

Julia Reda und Matthieu Binder*

Strategische Prozessführung für Informationszugang – Mut zum kalkulierten Risiko in urheberrechtlichen Fragen –

I. Einleitung

Gedächtnisinstitutionen sind von hoher grundrechtlicher Bedeutung. Indem sie Zugang zum kulturellen Erbe und wissenschaftlichen Erkenntnissen schaffen, leisten Bibliotheken, Museen und Archive einen wichtigen Beitrag zur Verwirklichung der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 GG, insbesondere der Informationsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Freiheit der Lehre. Im Falle öffentlich getragener Gedächtnisinstitutionen ist dieser Beitrag als staatlicher Auftrag zu verstehen, den Grundrechten der Nutzer*innen in der Praxis Bedeutung zu verleihen.¹ Das Engagement von Gedächtnisinstitutionen und ihren Beschäftigten für eine Erweiterung des digitalen Zugangs zu eigenen Beständen ist unbestreitbar groß und der wichtigste wie kontroverseste Rechtsbereich, der diese Bemühungen von Bibliotheken, Museen und Archive um mehr Zugang einschränkt, ist dabei das Urheberrecht.²

Wovor viele Institutionen jedoch zurückschrecken ist ein offener Rechtsstreit, um die Grenzen des juristischen Rahmens für den heute schon erlaubten Zugang zum kulturellen Erbe auszuloten. Dieser Artikel zeigt anhand eines Überblicks über strategisch bedeutsame urheberrechtliche Verfahren (Kapitel II.), dass sich die juristische Auseinandersetzung für Gedächtnisinstitutionen durchaus lohnen kann, und stellt die strategische Prozessführung als Mittel zur Erweiterung des Zugangs zu Wissen und Kultur samt ihren Chancen und Risiken vor (Kapitel III). Gerade mit Blick auf anstehende Änderungen im Urheberrecht gilt es für Gedächtnisinstitutionen, sich auf die Durchsetzung eigener Grundrechte und Interessen mit geeigneten Partnerorganisationen – wie der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. – strategisch vorzubereiten.

* Julia Reda ist Leiterin des Projekts control © bei der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V., das der Verwirklichung von Kommunikationsfreiheiten in urheberrechtlichen Fragen dient. Von 2014 bis 2019 war sie Mitglied des Europäischen Parlaments. Matthieu Binder war Praktikant bei der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V., arbeitet in einer Wirtschaftskanzlei im Bereich IT & IP und ist Doktorand an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

1 Steinbauer, RuZ 2020, 1, 8.

2 Die Bedeutung dieses Rechtsgebietes für den Zugang kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass ihm in der RuZ eine ganze Rubrik gewidmet ist.

II. Zugang zum Recht: Bedeutende Urteile für Gedächtnisinstitutionen

Mit der Digitalisierung haben Rechtsfragen rund um die Arbeit von Gedächtnisinstitutionen zugenommen. Aktivitäten, deren analoge Äquivalente das Urheberrecht oftmals nicht berührten, erfordern im digitalen Umfeld urheberrechtlich relevante Akte der Vervielfältigung oder öffentlichen Zugänglichmachung. Das sich stark im Wandel befindende Rechtsgebiet wird für Gedächtnisinstitutionen in Zukunft eher mehr als weniger Fragen aufwerfen. Dass die juristische Auseinandersetzung hierüber nicht gescheut zu werden braucht, hat sich in der Vergangenheit an verschiedenen bedeutsamen Musterverfahren immer wieder gezeigt.

1. BGH – TU Darmstadt

Die Schrankenbestimmungen zu Gunsten von Bildung, Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen, die in Deutschland im Jahre 2018 im Rahmen des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes (UrhWissG) neu gefasst wurden und im Rahmen der bevorstehenden Umsetzung der Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie) einer weiteren Reform unterzogen werden, sind für den Zugang zu Wissen und kulturellem Erbe von herausragender Bedeutung. Die Auseinandersetzung zwischen der Technischen Universität Darmstadt und dem Verlag Eugen Ulmer über den legalen Betrieb von elektronischen Leseplätzen in den Räumlichkeiten der Universitätsbibliothek – die Parteien wurden im Prozess jeweils noch vom Deutschen Bibliotheksverband bzw. vom Börsenverein des Deutschen Buchhandels unterstützt³ – ging diesen Reformen zwar voraus, liefert aber zu Gunsten der Bibliotheken weiterhin gültige Antworten auf wichtige Grundsatzfragen.

Geklagt hatte der Ulmer-Verlag gegen die Praxis der Universitätsbibliothek, ein in ihren Beständen befindliches Lehrbuch zu digitalisieren und an fest installierten elektronischen Leseplätzen in den Räumlichkeiten der Bibliothek für Studierende zugänglich zu machen. Diese konnten ihrerseits Kopien des Textes in Papierform oder in elektronischer Form anlegen und mitnehmen. Es war sichergestellt, dass die Zahl der gleichzeitig zugänglichen Kopien des Lehrbuchs an den elektronischen Leseplätzen die Zahl der physisch in den Beständen befindlichen Lehrbücher nicht übersteigen würde. Rechtsgrundlage für die öffentliche Zugänglichmachung war der inzwischen überholte § 52b UrhG aF, der im Rahmen des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes durch § 60e UrhG ersetzt wurde.

Der Rechtsstreit beschäftigte sich insbesondere mit drei Fragen: der Existenz eines grundsätzlichen Vorrangs von Lizenzangeboten seitens des Rechteinhabers gegenüber der Urheberrechtsschranke; der Zulässigkeit solcher Vervielfältigungshandlungen der

3 Vgl. Bibliotheken dürfen Bücher digital zugänglich machen, abrufbar unter: https://www.tu-darmstadt.de/universitaet/aktuelles_meldungen/archiv_2/2015/einzelansicht_118208.de.jsp, zuletzt abgerufen am 07.07.2020.

Bibliothek, die Voraussetzung für die anschließende öffentliche Zugänglichmachung digitalisierter Bestände waren; sowie der Zulässigkeit von Vervielfältigungshandlungen durch Nutzer*innen der Bibliothek, wenn diese das über den elektronischen Leseplatz zugängliche Werk ausdrucken oder auf einem USB-Stick speichern. Der Bundesgerichtshof urteilte im Anschluss an die Klärung der europarechtlichen Grundlagen durch den EuGH⁴ in allen drei Fragen zu Gunsten der Universitätsbibliothek der Technischen Universität Darmstadt.⁵

Wie schon der EuGH in seiner Vorabentscheidung zu Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSoc-Richtlinie⁶ klargestellt hatte,⁷ genießen Lizenzangebote keinen grundsätzlichen Vorrang vor der Anwendung dieser Urheberrechtsschranke. Die EuGH-Entscheidung und die Norm der InfoSoc-Richtlinie bilden heute die europarechtliche Grundlage für den im UrhWissG neu gefassten § 60e

Abs. 4 UrhG und sind daher weiterhin von Bedeutung. Sie geben Gedächtnisinstitutionen die Rechtssicherheit, ein etwaiges Lizenzangebot von einem Rechteinhaber nicht in der Sorge annehmen zu müssen, sich andernfalls nicht mehr auf die Schrankenbestimmung berufen zu können.

