

RuZ

Recht und Zugang

Zugang zum kulturellen Erbe und Wissenschaftskommunikation

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M.

Prof. Dr. Ellen Euler, LL.M.

Alexandra Kemmerer, LL.M. Eur.

Prof. Dr. Paul Klimpel
Andreas Nestl

Stephanie Niederalt

Prof. Dr. Benjamin Raue

Prof. Dr. Eric W. Steinhauer

Aus dem Inhalt

URHEBERRECHT

Gianna Iacino, Paweł Kamocki, Keli Du, Christof Schöch, Andreas Witt, Philippe Genêt and José Calvo Tello

Legal status of Derived Text Formats

– 2nd deliverable of Text + AG Legal and Ethical Issues –

Simon Herrmann

Pragmatismus und Augenmaß: Rechteklärung in der Deutschen Nationalbibliothek

Grischka Petri

Reproduktion gemeinfreier Kunst: Museumsfotos jenseits der Unterscheidung von Lichtbild und Lichtbildwerk

Paul Klimpel

Reproduktionsfotografie und Werkschutz
– Auswirkungen des §68 UrhG auf die Bestandsfotografie des kulturellen Erbes –

ZUGANGSFRAGEN

Christoph Wohlstein

Anmerkung zu BVerwG Urt. v. 11.12.2024 – 8 CN 2.23
– zugleich ein Beitrag zur Sonntagsöffnung von Bibliotheken

Arslan Sheikh

Public Access to Books and University Libraries in Pakistan: Prospects and Challenges

3 2024

5. Jahrgang

Seite 145 – 228

ISSN 2699-1284



Nomos

Nomos
eLibrary

Herausgeber: Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, Humboldt-Universität zu Berlin | Prof. Dr. Ellen Euler, Fachhochschule Potsdam | Alexandra Kemmerer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht | Prof. Dr. Paul Klimpel, Partner bei iRights.law | Andreas Nestl, Generaldirektion der Staatlichen Archive Bayerns | Stephanie Niederalt, Bayerische Staatsgemäldesammlungen | Prof. Dr. Benjamin Rau, Universität Trier | Prof. Dr. Eric W. Steinhauer, Universitätsbibliothek der FernUniversität in Hagen

Schriftleitung: Prof. Dr. Eric W. Steinhauer

Inhalt

Editorial: Zugänge sichern – Recht, Praxis und Perspektiven im Umgang mit Kulturgut	147
URHEBERRECHT	
Gianna Iacino, Paweł Kamocki, Keli Du, Christof Schöch, Andreas Witt, Philippe Genêt and José Calvo Tello	
Legal status of Derived Text Formats	
– 2 nd deliverable of Text+ AG Legal and Ethical Issues –	149
Simon Herrmann	
Pragmatismus und Augenmaß: Rechteklärung in der Deutschen Nationalbibliothek	173
Grischka Petri	
Reproduktion gemeinfreier Kunst: Museumsfotos jenseits der Unterscheidung von Lichtbild und Lichtbildwerk	183
Paul Klimpel	
Reproduktionsfotografie und Werkschutz	
– Auswirkungen des § 68 UrhG auf die Bestandsfotografie des kulturellen Erbes –	197
ZUGANGSFRAGEN	
Christoph Wohlstein	
Anmerkung zu BVerwG Urt. vom 11.12.2024 – 8 CN 2.23 – zugleich ein Beitrag zur Sonntagsöffnung von Bibliotheken	209
Arslan Sheikh	
Public Access to Books and University Libraries in Pakistan: Prospects and Challenges	221

RuZ Recht und Zugang

Zugang zum kulturellen Erbe und Wissenschaftskommunikation

Schriftleitung: Prof. Dr. Eric W. Steinhauer (V.i.S.d.P.)

Einsendungen bitte an:

Prof. Dr. Eric W. Steinhauer
Universitätsbibliothek der FernUniversität in Hagen
Universitätsstraße 21–23
58097 Hagen
E-Mail: ruz@nomos-journals.de
www.ruz.nomos.de

Anzeigen:

Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG
Anzeigenabteilung
Dr. Jiri Pavelka
Wilhelmstraße 9
80801 München
Media-Sales:
Tel: (089) 381 89-687
mediasales@beck.de

Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldeestr. 3-5
76530 Baden-Baden
Telefon: 07221/2104-0
Telefax 07221/2104-27
www.nomos.de

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber
Sparkasse Baden-Baden Gaggenau,
IBAN DE05662500300005002266
(BIC SOLADES1BAD)

Erscheinungsweise: dreimal jährlich

Bezugspreise für die Druckausgabe:

Jahresabo Print: € 119,-
Einzelheft: € 35,-
Vertriebskostenanteil (Inland € 16,-/Ausland € 21,-) und Direktbeorderungsgebühr € 3,50 jeweils zuzüglich. Alle Preise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer.
Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Kundenservice:

Telefon: +49-7221-2104-222
Telefax: +49-7221-2104-285
E-Mail: service@nomos.de

Kündigung: Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende.

Adressenänderungen:

Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.
Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

Manuskripte und andere Einsendungen:

Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das einfache, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigelegte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter www.nomos.de/urheberrecht.

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Urheber- und Verlagsrechte:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsge setzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative

Editorial: Zugänge sichern – Recht, Praxis und Perspektiven im Umgang mit Kulturgut

Die Frage, wie Zugänge zu Wissen, Kultur und Information unter den Bedingungen der Digitalisierung gestaltet werden können, ist Gegenstand vielfältiger Debatten. Die vorliegenden Beiträge beleuchten diese Herausforderung aus unterschiedlichen Perspektiven: Sie reichen vom urheberrechtlichen Umgang mit digitalen Textformaten über die Rechteklärung in Bibliotheken und die Gemeinfreiheit von Reproduktionsfotografien bis hin zu Fragen des physischen Zugangs und der institutionellen Entwicklung im globalen Süden.

Im Mittelpunkt des Beitrags von **Iacino et al.** steht der Rechtsstatus abgeleiteter Textformate (*Derived Text Formats*, DTFs). Die Autorinnen und Autoren zeigen, dass DTFs – also systematisch generierte Repräsentationen von Quelltexten für Zwecke des Text and Data Mining – einen Weg eröffnen können, urheberrechtliche Restriktionen zu umgehen, sofern sie keine schutzfähigen Merkmale enthalten. Gleichwohl bleibt die Abgrenzung zwischen erlaubter Datennutzung und geschützter schöpferischer Leistung rechtlich anspruchsvoll. Die Diskussion um DTFs verweist auf ein zentrales Spannungsfeld: das Verhältnis von Open Science und Individualschutz im digitalen Forschungsumfeld.

Simon Herrmann schildert in seinem Beitrag den pragmatischen Umgang mit urheberrechtlichen Fragen in der Deutschen Nationalbibliothek. Angesichts von Millionen digitalisierter Seiten kann Rechteklärung hier nur datenbasiert und „passiv“ erfolgen. Das erfordert klare Leitplanken, eine gewisse Toleranz gegenüber Unvollständigkeit und zugleich ein hohes Maß an Verantwortungsbewusstsein gegenüber Rechteinhabern. Das Beispiel zeigt exemplarisch, dass der digitale Zugang zum Kulturerbe nicht nur technische, sondern auch juristische und organisatorische Antworten verlangt.

Mit dem Spannungsfeld zwischen Gemeinfreiheit und neuer Monopolisierung befasst sich **Grischka Petri**. Er untersucht die rechtliche Bewertung von Museumsfotografien gemeinfreier Werke und argumentiert überzeugend, dass reine Reproduktionen ohne eigene kreative Prägung keinen urheberrechtlichen Schutz genießen sollten. Der Beitrag reflektiert die Zielrichtung von § 68 UrhG und plädiert dafür, die Nachnutzung gemeinfreier Objekte möglichst ungehindert zu ermöglichen, um kulturelle Teilhabe zu stärken.

Paul Klimpel ergänzt diese Perspektive um eine vertiefte Analyse der Neuregelungen zum Reproduktionsschutz. Er zeigt, dass § 68 UrhG im Kern sicherstellt, dass Reproduktionen gemeinfreier visueller Werke nicht erneut Schutzrechte begründen – eine Klarstellung, die den Zugang zu Beständen von Museen und Archiven erheblich erleichtern kann. Gleichzeitig bleibt die Frage offen, wie weitreichend diese Gemeinfreiheit auch für Fotografien dreidimensionaler Objekte reicht und in welchen Konstellationen ein eigenständiger Werkcharakter bestehen kann.

Einen ganz anderen Zugang behandelt der Beitrag von **Christoph Wohlstein**, der sich mit der Sonntagsöffnung öffentlicher Bibliotheken auseinandersetzt. Er beleuchtet

die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie die arbeitszeitrechtlichen Rahmenbedingungen, die nach wie vor ein Hemmnis für die Sonntagsöffnung darstellen. Die Diskussion verweist auf ein grundsätzlicheres Thema: Wie können Bibliotheken als „Dritte Orte“ gestärkt werden, um auch physisch niedrigschwellige Zugänge zu Bildung und Kultur zu bieten?

Schließlich richtet **Arslan Sheikh** den Blick nach Pakistan und schildert die Entwicklung der Universitätsbibliotheken dort. Trotz erheblicher Fortschritte bei Automatisierung und Serviceangeboten bestehen weiterhin infrastrukturelle, ökonomische und kulturelle Hürden für den gleichberechtigten Zugang zu Information. Der Beitrag macht deutlich, dass der digitale Wandel nicht automatisch zu mehr Teilhabe führt, sondern immer auch von politischem Gestaltungswillen, institutioneller Verantwortung und gesellschaftlichem Konsens abhängt.

In der Zusammenschau eint alle Beiträge die Frage nach einer ausgewogenen Ordnung: Wie kann das Recht Rahmenbedingungen schaffen, die kulturelle Vielfalt, individuelle Rechte und Gemeinwohlinteressen gleichermaßen berücksichtigen? Ob es um Text- und Datenanalyse, die Gemeinfreiheit des visuellen Erbes oder den Ausbau institutioneller Infrastrukturen geht – stets steht die Aufgabe im Raum, Rechtssicherheit und Offenheit klug auszutarieren. Diese Ausgabe möchte Anregungen bieten, wie sich dieser Balanceakt künftig noch besser gestalten lässt.

Für den Herausgeberkreis

Eric Steinhauer

URHEBERRECHT

Ass. iur. Gianna Iacino, LL.M., Dr. iur. Paweł Kamocki, Dr. phil. Keli Du, Prof. Dr. Christof Schöch, Prof. Dr. Andreas Witt, Philippe Genêt and Dr. José Calvo Tello*

Legal status of Derived Text Formats

– 2nd deliverable of Text+ AG Legal and Ethical Issues –

This document was created in the context of the work of the association German National Research Data Infrastructure (NFDI) e.V. NFDI is financed by the Federal Republic of Germany and the 16 federal states, and the consortium Text+ is funded by the Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG, German Research Foundation) – project number 460033370. The authors would like to thank for the funding and support. Furthermore, thanks also include all institutions and actors who are committed to the association and its goals.

I. Introduction

A key aspect of many Digital Humanities projects is the use of texts as research data. Text and Data Mining (TDM) is an umbrella term for a range of methods

* Ass. iur. Gianna Iacino, LL.M., specialised in media law and works at the law department of the German National Library.

Dr. iur. Paweł Kamocki is a Legal Expert at the Leibniz-Institut für Deutsche Sprache, Mannheim, co-chair of the Text+ Working Group on Legal and Ethical Issues, and chair of the CLARIN Legal and Ethical Issues Committee

Dr. phil. Keli Du is a PostDoc researcher in Computational Literary Studies at the Trier Center for Digital Humanities, Trier University, Germany.

Prof. Dr. Christof Schöch is Professor of Digital Humanities and Co-Director of the Trier Center for Digital Humanities at Trier University, Germany.

Prof. Dr. Andreas Witt is Professor of Computational Humanities and Text Technology at the University of Mannheim, Head of the Department of Digital Linguistics at the Leibniz Institute for the German Language in Mannheim, and Spokesperson of the Text+ consortium within the German National Research Data Infrastructure (NFDI).

Philippe Genêt works at the German National Library and coordinates the Task Area Collections in the consortium Text+ of the German National Research Data Infrastructure (NFDI).

Dr. José Calvo Tello works as a researcher and subject librarian at the Göttingen State and University Library.

used to analyse texts for scientific research. According to the legal definition in the Digital Single Market Directive (hereinafter: the DSM Directive),¹ TDM is “any automated analytical technique aimed at analysing text and data in digital form in order to generate information which includes but is not limited to patterns, trends and correlations”.² To conduct TDM, it is necessary to reproduce the source material, and in collaborative research projects also to communicate it to the public. Such acts are copyright-relevant if the source material is protected by copyright. In such cases, performing TDM requires the authorisation of the rights holders unless a statutory exception applies. With the DSM Directive, new copyright exceptions regarding TDM have been introduced into the EU legal framework (see art. 3 and 4 DSM Directive). Still, TDM encounters limitations concerning the storage, publication, and re-use of datasets derived from copyrighted texts: According to the TDM exception for scientific research, the source material may only be shared with a limited circle of persons for joint scientific research or with third persons for quality evaluation purposes. It can only be stored long-term if it was collected for research purposes by cultural heritage institutions, research organisations or individual researchers belonging to a research organisation.³ Such limitations, however, run counter to the principles of open science in research which, like in many other fields, play an important role in Digital Humanities and make it difficult to replicate or verify the results of existing studies, or to build on earlier work when current, in-copyright materials are concerned.

This paper will focus on Derived Text Formats (DTFs) as a possible way to avoid such limitations by using statutory exceptions to transform the source material into formats which no longer contain copyrighted content. It will discuss the legal requirements to create DTFs from copyright-protected material, as well as the legal criteria to determine the applicability (or not) of copyright to DTFs according to German law. Copyright law is heavily influenced by EU directives, so these will play a significant role throughout this analysis.

II. B. What are derived text formats (DTFs)

DTFs have been described as extracted features for non-consumptive research.⁴ They are systematically generated representations of a base text, which allow the application

1 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, DSM Directive, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790>.

2 See art. 2.2 DSM Directive.

3 For a comprehensive analysis of the TDM exceptions in the DSM Directive, their transposition into German law and the limitations concerning storage, publication and re-use of datasets, see: G. Iacino, P. Kamocki, P. Leinen, Assessment of the Impact of the DSM-Directive on Text+, <https://zenodo.org/doi/10.5281/zenodo.12759959>.

4 See e.g., Y. Lin, J.-B. Michel, E. Aiden Lieberman, J. Orwant, W. Brockman, S. Petrov, Syntactic Annotations for the Google Books NGram Corpus, in: Proceedings of the ACL 2012 System Demonstrations, Association for Computational Linguistics, Jeju Island, Korea,

of specific TDM methods. They can be produced in such a way that, on the one hand, the resulting representation still allows for the application of at least one research method, while, on the other hand, the representation is no longer protected by copyright.

The basic idea behind DTFs is to selectively remove specific pieces of information, particularly copyright-relevant features, from in-copyright texts to transform copyright-protected material into DTFs which no longer contain copyright-relevant features and therefore, are no longer affected by copyright restrictions. Additionally, if the material cannot be 'humanly' read and understood in order to intellectually assimilate its content (Baudry, 2023),⁵ making it available to the public is less likely to affect the interests of copyright holders. At the same time, such materials are still suitable for a variety of TDM tasks in the Digital Humanities, such as simple quantification of words and other linguistics features, stylometry and authorship attribution, topic modelling, or the training of machine learning models.

There are many ways to create DTFs from source texts, but they can be roughly divided into three groups⁶ listed below, with examples for reference.

