting instruments of UNESCO, online abrufbar unter: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=23772&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

UNESCO, Safeguarding the documentary heritage of humanity, 2003, online abrufbar unter: http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001877/187733e.pdf (Letzter Abruf: 25. März 2011).

UNESCO, Verfassung der Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur (UNESCO), online abrufbar unter: http://www.unesco.de/verfassung.html (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“. Kultur als Staatsziel, Bundestagsdrucksache 15/5560, online abrufbar unter: http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/15/055/1505560.pdf (Letzter Abruf: 12 April 2010).

Johann Heinrich Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon der Wissenschaften und Künste (1732-1754), online abrufbar unter: http://www.zedler-lexikon.de (Letzter Abruf: 10. April 2010).

Brigitte Zypries, Woran erkennt man ein gutes Gesetz?, Vortrag vom 24.06.2004, online abrufbar unter: http://www.bmj.bund.de/enid/0,1d1719706d635f6964092d0931343832093a0979656172092d0932303034093a096d6f6e7468092d093036093a095f7472636964092d0931343832/Geschichte/Brigitte_Zypries_zc.html (Letzter Abruf 10. April 2010).

Index:

Abbildungsverbot 239, 241, 242, 243, 244, 245, 247
Annexvervielfältigungskompetenz 149, 216, 217, 219, 315, 316, 327, 368
Anschlussvervielfältigung 220, 221
Archiv 81
Archivkopie 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 178, 299
Archivschranke 144, 145, 146, 147, 149, 161, 163, 164, 165, 167, 168, 170, 171, 172, 176, 181, 183, 185, 202, 225, 285, 286, 294, 298, 306, 316
Ausstellung 190, 191, 194, 195, 209
Bibliothek 77
Bundespflichtexemplarrecht *Siehe* Pflichtexemplarrecht
Computerprogrammschutz 266
Datenbankschutz 16, 37, 57, 61, 121, 156, 164, 165, 181, 197, 226, 233, 289, 293, 368
Datenbankwerkschutz 121, 165, 181, 226, 233, 289
Datenmigration *Siehe* Migration
Deutsche Digitale Bibliothek 256, 259, 260, 261, 291, 341, 345, 355, 387
digitale Schutzmaßnahmen 184, 186, 270, 288, 289, 295, 302, 303
Digitale Schutzmaßnahmen 223
Digitalfotografie 203, 205, 227
Dokumentenlieferservice 316
Dreistufentest 222, 267, 268, 269, 270, 271, 285, 287, 288, 296, 300, 303, 308, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 322, 323, 328, 329, 330, 335, 336, 337, 338, 339, 343, 382
Elektronischer Leseplatz 105, 110, 220
Emulation 179, 182, 183, 184, 295
Erschöpfungsgrundsatz 65, 126, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 209, 211, 310, 370, 372
Europäische Digitale Bibliothek 39, 257, 351
Europeana 16, 256, 259, 344, 345, 351, 352, 354, 355
Fair-Use 271, 283, 334, 335, 336, 338, 343, 354, 356
Gedächtnisinstitution 49
Gemeinfreiheit 129, 229, 234, 250, 252, 253, 263, 268, 274, 369, 371
Generalschrankenregelung 283, 338
Gesetzgebungskompetenz 73, 273
Harmonisierung 148, 264, 265, 267, 272
Hausrecht 234, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 251
Interaktionslos 47
Konvertierung 154, 175, 176, 177, 181, 184, 295
Kulturelle Äußerungen 45
Kulturelle Identität 16, 21, 24, 26, 27, 30, 31, 40, 42, 43, 45, 60, 67, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 358, 373, 385
Kultureller Imperativ 122
Kulturflatrate 318, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 351, 360, 372, 376, 388
Kulturstaatsprinzip 69, 73
Landespflichtexemplarrecht *Siehe* Pflichtexemplarrecht
Leistungsschutz 120, 123, 148, 153, 165, 188, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 234, 251, 252, 253, 254, 258, 320, 370
Lichtbildschutz 227, 228, 229, 230, 232, 233, 253, 267, 377
Lizenzvertragsrecht 40, 105, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 139,

140, 150, 158, 161, 162, 199, 210, 211, 219, 299, 310, 324, 332, 387
Medienwerk 98, 99, 101, 107, 108, 142, 277, 279
Migration 175, 179, 180, 181, 182, 184, 295, 349
Museum 84
Netzpublikation 32, 34, 35, 55, 78, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 111, 112, 118, 131, 133, 135, 136, 137, 139, 141, 142, 144, 149, 192, 231, 257, 277, 326, 329, 330, 331, 345, 352, 354, 355, 368, 376, 383, 385,
Open-Access 110, 130, 131, 132, 163, 254
Open-Content 110, 130, 132, 133, 163
Opt-In 143, 151, 342, 344, 345
Opt-Out 143, 151, 152, 153, 342, 344, 345
Pflichtexemplarrecht 74, 91, 95, 96, 98, 110, 136, 143
Portal 19, 57, 69, 118, 256, 258, 259, 260, 261, 280, 341, 343, 347, 352, 354, 355, 359
Präsenznutzung 190, 191, 193, 198, 199, 209, 210
Pressespiegel 212, 221
Privatkopie 185, 327, 328, 329, 359, 367
Recht am Bild der eigenen Sache 239, 242, 244, 245, 252, 364
Rechtemanagement 236, 311
Redundante Speicherung 110, 178, 297
Reprofotografie 229
Respektive Digitalisierung 124, 146, 150, 154, 155, 163, 164, 188, 287, 306, 319, 320, 321, 323, 324, 368, 383
Retrodigitalisierung Siehe Respektive Digitalisierung
Sammlungsauftrag 88, 92, 96, 103, 277, 278
Softwaremigration *Siehe* Migration
Stiftung Preußischer Kulturbesitz 75, 255, 277
technische Schutzmaßnahmen *Siehe* digitale Schutzmaßnahmen
Unterlage 83, 84, 111, 112, 113, 114, 115, 138, 139, 280, 369, 374
Urbildtheorie 228, 231
Urheberrechte in der Informationsgesellschaft-Richtlinie 196, 213, 214, 218, 220, 265, 268, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 284, 285, 286, 287, 288, 292, 296, 303, 305, 307, 308, 311, 320, 322, 324, 335, 355
Urhebervertragsrecht *Siehe* Lizenzvertragsrecht
Verleih 17, 93, 166, 191, 192, 193, 195, 196, 199, 208, 209, 264, 265, 309, 313, 314
Verlinkung 121, 139, 260, 378
Verwaiste Werke 150, 223, 224, 318
Verwertungsgesellschaft 193, 316, 324
Verwertungsverbot 241, 244, 245, 246, 247, 248, 250
Web-Harvesting 64, 102, 108, 110, 111, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 151, 163, 164, 262, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 297, 306, 364, 374
Zwangslizenz 96, 136, 324