In Bezug auf Vervielfältigungshandlungen von Bibliotheken, die eine Grundvoraussetzung für die öffentliche Zugänglichmachung digitalisierter Werke über die elektronischen Leseplätze darstellen, hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass es sich um eine planwidrige Regelungslücke handelte, dass diese Vervielfältigungen durch den ehemaligen § 52b UrhG nicht explizit gestattet waren.⁸ Mittlerweile hat der Gesetzgeber die Entscheidung zu Gunsten der Bibliotheken mit der neuen Schranke für Vervielfältigungshandlungen, § 60e Abs. 1 UrhG, kodifiziert. Auch der Europäische Gesetzgeber hat die Thematik inzwischen aufgegriffen und die Mitgliedstaaten im Rahmen der DSM-Richtlinie verpflichtet, eine Schranke für Vervielfältigungshandlungen durch Bibliotheken zum Zwecke der Erhaltung des Kulturerbes einzuführen,⁹ wobei in den Erwägungsgründen sogar explizit auf die Digitalisierung von Beständen Bezug genommen wird.¹⁰

Und auch die Klarstellung durch die TU-Darmstadt-Urteile, dass Besucher*innen der Bibliotheken von der Privatkopieschranke nach § 53 UrhG Gebrauch machen und Kopien der über die elektronischen Leseplätze zugänglich gemachten Werke für den eigenen Gebrauch rechtmäßig anlegen können, hat der Gesetzgeber in begrenztem Umfang aufgegriffen. Die Konkretisierung stellt hier jedoch eher einen Rückschritt

4 EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196 = GRUR 2014, 1078 – *TU Darmstadt*.

5 BGH, Urt. v. 16.04.2015 – I ZR 69/11, GRUR 2015, 1101 – *Elektronische Leseplätze II*.

6 Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

7 EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196 = GRUR 2014, 1078 Tz. 35 – *TU Darmstadt*.

8 BGH, Urt. v. 16.04.2015 – I ZR 69/11, GRUR 2015, 1101 Tz. 32 ff. – *Elektronische Leseplätze II*.

9 Art. 6 DSM-Richtlinie.

10 ErwGr 25 DSM-Richtlinie.

dar. Seit Umsetzung des UrhWissG ist im neuen § 60e Abs. 4 UrhG nun explizit geregelt, dass Bibliotheken den Nutzer*innen das Anlegen von Kopien an den elektronischen Leseplätzen ermöglichen dürfen – allerdings grundsätzlich nur in einem Umfang von bis zu 10 % des Werkes. Das TU Darmstadt-Urteil hatte solche Kopien im Geltungsbereich des § 53 UrhG noch für unbeschränkt zulässig erklärt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Durchfechten des Rechtsstreits zur Rechtssicherheit beim Betrieb von elektronischen Leseplätzen beigetragen und zu insgesamt erfreulichen Konkretisierungen der betreffenden Urheberrechtsschranken geführt hat. Bedauerlich ist allerdings, dass der europäische Gesetzgeber es im Zuge der Verabschiedung der DSM-Richtlinie versäumt hat, die grundsätzlich veraltete Regelung der Zugänglichmachung von digitalisierten Bibliotheksbeständen nur über fest installierte elektronische Leseplätze durch eine zeitgemäße Möglichkeit des Remotezugriffs über die Endgeräte der Nutzer*innen zu ersetzen.

2. EuGH – Vereniging Openbare Bibliotheken

Anders als im Fall der TU Darmstadt, in dem die Universitätsbibliothek als Beklagte am Rechtsstreit beteiligt war, zeigt die EuGH-Vorabentscheidung im Fall *Vereniging Openbare Bibliotheken*,¹¹ dass auch der aktive Gang vor Gericht eine sinnvolle Option für Gedächtnisinstitutionen sein kann, um Rechtssicherheit für neue Zugangskonzepte zu schaffen. Geklagt hatte in diesem Fall der niederländische Bibliotheksverband *Vereniging Openbare Bibliotheken* (VOB) gegen die *Stichting Leenrecht*, die vom niederländischen Staat mit der Erhebung und Ausschüttung der angemessenen Vergütung für das Verleihrecht betraut ist. Kern des Rechtsstreits war die Frage, ob der Verleih eines E-Books vom Verleihrecht im Sinne der Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie¹² abgedeckt ist.

Ziel der Feststellungsklage der VOB war es, einen Gesetzesentwurf der niederländischen Regierung zu beanstanden, der die Rechtmäßigkeit des E-Book-Verleihs durch eine zu schaffende nationale digitale Bibliothek einführen sollte.¹³ Die VOB, deren Mitglieder von der neuen Befugnis ausgenommen gewesen wären, war der Auffassung, dass öffentliche Bibliotheken bereits auf Basis des europarechtlich harmonisierten Verleihrechts zum Verleih von E-Books befugt seien, sofern die digitalen Kopien des verliehenen Werkes den Nutzer*innen lediglich für einen begrenzten Zeitraum zugänglich gemacht werden und das Werk nicht gleichzeitig an andere Nutzer*innen verliehen werden könne. Der EuGH ist der Rechtsauffassung der VOB im Wesentlichen gefolgt und hat festgestellt, dass die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/115/EG ermöglichte Ausnahme vom ausschließlichen Verleihrecht technologie-neutral auszulegen ist. Auch

11 EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856 = ZUM 2017, 152 – *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

12 Richtlinie 2006/115/EG zum Vermiet- und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums.

13 EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856 = ZUM 2017, 152 Tz. 23 – *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

digitale Vervielfältigungsstücke seien deshalb von der Ausnahme erfasst, sofern der Verleih digitaler Kopien so ausgestaltet ist, dass die Überlassung der Kopie des Werkes zeitlich begrenzt ist.¹⁴

Das Urteil hat auch Auswirkungen auf die Situation hierzulande, obwohl es bislang an einer ausdrücklichen Klarstellung für deutsche Bibliotheken fehlt. Deutschland hat Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/115/EG in nationales Recht umgesetzt, die Ausnahme für das Verleihen von Werken durch öffentlich zugängliche Einrichtungen ist in § 27 Abs. 2 UrhG geregelt. Schon heute sollte es daher in Deutschland bei richtlinienkonformer Auslegung von § 27 Abs. 2 UrhG unter den Voraussetzungen, die der Europäische Gerichtshof im Fall *Vereniging Openbare Bibliotheken* umrissen hat, zulässig sein, E-Books zu verleihen.¹⁵ Dem könnte allenfalls der Begriff der Gebrauchsüberlassung in § 27 Abs. 2 UrhG entgegenstehen, sofern dieser die körperliche Überlassung eines Vervielfältigungsstücks erfordern würde.¹⁶ Diese Interpretation vermag jedoch nicht zu überzeugen, da der Begriff der Gebrauchsüberlassung auch in der europarechtlichen Definition des Verleihs gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2006/115/EG enthalten ist und laut EuGH einer Anwendung des Verleihrechts auf E-Books nicht entgegensteht. Ausschlaggebend ist letztendlich, dass die Gebrauchsüberlassung zeitlich begrenzt ist, was aber laut EuGH hinreichend sichergestellt ist, wenn die von Nutzer*innen angelegten Kopien nach Ablauf einer bestimmten Zeit nicht mehr verwendbar sind.¹⁷

Anders als in der deutschen Literatur mitunter dargestellt,¹⁸ war Gegenstand des Rechtsstreits *Vereniging Openbare Bibliotheken* nämlich nicht die Frage, ob die Einführung einer dezidierten Erlaubnis zum Verleih von E-Books durch die Niederlande europarechtskonform wäre, sondern vielmehr, ob die bereits bestehende allgemeine niederländische Regelung zum Verleihrecht aus Art. 15c Abs. 1 Auteurswet, die gerade nicht explizit auf den Verleih digitaler Kopien eingeht, diesen bereits gestattet. Zum Zeitpunkt der Gesetzesverabschiedung hatte der niederländische Gesetzgeber höchstwahrscheinlich nicht an die Möglichkeit des Verleihs von E-Books gedacht. Dennoch ist der EuGH zu dem Schluss gekommen, dass bereits die allgemeine Regelung zum Verleihrecht aus Art. 15c Abs. 1 Auteurswet auf den Verleih von E-Books anwendbar ist. Selbiges dürfte also auch für die allgemeine Regelung des Verleihrechts nach § 27 Abs. 2 UrhG gelten, und zwar unabhängig davon, ob der deutsche Gesetzgeber diese Möglichkeit bedacht hatte. Richtig ist zwar, wie auch in der Literatur vorgebracht, dass der EuGH keine Verpflichtung zur Einbeziehung von E-Books in die Ausnahme vom