- 1) **Statistical DTFs:** The first method is to extract textual features from texts (e.g. tokens, lemmata, n-grams, sentences, lines, paragraphs or pages) and their corresponding statistical information, such as length, absolute/relative frequency or sequence. Such extracted, descriptive information can then be published for text analysis tasks. Examples of such DTFs are the "Hathi Trust Extracted Features" (see e.g., Jett et al. 2020, Organisciak et al. 2017, Parulian et al. 2022) and the "Google Books Ngram Datasets" (see e.g., Michel et al. 2011, El-Ebshihy et al. 2018, Richey & Taylor 2020).
- 2) **Transformative DTFs:** The second method and the idea is to artificially add some "noise" to the original text, which reduces its readability (Schöch et al. 2020). More precisely, different kinds of transformation are being applied to the source

2012, pp. 169–174, <https://aclanthology.org/P12-3029>; S. Bhattacharyya, P. Organisciak, J. S. Downie, A Fragmentizing Interface to a Large Corpus of Digitized Text: (Post)humanism and Non-consumptive Reading via Features, *Interdisciplinary Science Reviews* 40 (2015) 61–77, <http://www.tandfonline.com/doi/>; J. Jett, B. Capitanu, D. Kudeki, T. Cole, Y. Hu, P. Organisciak, T. Underwood, E. Dickson Koehl, R. Dubniecek, J. S. Downie, The HathiTrust Research Center Extracted Features Dataset (2.0), 2020, <https://wiki.htrc.illinois.edu/pages/viewpage.action?pageId=79069329>, doi:10.13012/R2TE-C227; C. Schöch, F. Döhl, A. Rettinger, E. Gius, P. Trilcke, P. Leinen, F. Jannidis, M. Hinzenmann, J. Röpke, *Abgeleitete Textformate: Text und Data Mining mit urheberrechtlich geschützten Textbeständen* (2020), http://zfdg.de/2020_006, doi:10.17175/2020_006; P. Organisciak, J. S. Downie, Research access to in-copyright texts in the humanities, in: *Information and Knowledge Organisation in Digital Humanities*, Routledge, 2021, pp. 157–177.

5) J. Baudry (2023), Non-consumptive research use, an analysis of the legal situation, on Couperin.org, <https://www.couperin.org/le-consortium/actus/non-consumptive-research-use/>.

6) Some authors distinguish between "token-based" and "vector-based" DTF, see Schöch et al. 2020, F. Barth, J. Calvo Tello, K. Du, P. Genêt, L. Keller, J. Knappen, *Liste der Abgeleiteten Textformate (working title)*, forthcoming, 2025.

texts (e.g. removing the sequence information by randomizing the order of the words and/or randomly replacing a certain proportion of words in texts with their corresponding part-of-speech tags or with a placeholder token) and the transformed texts can then be published in different formats (plain text, JSON, XML, tabular formats) as research data.⁷ One recent example of this can be found in the TextGrid-Repository, with TEI files containing metadata, structure and lexical information but with the tokens in randomized order (Calvo Tello et al. 2025).⁸

- 3) **Language model-based DTFs:** The third method is to train a language model using the copyrighted texts and publish the model (e.g. topic model, static / contextualized word embedding model, or large language model). In this way, the information contained in texts (including for example the frequency and the context of words) is mapped to and represented in an algebraic vector space instead of the usual symbolic character system. Information in this format could be used for e.g. context-dependent semantic analysis of individual words or fine-tuning of the large language models for specific analysis procedures⁹.

It should be noted that DTFs are usually published along with information about the texts, such as data about the structure of the text (if it contains paratexts, verses, images, etc.) and metadata of various kinds, such as details of the composition of the files, title and other descriptive information about the work(s) it contains, the author and other agents (such as publishers, translators) involved in the process, etc. This is the case for Statistical and Transformative DTFs and most of the examples mentioned above and in Schöch et al. (2020). Even in cases with poorer metadata, such as Google N-grams, some metadata is needed to be able to use them for analysis. As Burnard points out, “without metadata, the investigator has nothing but disconnected words of unknowable provenance or authenticity” (2004). This is an important feature of textual data, and could have important implications for the criteria for copyright status of DTFs.

7 Note that for a number of kinds of statistical DTFs, a conversion into transformative DTFs with identical information content is possible, and vice versa, so that these two types are not necessarily fundamentally different.

8 <https://textgridrep.org/search?query=&order=relevance&limit=20&mode=list&filter=format:application%2Fxml%3Bderived%3Dtrue&filter=project.id%3ATGPR-8b44ca41-6fa1-9b49-67b7-6374d97e29eb>.

9 See e.g. C. Schöch, F. Döhl, A. Rettinger, E. Gius, P. Trilcke, P. Leinen, F. Jannidis, M. Hinzmann, J. Röpke, *Abgeleitete Textformate: Text und Data Mining mit urheberrechtlich geschützten Textbeständen* (2020), http://zfdg.de/2020_006, doi:10.17175/2020_006; Hessel, J., & Schofield, A. (2021, August). How effective is BERT without word ordering? implications for language understanding and data privacy. In Proceedings of the 59th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics and the 11th International Joint Conference on Natural Language Processing (Volume 2: Short Papers) (pp. 204–211); Keli Du & Christof Schöch: “Shifting Sentiments? What happens to BERT-based Sentiment Classification when derived text formats are used for fine-tuning” (long presentation). In: Karajgikar, J., Jancso, A., & Otis, J. (2024). DH2024 Book of Abstracts. Zenodo, <https://doi.org/10.5281/zenodo.13761079>.

The way in which DTF's metadata is published is closely related to the format chosen. For plain text files, metadata is often stored separately in a tabular format or in the name file in a precarious way. Other formats, such as JSON or XML-TEI, allow metadata to be encoded in a structured way, facilitating better compliance with the FAIR principles (Wilkinson et al. 2016).

III. Copyright implications of creating DTFs

This section will discuss in which cases creating DTFs from copyright-protected source material qualifies as a copyright-relevant act and therefore can only be carried out with authorisation of the rights holders or under a statutory exception.

1. Copyright protection of the source material

This deliverable concerns only the creation of DTFs from copyright-protected source material. The reader should be aware, however, that while a great majority of texts (novels, poems, song lyrics, news, blog posts, letters, diary entries...) meet the originality threshold required for copyright protection, some texts are copyright-free (i.e., in the public domain). This is the case if:

- Copyright has reached its term, which generally happens 70 years after the death of the author¹⁰ OR
- The text is expressly excluded from copyright by a statutory provision; under German law, this is the case of "official works";¹¹
- The text fails to meet the originality threshold, e.g. because it's too short for the originality (German: persönliche geistige Schöpfung) to manifest itself¹² (some tweets, slogans), or because it's very commonplace (e.g., consists of expressions commonly used in the given context¹³, such as "I wish you a merry Christmas and a happy new year"), or because the author had to follow some strict formal constraints (this could be the case of some product descriptions or user manuals).

Public domain texts can be freely copied and shared, so there is limited practical interest in deriving DTFs from them (at least in the context of copyright concerns); but since they can also be freely modified, deriving and sharing DTFs from such texts is not in any way restricted by copyright law.

¹⁰ See § 64 Urheberrechtsgesetz (UrhG) for the German legal framework, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/.

¹¹ See § 5 UrhG.

¹² The Court of Justice of the European Union ruled that texts as short as 11 consecutive words can be protected by copyright; however, very short texts (around 4 words and shorter) are generally regarded as too short to be protected by copyright, see CJEU, judgement of 16 July 2009, Infopaq, Case C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=72482&doclang=EN>.

¹³ See e.g. LG München I, Urteil vom 12.12.2017, 33 O 15792/16, <https://openjur.de/u/970910.html>.

2. Copyright-relevance of creating DTFs

Two scenarios need to be distinguished. On the one hand, if the outcome of the creation process, the DTF itself, still contains copyright protected-source material, the creation of the DTF necessarily entailed reproductions of the source material, independently from how it was created. On the other hand, if the DTF no longer contains copyright-protected source material, the creation process might either not have entailed any acts of reproduction or might have required (technically necessary) acts of reproduction. Therefore, It is necessary to take a closer look at the creation process itself before analysing whether the result of the process, the DTF itself, is still protected by copyright. As it will be demonstrated, a distinction can be made between manually and automatically creating DTFs.

a) Manually deriving DTFs

Theoretically, one could derive DTFs, especially Statistical DTFs, entirely manually, e.g. by manually counting words, characters, etc., and then presenting the results in a chart or a diagram. Although certainly time-consuming and inefficient in the digital age, manual derivation of Statistical DTFs possibly can be a copyright-irrelevant act, if the source text is not reproduced (copied) in the process, and only pure copyright-free information is extracted from the text (e.g., there are 3 occurrences of the word “kerfuffle” in the text, the text consists of 772 sentences, the most common sentence length is 5 words, etc.). However, this is of course a time-consuming and error-prone process that does not scale well to larger amounts of text; it is therefore of very limited practical relevance.

b) Automatically deriving DTFs

Needless to say, the most convenient and feasible way to derive DTFs is by automated means. However, a piece of software used to derive DTFs necessarily copies (large) passages of source texts, even if only copyright-free information is extracted from the text. It is interesting to realise that an action that would “normally” be free from constraints may fall within the ambit of an exclusive right just because it is performed with the aid of information technology.

Copies that are only temporarily stored in the RAM are also copyright-relevant.

The wording of Article 2 of the InfoSoc Directive¹⁴ and of § 16(1) UrhG, defining the exclusive right of reproduction, leaves no doubts as to the fact that all acts of reproduction, even technically necessary acts of temporary reproductions, are copyright-relevant:

¹⁴ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, InfoSoc Directive, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj>.

Article 2 InfoSoc Directive:

Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part: (a) for authors, of their works (...).

§ 16(1) UrhG:

‘Right of reproduction’ means the right to produce copies of the work, whether on a temporary or on a permanent basis and regardless of by which means of procedure or in which quantity they are made.

3. Creating DTFs under statutory exceptions

The reproductions necessary to derive a DTF can therefore only be lawfully made with the permission from the right holders, unless they are covered by a statutory exception. Of course, asking for the rightholder’s permission to derive a DTF is not a reasonable option, primarily for pragmatic reasons (e.g., multiple and/or unknown copyright holders). The very point of deriving a DTF in the first place is to be able to share meaningful information about the text without limitations and without having to ask for permission. It is therefore necessary to rely on an existing statutory exception.

Copyright law knows several statutory exceptions which might be applicable for the purpose of creating a DTF, due to the fact that they allow reproductions of entire works. In the context of this deliverable, two of these exceptions deserve a closer look: § 60d UrhG which allows reproductions necessary for TDM for scientific purposes and § 44a UrhG which allows temporary acts of reproduction. Other statutory exceptions, such as § 51 UrhG (citation) or § 53 UrhG (private copy) are too narrow in scope. Even § 60c UrhG which is the specific statutory exception for scientific research, generally only allows reproductions of 15 % of a work, with entire reproductions being allowed only in very limited cases (for so-called “small-scale works” or out-of-commerce works).

When interpreting statutory exceptions, the so-called three-step test must be considered, before turning to a more detailed examination of the potentially relevant statutory exceptions for creating DTFs.

a) Three-step-test

According to Article 9(2) of the Berne Convention, signatory countries can adopt exceptions to the reproduction right in their national laws, provided that these exceptions are limited to “certain special cases”, and that the allowed uses “[do] not conflict with a normal exploitation of the work and [do] not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author[s]”. This provision, called the “three-step test”, was first introduced during the 1967 revision of the Convention. Today, it can also be found in Article 13 of the TRIPS Agreement, Article 10 of the WIPO Copyright Treaty, and in Article 5(5) of the InfoSoc Directive.

The three-step test is the first “bottleneck” that every copyright exception must go through before it can be enacted in national law.

The first step of the test, i.e. limitation “to certain special cases” signifies that the exceptions must be clearly defined (“certain”) and limited in scope and reach (“special”). For example, an exception allowing for all works to be used without permission from the rightholder for “personal development” purposes would fail this test, as it is not clearly defined (what exactly is “personal development”)? Does it cover only spiritual, or also material enrichment? Whose “personal development” – only the user’s or also his or her public’s?, etc.) and above all it is too broad in scope (not “limited”); in fact, it could strip copyright of any practical significance. This also means that exceptions need to be periodically reviewed and adapted to the changing reality.

The second step of the test requires that copyright exceptions “do not conflict with a normal exploitation of the work”. This chiefly means that the exceptions should not allow users to enter into economic competition with the rightholder. All uses that have economic importance, or are likely to acquire such importance, should in principle be reserved to the rightholders.

Thirdly, the exceptions should not “unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder”. The ambiguity of the term “legitimate” makes this step particularly hard to evaluate, as it can mean both “lawful” (i.e., grounded in the law), and, more broadly, “valid” (as in: justifiable, reasonable). It seems that the narrower view, limited to protecting interests enshrined in the law, is more appropriate. Copyright exceptions should not “unreasonably prejudice” such legitimate interest. According to the WTO Panel, this precludes exceptions that cause or may cause “unreasonable loss of income” to the rightholder¹⁵. However, a contrario, a certain degree of prejudice (“reasonable prejudice”, related to a “reasonable loss of income”) remains acceptable. This is why some exceptions (such as the private copy exception) are accompanied by a compensation scheme (such as a special levy (tax) on purchases of recordable media) that is supposed to bring the prejudice suffered by rightholders back to an acceptable level.

As demonstrated, the three-step test offers considerable freedom of interpretation and “sufficient breathing space for social, cultural and economic needs” (Senftleben, 2010)¹⁶. However, the views on the practical significance of the three-step test differ. In particular, the way in which the test is incorporated in the InfoSoc Directive indicates that its role, according to the European legislator, is to “narrow down” the scope of statutory exceptions: Article 5 in its (1), (2) and (3) offers a list of rather narrowly defined uses that should (Article 5(1)) or may (Article 5(2) and (3)) be covered by statutory exceptions in national laws of the Member States. This list

15 WTO, Report of the Panel, WT/DS160/R, 15 June 2000, para 6.229.

16 M. Senftleben, The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 1, <https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-1-2-2010/2605/JIPITEC%202020-%20Senftleben-Three%20Step%20Test.pdf>.

includes, for example, quotations, uses in research and teaching, as well as the private copy exception (see below). Then, the same article 5 (in its (5)) provides that all the above exceptions (whether affecting only the reproduction right, or also the right of communication to the public) should *in addition* be subject to the three-step test. As a result, exceptions stemming from the InfoSoc Directive tend to be defined in a very narrow way, which severely limits their practical significance, especially for research activities.

National laws also seem to attribute different roles to the three-step test. The German Copyright Act does not mention the three-step test, which indicates that it is a “high level” requirement stemming from international law and addressed primarily to the national legislator, and not to those who apply the law. Simply put, if an exception makes its way into the German Copyright Act, this means that the legislator assumes it has passed the three-step test and the role of the test is limited to serving as an aid in the interpretation of German copyright regulations (unless, of course, an international body such as the WTO Panel decides otherwise and forces the national legislator to reform the law).

Some legal scholars advocate that the three-step test should be elevated to the rank of an “open norm” in the EU, similar to the American fair use doctrine¹⁷. In this approach, every use that passes the three-step test should be allowed, and the existing exceptions should only serve as examples of “specific cases”. Although this approach is tempting and may seem justified, this deliverable is not a place for a debate on law reform.

b) Exception for TDM for Scientific research purposes (§ 60 d UrhG)

Although first introduced into German law in 2018, § 60d UrhG, containing the exception for Text and Data Mining (TDM) for scientific research purposes, owes its current wording to Article 3 of the 2019 DSM Directive. It can be summarised as follows:

¹⁷ See esp. M. Senftleben, The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation, 1 (2010) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 1, No. 2, pp. 67–82; see also Gervais, Daniel J., Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=499924>.

- **Research organisations, cultural heritage institutions and citizen scientists¹⁸**
 - are allowed to make **copies** of content
 - that they have **lawful access** to
 - in order to carry out **TDM**
 - for **scientific research purposes**.

The question of whether the creation of DTFs is covered by the TDM exception will be addressed below. An analysis of § 60d beyond this question will not be conducted at this point.¹⁹

TDM in German copyright law is defined in § 44b UrhG very broadly as an “automated analysis of individual or several digital or digitised works for the purpose of gathering information, in particular regarding patterns, trends and correlations” (§ 44b, very close, but not identical to the definition in art. 2 of the DSM Directive).

The process of creating a DTF entails an automated analysis of the source material in order to generate a representation of a base text. This representation contains information about the source text. For example, a Statistical DTF can be seen as gathering information about patterns of occurrence (e.g., the frequency of use of certain words or expressions), and language-model based DTFs can be seen as representing morphological and semantic information about tokens that are based on patterns of co-occurrence and stored as dense numerical vectors. In fact, producing a DTF is very similar in nature to applying methods like topic modelling or stylometry, with the exception that the process is not continued as it normally would, i.e. by summarizing the transformed data, by visualizing a selection of the data, and by drawing conclusions from it. Rather, it stops at an earlier phase. This should not be an obstacle to seeing the creation of DTFs as compatible with the legal definition of TDM and the DTF itself as a result of a TDM process.

Creating DTFs can be a goal of a TDM process. For example, finding any keyness analysis supposes, in a first step, to collect the frequency and/or dispersion information about all the different words found in a corpus, which is essentially information about how the frequency of a given word evolved over time may require creation of Statistical DTFs. Certain research questions may also entail creation of Transformational DTFs, for example:

1. In order to compare the semantic similarity of words in texts, a static word embedding model can be trained and then applied for the comparison.

18 The **beneficiaries** mentioned in the DSM directive are limited to research organisations (including universities and public research institutes) and cultural heritage institutions (libraries, museums, archives...). Going beyond the wording of the DSM Directive, the German transposition adds to the list “citizen scientists”, i.e. researchers without academic affiliation, as long as they are acting for non-commercial purposes. This addition was possible due to a creative fusion of Art. 3 of the DSM Directive with the “general” exception for non-commercial scientific research in Art. 5(3)(a) DSM Directive.

19 For a more detailed analysis of § 60 d UrhG, G. Iacino, P. Kamocki, P. Leinen, Assessment of the Impact of the DSM-Directive on Text+.

2. In order to explore the hidden thematic structure of a corpus, a topic model can be trained and the text data is transformed to two probability distributions: a topics-in-documents distribution and a words-in-topics distribution, which can be used to analyse the occurrence of semantic/thematic word clusters in text collections.

But, deriving DTFs can also be a means, rather than a goal, of a TDM process. In this scenario, the information incorporated in the derived text format is not the goal of the scientific research. Rather, the derived text format serves as a means to an end: it shall now be used as a copyright-free corpus for a subsequent TDM analysis. It is therefore only an interim step in a larger process. This interim step of the TDM process already serves scientific research purposes: Scientific research generally refers to the methodical and systematic pursuit of new knowledge.²⁰ By already deeming the “pursuit” of new knowledge sufficient, not only the steps directly related to the acquisition of knowledge are included, rather, it is sufficient that the step in question is aimed at a (later) gain in knowledge. The creation of a dataset can be considered scientific research in this aforementioned sense. While the creation of a dataset itself may not yet be associated with knowledge gain, it is a fundamental step aimed at using the dataset for future insights.²¹ The TDM regulations do not explicitly provide for a multi-step TDM process, but it is nevertheless covered by the wording as well as the intent and purpose of the regulation.

Whether a goal in itself or merely a means towards another goal, all reproductions necessary to create DTFs are exempted under the TDM exception (§ 60 d UrhG). Importantly, German law also expressly allows modifications of the source material when it's technically necessary to carry out TDM. Necessary changes of format or encoding of the source material for building DTFs are therefore expressly allowed (§ 23 (3) UrhG).

- c) Possible alternative: Temporary acts of reproduction (§ 44 a UrhG)

Technically necessary acts of reproduction, such as those made in the process of automatically creating DTF, might be covered by § 44a UrhG.²²

According to the CJEU²³, an act of reproduction can be covered by the exception for temporary acts of reproduction (Art. 5.1 of the InfoSoc Directive, § 44a UrhG) if it meets 5 cumulative conditions:

20 BeckOK UrhR/Grübler, 42. Ed. 1.5.2024, UrhG § 60c Rn. 5; Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, UrhG § 60c Rn. 1.

21 LG Hamburg, Urteil vom 27.9.2024, Az.: 310 O 227/23, Rz. 113, <https://openjur.de/u/2495651.html>.

22 See Recital 9 DSM Directive.

23 CJEU, judgement of 26 April 2017, Stichting Brein, Case C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190142&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8019316>.

- (1) the copy is temporary (i.e., not intended to last),
- (2) it is transient or incidental (i.e., its lifetime is limited to what is necessary, and the copy is then deleted automatically without human intervention²⁴),
- (3) it is an integral and technical part of a technological process (the reproductions have to happen within and not outside the process; the process can be manually activated²⁵),
- (4) the sole purpose of that process is to enable a transmission in a network between third parties by an intermediary or a lawful use of a work or subject matter (i.e., a use that was authorised by the rightholder or is not restricted by copyright law²⁶), and
- (5) that act does not have any independent economic significance (i.e. the copies do not enable the generation of an additional profit going beyond that derived from the lawful use of the protected work and do not lead to a modification of that work²⁷).

Classically, this exception is invoked mostly in the context of web browsing (to exempt the cache copies made in the process from the obligation to obtain authorisation).

The first four requirements are unquestionably met in the creation of derived text formats. The necessary acts of reproduction are a technical and integral part of the automated process of creating a DTF. They will be automatically deleted at the end of the creation process. If the DTF itself no longer contains copyright-protected content, then the reproductions made while creating the DTF do not manifest in the DTF and these reproductions are therefore, temporary and incidental.

Since a use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law, the key question it boils down to is: is creating DTFs restricted by copyright law? As already discussed above, creating a DTF is allowed under the TDM exception and therefore, not restricted by copyright law.

It seems particularly unclear whether copies made in the process of deriving DTFs meet the 5th condition, the “lack of independent economic significance” – a DTF may indeed have such significance (cf. above about the second step of the three-step test). While in the academic context there is no intent to enable additional profit for researchers, rightholders might argue that the creation of DTFs disables additional profit on their side.

Some rights holders (in particular in news and scientific domains) are likely to argue that DTFs may indeed harm their business models, inasmuch as these involve selling data for Large Language Models training (cf. e.g., Le Monde’s partnership with Open AI), or providing dedicated TDM platforms (cf. Elsevier’s). Potentially, this

24 CJEU, Infopaq, para 64.

25 CJEU, order of 17 January 2012, Infopaq II, Case C-302/10, ECLI:EU:C:2012:16, para 39, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=118441&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8021836>.

26 Recital 33 of the InfoSoc Directive; CJEU, Infopaq II, para 42.

27 CJEU, Infopaq II, para 54.

may indeed be an obstacle to making DTFs under the exception for temporary acts of reproduction, or even fail to pass the three-step test (which would prevent it also under other exceptions). This risk seems much less present in case of literary works that are clearly intended for close reading (e.g. novels, short stories etc.) and where mining presents limited commercial advantages, compared to scholarly literature (e.g. in medicine) where mining may yield commercial benefits.

It seems that even though the use of § 44a UrhG to enable the creation of DTFs cannot be completely excluded, it is not necessary to rely on it. The requirements of § 44a UrhG regarding the creation of a DTF are only fulfilled when and if the requirements of a TDM exception (§ 60d UrhG or § 44b UrhG) are fulfilled as well. Therefore, relying on § 44a UrhG for creating DTFs is redundant. Indeed, the TDM exceptions (see above) provide a much more convenient and secure basis for this activity.

4. DTF and the integrity right

Although rarely discussed in the context of new technologies, moral rights of authors should not be absent from the discussion on DTFs. The so-called integrity right is recognised by Article 6bis of the Berne Convention. In Germany, it can be found in § 14 UrhG. The texts read as follows:

Article 6bis(1) of the Berne Convention:

(1) Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to (...) object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.

§ 14 UrhG:

The author has the right to prohibit the distortion or any other derogatory treatment of his or her work which is capable of prejudicing the author's legitimate intellectual or personal interests in the work.

It seems possible that some DTFs, in particular Transformative DTFs with shuffled sentences or added noise, can be perceived by the author (or his or her heirs) as prejudicing his or her legitimate interest, or even to his or her honor or reputation. This could be the case e.g. when sentences or paragraphs are shuffled, which distorts the message of the work, or when added noise deteriorates the artistic quality of the work. Theoretically, the recipient of such Transformative DTFs could then have a false impression about the opinions of the author or his or her writing skills.

On the other hand, Transformative DTF are not intended for close reading, and therefore are not to be read and understood by humans. It can therefore be argued that such DTFs are not meant to give any impression about the opinions or writing skills of authors of source texts.

Nonetheless, transformative DTFs might carry a non-negligible risk of infringing the integrity right.

IV. Copyright status of DTFs

The question that arises here is whether a DTF still contains copyright-protected content from the source material. In this case, the material continues to be protected in favor of the original author and can only be used within the limitations of copyright law. However, the goal is to create a DTF which no longer entails copyright protected content and can therefore, be used freely without any constraints of copyright law. Therefore, this section will address the question of the criteria by which a text can be assessed as (still) being protected by copyright. Additionally, this section will determine whether the DTF itself meets the originality threshold and might therefore be protected by copyright in favor of the creator of the DTF.

1. DTFs as (partial) reproductions of source texts?

The very broad definition of the right of reproduction in Article 2 of the InfoSoc Directive (see above) can easily be reduced *ad absurdum*. Interpreted strictly, *partial reproduction* would include a situation in which only the smallest meaningful part of a work (in case of literary works: one word of text) is copied. This, however, would mean that individual words are protected by copyright, which would not only be unworkable in practice, but also devastating for freedom of (artistic) expression. In order to avoid this, the CJEU was confronted with the task of defining the limits of partial reproduction.

In the 2009 Infopaq case, the CJEU ruled that parts of works should receive protection under the reproduction right (Article 2(a) of the InfoSoc Directive) as long as they “contain elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work”.²⁸ In other words, under EU law, extraction of a snippet from a copyright-protected text is a copyright-relevant act (reproduction in part) only if the snippet meets the originality threshold (see section 1) below).

In the same case, the Court also ruled that in certain contexts, the use of unoriginal snippets of a literary work may still amount to an act of reproduction when “the cumulative effect of those extracts may lead to the reconstitution of lengthy fragments which are liable to reflect the originality of the work in question”²⁹. This condition can be referred to as “reconstructability” – section 2) below)

More recently, in the Pelham case, the CJEU ruled that the use of a very short sample from a phonogram (in the facts of the case: an approximately 2-second rhythm sequence) in another phonogram is an act of reproduction, “unless that sample is included in the phonogram in a modified form unrecognizable to the ear”³⁰. Although it is not clear whether and how this “recognisability” condition applies to literary works (texts), it is presented and discussed in section 3) below.

28 CJEU, Infopaq, para 39.

29 CJEU, Infopaq, para 50.

30 CJEU, Pelham, 29 July 2019, para 39.

a) DTFs as potentially containing “partial reproductions” of works

It is crucial to determine whether in the light of CJEU’s and national case law, the snippets of source material that are still present in a DTF meet the originality criterion, and therefore can be regarded as “partial reproductions” of the source texts. In such cases, their use (further copying and sharing) would either require permission from rightholders, or it would need to enter within the scope of an existing statutory exception. In both situations, the purpose of a DTF would not be fully achieved.

The Court also ruled (also in the Infopaq case) that individual words considered in isolation are not intellectual creations of their authors, and therefore they are not protected by copyright³¹. However, originality of snippets of 11 words (11-grams) extracted from newspaper articles cannot, according to the CJEU, “be ruled out”³².

One could expect that in Germany, the country of origin of the *kleine Münze* (small coin) doctrine (under which, briefly put, works that only exhibit a low level of originality can still be protected by copyright)³³, very short texts would enjoy copyright protection. Indeed, in 1964 the appellate court of Düsseldorf declared a four-word slogan “Ein Himmelbett als Handgepäck” (‘A canopy bed as hand luggage’) to be original³⁴. This decision is, however, both dated and isolated.

More recently, German courts have systematically refused copyright protection for slogans such as: “Für das aufregendste Ereignis des Jahres” (‘For the most *exciting event of the year*’)³⁵, “Thalia verführt zum Lesen” (‘Thalia tempts into reading’)³⁶ or “Wenn das Haus nasse Füße hat” (‘When the house has wet feet’)³⁷. These decisions were mostly motivated by lack of originality (i.e. not meeting the required *Schöpfungshöhe*), which cannot manifest itself in a very short work. Originality of a literary work resides in the selection and presentation of its content (“individuelle Auswahl oder Darstellung des Inhalts”); a longer text allows for more free and creative choices³⁸, whereas very short texts (like slogans or catalogue descriptions³⁹) can only exceptionally meet the required threshold⁴⁰.

Probably the most representative and relevant for the subject of this deliverable is the 2021 ruling of the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*, BGH) in case I ZR12/08. The administrator of the website perlentaucher.de, containing (among others) summaries of book reviews from various newspapers (which included

31 CJEU, Infopaq, para 45–46.

32 CJEU, Infopaq, para 47–48.

33 First formulated in A. Elster, *Gewerblicher rechtsschutz, umfassend Urheber- und Verlagsrecht, Patent- und Musterschutzrecht, Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht*, De Gruyter, 1921.

34 OLG Düsseldorf, 28.2.1964, 2 U 76/63.

35 OLG Frankfurt, 4.8.1986, 6 W 134/8.

36 LG Mannheim, 11.12.2009, 7 O 343/08.

37 OLG Köln, 8.4.2016, 6 U 120/15.

38 OLG Köln, 30.9.2011, I-6 U 82/11.

39 LG Frankenthal, 3.11.2020, 6 O 102/20.

40 OLG Köln, 8.4.2016, 6 U 120/15.

passages from the original reviews), granted two Internet bookstores (amazon.de and bucher.de) a license to use these summaries. In the aftermath, perlentaucher was sued for copyright infringement (alongside trademark infringement and unfair competition) by the publishers of the Frankfurter Allgemeine Zeitung and the Süddeutsche Zeitung, where some of the reviews had originally been published. The Federal Court referred the case back to the Frankfurt Court of Appeals, but in doing so clearly confirmed the Court of Appeal's position according to which individual words and short snippets (*knappe Wortfolgen*) are not protected by copyright.

Furthermore, the Federal Court also criticized the fact that the Court of Appeals did not take into account the proportion of "borrowed" text in the summaries and did not assess the "distance" between the original reviews and the summaries.

This requirement of "sufficient distance", based on the now abandoned doctrine of free use (*freie Benutzung*) of copyright-protected works (former § 24 of the German Copyright Act, repealed in June 2021), relates in an interesting way to the criteria of reconstructability and recognizability, formulated by the Court of Justice of the European Union (see below). Eventually, only some of perlentaucher's summaries that were not distinct enough from the original reviews were found to be infringing.

It seems, therefore, that German courts in general refuse copyright protection of short texts; their originality was only admitted exceptionally, and in older case law. However, the use of multiple short snippets from a copyright protected text, although such snippets individually are not protected by copyright, may still amount to copyright infringement if the resulting compilation of snippets is not sufficiently different ("distant") from the original work.

It seems that cases where a snippet as short as 11 consecutive words is original are relatively rare. However, this 11-words threshold results exclusively from the facts of the *Infopaq* case, and should not be interpreted as a minimum length for a snippet to be found original. Arguably, even shorter snippets can be found original; however, such cases are probably so rare that they can generally be ignored in large-scale text mining projects.

Briefly put, the shorter the snippet, the less likely it is to be found original. The "risk" of originality of very short snippets (shorter than 11 words) appears so low that it's almost negligible. Longer snippets, however, come with non-negligible risks. The exclusion of very rare snippets from a DTF can significantly reduce this risk.

The inclusion of a snippet that meets the originality threshold in a DTF constitutes a reproduction in part which means that such a DTF can only be shared with permission of the rightholder or within the scope of a statutory copyright exception.

b) DTFs and the "reconstructability" criterion

As mentioned above, according to the CJEU snippets are to be regarded as partial reproductions if they are original or if their "cumulative effect (...) may lead to the

reconstitution of lengthy fragments which are liable to reflect the originality [of the source text]”⁴¹.

This condition, which can be referred to as “reconstructability”, is instructive, but difficult to apply in the realm of language technology.