14 EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856 = ZUM 2017, 152 Tz. 45 und 54 – *Vereniging Openbare Bibliotheken*; anderes gilt laut EuGH für das Vermietrecht, das gemäß internationaler Verpflichtungen aus dem WIPO-Urheberrechtsvertrag ausschließlich auf körperliche Gegenstände anzuwenden sei: EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856 = ZUM 2017, 152 Tz. 35 – *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

15 Vgl. BeckOK UrhR-Freudenberg, 28. Edition Stand: 15.06.2020, § 27 Rn. 36–43.

16 Vgl. Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 27 Rn. 22.

17 EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856 = ZUM 2017, 152 Tz. 52 ff. – *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

18 Vgl. Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 27 Rn. 22.

exklusiven Verleihrecht gemäß Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2006/115/EG konstatiert hat.¹⁹ Jedoch ist diese Ausnahme ohnehin optional ausgestaltet. Es war deshalb auch nicht zu erwarten, dass der EuGH die Mitgliedstaaten zur Erlaubnis einer Verleihe von E-Books verpflichten würde.

3. BGH – Museumsfotos

Dass sogar eine Gerichtsentscheidung zu Lasten des Zugangs zum kulturellen Erbe am Ende zu einer Verbesserung beitragen kann, zeigt der Museumsfotos-Fall.²⁰ 1992 hatte die Stadt Mannheim im von ihr selbst betriebenen Reiss-Engelhorn-Museum Gemälde und Bilder, welche ihren Urheberrechtsschutz verloren hatten und nunmehr gemeinfrei waren, für eine Publikation abfotografiert. Diese Publikationsfotografien scannte später der Beklagte ein und fertigte bei einem Besuch des Museums im Jahr 2007 auch selbst Fotografien der Kunstwerke an. Scans und eigene Fotografien lud er in die mit dem Internetportal Wikipedia verknüpfte Datenbank Wikimedia Commons. Darin sah die Stadt eine Verletzung ihrer Exklusivrechte an den in ihrer Publikation abgebildeten Fotografien und eine Verletzung des im Museum geltenden Fotografiervverbots. Sie mahnte den Beklagten ab und erhob Klage. Erfolgreich: Zuletzt scheiterte der Beklagte auch vor dem Bundesgerichtshof.

Der BGH entschied, dass Fotografien von (gemeinfreien) Gemälden, sog. Reprofotos, als Lichtbild einen selbstständigen, von der Gemeinfreiheit des abfotografierten Originals unabhängigen Lichtbildschutz nach § 72 UrhG genießen. Denn schon das Abfotografieren erfülle das Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung, um ein von den verwandten Schutzrechten umfasstes geschütztes Lichtbild zu schaffen. Zudem entschied der BGH zugunsten der Stadt, dass sie als Eigentümerin und Hausrechtinhaberin ein Fotografierverbot aufstellen konnte, welches sich auch auf die Zulässigkeit der späteren Fotouploads auswirkt.²¹ Die Museumsinhaberin durfte deshalb vom Beklagten Unterlassung der öffentlichen Zugänglichmachung im Internet verlangen und konnte so digitale Kopien ihrer Werke umfassend kontrollieren.²²

Die BGH-Entscheidung wird unabhängig von der gegen sie eingelegten Verfassungsbeschwerde jedoch keine große Zukunft haben. Im Rahmen der DSM-Richtlinie, die noch vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt werden muss, wurde gerade als Reaktion auf die Reiss-Engelhorn-Entscheidung mit Art. 14 DSM-RL festgesetzt, dass an einer bloßen eins-zu-eins-Kopie eines gemeinfreien visuellen Werkes keine neuen

19 EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856 = ZUM 2017, 152 Tz. 65 – *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

20 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*.

21 Vgl. beispielsweise *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2019, 341, 342 ff.

22 Vgl. Mögliches Happy End dank neuem EU-Urheberrecht, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/moegliches-happy-end-dank-neuem-eu-urheberrecht/29450>, zuletzt abgerufen am 07.07.2020.

Rechte entstehen können.²³ Eine politische Reaktion auf den bislang unzureichenden juristischen Status Quo, ermöglicht und veranlasst durch den durchgefochtenen Gerichtsprozess.

III. Streiten um das Urheberrecht: Chancen und Risiken strategisch geführter Prozesse

Die dargestellten Beispiele aus Deutschland und Europa unterstreichen die positiven Auswirkungen einer aktiven Streitkultur gerade für Institutionen und Gruppen, die sich in ihrem Alltag für einen möglichst weitgehenden Zugang zu Informationen, Wissen und urheberrechtlich relevanten Werken einsetzen. Denn auch einem einzelnen Gerichtsverfahren kann eine weitgehende rechtliche und politische Bedeutung zukommen.

Die erreichbare Wirkungskraft eines Verfahrens auszuloten und bestmöglich zu nutzen sind erklärte Ziele der sogenannten *Strategischen Prozessführung*. Begrifflichkeit und Praxis haben ihren Ursprung in den Vereinigten Staaten von Amerika, *strategic litigation*, und genießen in Deutschland eine wachsende öffentliche Aufmerksamkeit.²⁴

1. Strategic Litigation – Die Chancen eines strategisch geführten Urheberrechtsstreits

Wie ein ganzheitliches Prozessvorgehen in Deutschland aussehen kann,²⁵ lässt sich derzeit am besten anhand jener Organisationen nachzeichnen, die sich bereits früh auf ein entsprechendes Vorgehen spezialisiert haben. Die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. arbeitet seit September 2015 daran, mittels strategischer Prozessführung Grund- und Menschenrechte in Deutschland zu verwirklichen. Seit diesem Jahr ist dort mit gleicher Zielrichtung auch das Urheberrechtsprojekt *control* © angesiedelt.²⁶ Wichtiger Ausgangspunkt war dort die Entwicklung organisationseigener Positionen zu Problemfeldern im Bereich von Grund- und Freiheitsrechten. Außerdem vernetzte sich die Organisation schon früh mit Wissenschaft, Medien und möglichen Partnerorganisationen aus der Zivilgesellschaft. Diese stetig weitergeführte Vorarbeit ermöglicht die Einbindung später anstehender Einzelfälle in einen Gesamtzusammenhang und eine Gesamtstrategie.

23 Vgl. Mögliches Happy End dank neuem EU-Urheberrecht, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/moegliches-happy-end-dank-neuem-eu-urheberrecht/29450>, zuletzt abgerufen am 07.07.2020.

24 Fuchs, Strategic Litigation, 2019, S. 43, 43 ff.

25 Zum Vergleich die verschiedenen Darstellungen in Keller/Theurer, Menschenrechte mit rechtlichen Mitteln durchsetzen: Die Arbeit des ECCHR, in: Graser/Helmrich, Strategic Litigation, 2019, S. 53 ff.

26 Hierzu insbesondere: Gesellschaft für Freiheitsrechte, control ©: Urheberrecht und Kommunikationsfreiheit, abrufbar unter: <https://freiheitsrechte.org/urheberrecht/>, zuletzt abgerufen am 13.07.2020.

In einem ersten Schritt führt dies zu einer zielgerichteten Auswahl der unterstützten Kläger*innen – denn nicht jeder ähnlich gelagerte Fall ist gleich erfolgsversprechend. Die sorgsame Auswahl erhöht die Erfolgchancen und senkt das Kostenrisiko. Die Vernetzung der klagenden Partei mit kooperierenden Partnerorganisationen, sonstigen Unterstützer*innen und parallel gelagerten Klageverfahren verteilt die Prozessrisiken zusätzlich.²⁷ Als Beispiel können die für eine Vielzahl von Fällen stellvertretenden Verfahren von drei Geflüchteten stehen, die durch anlasslose Handydatenauswertungen massive Eingriffe in ihre Privatsphäre erdulden mussten und nunmehr an unterschiedlichen Gerichten Klage eingereicht haben.²⁸ So wird versucht, das Risiko überraschender Entscheidungen zu reduzieren und die Rechtswidrigkeit der Handyauswertungen erfolgreich anzugreifen.