If one considers the sentence “Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit, sed do eiusmod tempor incididunt ut labore et dolore magna aliqua” as an example, one can argue that seemingly it can be reconstructed e.g. from the following series of 3-grams: “Lorem ipsum dolor”, “dolor sit amet”, “amet, consectetur adipiscing”, etc., because of the overlapping words. This is probably true in a small corpus, but not necessarily in a larger one, where numerous 3-grams starting with “dolor”, which can be a grammatically coherent continuation of “Lorem ipsum dolor”, may occur (such as, for example, “dolor in reprehenderit”, which actually does occur in the famous “Lorem ipsum” text). On the other hand, if the sentence is divided into non-overlapping 3-grams: “Lorem ipsum dolor”, “sit amer, consectetur”, “adipiscing elit, sed”, etc. it does not necessarily mean that the original text is not reconstructible, even though it certainly becomes more difficult to do so.

Reconstruction of source texts from DTFs may in fact be a more complicated task than it appears; in one experiment it was not possible to reconstruct even a very short source text after scrambling the word order.⁴² In another, the successful reconstruction of text from a specific kind of language model-based DTF (a BERT-based contextual word embedding model) depended on the availability of the encoder used to build the DTF.⁴³

Whether it is possible to do so, has to be evaluated separately for each individual DTF. The fact that one DTF (e.g. containing only words no. 1, 3, 5, 7...) can be used to reconstruct the source text if combined with another DTF (e.g. containing only words no. 2, 4, 6, 8 ...) developed independently from the same source text, should not influence its copyright status. If, however, several DTFs were built in a coordinated manner (e.g. by one team, or by members of the same consortium), and jointly they can be used to reconstruct the source text, this may have an influence on a judge who could find them infringing.

In any case, due to the constantly evolving technological possibilities, the answer to the question of reconstructability of source texts is susceptible to changing over time. It appears that with a very large amount of effort (e.g., *ad infinitum* repetition of simple trial and error), DTFs can often be used to reconstruct source material. Therefore, when applying the criterion of reconstructability to DTFs, it appears sen-

41 CJEU, Infopaq, para 50.

42 K. Du (2024), Rekonstruierbarkeit von abgeleiteten Textformaten, <https://events.gwdg.de/event/607/contributions/1408/>.

43 K. Kugler, S. Münker, J. Höhmann, A. Rettinger (2023), InvBERT: Reconstructing Text from Contextualized Word Embeddings by inverting the BERT pipeline, *Journal of Computational Literary Studies* 2(1), 1–18, doi: <https://doi.org/10.48694/jcls.3572>.

sible to restrict it to reconstructions possible with a “reasonable effort.”⁴⁴ However, currently copyright law does not contain such a standard, and it appears that every reconstructible copy, regardless of the effort invested in the reconstruction, remains an act of reproduction.

c) DTFs and the “recognisability” criterion

The third condition that may impact the legal status of short snippets of texts was relatively recently formulated by the CJEU. In 2019 Pelham decision⁴⁵ the Court ruled that the use of a very short sample from a phonogram (in the facts of the case: an approximately 2-second rhythm sequence) in another phonogram is an act of reproduction, “unless that sample is included in the phonogram in a modified form unrecognizable to the ear”.

Formally, the ruling only addressed the letter (c) of Article 2 of the InfoSoc Directive (i.e., the part relating only to the right of reproduction of phonogram producers), and it is not clear whether this conclusion can (and should) be extrapolated to all rights mentioned in Article 2 (i.e., copyright and certain related rights). Martin Senftleben (2020)⁴⁶ argues that “the CJEU can give the copyright concept of “partial reproduction” a meaning that corresponds to the approach taken in Pelham”. However, as Senftleben⁴⁷ also notices, this does not mean that for literary works the recognizability criterion (the “Pelham test”) will replace the criteria put forward in Infopaq (i.e., originality and reconstructability).

Furthermore, it is not clear how the recognizability criterion can relate to literary works. It is possible to interpret the criterion as referring to the identifiability of the work, i.e. the possibility to indicate which literary work the excerpts were taken from. Such an interpretation could lead to most undesirable consequences. It would push the frontiers of copyright protection beyond reason, as it is easy to imagine that some unoriginal elements like statements of (generally unknown) facts, uncommon names or simple yet grammatically flawed expressions could indeed pass the recognisability test.

If this interpretation of the Pelham criterion for partial reproduction were to apply to n-grams used in language technologies, it seems that the use of certain anonymization techniques taken from the realm of data protection could provide some relief.

Arguably, the deletion (or other alteration such as obfuscation) of proper names (called “named entities” in computer science) could make some excerpts less recognizable to an average reader. For example, a recent study demonstrated that OpenAI

44 B. Rau, C. Schöch, Zugang zu großen Textkorpora...; cf. in the context of anonymisation of personal data Recital 26 of the GDPR.

45 CJEU, C-476/17, Pelham, 29 July 2019, para 39.

46 M. Senftleben, Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham, IIC, 2020, 51, pp.751 – 769. See also K. Grisse, Nutzbarmachung urheberrechtlich geschützter Textbestände für die Forschung durch Dritte – Rechtliche Bedingungen und Möglichkeiten, Recht und Zugang, 2020, 2, pp. 143–159.

47 Ibid.

models memorised a large collection of copyrighted material by having models perform a task to predict the identity of a single name in a passage of text that contains no other named entities.⁴⁸ Named entities can be automatically detected in a corpus and anonymized or otherwise pre-processed.

Moreover, understanding the criterion of recognisability as mere identifiability would lead to a clash with the need to publish metadata about the text. Not only could it be argued that the publication of identifiers about the work or the title could be problematic, but also other basic data for analysis, such as the year of publication or the author. Applying this criterion in this way would result in the inability to publish metadata relating to the DTF, making it unusable for research. In this approach, a library catalogue (which essentially is a list of books' metadata) would infringe copyright, as it would allow to identify the works it refers to.

The concept of recognizability in relation to literary works can and should be understood differently: It is not about the reader identifying the specific work, but rather about recognizing the elements that constitute the creative value of the text, or the individual style of the author. According to this interpretation, the criterion of recognizability is not fulfilled merely by the use of the name of a famous literary character or by the publication of metadata.

2. DTFs as adaptations or transformations of source texts?

The right of adaptation is mentioned in Article 12 of the Berne Convention, according to which “Authors of literary or artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing adaptations, arrangements and other alterations of their works”. This right is not harmonised at the EU level, unlike the rights of reproduction and communication to the public.

In Germany, the right of adaptation is safeguarded by §23 UrhG, according to which “Adaptations (Bearbeitungen) or other transformations (Umgestaltungen) of a work (...) may be published or exploited only with the author’s consent”. The same section continues: “If the newly created work maintains sufficient distance to the work used, this does not constitute adaptation or transformation (...”).

In the creation of a derived text format, the original text undergoes numerous modifications. The legislator took into account the technically necessary changes involved in creating a corpus for text and data mining (TDM) when introducing the TDM exception. These changes do not constitute adaptations under §23 of the German Copyright Act (UrhG) but are explicitly excluded (§ 23 (3) UrhG). However, whether the outcome of the TDM process constitutes an adaptation has not been explicitly addressed by the legislator. It can be assumed that the legislator believed that the result of a TDM process is no longer protected by copyright, which is why this issue was not

48 K. Chang, M. Cramer, S. Soni, D. Bamman, (2023, December). Speak, Memory: An Archaeology of Books Known to ChatGPT/GPT-4 (2023), in: *Proceedings of the 2023 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing* (pp. 7312–7327).

regulated. However, it appears that in certain cases TDM outputs may still contain copyright-protected material. In such situations, the question arises whether these constitute adaptations. This article, however, aims to define the conditions under which no copyright protection remains, and for this reason, this question will not be delved into.

3. DTFs as original compilations?

Prima facie, DTFs could potentially be regarded as compilations, i.e. collections of various elements (original or not) that can be protected by copyright by virtue of the original “selection or arrangement” of those constitutive parts.

Typical examples of compilations within the meaning of copyright law include dictionaries, encyclopedias, catalogues, collections of poems, “best of” lists, etc. If the exercised free and creative choices (e.g. “My favorite quotes from Woody Allen”) in the process, the resulting compilation can be original and therefore protected by copyright.

However, creation of scientifically valuable DTFs does not involve free and creative choices. The compiler does not eliminate certain elements (e.g., certain n-grams) from the DTF on subjective grounds (e.g., just because he or she does not “like” them). On the contrary, DTFs are mostly automatically generated according to predefined criteria and rules of the art. Any subsequent modifications (e.g., deletion of rare expressions) is also based on objective, rather than subjective grounds.

Therefore, the hypothesis according to which DTFs can be original compilations should be excluded.

V. Conclusions

Technically necessary acts of reproduction are required for the creation of a DTF. If the source material is protected by copyright, the creation of the DTF constitutes a copyright-relevant act. In the absence of the right holder's permission, the creation of the DTF must fall under a copyright exception in order to be lawful. DTFs can be created under the TDM exceptions (§§ 44b, 60d UrhG). The DTFs can then be used as a basis for a subsequent analysis.

Whether the DTFs can also be *used freely*, made publicly available and stored for an unlimited amount of time, depends on the copyright status of these DTFs. The goal of creating a DTF which no longer contains copyright-protected content is achieved, if

- the DTF does not contain elements which are an expression of the creative individuality of the author of the source material,
- the source material cannot be reconstructed with trivial effort and
- the author's creative individuality is not recognizable.

There are many grey areas in examining the legal status of the many different forms of DTFs. In many cases, legal certainty cannot be achieved. Especially Statistical DTFs

and Transformative DTFs, can contain partial reproductions of source texts; this risk can be mitigated by avoiding reproducibility and recognisability of source texts e.g. through avoidance of longer n-grams, especially n-grams longer than 10 words and – depending on the adopted perspective – by avoiding rare n-grams.

However, there are many types of DTFs which clearly fulfil the above-mentioned criteria and can therefore be used freely and risk-free.

VI. Bibliography

https://zfdg.de/2020_006

<https://www.nomos-eibrary.de/10.5771/2699-1284-2020-2-118/zugang-zu-grossen-te-xtkorpora-des-20-und-21-jahrhunderts-mit-hilfe-abgeleiteter-textformate-versoehnung-von-urheberrecht-und-textbasiert-forschung-jahrgang-1-2020-heft-2?page=1>

<https://www.nomos-eibrary.de/10.5771/2699-1284-2020-2-143.pdf>

<https://www.nomos-eibrary.de/10.5771/2699-1284-2020-2-128.pdf>

Keli Du & Christof Schöch: “Shifting Sentiments? What happens to BERT-based Sentiment Classification when derived text formats are used for fine-tuning” (long presentation). In: Karajikar, J., Janco, A., & Otis, J. (2024). DH2024 Book of Abstracts. Zenodo. <https://doi.org/10.5281/zenodo.13761079>.

Kent Chang, Mackenzie Cramer, Sandeep Soni, and David Bamman. 2023. Speak, Memory: An Archaeology of Books Known to ChatGPT/GPT-4. In Proceedings of the 2023 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing, pages 7312–7327, Singapore. Association for Computational Linguistics. <https://doi.org/10.18653/v1/2023.emnlp-main.453>.

Karina Grisse, “Nutzbarmachung urheberrechtlich geschützter Textbestände für die Forschung durch Dritte – Rechtliche Bedingungen und Möglichkeiten”, Recht und Zugang, 2020, 2, pp. 143–159.

Kai Kugler, Simon Münker, Johannes Höhmann, & Achim Rettinger (2023), “InvBERT: Reconstructing Text from Contextualized Word Embeddings by inverting the BERT pipeline”, Journal of Computational Literary Studies 2(1), 1–18. doi: <https://doi.org/10.48694/jcls.3572>.

Y. Lin, J.-B. Michel, E. Aiden Lieberman, J. Orwant, W. Brockman, S. Petrov, Syntactic Annotations for the Google Books NGram Corpus, in: Proceedings of the ACL 2012 System Demonstrations, Association for Computational Linguistics, Jeju Island, Korea, 2012, pp. 169–174. URL: <https://aclanthology.org/P12-3029>.

S. Bhattacharyya, P. Organisciak, J. S. Downie, A Fragmentizing Interface to a Large Corpus of Digitized Text: (Post)humanism and Non-consumptive Reading via Features, Interdisciplinary Science Reviews 40 (2015) 61–77. URL: <http://www.tandfonli>

ne.com/doi/full/10.1179/0308018814Z.000000000105. doi:10.1179/0308018814Z.000000000105.

J. Jett, B. Capitanu, D. Kudeki, T. Cole, Y. Hu, P. Organisciak, T. Underwood, E. Dickson Koehl, R. Dubnicky, J. S. Downie, The HathiTrust Research Center Extracted Features Dataset (2.0), 2020. URL: <https://wiki.htrc.illinois.edu/pages/viewpage.action?pageId=79069329>. doi:10.13012/R2TE-C227.

C. Schöch, F. Döhl, A. Rettinger, E. Gius, P. Trilcke, P. Leinen, F. Jannidis, M. Hinzmam, J. Röpke, Abgeleitete Textformate: Text und Data Mining mit urheberrechtlich geschützten Textbeständen (2020). URL: http://zfdg.de/2020_006. doi:10.17175/2020_006.

P. Organisciak, J. S. Downie, Research access to in-copyright texts in the humanities, in: Information and Knowledge Organisation in Digital Humanities, Routledge, 2021, pp. 157–177.

P. Organisciak, B. Capitanu, T. Underwood, J. S. Downie, Access to Billions of Pages for Large-Scale Text Analysis, iConference 2017 Proceedings Vol. 2 (2017). URL: <https://hdl.handle.net/2142/98873>.

N. N. Parulian, R. Dubnicky, G. Worthey, D. J. Evans, J. A. Walsh, J. S. Downie, Uncovering Black Fantastic: Piloting A Word Feature Analysis and Machine Learning Approach for Genre Classification, Proceedings of the Association for Information Science and Technology 59 (2022) 242–250. URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/pra2.620>. doi:10.1002/pra2.620.

Michel, J. B., Shen, Y. K., Aiden, A. P., Veres, A., Gray, M. K., Google Books Team,... & Aiden, E. L. (2011). Quantitative analysis of culture using millions of digitized books. *science*, 331(6014), 176–182.

Richey, S., & Taylor, J. B. (2020). Google Books Ngrams and political science: Two validity tests for a novel data source. *PS: Political Science & Politics*, 53(1), 72–77.

El-Ebshihy, A., El-Makky, N. M., & Nagi, K. (2018). Using Google Books Ngram in Detecting Linguistic Shifts over Time. In KDIR (pp. 330–337).

Hessel, J., & Schofield, A. (2021, August). How effective is BERT without word ordering? implications for language understanding and data privacy. In Proceedings of the 59th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics and the 11th International Joint Conference on Natural Language Processing (Volume 2: Short Papers) (pp. 204–211).

G. Iacino, P. Kamocki, P. Leinen, Assessment of the Impact of the DSM-Directive on Text+

F. Barth, J. Calvo Tello, K. Du, P. Genêt, L. Keller, J. Knappen, Liste der Abgeleiteten Textformate (working title), forthcoming, 2025.

J. Baudry (2023). Non-consumptive research use, an analysis of the legal situation, on Couperin.org, <https://www.couperin.org/le-consortium/actus/non-consumptive-research-use/>.

WTO, Report of the Panel, WT/DS160/R, 15 June 2000, para 6.229.

Martin Senftleben, The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation, 1 (2010) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 1, No. 2, pp. 67–82.

Gervais, Daniel J., Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=499924>.

BeckOK UrhR/Grübler, 42. Ed. 1.5.2024, UrhG § 60c Rn

Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, UrhG § 60c Rn. 1

First formulated in A. Elster, *Gewerblicher rechtsschutz, umfassend Urheber- und Verlagsrecht, Patent- und Musterschutzrecht, Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht*, De Gruyter, 1921.

N. Carlini et al., “Extracting Training Data from Large Language Models” in: Proceedings of the 30th USENIX Security Symposium (August 11–13, 2021), USENIX Association, 2021, pp. 2633–2650.