Obwohl einer Klage möglichst über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommen soll, darf dieses Ziel strategischer Prozessführung nicht den Einzelinteressen der konkreten Klagepartei zuwiderlaufen. Bedingung für eine strategische Kooperation sind stets erhoffte Vorteile für beide Seiten und eine wechselseitige Förderung der Interessen. Indem beispielsweise bei strategischer Prozessführung bewusst versucht wird, eine interessierte

(Fach-)Öffentlichkeit zu generieren und Stellungnahmen verschiedener Akteure anzuregen, wird unter anderem die gesellschaftliche Auseinandersetzung mit der Problematik gefördert.²⁹ Die hervorgerufenen Reaktionen bieten dem Gericht des konkreten Einzelfalls die nicht immer bestehende Möglichkeit, sich für seine Entscheidung mit einer breiten Informationslage und verschiedenen Perspektiven auseinanderzusetzen.

Zudem: Gelingt es, die erstrittene Entscheidung in einen größeren Gesamtzusammenhang zu setzen und ein Grundsatzurteil zu erkämpfen, verbessert sich das Verhältnis eingegangener Risiken und Kosten zum erstrittenen Ergebnis noch nachträglich. So führte das erst im Mai 2020 gegen den Bundesnachrichtendienst ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht nur dazu, dass die Praxis weltweiter Massenüberwachung für verfassungswidrig erklärt wurde. Es beinhaltete auch die weit über den Fall hinausgehende Feststellung, dass deutsche Behörden auch im Ausland an das Grundgesetz gebunden sind.³⁰

2. Weniger Rechtsstreits – weniger Rechtssicherheit und Rechtsdurchsetzung

Strategische Prozessführung und klassischer Rechtsstreit ergänzen sich insofern gegenseitig. Auch wenn das Handwerkszeug der Rechtsuchenden durch die ganzheitlichen

27 Zu diesem Verständnis *Burghardt/Thönnies*, Die Gesellschaft für Freiheitsrechte, in: Graser/Helmrich, *Strategic Litigation*, 2019, S. 65, 66 f.

28 Vgl. Handyauswertung bei Asylsuchenden, abrufbar unter: <https://freiheitsrechte.org/refugeedaten/>, zuletzt abgerufen am 14.07.2020.

29 *Burghardt/Thönnies*, Die Gesellschaft für Freiheitsrechte, in: Graser/Helmrich, *Strategic Litigation*, 2019, S. 65, 66 f.

30 BND-Gesetz, abrufbar unter: <https://freiheitsrechte.org/bnd-gesetz-2/>, zuletzt abgerufen am 14.07.2020.

Ansätze der *strategic litigation* auch erweitert wird, werden letztlich nur jene Potenziale und Strukturen genutzt, die das traditionelle Gerichtsverfahren eines demokratischen Rechtsstaats ohnehin zur Durchsetzung der eigenen Interessen bereithält. Neben Einzelfallgerechtigkeit kann das weitergehende Ziel verfolgt werden, geltendes Recht und bestehende Freiheiten auch über den Fall hinaus durchzusetzen und wo nötig durch die Gerichte entwickeln und fortbilden zu lassen.³¹

Dennoch lässt sich eine gewisse Zurückhaltung gegenüber juristischen Auseinandersetzungen beobachten: Die Zahlen zivilrechtlicher Verfahren gehen seit Jahren zurück.³² Das gilt insbesondere auch für Gedächtnisinstitutionen, die in Hinblick auf viele Fragen etwa mit Verwertungsgesellschaften über Nutzungsmodalitäten verhandeln und das Verhältnis zu Rechteinhaber*innen wie Verlagen nicht durch gerichtliche Auseinandersetzungen trüben wollen. Dem ist entgegenzusetzen, dass es die Verhandlungsposition einer Gedächtnisinstitution durchaus stärken kann, wenn bekannt ist, dass diese sich auch vor Gericht auf ihr Recht zu berufen bereit ist.

Es ist außerdem in der Systematik des Urheberrechts angelegt, dass Gedächtnisinstitutionen ein gewisses rechtliches Risiko eingehen müssen, wenn sie die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten des Online-Zugangs zu Wissen und Kulturgut voll ausschöpfen wollen.³³ Denn das Recht – so schon ein römischer Grundsatz – ist für die Wachsamten geschrieben.³⁴ Das vom Grundgesetz vorgesehene Staats- und Gesellschaftssystem gründet auf individuellen Freiheiten und einem hierüber wachenden Rechtsstaat. Diese Konstruktion setzt die Bereitschaft jeder und jedes Einzelnen voraus, sich für die eigenen Interessen und Rechte auch tatsächlich einzusetzen. Es ist nicht am Staat, in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens die Umsetzung garantierter Freiheiten zu kontrollieren. Gerade deshalb gewährt das Grundgesetz allen Menschen den Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz,³⁵ und fordert vom Staat das Bereitstellen einer wirkungsvollen Justiz.³⁶

31 Grundlegend dazu: *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck – Zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts, 1993, S. 1 ff.

32 Stellvertretend *Meller-Hannich/Nöhre*, NJW 2019, 2522, 2522; *Calliess*, NJW-Beil. 2014, 27, 27 f.; zur journalistischen Diskussion z.B.: Die Klage-Ebbe, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/justiz-warum-klagen-die-deutschen-immer-weniger-a-1081709.html>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

33 Vgl. *Steinhauer*, RuZ 2020, 23: „Die Situation ist mit einer gelben Ampel im Straßenverkehr vergleichbar; je nach Mentalität wird die eine Bibliothek die Schranke nutzen, die andere lieber jedes Risiko vermeiden wollen und von der geplanten Dienstleistung Abstand nehmen“.

34 Vgl. *Wolf/von Bismarck*, JA 2010, 841, 841; in Zusammenhang mit Verbraucherschutz auch: *Köhler*, NJW 2009, 2567, 2572.

35 Zum Recht auf effektiven Rechtsschutz gegenüber staatlichen Eingriffen (Art. 19 Abs. 4 GG) stellvertretend: BeckOK GG-Enders, 43. Ed. Stand: 15.05.2020, Art. 19 Rn. 51 ff mwN; zum Justizgewährungsanspruch gegenüber Handlungen nichtstaatlicher Akteure (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3): *Papier*, Handbuch des Staatsrechts Band VIII, 2010, S. 491, 491 ff; *Zuck*, NJW 2013, 1132, 1132 ff.

36 Für den Justizgewährungsanspruch z.B.: BVerfG, Urt. v. 25. 7. 2012 – 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11, NJW 2012, 2869 Tz. 8.

Wenn nun aber Betroffene eine rechtliche Auseinandersetzung immer mehr meiden, kann diesen Zwecken nur noch unzureichend nachgekommen werden. Die Durchsetzung von Freiheiten droht zugunsten wirtschaftlicher Vormachtpositionen aufgegeben zu werden: Es gewinnt, wer sich außerhalb des Gerichts am stärksten positioniert. Dies gilt ganz besonders für das hart umkämpfte Urheberrecht. Gedächtnisinstitutionen und deren Begünstigte drohen gegenüber Verlagsinteressen systematisch ins Hintertreffen zu geraten – auch deshalb, weil deren Vertreter weniger zurückhaltend sind: Grundsatzverfahren wie jenes der Universitätsbibliothek der *TU Darmstadt* gehen auf Klagen von Rechteinhaber*innen zurück.³⁷

Die Gründe des allgemeinen Prozessschwundes vor den Zivilgerichten wird nun eine von der Bundesregierung geplante Studie ermitteln.³⁸ Schon jetzt ist klar, dass manche Sorge unbegründet sein dürfte.