Keli Du (2024), “Rekonstruierbarkeit von abgeleiteten Textformaten”, <https://events.gwdg.de/event/607/contributions/1408/>.

M. Senftleben, “Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham”, IIC, 2020, 51, pp.751 – 769.

Calvo Tello, José, Mathias Göbel, Ubbo Veentjer, Stefan E. Funk, Nanette Rißler-Pipika, and Keli Du. 2025 (accepted). ‘FAIR Derived Data in TEI and Its Publication in the TextGrid Repository’. *jTEI*.

Burnard, Lou. 2004. ‘Metadata for Corpus Work’. In *Developing Linguistic Corpora: A Guide to Good Practice*, edited by Martin Wynne. Oxford: AHDS Literature, Languages and Linguistics. <https://ota.ox.ac.uk/documents/creating/dlc/chapter3.htm>.

Wilkinson, Mark D., Michel Dumontier, IJsbrand Jan Aalbersberg, Gabrielle Appleton, Myles Axton, Arie Baak, Niklas Blomberg, et al. 2016. ‘The FAIR Guiding Principles for Scientific Data Management and Stewardship’. *Scientific Data* 3 (March). <https://doi.org/10.1038/sdata.2016.18>.

Zusammenfassung: Text- und Data Mining (TDM)-Methoden werden angewandt, um große Textmengen für die wissenschaftliche Forschung zu analysieren. Handelt es sich bei dem analysierten Text um urheberrechtlich geschütztes Material, hat die Nutzung solcher TDM-Methoden urheberrechtliche Implikationen. Die bestehenden Urheberrechtsschranken ermöglichen TDM innerhalb eines engen Rahmens, der die Speicherung, öffentliche Zugänglichmachung und Wiederverwendung von Datensätzen einschränkt. Dieser Beitrag untersucht den rechtlichen Rahmen für die Umwandlung des Ursprungsmaterials in ein abgeleitetes Textformat (ATF), das keinem Urheberrechtsschutz mehr unterliegt, um die Nutzung von TDM ohne Einschränkungen zu ermöglichen. Zunächst wird die Erstellung des ATF selbst untersucht: Auch sie umfasst urheberrechtlich relevante Handlungen, die durch die TDM-Ausnahmen abgedeckt sind. In einem zweiten Schritt muss der urheberrechtliche Status des erstellten ATFs anhand von drei Kriterien bewertet werden: Das ATF darf keine Elemente enthalten, die die Schöpfungshöhe des Ursprungsmaterials begründet haben, das Ursprungsmaterial darf nicht anhand des ATF rekonstruierbar sein und das Ursprungsmaterial darf nicht wiedererkennbar sein.

Summary: Text and Data Mining (TDM) methods are often used in order to analyse large amounts of text for scientific research. If the analysed text is protected by copyright, the use of such TDM methods has copyright implications. The existing copyright exceptions facilitate TDM within a narrow framework which limits the storage, publication and re-use of datasets. This paper examines the legal framework of converting the source text into a derived text format (DTF) which is no longer protected by copyright in order to allow the use of TDM without legal restrictions. First, the creation itself of a DTF is being examined: it entails copyright relevant acts which are covered by the TDM exceptions. In a second step the copyright status of the created DTF has to be evaluated based on three criteria: the DTF may not contain elements which are an expression of the intellectual creation of the author of the source material, the source material may not be easily reconstructable based on the DTF and the source material may not be recognizable.



© Gianna Iacino, Paweł Kamocki, Keli Du, Christof Schöch, Andreas Witt, Philippe Genêt and José Calvo Tello

Simon Herrmann*

Pragmatismus und Augenmaß: Rechteklärung in der Deutschen Nationalbibliothek

I. Sammlung und Zugang

Die Deutsche Nationalbibliothek (DNB) ist die zentrale Archivbibliothek Deutschlands und sammelt, erschließt, dokumentiert, vermittelt und erhält das nationale Kulturgut aus Literatur, Wissenschaft und Musik. Zusammen mit dem Deutschen Buch- und Schriftmuseum, dem Deutschen Exilarchiv 1933–1945 und dem Deutschen Musikarchiv ist sie Bibliothek, Archiv und Museum zugleich. Mit ihrer Gründung 1912 (als „Deutsche Bücherei“) durch die Stadt Leipzig, das damalige Königreich Sachsen und – eine Besonderheit, dessen Erbe die DNB bis heute verbunden ist – den Börsenverein der Deutschen Buchhändler, ist die DNB eine Bibliothek des 20. und 21. Jahrhunderts. Mit diesem, im Gründungsmythos verankerten Fortschrittsgedanken ist die DNB nicht nur ewiger Newcomer unter den altehrwürdigen Bibliotheken in Deutschland, Europa und der Welt, sondern auch Abbild und kulturelles Gedächtnis eines bewegten, in seiner Dynamik nie zuvor dagewesenen Jahrhunderts (deutsch-)deutscher Geschichte. Mit zunehmender Digitalität der Sammlung sind Zugänge und Nutzende eine klare Leitlinie in der Strategie der DNB und ihres Dienstleistungsportfolios:

„Wir verstehen uns als verlässliche Quelle, streben eine möglichst uneingeschränkte, bestandswahrende Nutzung unserer Sammlungen an und bieten partizipative wie inspirierende Zugänge, um Informations- und Meinungsfreiheit zu fördern“.¹

Das Fundament zur Erfüllung ebendieser strategischen Maxime ist die Digitalisierung von Kulturgütern. Für Bibliotheken hinlänglich durch die Schranken im Urheberrechtsgesetz (§ 60e Abs. 1 UrhG) abgedeckt, ist es die Uneingeschränktheit und Partizipation, auf die das Hauptaugenmerk fällt, wenn Kulturerbe-Einrichtungen ihrem Selbstverständnis gerecht werden, ihre Ziele erfüllen und den Anforderungen der Öffentlichkeit nachkommen wollen. Dabei sind Kulturerbe-Einrichtungen als Institutionen in öffentlicher Trägerschaft zur Einhaltung von Gesetz und Recht besonders verpflichtet. Noch mehr, wenn sich die Einrichtungen – wie die DNB – im Kern ihres

* Simon Herrmann ist im Referat Content & Digitalisierung der Deutschen Nationalbibliothek zuständig für die Rechteklärung und verantwortlich für den Lizenzierungsservice Vergriffene Werke (VW-LIS).

1 Strategischer Kompass 2035 der Deutschen Nationalbibliothek, abrufbar unter: <https://nbn-re solving.org/urn:nbn:de:101-2023092190>, zuletzt abgerufen am 09.12.2024.

Handelns auf Privilegien wie das Pflichtexemplar (§§ 14 ff. DNBG) stützen und die „Quellengeber“ ein erhöhtes Maß an Verantwortung und rechtssicherer Nutzung ihrer Werke einfordern.

II. Pragmatismus und Augenmaß

Zwei Standorte, elf Lesesäle und 50.000.000 analoge und digitale Medieneinheiten aus über 111 Jahren sind an die Nutzungsbedarfe einer vernetzten und digitalen Informations- und Wissensgesellschaft anzupassen. Auch für über 37.300.000 digitalisierte Seiten aus mehr als 417.000 Druck-/Schriftwerken und 56.232 digitale Audiodateien von analogen Tonträgern bedeutet das, Strategien und Lösungen umzusetzen, die dem Anspruch der DNB als Informationsdienstleister im 21. Jahrhundert gerecht werden, um Zugang und Nutzung auch örtlich sowie zeitlich zu befreien. Um Recht und Gesetz zu wahren und ohne das Vertrauen der Urheber*innen und Rechteinhaber*innen zu brechen, obliegt es der DNB, Verfahren zu etablieren, die dem massenhaften Output der Digitalisierung den Weg zur Gemeinfreiheit ermöglichen oder zumindest aufzeigen. Allgemein unter dem Schlagwort „Rechteklärung“ geführt, ist es, genauer gesagt, die „Feststellung des urheberrechtlichen Status“ eines Werks, die darüber entscheidet, ob digitalisierte Werke nur in den Lesesälen oder auch von extern ohne Einschränkungen genutzt werden können.

In einer Bibliothek, die ihren Bestand ohne Wertung aggregiert und in der Regel über die Ablieferung von Pflichtexemplaren hinaus keinen persönlichen Bezug zu Urheber*innen und Rechteinhaber*innen pflegt, kann eine Rechteklärung, angeknüpft an die Massenverfahren der Digitalisierung, nur „passiv“ erfolgen. Passiv im Sinne einer werk- und metadatenbasierten Ermittlung des urheberrechtlichen Status, ohne aktive, persönliche Ansprache etwaiger Urheber*innen, deren Rechtsnachfolger*innen oder anderweitiger Rechteinhaber*innen. Eine hierfür erforderliche Tiefenrecherche wäre nicht zu leisten und widersprüche allen Gepflogenheiten wirtschaftlichen Handelns. Datenbasierte, passive Verfahren erfordern Pragmatismus und Augenmaß. Entgegen juristischer wie bibliothekarischer Gepflogenheiten ist Toleranz gegenüber einer gewissen „Unvollständigkeit“ gefragt, wenn es um die Tiefe und eine üblicherweise detailgenaue Anwendung von Regel- und Gesetzeswerk geht. Dabei geht die Unvollständigkeit nie auf Kosten ausreichender Rechtssicherheit, sondern muss immer auf die praktische Anwendbarkeit abzielen, wenn man vor einem Berg aus über 37 Millionen digitalisierter Seiten steht und die limitierten personellen Ressourcen zielgerichtet und erfolgsversprechend einsetzen muss.

Fachlich verankert ist die Rechteklärung der DNB in den Bereichen der Digitalisierung und Bereitstellung. Dort, fest in die Workflows integriert, obliegt die Rechteklärung geschulten Bibliothekar*innen. Auf dieser „Anwenderebene“ geben möglichst klare Regeln vor, wie und anhand welcher Kriterien der urheberrechtliche Status eines Werks festgestellt werden kann und wo dessen Grenzen sind. Ohne sich im juristischen Kleinklein zu verlieren, werden Leitplanken definiert, die auch abseits des

rechtlich maximal Möglichen ein ressourcenschonendes Handeln garantieren, sowie verlässlich rechtssichere Ergebnisse liefern. Abwägungskorridore auf der Fachseite sind möglichst klein zu halten. Dabei bilden bibliografische Meta- und Normdaten das pragmatische Fundament, anhand dessen der urheberrechtliche Status der betreffenden Werke zu ermitteln ist. Bibliotheken und insbesondere die DNB als nationalbibliografisches Zentrum können ihre Arbeit dabei auf Metadaten von außerordentlicher Qualität stützen. Insbesondere Personennormdaten der Gemeinsamen Normdatei (GND), die Urheber*innen eindeutig identifizieren, werden gemäß hoher bibliothekarischer Standards erfasst und in kooperativer Be-/Verarbeitung durch ihre Fach-Anwender (u. a. Bibliotheken, Archive und Museen) oft mehrfach verifiziert. Fragen und Anforderungen aus der Rechteklärung sind auf juristischer Seite, insbesondere durch Pauschalisierungen und grundsätzliche Abwägungen, für die praktische Anwendbarkeit zu übersetzen, um das Urheberrechtsgesetz mit seiner Geschichte, Schranken und in Teilen uneineindeutigen Sprache verständlich und auch für Nicht-Jurist*innen handhabbar zu machen.

III. Werkstattbericht: Rechteklärung

You can't judge a book by the cover – gemäß dieser Lösung erfolgt die Rechteklärung in der Regel in Autopsie. Ob anhand des Digitalisats oder des physischen Originals, das In-Augenschein-Nehmen der Werke ist insofern erforderlich, da bibliothekarische Regelwerke – von Preußischen Instruktionen (PI) über RAK hin zu RDA – durch die Zeit abweichende und für die Rechteklärung oft nicht ausreichend detailliert urheberbezogene Angaben erschließen. Klassiker der „unerschlossenen Werke“ sind Bestandteile zum Beispiel eines Buchs, die in regulären Datensätzen keinen Platz finden und außer zur Feststellung des urheberrechtlichen Status keine Relevanz bei der (nationalbibliografischen) Verzeichnung entwickeln. Darunter z. B. Vor-/Nachworte, Illustrationen und Fotografien, die in das bibliothekarisch erfasste Werk eingebettet und nicht primärer Inhalt des Titels sind. Die Rechteklärung der DNB erfolgt anhand eines mit dem Justizariat abgestimmten fachlichen „Leitfadens zur Feststellung des urheberrechtlichen Status“. Der Leitfaden erläutert grundlegende (urheber-)rechtliche Bestimmungen und überführt diese in praktische Regelungen für die Rechteklärung. Von der urheberrechtlichen Regelschutzfrist bis zur Bewertung einzelner Werktypen und Sonderfälle werden alle Arbeits- und Prüfschritte von der Autopsie zur Ermittlung urheberbezogener Daten, Dokumentation und bibliothekarisch-technischen Bearbeitung definiert. Gestützt durch eine umfassende Sammlung an Beispielen, Mustern und Vorlagen, gliedern grob drei Prüfabschnitte und ein 10-Punkte-Workflow die Arbeitsprozesse der Rechteklärung:

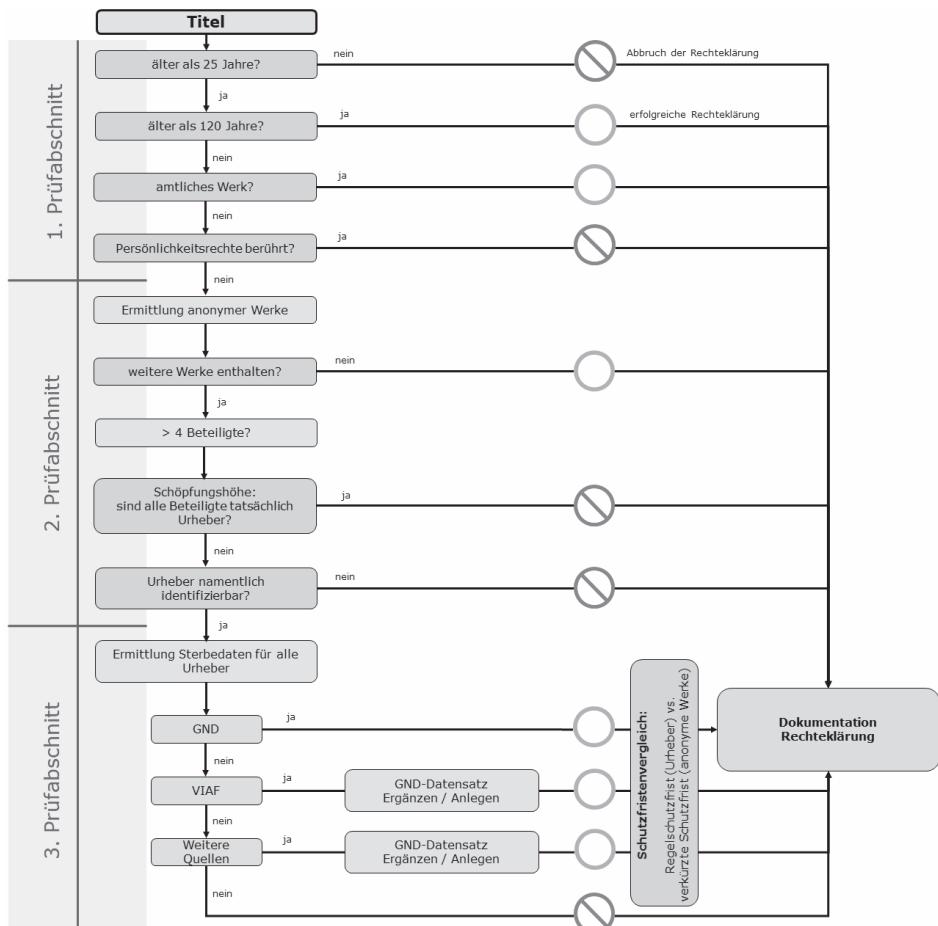


Abbildung 1: Flowchart Rechteklärung

Im ersten Prüfabschnitt werden erste formale und schnell zu identifizierende Kriterien geprüft, um bereits im Vorfeld einer weiteren Analyse blockierende Faktoren auszuklammern oder die Rechteklärung ohne weitere Prüfschritte positiv abzuschließen. Unter anderem werden junge und etwaige geschützte, nachgelassene Werke (§ 71 UrhG) sowie amtliche Werke (§ 5 UrhG) berücksichtigt. Ergänzt durch angewandten Pragmatismus: Liegt das Erscheinungsjahr / die Veröffentlichung mehr als 120 Jahre zurück, kann das Werk als gemeinfrei angenommen werden. Dahinter steht die Fiktion, dass das Mindestalter der am Werk beteiligten Personen zum Zeitpunkt des Erscheinens 20 Jahre betragen haben muss und die Urheber*innen max. 70 Jahre alt geworden sind. Die Schutzfrist beginnt somit im 51. Jahr nach dem Erscheinungsjahr, ohne dass die Sterbedaten der einzelnen Urheber*innen ermittelt werden (*Beispiel*:

Erscheinungsjahr 1900, Beginn der Schutzfrist 01.01.1951. Gemeinfrei ab 01.01.2021). Den Kern bildet der zweite Prüfabschnitt zur urheberrechtlichen Bewertung von Werken (Schöpfungshöhe, anonyme Werke) und deren Urheber*innen. Dabei wird die Rechteklärung aus rein fachlichen Erwägungen (Aufwand vs. Nutzen) heraus abgebrochen, wenn erkennbar wird, dass mehr als vier Werkbeitragende individuell zu prüfen sind. Hiervon kann abgewichen werden, wenn spezifische Anhaltspunkte und/oder Zielvorgaben bestehen, die eine vollständig abschließende Rechteklärung erfordern. Im letzten Abschnitt werden der Schutzfristbeginn festgesetzt und Daten angereichert. Urheber*innen sowie deren Lebens-/Sterbedaten, anhand derer sich die Schutzfrist bemisst, sind der GND und/oder der Virtual International Authority File (VIAF) zu entnehmen. Können keine verlässlichen Daten ermittelt werden, wird die Rechteklärung abgebrochen. Darüber hinaus gehende Recherchen erfolgen in der Regel nicht. Sofern mehrere Urheber*innen oder Schutzfristen zu beachten sind, werden diese abgeglichen. Es gilt stets die am längsten andauernde Schutzfrist (§ 65 UrhG).