3. Kosten – gar nicht so hoch & gemeinsam tragbar

Eine weitverbreitete Angst dürfte beispielsweise das befürchtete Kostenrisiko sein. Selbstverständlich gehen mit einer gerichtlichen Entscheidung verschiedene Kosten einher, die im Zivilverfahren üblicherweise die unterliegende Partei zu tragen hat. Dazu kommt, dass die klagende Partei nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GKG zu einem Vorschuss an das Gericht verpflichtet ist, und auch Anwalt*innen Vorschusszahlungen in Anspruch nehmen, die nur im Falle eines Obsiegens von der Gegenseite erstattet werden. Ein Verfahren gilt deshalb gemeinhin als abschreckend teuer – und im Jahr 2021 sollen die Gebühren sogar noch um 10 % erhöht werden.³⁹

Richtig ist, dass die Gerichtsgebühren in Deutschland im europäischen Vergleich bei einem Streitwert von 6.000 EUR überdurchschnittlich hoch sind.⁴⁰ Jedoch sind die

- 37 Hier hätten die Gedächtnisinstitutionen bspw. nicht abwarten müssen, bis sie verklagt werden. Sie hätten sich nach der Abmahnung auch aktiv im Wege der negativen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO gegen die angeblichen Ansprüche zur Wehr setzen können, ohne dabei Nachteile hinsichtlich der Beweislast erdulden zu müssen; vgl. BeckOK ZPO-*Bacher*, ZPO, 36. Ed. Stand: 01.03.2020, § 256 Rn. 35.
- 38 Studie zu Klagerückgang an Zivilgerichten, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-klage-rueckgang-studie-bmfv-zivil-gericht-rechtsschutz-zugang-zum-recht/>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020; Warum wird so wenig geklagt?, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bmfv-vergabe-studie-forschung-unmet-legal-needs-zugang-zum-recht-rueckgang-verfahren-zivilgerichte/>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.
- 39 Mehr Gebühren für Anwälte, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/juristen/b/rechtsanwaltsverguetungsgesetz-anwaltsgebuehren-erhoehung-10-prozent-fahrtkosten-sozialrecht-gerichts-kosten/>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.
- 40 Deutsche Gerichte sind unabhängig und unmodern, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/justizbarometer-2017-unabhaengigkeit-effizienz-qualitaet-gerichte-europa-vergleich/2/>; zuletzt abgerufen am 23.06.2020; vgl. dazu aber das für Deutschland positive Justizbarometer 2019, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

deutschen Gerichtsgebührentabellen degressiv aufgebaut. Das bedeutet, dass die Gerichtsgebühren nicht gleichbleibend teuer werden: Während Rechtsstreitigkeiten mit geringen Streitwerten vergleichsweise hohe Gebühren zur Folge haben, fallen diese bei Verfahren mit hohen Streitwerten vergleichsweise gering aus. Ähnliches gilt für die gesetzlichen Gebühren von Anwalt*innen.⁴¹ Die Bundesrechtsanwaltskammer konnte im Jahr 2008 mit einer Studie zur Rechtsanwaltsvergütung in Europa besonders niedrige Anwaltskosten belegen.⁴²

Anderes kann dann gelten, wenn – wie häufig – Anwalt*innen auf den Abschluss einer über den gesetzlichen Anwaltsgebühren liegenden Honorarvereinbarung bestehen.⁴³ In diesen Fällen hat der/die Mandant*in die Differenz zwischen Honorar und gesetzlicher Gebühr auch im Fall eines Sieges selbst zu tragen, § 91 Abs. 1 S. 1 2. HS ZPO. Gerade dann zeigen sich jedoch die Vorteile einer strategischen Prozessführung besonders deutlich: Die strategische Fallauswahl erhöht die Gewinnchancen und reduziert das Kostenrisiko. Darüber hinaus kann mit Partnerorganisationen und Kooperationspartner*innen eine Verteilung der Kostenlast nach einem zuvor festgelegten Schlüssel vereinbart werden, sodass im Falle eines Sieges wie auch bei einer Niederlage Risiken und Kosten nicht alleine getragen werden müssen.

4. Sinnvoll genutzte Verfahrensdauer

Es herrscht in der öffentlichen Wahrnehmung der Eindruck, Verfahren vor deutschen Gerichten dauerten stets erschreckend lang. Hier verstellen Einzelfälle die Sicht, denn im Durchschnitt dauern Zivilverfahren in der ersten Instanz je nach Bundesland nur zwischen 4 und 6 Monate.⁴⁴ Auch im europäischen Vergleich fällt auf, dass die deutschen Gerichte vergleichsweise schnell zu einer Entscheidung kommen.⁴⁵ Jedoch: Ein strategisch geführter Urheberrechtsstreit wird mit einer Vielzahl rechtlicher und tat-

41 Beides kann schnell und kostenlos berechnet werden anhand des Gebührenrechners des Deutschen Anwaltvereins, abrufbar unter: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/apps/prozesskostenrechner>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

42 Institut der deutschen Wirtschaft, Rechtsanwaltsvergütung in Europa, 2008, abrufbar unter: <https://brak.de/fuer-anwaelte/gebuehren-und-honorare/iw-studie.pdf>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

43 Hierin wird teilweise der Hauptgrund für eine regelmäßige Erhöhung der gesetzlichen Gebühren gesehen, vgl.: Nach langer Durststrecke sollen Anwälte 10 Prozent mehr Geld bekommen, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/nach-langer-durststrecke-sollen-anwaelte-mehr-geld-bekommen-Z6726443.html>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

44 Ifo, Verfahrensdauer von Gerichtsprozessen in Deutschland, 2017, abrufbar unter <https://www.ifo.de/node/43234>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020; außerdem die Zahlen zur Geschäftsentwicklung der Zivilsachen in der Eingangs- und Rechtsmittelinstanz, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Geschaefteentwicklung_Zivilsachen.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

45 Justizbarometer 2019, Figure 6 und 7, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

sächlicher Problemstellungen verbunden sein, sodass die Verfahrensdauer tatsächlich überdurchschnittlich sein dürfte.⁴⁶

Bei strategisch geführten Verfahren kann diese Zeit jedoch bewusster und vergleichsweise effektiv genutzt werden. Anstatt die Schriftsätze der Gegenseite, das gerichtliche Verfahren, das Urteil sowie möglicherweise weitere Instanzen abzuwarten, kann mithilfe der gebildeten Kooperationen ein fachwissenschaftlicher und öffentlicher Diskurs angestoßen werden. Die eigene Position kann deutlicher und mit größerer Breitenwirkung vertreten und diskutiert werden. Das gesteigerte öffentliche Bewusstsein führt zu einer bewusst angestrebten wissenschaftlichen Befassung mit der Problematik, zu Kommentierungen und Veröffentlichungen, die wiederum dem Gericht eine vereinfachte rechtliche Handhabung des Falls ermöglichen. Schon in erster Instanz werden dem Gericht mehr Hilfsmittel an die Hand gegeben, um die eigene Entscheidungsfindung womöglich zu beschleunigen, jedenfalls aber auf ein breiteres Fundament zu stellen.

5. Success without Victory⁴⁷

Auch strategisch geführte und gut dargelegte Fälle können verloren werden. Das Risiko, Richterinnen und Richter von der eigenen Position nicht überzeugen zu können, kann niemals zur Gänze ausgeschlossen werden: Zu viele Einzelfallkonstellationen, aber auch grundsätzlich abweichende Rechtsansichten des Gerichts können zu einer ablehnenden Entscheidung entgegen der eigenen Interessen führen. Während der konkrete Einzelfall zugunsten des Rechtsfriedens hier sein Ende finden muss, erlaubt es eine strategisch betriebene Prozessführung, auch aus diesem Verfahrensausgang eine positive Perspektive zu entwickeln.