Alle Ergebnisse der Rechteklärung, unabhängig davon, ob die durchgeführten Prüfschritte zum Erfolg oder Abbruch geführt haben, werden in der Katalogdatenbank der DNB standardisiert dokumentiert. In das bibliothekarische Datenformat integriert ermöglicht die Dokumentation eine nachhaltige Datenhaltung ohne systemübergreifende „Medien-/Formatbrüche“. Bei erfolgreicher Rechteklärung, die auf den Lebensdaten der Urheber*innen beruht, ist eine Verknüpfung zu allen relevanten Personennormdatensätzen der GND obligatorisch. Unter Umständen werden im Zuge der Rechteklärung auch neue Personennormdatensätze erstellt oder ergänzt, wenn entscheidende (Lebens-)Daten aus dem vorliegenden Werk oder externen Quellen ermittelt werden können. Dabei müssen Personennormdatensätze der GND für die Rechteklärung gehobenen Standards entsprechen. Anwendung finden somit nur Normdatensätze der höchsten Erschließungslevel, die aus verlässlicher Quelle stammen und in der Regel hinlänglich verifiziert sind.

IV. Brücken bauen (anstatt nur Schranken öffnen)

Über ein Jahrhundert Buch- und Mediengeschichte werfen viele Fragen auf, die der Leitfaden aufnimmt und zielgerichtet, pragmatisch beantwortet. Beispielhaft hervorzuheben ist dabei der Umgang mit Fotografien. Wobei bewusst auf eine differenzierte Unterscheidung zwischen Lichtbildwerken und Lichtbildern verzichtet wird und grundsätzlich die Regelschutzfrist von 70 p.m.a. angenommen wird. Mit einer Ausnahme: Fotografien, die vor 1960 veröffentlicht wurden – unabhängig ob als eigenständiges Werk oder eingebettet in eine Publikation (z. B. Buch, Zeitschrift) – sind in der Rechteklärung pauschal als gemeinfrei anzusehen. Abweichend zu maßgeblich auf Rechtssicherheit ausgelegten Pauschalisierungen, werden im Sinne einer ressourcenschonenden Rechteklärung auch projekt- und bestandspezifische Aspekte „des öffentlichen Interesses“ einbezogen, um in enger Abstimmung mit den Sammlungsleitungen und dem Justizariat vertretbare Risikokorridore zu definieren. Immer mit

Brückenschlag zu belastbaren, bibliografischen Daten(analysen). So zum Beispiel die oben (Workflow, Prüfschritt 2) umrissene nicht-personenbezogene, metadatenbasierte Feststellung des Schutzfristbeginns für Werke, die älter als 120 Jahre sind. Daraus abgeleitet können weitere Annahmen getroffen werden, die zum Beispiel mit limitierten biografischen Angaben auskommen: Wenn das Geburtsjahr eines Urhebers mindestens 140 Jahre zurückliegt, kann das Werk als gemeinfrei gelten, auch wenn das Sterbejahr unbekannt ist. Die Schutzfrist beginnt 71 Jahre nach dem Geburtsjahr (*Beispiel: Geburtsjahr 1880, Sterbejahr unbekannt, anzunehmender Beginn der Schutzfrist 01.01.1951; demnach gemeinfrei ab 01.01.2021*).

Neben bestandsspezifischen Markmalen, Datenanalysen und urheberrechtlicher Argumentationsführung sind insbesondere auch Nutzungs- und Bereitstellungsszenarien einzubeziehen. Längst nicht mehr limitiert auf die Homepage einer Bibliothek, setzt sich die Zugänglichkeit auf Themen-/Aggregatorenportalen fort (z. B. Deutsche Digitale Bibliothek [DDB], Europeana). In Folge der stetigen Weiterentwicklung digitaler Serviceleistungen durch interoperable Standards nimmt auch die Vernetzung digitalisierter Bestände zu, um explorative, kreative Zugänge zu fördern, ob Kulturdaten-Hackathons (z. B. Coding da Vinci, 2014–2022) oder digitale Datenlabore (Labs). Um angeschlossenen Systemen und Endnutzer*innen die Zugriffs- und Nutzungsrechte transparent bereitzustellen, werden die Ergebnisse der Rechteklärung als strukturierte Rechte- und Lizenzinformationen in den bibliografischen Metadaten erfasst. Zur Kennzeichnung gemeinfreier Werke nutzt die DNB die „Public Domain Mark“ aus dem Creative Commons Lizenz-Portfolio. Rights Statements werden von der DNB immer dort als Label für Rechte-/Lizenzinformationen genutzt, wo (etablierte) offene Lizenzen nicht genutzt werden können oder Standards für eine persistente Referenz fehlen. Rechte- und Lizenzinformationen werden in den laufenden Geschäftsgängen der Digitalisierung und Rechteklärung obligatorisch bei Freigabe für den externen Online-Zugriff in den bibliografischen Metadaten verzeichnet und somit auch in bibliothekarischen Austauschformaten (z. B. MARC21.xml) über die Metadatendienste der DNB ausgeliefert.

V. Exkurs: nicht verfügbare Werke

Bereits hinlänglich kritisch und ausführlich besprochen, soll an dieser Stelle auf eine eingehende juristische Betrachtung der europarechtlichen Ausgestaltung und nationalen Umsetzung der Digital Single Market-Richtlinie ([EU] 2019/790; DSM-RL) verzichtet werden. Fokus soll auch hier auf dem Blick in die Praxis liegen. Die Lizenzierung vergriffener / nicht verfügbarer Werke (§ 52b VGG) in Deutschland hat sich als Erfolg erwiesen, insbesondere zur digitalen Zugänglichmachung von Kulturerbe des 20. Jahrhunderts ohne intellektuelle Rechteklärung und Dokumentationspflichten (vgl. § 61 Abs. 3 UrhG / § 61a UrhG). 2015 startete die DNB den Lizenzierungsservice für vergriffene Werke (VW-LiS)² über den bis zur Unterbrechung aufgrund der Novellie-

2 <https://www.dnb.de/vwlis>, zuletzt abgerufen am 10.07.2025.

nung des Urheber- und Verwertungsgesellschaftengesetz bis 2021 bereits mehr als 70 Kulturerbe-Einrichtungen ca. 50.000 Lizzenzen erworben haben. VW-LiS wurde für viele Bibliotheken zum festen Bestandteil in Digitalisierungsprojekten sowie Service- und Fachinformationsdiensten. Konzipiert als *Single Access Point* ist VW-LiS erste und zentrale Anlaufstelle für Bibliotheken und andere Kulturerbe-Einrichtungen, die Bestände sammeln, verwahren, digitalisieren und online zugänglich machen wollen. VW-LiS bietet automatisierte Recherchefunktionen zur Ermittlung des Verfügbarkeitsstaus von potenziell nicht verfügbaren Werken, angedockt an die Katalogdatenbank der DNB und das Verzeichnis lieferbarer Bücher. Dabei kooperiert die DNB mit der VG Wort und der VG Bild-Kunst. Als primärer Lizenzgeber für bibliothekstypische Bestände (verlegte Bücher und Periodika) ist die VG Wort auch technischer Knotenpunkt im Lizenzierungsworkflow, wovon Lizenzanträge in öffentlichen Registern bekannt gemacht werden: bis Juni 2021 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA), seitdem auf europäischer Ebene beim Amt für geistiges Eigentum der Europäischen Union (EUIPO).

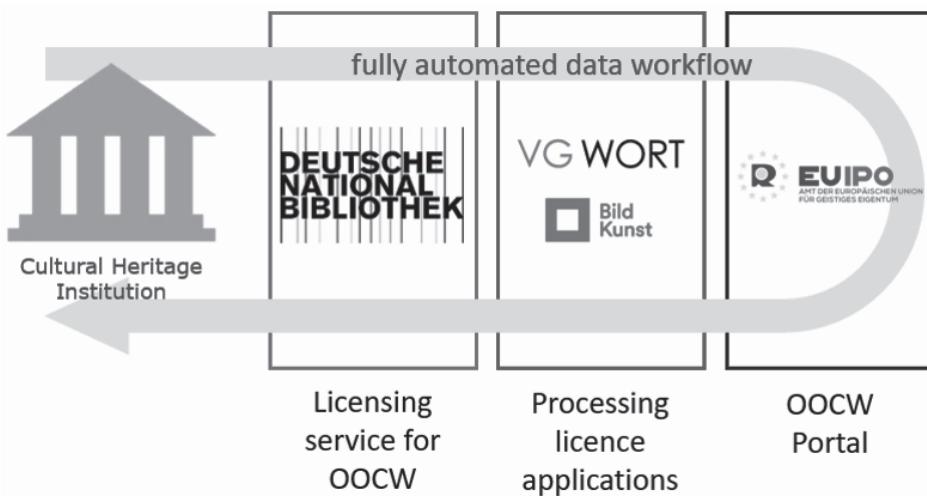


Abbildung 2: VW-LiS Workflow

Vier Jahre nach Inkrafttreten der DSM-RL ist VW-LiS seit dem 1. Juli 2025 wieder verfügbar. Bund und Länder sowie die Verwertungsgesellschaften VG WORT und VG Bild-Kunst haben nach langen Verhandlungen im März 2025 einen neuen Rahmenvertrag zur Nutzung nicht verfügbarer Werke in verlegten Schriften³ geschlossen.

3 Rahmenvertrag zur Nutzung nicht verfügbarer Werke in verlegten Schriften https://www.vgwort.de/fileadmin/vg-wort/pdf/dokumente/Gesamtverträge/Bund_und_Länder/Rahmenvertrag_nicht-verfügbare_Werke.pdf, zuletzt abgerufen am 10.07.2025.

Die Verhandlungen verzögerten sich zunächst aufgrund von Unsicherheiten, die durch den aufgeschobenen Erlass der Verordnung nach § 52d VGG⁴ entstanden. Anschließend lag der Fokus auf der Vergütung für die Nutzungslicenzen. Ausgehend davon, dass an nicht verfügbaren Werken keine kommerziellen Interessen bestehen, ist auch die zu leistende Vergütung dieser Realität anzupassen; so die Annahme und grundlegende Argumentation der Kulturerbe-Einrichtungen. Zu hohe Kosten hemmen den Lizenziererwerb erheblich; die Lizenzierung bliebe dann ohne Nutzen für die Verwertungsgesellschaften (VG), Kulturerbe-Einrichtungen und Öffentlichkeit. Dem gegenüber stehen die monetären Interessen der Verwertungsgesellschaften und deren Mitglieder. Eckpfeiler der Vergütungsregelungen sind eine Einmalzahlung, die in der Regel nicht jährlich zu erneuern ist und auch haushälterische Sicherheit in der langfristigen Zugänglichmachung gibt, sowie ein dynamisch nach Erscheinungsjahren abgestuftes Vergütungsmodell für monografische Werke und Periodika. Eine „Preisbremse“ für Periodika deckelt die Vergütung auf 12 Hefte, soweit ein Titel häufiger als monatlich erschienen ist und für mehr als zwölf Ausgaben eines Erscheinungsjahres gebündelt Anträge gestellt werden. Das gilt insbesondere auch für Veröffentlichungen der Tagespresse. Konkret bemisst sich die Vergütung für ein Buch wie folgt: Ist es vor 70 oder mehr Jahren erschienen, sind 12,50 € zu vergüten; 27,50 €, wenn es vor 50 bis 69 Jahren erschienen ist; 35 €, wenn vor 40 bis 49 erschienen und 50 € für die jüngsten Werke, die vor 30-39 Jahren erschienen sind. Die Vergütung für nicht verfügbare Periodika bezieht sich auf ein Heft bzw. eine Ausgabe. Hier sind es in gleicher Staffelung 2,80 €, 5,60 €, 8,40 € und 12,15 €.

Ausstehend ist weiter eine Einigung in der Frage, wie sich die Text and Data Mining (TDM) Schranke für die nicht-kommerzielle Nutzung zu Zwecken von Wissenschaft und Forschung (§ 60d UrhG) zum KI-Training verhält und inwieweit Lizenzen nicht verfügbarer Werke diese Nutzung abdecken. Auch hier soll und kann nicht die anhaltende juristisch-technische Tiefendebatte aufgefächert werden.⁵ Hervorzuheben ist dennoch, dass das im Rahmenvertrag dargelegte „agree to disagree“ der Vertragsparteien sicherstellt, dass Kulturerbe-Einrichtungen beim Aufbau zukunftsähiger Infrastruktur, z. B. für die digitalen Geisteswissenschaften (Digital Humanities), technische Innovationen adaptieren können.

Es musste zudem ein Verfahren für die 50.000 Lizenzen gefunden werden, die unter Maßgabe angepasster Verträge und zur garantierten, unterbrechungsfreien Nutzung entsprechend der Wartefrist von 6 Monaten (§ 52a Abs. 4 VGG) bis Juni 2025 in das europäische Portal für nicht verfügbare Werke des EUIPO (OOCW Portal) überführt werden müssen (§ 141 VGG). Allerdings war das OOCW Portal auch über drei Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie in einem technisch „unvollständigen“ Zustand. Entgegen der Idee des europäischen Gesetzgebers, unionsweit massentaugliche Verfahren

4 Verordnung über ergänzende Bestimmungen zur Nutzung nicht verfügbarer Werke nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Verwertungsgesellschaftengesetz (NvWV) vom 9. März 2023.