Das aufgebaute öffentliche Interesse am Rechtsstreit kann dazu genutzt werden, das „negative“ Urteil der Politik gegenüber als „gerichtlich festgestellten“ Handlungsbedarf zu präsentieren: Schließlich ist ja das geltende Recht nicht in der Lage, eine als gerecht empfundene Handlung oder Ansicht abzudecken. Das ablehnende Urteil wird damit Anlass zu Gesetzesinitiativen oder Erweiterungen bestehender Reformbemühungen werden – so geschehen im oben beschriebenen Fall abfotografierter gemeinfreier Museumsbilder. Zwar entschied der Bundesgerichtshof dort zugunsten der Klägerin, dass Fotografien von gemeinfreien Gemälden regelmäßig einen eigenständigen, fünfzigjährigen Lichtbildschutz nach § 72 UrhG genießen. Im Rahmen der danach verabschiedeten EU-Urheberrechtsreform wurde dann aber gerade auch mit Blick auf das deutsche Verfahren festgelegt, dass an digitalen eins-zu-eins-Kopien gemeinfreier Werke der bildenden Kunst keine neuen Rechte entstehen. Nach Umsetzung der Richtlinie

46 Von Abmahnung bis Endurteil dreieinhalb Jahre bei: BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*; mehr als fünf Jahre bei: BGH, Urt. v. 16.04.2015 – I ZR 69/11, GRUR 2015, 1101 – *Elektronische Leseplätze II*.

47 Nach *Lobel*, Success Without Victory, 2004; vgl. auch: *Kaleck*, Mit Recht gegen die Macht, in: Graser/Helmrich, Strategic Litigation, 2019, S. 21, 23.

in deutsches Recht wären Verfahren wie jene des Reiss-Engelhorn-Museums nicht mehr erfolgreich.⁴⁸

IV. Urheberrecht in Bewegung: Musterprozesse mit der Gesellschaft für Freiheitsrechte

Zusammenfassend geht mit strategischer Prozessführung ein attraktives Versprechen einher: Maximierte Wirkungskraft bei minimierten Risiken. Wer nun wie die Gesellschaft für Freiheitsrechte im digitalen Zeitalter strategische Prozesse von grundrechtlicher Bedeutung unterstützt, hat sich mehr und mehr auch mit der Verwirklichung von Informationsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Recht auf Bildung durch die Schaffung umfangreicher digitaler Zugangsangebote zu beschäftigen – aber auch mit der Suche nach geeigneten Partnerorganisationen und Kooperationspartner*innen.⁴⁹

Bereits der heute geltende urheberrechtliche Rahmen birgt für Informations- und Wissenschaftsfreiheit bislang ungenutztes Potential. Insbesondere die Rechtslage zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken, die in Kapitel II.2 dargestellt ist, sollte bereits heute als ausreichende Grundlage dienen, um den schrankengestützten E-Book-Verleih durch Bibliotheken auf der Grundlage von § 27 Abs. 2 UrhG anzugehen. Der deutsche Gesetzgeber hat es trotz entsprechender Forderungen seitens des Deutschen Bibliotheksverbands⁵⁰ bislang versäumt, die Rechtslage in Bezug auf den Verleih von E-Books weiter zu konkretisieren. Auch im kürzlich veröffentlichten Referentenentwurf zur Umsetzung der DSM-Richtlinie wird das Thema E-Book-Verleih nicht angegangen.⁵¹ Eine Klarstellung, dass der E-Book-Verleih auch in Deutschland zulässig ist,

48 Mögliches Happy End dank neuem EU-Urheberrecht, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/moegliches-happy-end-dank-neuem-eu-urheberrecht/29450>, zuletzt abgerufen am 23.06.2020.

49 Vgl. Gesellschaft für Freiheitsrechte control ©: Urheberrecht und Kommunikationsfreiheit vom 13.04.2020, abrufbar unter: <https://freiheitsrechte.org/urheberrecht/>, zuletzt abgerufen am 13.07.2020.

50 Vgl. Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes e.V. (dbv) zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken, 2017, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/positionen/2017_02_20_dbv_Stellungnahme_E-Books_endg.pdf, zuletzt abgerufen am 10.07.2020.

51 Zu Redaktionsschluss hat das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz zwei Diskussionsentwürfe zur Umsetzung der EU-Urheberrechtsreform veröffentlicht, die inzwischen zu einem gemeinsamen Referentenentwurf zusammengeführt wurden, allerdings noch keinen Regierungsentwurf an den Bundestag übermittelt, DiskE: Erstes Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, 15.01.2020, abrufbar unter: https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.html zuletzt, abgerufen am: 13.07.2020; DiskE: Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, 24.06.2020, abrufbar unter: https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.html?nn=6712350, zuletzt abgerufen am: 13.07.2020; Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, 13.10.2020, abrufbar unter: <https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Geset>

wird wohl nur dadurch zu erreichen sein, dass deutsche Bibliotheken das – überschaubare – juristische Risiko auf sich nehmen, den E-Book-Verleih nach den Maßgaben des EuGH durchzuführen und es auf einen etwaigen Rechtsstreit ankommen zu lassen. Da die deutsche Ausgestaltung des Verleihrechts in allen wesentlichen Punkten mit der Regelung im niederländischen Urheberrecht vergleichbar ist, spricht viel dafür, dass auch hierzulande bereits heute ein E-Book-Verleih möglich ist.

Anlass für Musterprozesse wird auch die anstehende Urheberrechtsreform geben. Zunächst gilt es, auf eine möglichst bürokratiearme und praxistaugliche Umsetzung der DSM-Richtlinie in deutsches Recht hinzuwirken.⁵² Mit der dann folgenden Verabschiedung der Gesetzesentwürfe zur Anpassung des deutschen Urheberrechts sind sowohl für Gedächtnisinstitutionen als auch für individuelle Wissenschaftler*innen zahlreiche Chancen verbunden, den Zugang zu Wissen und Kultur über digitale Kanäle zu erweitern. Aber es wird deren Eigeninitiative bedürfen, um diese neuen Möglichkeiten zu nutzen, auch und gerade, solange noch keine absolute Rechtssicherheit besteht. Denn Rechtssicherheit kann erst durch die gerichtliche Anwendung und Auslegung der Bestimmungen im konkreten, legitimerweise geführten Rechtsstreit geschaffen werden.

Der folgende Überblick soll insofern keineswegs als abschließender Katalog möglicher juristischer Themen für die strategische Prozessführung verstanden werden, sondern einen beispielhaften Überblick geben, welche relevanten Rechtsfragen durch die anstehende Reform in Bewegung gekommen sind.

1. Vergriffene Werke⁵³

Für die Gedächtnisinstitutionen von besonderer Bedeutung ist die geplante Regelung zur Nutzung vergriffener Werke mittels erweiterter kollektiver Lizenzen bzw. einer

zgebungsverfahren/DE/Gesetz_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html, zuletzt abgerufen am: 19.10.2020.

52 Die Hauptautorin hat sich mit Stellungnahmen zu den beiden Diskussionsentwürfen in diese Debatte eingebracht. Zum ersten Diskussionsentwurf vgl.: Reda, Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts vom 23.01.2020, abrufbar unter: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2020/01/Konsultation_Urheberrecht_DSM_Julia_Reda.pdf, zuletzt abgerufen am: 13.07.2020, zum zweiten Diskussionsentwurf vgl.: Reda/Selinger, Stellungnahme der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. zu dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 23.07.2020, abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/07/GFF_Stellungnahme_BMJV_DiskE_Zweites_Gesetz_Urheberrecht_DSM.pdf, zuletzt abgerufen am 24.07.2020.