5 Vgl. hierzu Katharina de la Durantaye, „Garbage in, garbage out“ – Die Regulierung generativer KI durch Urheberrecht, ZUM Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2023, S. 645–660.

für den Umgang mit nicht verfügbaren Werke zu schaffen und der – den Kulturerbe-Einrichtungen bzw. Verwertungsgesellschaften obliegenden – Pflicht, diese in einem zentralen Register öffentlich bekannt zu machen (Art. 10 Abs. 1 DSM-RL), war das OOCW Portal bis Frühjahr 2025 ein Flaschenhals. So standen für die verpflichtende Bekanntmachung ausschließlich manuelle Eingabefunktionen und halb-automatisierte Excel-Uploads zur Verfügung. Der Aufarbeitung der technischen Versäumnisse und erforderlichen Weiterentwicklung des Portals ist das EUIPO mit seiner strategischen Neuausrichtung nachgekommen. Systemübergreifend – von der Antragstellung in VW-LiS zur VG WORT und bis zur Bekanntmachung im OOCW Portal – sind nun vollautomatisierte Datenflüsse garantiert.

VI. Wege zur Freiheit

Die Rechteklärung ist wie das (Urheber-)Recht in vielen Aspekten kein apodiktisches Verfahren, sondern eine Aufgabe mit vielen Graubereichen. Diese Ambivalenz im Schulterschluss zwischen bibliothekarischem Knowhow und juristischer Expertise beherrschbar zu machen und mit den Zielen einer modernen, offenen Kulturerbe-Einrichtung in Einklang zu bringen, ist Ziel der Rechteklärung. Wobei der Blick auf die Praxis maßgeblich ist, um die Wege zu definieren, die zu gehen sind, um strategische Ziele und den öffentlichen Auftrag in Methoden und Workflows zu übersetzen und in den Prozessen der Digitalisierung analoger Bestände und Bereitstellung digitaler Sammlungen zu etablieren.

Bereits knapp 90.000 gemeinfreie Bücher, Zeitschriftenhefte und Einzelobjekte sowie mehrere tausend Werke, deren Schutzfristen in den kommenden Jahren auslaufen, alleine aus den digitalen Sammlungen der DNB, zeigen, dass – auch wenn es wie der sprichwörtliche Tropfen auf den heißen Stein erscheint, wenn Millionen digitalisierter Seiten nur langsam das Licht der Gemeinfreiheit erblicken – es lohnt, die Bestände einem konzentrierten Blick der Rechteklärung zu unterziehen, und es falsch wäre, diese oft zeitaufwändige Aufgabe erst gar nicht anzugehen. Dabei war es auch ebendiese scheinbar unüberwindbare Masse, die die DNB angetrieben hat und weiterhin entschlossen macht, Wege der Zugänglichmachung zu finden, zu etablieren, fortlaufend zu evaluieren und darüber hinausgehend Pragmatismus größer und immer wieder neu zu denken. Ein Resultat daraus ist das langjährige politische Engagement, rechtliche Rahmenbedingungen für vergriffene/nicht verfügbare Werke zu schaffen, und der fachlich-technische Aufbau des Lizenzierungsservice Vergriffener Werke (VW-LiS).

Zusammenfassung: Die Deutsche Nationalbibliothek (DNB) strebt einen möglichst uneingeschränkten Zugang und eine freie Nutzung ihrer digitalen Sammlungen an, angepasst an die Nutzungsbedarfe einer vernetzten und digitalen Informations- und Wissensgesellschaft. Dabei bestimmen insbesondere urheberrechtliche Faktoren über die (freie) Zugänglichkeit von mehr als einem Jahrhundert Buch- und Mediengeschichte. Anknüpfend an die Workflows der Massendigitalisierung folgt die Rechteklärung im Schulterschluss zwischen bibliothekarischem Knowhow und juristischer Expertise, pragmatischen Abwägungen (urheber-)rechtlicher Regelungen und einheitlichen, auf Meta- und Normdaten basierenden Verfahren zur rechtssicheren und ressourcenschonenden Feststellung des urheberrechtlichen Status digitalisierter Werke. Diesen pragmatischen Grundsätzen und Anforderungen folgend komplettiert der Lizenzierungsservice Vergriffene Werke (VW-LiS) der DNB den Werkzeugkasten der Rechteklärung, um nicht verfügbare Schriften des 20. Jahrhunderts ohne Einzelfallprüfung öffentlich zugänglich bereitstellen zu können.

Summary: The German National Library (DNB) endeavours to provide unrestricted access and free use of its digital collections, adapted to the usage requirements of a networked and digital information and knowledge society. In particular, copyright factors define the (free) accessibility of more than a century of book and media history. Following on from the workflows of mass digitisation, rights clearance is a joint effort between library know-how and legal expertise, pragmatic consideration of copyright regulations and uniform procedures based on metadata and authority files to determine the copyright status of digitized works in a legally secure and resource-saving manner. Following these pragmatic principles and requirements, the DNB's Licensing Service for Out-of-Commerce Works (VW-LiS) completes the toolbox of rights clearance in order to make out-of-commerce writings of the 20th century publicly accessible without case-by-case examination.



© Simon Herrmann

PD Dr. Dr. Grischka Petri*

Reproduktion gemeinfreier Kunst: Museumsfotos jenseits der Unterscheidung von Lichtbild und Lichtbildwerk

I. Historischer Rückblick

Die objektbasierten Kulturwissenschaften sind auf gute Reproduktionen ihrer Gegenstände angewiesen. Reproduktionen überbrücken Zeit und Raum, um das Reproduzierte vergleichbar und kulturwissenschaftliche Kontexte belegbar zu machen. Nichts geht über die Begegnung mit dem Original, aber nichts geht ohne die Reproduktion. Die Reproduktionsfotografie hat die Verfügbarkeit des Objekts nicht absolut ermöglicht, aber in der Praxis stark erleichtert. „Indeed, art history as we know it today is the child of photography,“ merkte der Kunsthistoriker Donald Preziosi 1989 an.¹ Bereits 1870 brachte es der langjährige Kurator am South Kensington Museum (heute das Victoria & Albert Museum), John Charles Robinson, auf den Punkt:

„[T]he invention of photography has in our time effected an entire revolution: the drawings of ancient masters may now be multiplied virtually without limit: and thus, what was before a practical impossibility, namely, the actual comparison of the numerous dispersed drawings of any particular master, has become quite practicable.“²

Zuvor erlaubten Reproduktionsstiche – einzeln und im Katalog gruppiert – das vergleichende Sehen, wenngleich die grafischen Verfahren hierfür weitaus aufwendiger waren. Eines der bekanntesten früh publizierten illustrierten Inventare ist das der Antikensammlung des englischen Adeligen William Hamilton, der Ende des 18. Jahrhunderts Kataloge seiner Sammlung mit gelehrten Beschreibungen und Umrisszeichnungen veröffentlichten ließ. In dem Maße, in dem im immer wichtiger werden den Ausstellungsbetrieb Informationen über Sonderausstellungen zugänglich gemacht

* Der Verfasser ist Abteilungsleiter Urheberrecht im Bereich Immaterialgüterrechte bei FIZ Karlsruhe (Leibniz-Institut für Informationsinfrastruktur) und vertritt im SS 2025 eine Professur für Kunstgeschichte an der Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag ist eine Erweiterung und Präzisierung der 2023 in Münster auf der Tagung *Zugang gestalten!* gehaltenen Keynote. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Paul Klimpel für die Einladung und dem Auditorium für die ertragreiche Diskussion.

1 Preziosi, Rethinking Art History: Meditations on a Coy Science, 1989, 72.

2 Robinson, A critical account of the drawings by Michel Angelo and Raffaelo in the University Galleries, Oxford, 1870, x.

wurden, wurden die dazugehörigen Kataloge ebenfalls illustriert. Ein englischer Katalog von 1891 legt deutlich die Aufgaben eines solchen Katalogs und der in ihm enthaltenen Illustrationen dar:

„The purpose is [...] to be descriptive rather than critical; to form a supplement to the official catalogue which should be interesting and useful for reference. The book is intended

1. *for those who are unable to visit the exhibition*
2. *for those who, having visited it, desire some memento*
3. *for those who wish to save time and trouble in examining its contents [...].“³*

Der Anspruch der Reproduktionen ist ausdrücklich kein künstlerischer: „the illustrations are not [...] works of art“.⁴ Diese Abgrenzung ist für die weiteren rechtlichen Erwägungen signifikant. Sie unterscheidet zwischen künstlerischem und nicht-künstlerischem Bild. In urheberrechtlicher Übersetzung betrifft dies zunächst die Schöpfungshöhe, aber auch die Nutzungsart.

II. Schöpfungshöhe und Reproduktionsfotografie

Die Schöpfungshöhe für Fotografien bestimmt sich innerhalb der EU seit der Schutzdauer-Richtlinie (2006/116/EG) nach deren Art. 6:

„Fotografien werden gemäß Artikel 1 geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden. Die Mitgliedstaaten können den Schutz anderer Fotografien vorsehen.“

Können Reproduktionsfotografien das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung sein? Und welches sind die Kriterien dafür? Die urheberrechtlichen Kategorien reichen für die Wiedergabe anderer Werke von der Vervielfältigung (§ 16 UrhG) über die Bearbeitung oder Umgestaltung (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG) bis zur freien Benutzung (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG), die keine Reproduktion mehr darstellt, sondern eine eigenständige Anverwandlung. Während eine Vervielfältigung typischerweise gerade keine Schöpfung darstellt (ein Gegensatz, mit dem die Appropriation Art operiert), ist eine Bearbeitung sowohl eine Vervielfältigung als auch eine eigene Schöpfung: Paradigma ist die Übersetzung. Im Einklang mit der europarechtlichen Urheberrechtsdoktrin hat der EuGH 2011 in der Rechtssache Painer geurteilt, dass für Fotografien das gleiche Kriterium entscheidend ist wie in anderen Werkgattungen: Ob die Urheber freie kreative Entscheidungen treffen konnten.⁵ Mit anderen Worten: Es muss einen kreativen Spielraum geben, um die Schöpfungshöhe zu erreichen.

3 Blackburn (Hg.), *Academy Notes* 17 (1891), [3].

4 a.a.O.

5 EuGH v. 1.12.2011 – C-145/10 (Painer), ECLI:EU:C:2011:798.

Reproduktionen bedienen hier mithin ein breites Spektrum. Es gibt Reproduktionsmedien, deren kreatives Potential anerkannt ist, beispielsweise der Reproduktionsstich. Farbwerte werden hier in unterschiedliche Schraffuren, Strichstärken und Muster übersetzt, und dieser Vorgang hängt von kreativen Entscheidungen ab.⁶ Allerdings unterliegt diese Wertung dem historischen Wandel.⁷ Einige moderne Bearbeitungen der *Mona Lisa* sind selbst berühmt geworden, wie der von Marcel Duchamp applizierte Schnurrbart (1919)⁸ oder die in die Druckfarben Cyan, Magenta und Gelb separierten und kombinierten *Mona Lisas* von Andy Warhol (1963)⁹. Weder der Duchamp noch der Warhol sind als Abbilder der *Mona Lisa* geeignet, einen wirklich guten Eindruck des Originals zu verschaffen. Wir haben es also bei den beiden Bearbeitungen mit jeweils neuen Originalen zu tun, während es Reproduktionsfotografien der *Mona Lisa* gibt, die diesen Bearbeitungscharakter nicht zeigen, sondern ausschließlich als Repräsentanten des Originals verstanden werden.

Dabei lässt sich nicht aus dem Medium allein auf die Werkeigenschaft des Medienprodukts schließen. Nicht jede Fotografie ist eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG. Die Schutzdauer-Richtlinie enthält in Art. 6 die Öffnungs-klausel für die Mitgliedstaaten, die „den Schutz anderer Fotografien vorsehen“ können. § 72 UrhG sieht diesen Schutz für persönliche, aber nicht schöpferische Bilder vor; d.h., dass sie einerseits keine rein technisch determinierte Reproduktion (wie z.B. Fotokopien und Scans) darstellen dürfen, andererseits aber auch noch nicht das Resultat kreativer Entscheidungen sind.¹⁰ Weil nach herrschender Meinung alle Lichtbildwerke zusätzlich auch als einfache Lichtbilder geschützt sind,¹¹ ist der exklusive Anwendungsbereich für Lichtbilder schmal. Während Schnappschüsse („Knipsbilder“) lange als Fall des einfachen Lichtbilds angesehen wurden, müssen diese nach der Rechtsprechung des EuGH als Lichtbildwerke gelten, denn bereits die freie Wahl von Ausschnitt und Perspektive ist das Ergebnis kreativer Entscheidungen.¹² Es ist dabei

6 Petri, *Journal of Conservation and Museum Studies* 12 (2014), 5, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5334/jcms.1021217>.

7 Petri, Privileg und fotografische Freibeuterei. Momentaufnahmen aus der Geschichte des Reproduktionsrechts an gemeinfreien Werken, in: *Effinger/Hoppe/Klinke/Krysmanski* (Hrsg.), *Festschrift für Hubertus Kohle zum 60. Geburtstag*, 2019, 419 (421), abrufbar unter: <https://doi.org/10.11588/arthistoricum.493.c6569>.

8 L.H.O.O.Q., fotografische Reproduktion und Bleistiftzeichnung, 19,7 × 12,4 cm, Privatsammlung.

9 Colored *Mona Lisa*, Siebdruck/Leinwand, 208,6 cm × 319,7 cm, Privatsammlung.

10 Schulze/Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 8. Aufl. 2025, § 72 Rn. 8; Vogel, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72, Rn. 13; zur Kasuistik und dem Erfordernis einer natürlichen Person als Lichtbildner a.a.O., Rn. 27–33; Thum, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 68 Rn. 22–28.

11 BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (285f.), Rn. 15 (Museumsfotos); A. Nordemann, in: Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 210; Vogel, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72, Rn. 31.

12 Unklar bleibt Nordemann, a.a.O. Rn. 213, der einerseits die niedrige Gestaltungshöhe anerkennt, allerdings davon abgrenzen möchte, dass „nicht nur „geknipst“ wurde.“ Diese Unschärfe spricht dafür, sich von dem Begriff des Knipsens und des Knipsbildes im Rechtskontext zu verabschieden.

nicht zielführend, der Reproduktionsfotografie denselben Schutz geben zu wollen wie simplen Urlaubsfotos, weil sie dies „verdienen“.¹³ Darin liegt eine Wertung abseits des Kriteriums der persönlichen geistigen Schöpfung – eine handwerklich gelungene Reproduktion ist zwar wertvoll, aber eben nicht aufgrund ihrer Kreativität. Originaltreue und individuelle Gestaltung schließen einander aus.¹⁴ Die gelungene Reproduktion reproduziert eine fremde Schöpfung, keine eigene.¹⁵ Ihr kommerzieller Wert ergibt sich aus ihrer Treue zum anderen Original, nicht aus ihrer eigenen Originalität.¹⁶ Der EuGH hat bestätigt, dass Arbeitsaufwand und Sachkenntnis die Originalität als Schutzgrund nicht ersetzen können.¹⁷

Ungeachtet seines schmalen exklusiven Anwendungsbereichs reicht der Lichtbildschutz doch weit in die Praxis der Reproduktionsfotografie hinein. Im Museumsfotos-Fall hat 2018 der BGH bestätigt, dass Reproduktionsfotografien unter den Lichtbildschutz fallen.¹⁸ Dieser Schutz ist für Reproduktionen gemeinfreier Werke seit 2021 abgeschafft. Zwar wurde nicht § 72 UrhG als Ganzes gestrichen, wie es verschiedentlich bereits gefordert wurde,¹⁹ doch ist seitdem § 68 UrhG in Kraft, der den Schutzbereich einschränkt, indem er anordnet: Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke werden nicht durch verwandte Schutzrechte nach den Teilen 2 und 3 geschützt.

Zu diesen verwandten Rechten zählt u.a. der Lichtbildschutz. Zu ergänzen ist freilich, was nicht im Gesetzestext steht, aber dennoch gilt, nämlich: Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke werden noch immer durch das Urheberrecht geschützt. Damit bleibt die Unterscheidung zwischen einem Lichtbildwerk und einem einfachen Lichtbild relevant.²⁰

III. Abgrenzung entlang der Dreidimensionalität: Praxis und Kritik

Die verbreitete und anerkannte Regel unterscheidet dabei zwischen Reproduktionen von zwei- und von dreidimensionalen Werken.²¹ Diese Verbindung zwischen Kreativität und der Dreidimensionalität ist sehr alt. Schon in den kunsttheoretischen und praktischen Traktaten von Leon Battista Alberti (1404–1472) und Benvenuto Cellini (1500–1571) spielte sie eine Rolle. Das Kopieren von Kunstwerken behandelt Alberti

13 So aber *Schack*, Kunst und Recht, 4. Aufl. 2024, Rn. 903; i.E. auch *Schiessel*, Reichweite und Rechtfertigung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG, 2020, 99.