53 Im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz ist statt des Begriffs der „vergriffenen Werke“ von „nicht verfügbaren Werken“ die Rede, einerseits um Verwechslungen mit der bereits bestehenden Regelung für vergriffene Werke in § 51 VGG zu verhindern, andererseits weil Art. 8 DSM-Richtlinie für alle Werke gilt, die nicht im Handel erhältlich sind, unabhängig davon, ob sie in der Vergangenheit einmal im Handel erhältlich waren, also im engeren Sinne „vergriffen“ sind. Dieser Artikel verwendet den Begriff

gesetzlichen Schrankenbestimmung. Erlaubt ist die Nutzung auf Basis der Schrankenbestimmung, wenn keine repräsentative Verwertungsgesellschaft besteht, welche Lizenzen für die Nutzung vergriffener Werke vergeben könnte. Der europäische Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der einschlägigen Art. 8 bis Art. 11 DSM-Richtlinie offenbar aus dem Scheitern der Regelung zu verwaisten Werken⁵⁴ gelernt. Deren Anforderungen an die sorgfältige Suche nach etwaigen Rechteinhaber*innen war so bürokratisch ausgestaltet, dass sie in der Praxis kaum genutzt wurde.⁵⁵

Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses auf EU-Ebene wurden zahlreiche Anregungen aus der wissenschaftlichen Debatte aufgegriffen, um die Regelung zur Nachnutzung vergriffener Werke praxistauglich zu gestalten und eine Rechtsgrundlage auch für Projekte der Massendigitalisierung und anschließenden öffentlichen Zugänglichmachung über das Internet zu schaffen.⁵⁶ Dies scheint im Ansatz durchaus gelungen zu sein. So hat die Regelung das Potential, „beinahe alle Arten von Archivgut“⁵⁷ abzudecken, sowie große Teile der Bestände anderer Gedächtnisinstitutionen. Insbesondere die Einführung einer „Rückfallschranke“, die eine gesetzliche Erlaubnis für die öffentliche Zugänglichmachung vergriffener Werke durch Gedächtnisinstitutionen schafft, wenn keine für die Urheber*innen einer bestimmten Werksgattung repräsentative Verwertungsgesellschaft existiert, stellt in dieser Hinsicht einen großen Fortschritt dar. In Verbindung mit der fortan europaweit verpflichtenden Schranke für die Vervielfältigung von Werken zu Zwecken der Erhaltung des Kulturerbes⁵⁸ könnten so öffentlich zugängliche Archive etwa zu vergriffenen Videospielen geschaffen und so ein wichtiges kontemporäres Kulturgut für die Nachwelt erhalten werden.

Inwieweit die neue Regelung die hohen Erwartungen wird erfüllen können, hängt von einer unbürokratischen Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber ab.⁵⁹ Doch auch im Falle einer aus Sicht der Gedächtnisinstitutionen vorbildlichen Umsetzung werden höchstwahrscheinlich nicht alle Fragen abschließend geklärt sein. Wenn sich eine Gedächtnisinstitution auf die geplante neue Schrankenbestimmung berufen will, muss sie zunächst sicherstellen, dass keine repräsentative Verwertungsgesellschaft für die jeweiligen Werkstypen existiert. Will die Gedächtnisinstitution nicht verfügbare Werke zugänglich machen, deren Erstveröffentlichung weniger als 30 Jahre zurückliegt, muss sie außerdem gemäß dem Referentenentwurf einen vertretbaren Aufwand

„vergriffene Werke“ gemäß seiner Bedeutung in der DSM-Richtlinie, die explizit auch solche Werke miteinschließt, die nie gewerblich genutzt wurden, vgl. ErwGr 30 DSM-Richtlinie.

54 Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke.

55 Vgl. *Steinhauer*, RuZ 2020, 1, 25 f.

56 *Reda*, Kulturelles Erbe befreien: Zur Notwendigkeit einer europäischen Lösung, in: Klimpel, Mit gutem Recht erinnern, 2018, S. 37–49.

57 *Nestl*, RuZ 2020, 1, 12.

58 Art. 6 DSM-Richtlinie.

59 Für eine kritische Würdigung des Diskussionsentwurfs zur Umsetzung der Art. 8 bis Art. 11 DSM-Richtlinie in deutsches Recht siehe den Beitrag von Dr. Paul Klimpel in dieser Ausgabe.

betreiben, um festzustellen, ob das Werk über übliche Vertriebswege weiterhin erhältlich ist.⁶⁰

Sollte keine Institution bereit sein, diese juristischen Risiken einzugehen, werden die fortschrittlichen Regelungen zur Zugänglichmachung vergriffener Werke ins Leere laufen. Werden die neuen Möglichkeiten genutzt, kann dies bestenfalls zur Erschließung enormer kultureller Schätze für die breite Öffentlichkeit führen oder zumindest eine strategisch erwirkte Rechtssicherheit für alle Beteiligten schaffen. Kosten und Risiken könnten dabei durch Vernetzung überschaubar gehalten werden.

2. Text und Data Mining

Eine Schrankenbestimmung für das Text und Data Mining ist im deutschen Urheberrecht bereits heute in § 60d UrhG verankert. Diese Regelung muss im Zuge der Umsetzung der Art. 3 und

Art. 4 DSM-Richtlinie allerdings ergänzt und erweitert werden. So sieht Art. 3 DSM-Richtlinie abweichend von § 60d UrhG vor, dass Kopien zum Zwecke der Überprüfbarkeit wissenschaftlicher Forschung aufbewahrt werden dürfen. Allerdings ist diese Möglichkeit im deutschen Referentenentwurf zur Umsetzung der europarechtlichen Regeln abweichend von den Anforderungen der Richtlinie lediglich Institutionen, nicht aber einzelnen Wissenschaftler*innen vorbehalten.⁶¹ Der Referentenentwurf bleibt auch insofern hinter den europarechtlichen Vorgaben zurück, als er versäumt, etwaige technische Maßnahmen der Rechteinhaber zum Schutz der Integrität ihrer technischen Systeme so zu regeln, dass sie die effektive Schrankennutzung nicht behindern und sich auf das Notwendige beschränken.⁶²

Sollte der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Schrankenbestimmungen für das Text und Data Mining zu Ungunsten der Wissenschaftler*innen von den Vorgaben der Richtlinie abweichen, werden Gerichte diesen Missstand aller Wahrscheinlichkeit nach korrigieren – aber nur, wenn es überhaupt zu Rechtsstreitigkeiten um die Auslegung der Schrankenbestimmung kommt. Wissenschaftler*innen müssen von dieser Möglichkeit also trotz juristischer Risiken Gebrauch machen – beispielsweise im Bereich der Digital Humanities,⁶³ wo Forschung oft auf Grundlage urheberrechtlich geschützter Werke betrieben wird.

60 Vgl. § 51c VGG-E, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes.

61 Vgl. Reda, Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts vom 23.01.2020, abrufbar unter: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2020/01/Konsultation_Urheberrecht_DSM_Julia_Reda.pdf, zuletzt abgerufen am: 13.07.2020.

62 Vgl. Reda, Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts vom 23.01.2020, abrufbar unter: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2020/01/Konsultation_Urheberrecht_DSM_Julia_Reda.pdf, zuletzt abgerufen am: 13.07.2020.

63 Zu urheberrechtlichen Fragestellungen im Bereich der Digital Humanities siehe: *de la Durantaye/Raue*, RuZ 2020, 1, 89 ff.

Wissenschaftler*innen können die Nutzung der Text und Data Mining-Schranke außerdem gemäß § 95b UrhG gegenüber Rechteinhaber*innen durchsetzen, wenn die technischen Schutzmaßnahmen die Nutzung der Schrankenbestimmung behindern. Dies erfordert allerdings die Bereitschaft, dieses gesetzlich verbrieftete Recht aktiv wahrzunehmen. Auch hier bietet die strategische Prozessführung einen geeigneten Rahmen.

3. Schranke für Unterricht und Lehre

Art. 5 der DSM-Richtlinie verpflichtet alle EU-Mitgliedstaaten zur Einführung einer Urheberrechtsschranke für Zwecke von Unterricht und Lehre. Außerdem verleiht die europäische Regelung diesen nationalen Schranken grenzübergreifende Wirkung, um auch transnationale Online-Bildungsangebote rechtssicher zu ermöglichen. Zur Umsetzung dieser Regelung in nationales Recht sieht der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums bedauerlicherweise nur geringfügige Änderungen an § 60a UrhG vor.⁶⁴

Von nicht unerheblicher Bedeutung ist jedoch die Ausweitung der deutschen Schrankenregelung für Unterricht und Lehre auch auf Lehrbücher und Notenblätter, die bislang gemäß § 60a

Abs. 3 UrhG ausgenommen sind. Zukünftig sollen diese Inhalte von der Schrankenbestimmung erfasst sein, sofern keine auf die Bedürfnisse der Bildungsinstitutionen zugeschnittenen Lizenzangebote existieren, die für diese Institutionen leicht verfügbar und auffindbar sind. Bildungsinstitutionen, die sich für die Nutzung von Lehrbüchern oder Notenblättern zukünftig auf die Schrankenregelung berufen wollen, werden also womöglich gerichtlich klären müssen, ob etwaige Lizenzangebote diese Anforderungen erfüllen. Eine solche gerichtliche Klärung könnte weit über den Einzelfall hinaus für Bildungseinrichtungen verschiedenster Art von Bedeutung sein.

4. Urhebervertragsrecht

Wissenschaftler*innen sind selbst Urheber*innen an den von ihnen veröffentlichten wissenschaftlichen Ergebnissen. Mit der Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts für Wissenschaftsurheber*innen in § 38 Abs. 4 UrhG, das auch gegen anderslautende vertragliche Vereinbarungen mit Verlagen durchsetzbar ist, hat der deutsche Gesetzgeber bereits der Tatsache Rechnung getragen, dass die Exklusivrechte an wissenschaftlichen Studien zuweilen gegen die Interessen der eigentlichen Urheber*innen an diesen Werken durchgesetzt werden. Die praktische Relevanz dieser Regelung hält sich

64 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, 13.10.2020, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html, zuletzt abgerufen am 19.10.2020.

bisher aber leider in Grenzen, da die Rechtsunsicherheit in Verbindung mit der Wahrnehmung des Zweitveröffentlichungsrechts nach wie vor hoch ist.⁶⁵

Dem strukturellen Machtungleichgewicht zwischen Urheber*innen und Werksmittlern wie beispielsweise Wissenschaftsverlagen widmen sich nun auch Art. 18 bis Art. 23 DSM-Richtlinie. Zwar sind zahlreiche dieser neuen europarechtlichen Regelungen vom deutschen Urhebervertragsrecht inspiriert, teilweise gehen sie aber auch darüber hinaus. Umsetzungsbedarf durch den deutschen Gesetzgeber besteht beispielsweise mit Blick auf Art. 19 DSM-Richtlinie, der eine Transparenzpflicht von Lizenznehmer*innen gegenüber Urheber*innen über die Verwertung ihrer Werke vorsieht. Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sieht jedoch vor, dieses Recht, das laut Richtlinie allen Urheber*innen zusteht, richtlinienwidrig auf entgeltliche Einräumungen von Nutzungsrechten zu beschränken.⁶⁶ Mit dieser Umsetzung droht die Regelung für die meisten Wissenschaftsurheber*innen ins Leere zu laufen, da diese sich oftmals gezwungen sehen, Nutzungsrechte unentgeltlich an Wissenschaftsverlage abzutreten. Dabei wären Transparenzrechte von Wissenschaftsurheber*innen gegenüber Verlagen für die Open Access-Bewegung von erheblicher Bedeutung, gerade angesichts undurchsichtiger und unüberschaubarer Publikationskosten.⁶⁷

Wissenschaftler*innen und ihre Organisationen sind also dringend gehalten, sich in die Reformdebatte um das Urhebervertragsrecht einzubringen und ihre daraus erwachsenen Rechte selbstbewusst in Musterverfahren gegenüber Wissenschaftsverlagen geltend zu machen.

V. Mut zur Freiheit – Mut zum Streit!

Altes wie neues Urheberrecht geben somit ausreichend Anlass zu gerichtlicher Auseinandersetzung. Die anfangs dargestellten Urteile deutscher und europäischer Gerichte beweisen, dass sich dieser Einsatz für Gedächtnisinstitutionen lohnt – und zwar erst recht, wenn er in einen strategischen Gesamtzusammenhang eingepflegt wird. Neben der angestrebten vergrößerten Wirkungskraft des erstrittenen Urteils durch Mobilisierung von Öffentlichkeit und Fachwelt können vor allem die bestehenden Risiken – z.B. Kosten und Verfahrensdauer – minimiert werden. Es ist nicht nur legitim, sondern mit Blick auf die anstehenden Reformen und das Auftreten der übrigen Interessenvertreter*innen notwendig, die eigenen Positionen auch vor Gericht zu vertreten und durchzusetzen.

65 Vgl. Hartmann, Kein Durchbruch: 5 Jahre Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Zeitschriftenbeiträge, 26.11.2019, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/kein-durchbruch-5-jahre-zweitveroeffentlichungsrecht-fuer-wissenschaftliche-zeitschriftenbeitraege/29822>, zuletzt abgerufen am 13.07.2020.

66 Vgl. § 32d Abs. 1 UrhG-E, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, 13.10.2020, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html, zuletzt abgerufen am 19.10.2020.

67 Vgl. Euler, RuZ 2020, 1, 61 f.

Mit der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. und dem auf urheberrechtliche Fragen spezialisierten Projekt control ©⁶⁸ stehen Gedächtnisinstitutionen sowie Wissenschaftler*innen erfahrene zivilgesellschaftliche Partner zur Seite. Zusammenarbeit und strategische Einbeziehung sind auch bei bereits anhängigen Verfahren möglich. Weil die angestrebten Erfolge und die Vernetzung von Verbündeten sich vor allem mit ausreichendem zeitlichem Vorlauf erreichen lassen und die Möglichkeiten der Kooperation von Fall zu Fall unterschiedlich und ausführlich abgewogen werden müssen,⁶⁹ sollte eine gegenseitige Vernetzung so früh wie möglich erfolgen. Dafür genügen gerade zu Beginn formlose Anschreiben über die üblichen Kanäle.⁷⁰

Denn Freiheit braucht den Mut, sich auch gegen Widerstände für das eigene Handeln einzusetzen. Auseinandersetzungen und Streit für und um die Informationsfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit mögen unangenehm sein, sind aber notwendig. Die insbesondere auch im Urheberrecht eingeräumten Spielräume verdienen es, mit allen rechtsstaatlichen Mitteln gemeinsam mit einem möglichst breiten Netzwerk verteidigt und eingefordert zu werden.

68 Gesellschaft für Freiheitsrechte, control ©: Urheberrecht und Kommunikationsfreiheit, abrufbar unter: <https://freiheitsrechte.org/urheberrecht/>, zuletzt abgerufen am 13.07.2020.

69 Vgl. zum Vorgehen der Gesellschaft für Freiheitsrechte: Unsere Strategie: Besseres Recht durch bessere Klagen, abrufbar unter: <https://freiheitsrechte.org/strategische-klagen/>, zuletzt abgerufen am 13.07.2020.

70 Kontaktdaten der Gesellschaft für Freiheitsrechte, abrufbar unter: <https://freiheitsrechte.org/impressum/>, zuletzt abgerufen am 13.07.2020.