14 W. *Nordemann*, GRUR 1987, 15 (17); *Klimpel/Rack*, RuZ 2020, 243 (245).

15 Petri, Journal of Conservation and Museum Studies 12 (2014), 6, m.w.N. aus der internationalen Literatur, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5334/jcms.1021217>.

16 Petri, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), 99 (108).

17 EuGH v. 01.03.2012 – C-604/10 (Football Dataco Ltd.), Rn. 46, ECLI:EU:C:2012:115.

18 BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286f.), Rn. 26f. (Museumsfotos).

19 Siehe z.B. *Klimpel/Rack*, RuZ 2020, 243 (256); *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, 36–39; *Overbeck*, Der Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG im Lichte der Digitalfotografie, 2018, 161–162; *Schack*, Kunst und Recht, 4. Aufl. 2024, Rn. 224.

20 So auch *Klimpel*, in dieser Ausgabe.

21 OLG Düsseldorf v. 13.2.1996 – 20 U 115/95; GRUR 1997, 49 (51) differenziert nach Zeichnungen und Fotografien vom Rauminstallationen.

im Zusammenhang mit der Ausbildung des Künstlers – und beurteilt es skeptisch. Wenn schon nicht die Natur, sondern Kunstwerke nachgeahmt würden, sei es vorzugsweise,

„dass eine mittelmäßige Skulptur als ein hervorragendes Gemälde nachgebildet wird, denn von den gemalten Dingen erwirbst du nichts anderes als die Kenntnis der Ähnlichkeit, während du von den skulptierten Dingen sowohl die Ähnlichkeit lernen als auch die Kenntnis und Nachbildung von Licht [und Schatten] erwerben kannst.“²²

Auch Cellini bewertet die Komplexität der Skulptur höher, wenn er die Schwierigkeiten des Bildhauers erläutert, der darauf zu achten habe, dass die Skulptur von allen acht Seiten gut aussehen müsse. Im Gegensatz hierzu sei die Malerei „nur eine Seite der acht Hauptseiten, die die Skulptur haben muss.“²³ Die Unterscheidung nach Dimensionen zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk ist in dieser Perspektive ein später Reflex des Paragone zwischen Malerei und Skulptur in der Renaissance. Womöglich wird die Unterscheidung entlang der Dimensionsgrenzen auch deshalb intuitiv verstanden, weil wir es mit mehrere hundert Jahre alten und insofern etablierten Ideen zu tun haben. Einer der Erfinder der Fotografie, Henry Fox Talbot, hat in seinem Mappenwerk „The Pencil of Nature“ (1844) die fotografischen Variationen der Skulpturenfotografie angepriesen, „how very great a number of different effects may be obtained from a single specimen of sculpture.“²⁴ Er konnte an eine lange Tradition der mehransichtigen Darstellung von Skulpturen in Stichwerken anknüpfen.²⁵

Diese traditionelle Abgrenzung erscheint außerdem gut handhabbar. Der Kunsthistoriker Erwin Panofsky äußerte sich 1930 am Ende seiner kurzen Abhandlung zu Original und Faksimilereproduktion im Museum zu fotografischen Reproduktionen mit einer Unterscheidung, die Teile der heutigen europarechtlichen Differenzierungen vorwegnimmt:

„Einer Photographie des Naumburger Ekkehard oder des Bamberger Reiters kann man es freilich ansehen, aus welcher Gesinnung heraus sie aufgenommen wurde [...]. Aber warum kann man das? Weil es sich in allen Fällen, in denen dreidimensionale Objekte photographiert werden, gar nicht um „Reproduktionen“ in dem hier einzig in Rede stehenden Sinne handelt, sondern um eine durchaus persönliche Umschöpfung, bei der der Photograph, wiewohl er sich an Stelle des Pinsels einer ‚Maschine‘ bedient, in bezug auf Ausschnitt, Distanz, Aufnahmerichtung, Schärfe und Beleuch-

22 Alberti, Della Pittura. Über die Malkunst, Hrsg. Bätschmann/Gianfreda, 2002, § 58.

23 Das Zitat in der deutschen Übersetzung bei Lein/Wundram, Kunst-Epochen, Bd. 7: Manierismus, 2008, 229; zu weiteren Instanzen der Auseinandersetzung Cellinis mit diesem Thema siehe Nova, Paragone-Debatte und gemalte Theorie in der Zeit Cellinis, in: Nova/Schreurs (Hrsg.), Benvenuto Cellini. Kunst und Kunsttheorie im 16. Jahrhundert, 2003, 183–202, insbes. Fn. 1.

24 Talbot, The Pencil of Nature, 1844, [Text zu Tafel V].

25 Zu dieser siehe Pfisterer, „Wie man Skulpturen aufnehmen soll“. Der Beitrag der Antiquare im 16. und 17. Jahrhundert, 2022, abrufbar unter: <https://doi.org/10.11588/arthistoricum.1016>.

tung nicht sehr viel weniger „frei“ ist als ein Maler. Der wirklichen Reproduktionsphotographie dagegen, d.h. der Photographie eines zweidimensionalen Gemäldes oder einer Zeichnung, kann man wohl ansehen, ob sie über- oder unterexponiert ist, ob das Gemälde bei der Aufnahme gespiegelt hat und ob sie mit orthochromatischen oder gewöhnlichen Platten hergestellt wurde, – nie aber kann hinsichtlich ihrer von einem „Element des Zeitsstils“ oder gar des Persönlichkeitsstils die Rede sein.“²⁶

In der Schweiz ist diese Abgrenzung nach Dimensionen seit 2020 sogar Gesetz.²⁷ Art. 2 Abs. 3bis URG lautet:

„Fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte gelten als Werke, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben.“

In der Tat hat diese Unterscheidung einiges für sich. Nicht zuletzt technische Standards engen den kreativen Spielraum für Reproduktionsfotografien flacher Werke gegen Null ein.²⁸ Zu nennen nicht nur der ISO-Standard 19264-1, gegenwärtig in der Fassung von 2021, sondern auch die in den Niederlanden entwickelten Metamorfoze Guidelines²⁹ sowie die die 2007 gegründete Federal Agency Digitization Guidelines Initiative (FADGI)³⁰ aus den USA, die strikte Vorgaben etwa zur Farbkalibrierung und gleichmäßigen Ausleuchtung machen, ganz zu schweigen von Selbstverständlichkeiten wie der genauen Ausrichtung. Demgegenüber bleibt bei der Fotografie dreidimensionaler Objekte, d.h. von Skulpturen, Bauwerken und ähnlichen Gegenständen, zumindest die freie Wahl der Perspektive und des Ausschnitts. Damit sind an sich die Mindestanforderungen erfüllt, um ein persönliches schöpferisches Werk annehmen zu können.³¹

Gleichwohl ist die Abgrenzung in Frage gestellt worden. Sie ist als Daumenregel keineswegs zu verabsolutieren.³² Tatsächlich hat sich ein nicht weniger prominenter Kunsthistoriker, nämlich Heinrich Wölfflin, vor über 120 Jahren zum Thema geäußert,

26 Panofsky, Original und Faksimilereproduktion, 1930, [16].

27 Klimpel, in dieser Ausgabe, zieht daraus den zutreffenden Schluss, die Unterscheidung zwischen Zwei- und Dreidimensionalität der fotografierten Sache impliziere deshalb nicht ohne weiteres diejenige zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk, denn sonst sei die gesetzliche Fiktion überflüssig.

28 Nicht sachgerecht deshalb BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286), Rn. 26 (Museumsfotos), der „Standort, Entfernung, Blickwinkel, Belichtung und Ausschnitt“ als gestalterische Freiräume der Lichtbildreproduktion versteht; zutreffend die Kritik bei A. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 13. Aufl. 2024, § 72 Rn. 10.

29 van Dormolen, Metamorfoze Preservation Imaging Guidelines, Version 2.0, Proceedings of Imaging Science and Technology Archiving 2019, 9–11, abrufbar unter: <https://doi.org/10.2352/issn.2168-3204.2019.1.0.3>.

30 Abrufbar in der dritten Auflage 2023 unter: <https://www.digitizationguidelines.gov/guidelines/digitize-technical.html>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

31 Petri, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), 99 (107).

32 So aber im Ergebnis Schulze, GRUR 2019, 779 (782), der Fotografien dreidimensionaler Gegenstände abspricht, originalgetreu sein zu können; ähnlich noch Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 2011, 187.

und zwar in einer Aufsatzerie „Wie man Skulpturen aufnehmen soll“. Wölfflin folgte hier Interessen kunsthistorischer Kontextualisierung und Information. Er beschwert sich zum Auftakt seines Aufsatzes:

„[E]s scheint die Ansicht verbreitet zu sein, dass plastische Kunstwerke von jeder beliebigen Seite her aufgenommen werden könnten, und es bleibt völlig dem Ermessen des Photographen überlassen, unter welchem Winkel zur Figur er seine Maschine aufstellen will.“³³

Wölfflin kritisiert sodann malerische Seitenansichten, welche die Wirkung der Hauptansicht vernichten, als Irreführung des Publikums. Stattdessen solle man die Ansicht wählen, die der Konzeption des Künstlers entspreche; in der guten Tradition sei dies die Vorderansicht. Wölfflin gelingen überzeugende Einzelanalysen, doch keine wirklich universalisierbare Regel der (einzig) richtigen Perspektive. Gleichwohl ist sein Ansatz erhellt, weil er für die Skulptur die kreativen Spielräume der Fotografie dort beschneiden möchte, wo die kunstwissenschaftliche Aussagekraft kompromittiert würde.³⁴ Dies bedeutet im Ergebnis eine Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten zu Gunsten der kunsthistorischen Dokumentation. Mit diesem Gedanken lässt sich die Grenze zwischen Lichtbildwerk und Lichtbild anders ziehen als entlang der schematischen Unterscheidung von zwei- und dreidimensionalem Reproduktionsobjekt.³⁵

IV. Bildkritik: das Lichtbild als Dokumentation

Stattdessen kann auf die typische Nutzung der fotografischen Reproduktion abgestellt werden, nämlich die visuelle Dokumentation eines Objekts. Diese ist nur bei einer Teilmenge der Skulpturenfotografie gegeben, aber auf die wird es hier ankommen. Die dazu notwendige Differenzierung lässt sich anhand der fotografischen Praxis gut nachvollziehen. Das Thema der Skulpturenfotografie, „a special area of art historiography“,³⁶ hat bereits fundierte kunsthistorische Aufmerksamkeit erhalten.³⁷ Um nur wenige Beispiele zu nennen, stellen die Aufnahmen, die Eugène Druet von Skulptu-

33 Wölfflin, Zeitschrift für bildende Kunst 31 (1896), 224.

34 Wölfflin ist auch nicht der einzige Kritiker einer willkürlichen Skulpturenfotografie; siehe etwa den Verriss von Pope-Hennessy des Bildbands Donatello: Prophet of Modern Vision mit Fotografien von David Finn (The New York Review of Books, 24. Januar 1974, 7–9). Pope-Hennessy vergleicht den fotografischen Effekt der Fotografien darin mit einem Warhol-Film.

35 Deutlich auch die Kritik bei Haberstumpf, Zeitschrift für geistiges Eigentum 14 (2022), 117 (127): „wenig plausibel“; vgl. ferner Schiessel, Reichweite und Rechtfertigung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG, 2020, 117.

36 Bergstein, The Art Bulletin 74 (1992), 475.

37 Für eine ausführliche Auseinandersetzung ist hier nicht die Gelegenheit; vgl. nur die Beiträge in Hamill/Luke (Hrsg.): Photography and Sculpture. The Art Object in Reproduction, 2017, und in Johnson (Hrsg.), Sculpture and Photography. Envisioning the Third Dimension, 1998; ferner Marcoci et al., FotoSkulptur. Die Fotografie der Skulptur 1839 bis heute (Ausst.-Kat. Kunsthaus Zürich), 2010; insbesondere zum Diskurs um 1900 Dobbe, Fotografie als theoretisches Objekt. Bildwissenschaft, Medienästhetik, Kunstgeschichte, 2007, 31–70.

ren Rodins gemacht hat, zweifelsfrei persönliche geistige Schöpfungen dar. So wird der „Denker“ sehr atmosphärisch im Gipslager Rodins gezeigt; die Sonnenstrahlen modellieren den Körper, der entgegen Wölfflins Forderung nicht in Frontalansicht gezeigt wird. Die Fotografie ist offensichtlich nicht nur Reproduktion, sondern auch kreative fotografische Bildfindung, und würde mithin in die Kategorie der Bearbeitung fallen. Druet behält sich im Stempel auf dem Abzug alle Rechte vor. Es gibt ferner eine Tradition der virtuosen Skulpturenfotografie, die mit dramatischer Ausleuchtung, Details und Beschnitten operiert und in fotografischen Prachtbänden und Katalogen zuhause ist.³⁸

Während solche Fotografien von Skulpturen atmosphärisch wirken können, erscheinen andere Fotografien sehr viel nüchterner, beispielsweise – um beim Beispiel Rodin zu bleiben – die Fotografien Candida Höfers aller Fassungen der „Bürger von Calais“ an ihren jeweiligen Aufstellungs- und Sammlungsstandorten.³⁹ Es ist freilich bei Höfer ein Flirt mit der Rigidität der fotografischen Dokumentation, doch wird der künstlerische Aspekt keineswegs aufgegeben.

Dies wird sehr deutlich, wirft man den Blick wiederum vergleichend auf die Fotografien von Skulpturen in den gedruckten wie digitalen Sammlungskatalogen der Museen, deren Hauptzweck die dokumentarische und isolierte Wiedergabe eines Sammlungsserifikats ist, „as legibly as possible“.⁴⁰ Die Selbstbeschränkung der kreativen Spielräume geht in der Museumsfotografie aus nachvollziehbaren Gründen sehr viel weiter. Wo sich bei Höfer von einer dokumentarischen Ästhetik sprechen lässt, wird am Museum eine dezidiert sparsam-funktionale Dokumentationsästhetik erkennbar. Die Wölfflinschen Prinzipien scheinen hier weiter zu leben, denn die fotografischen Konventionen, nach denen man für eine museale Präsentation Skulpturen aufnehmen soll, treten unmissverständlich zutage. Freigestellt,⁴¹ vor einem neutralen, gerne lichtgrauen Hintergrund wird das Objekt in der Regel gezeigt, gesinnungsfrei oder zumindest gesinnungsarm, wenn man das Vokabular Panofskys ins Spiel bringen möchte. Es sei ferner an die Academy Notes erinnert, die über ihre Reproduktionen gesagt hatten, ihr Zweck sei „to be descriptive rather than critical“. Über das Dokumentarische in Kunst und Fotografie sowie über dessen Verhältnis zum Künstlerischen ist in Kunstgeschichte, philosophischer Ästhetik, Logik, Bildtheorie, Semiotik und verwandten Disziplinen intensiv nachgedacht und geforscht worden. Eine entsprechende Abgrenzung mit Rechtsfolgen ist deshalb praktikabel.⁴² Um nur ein Beispiel herauszugreifen, hat der französische Philosoph Jacques Rancière hilfreiche Überlegungen zum hier relevanten Unterschied angestellt. So gebe es Bilder, die eine

38 Bergstein, *The Art Bulletin* 74 (1992), 475 (492).

39 Als Fotobuch Höfer, Zwölf/Twelve, 2001.

40 Bergstein, *The Art Bulletin* 74 (1992), 475 (497).

41 Vgl. Stang, ZUM 2019, 668 (671), der anmerkt, Fotografien von Objekten, auf denen weitere Gegenstände oder Personen abgebildet sind, würden aus dem Schutzbereich des Art. 14 DSM-Richtlinie ausscheiden.

42 Siehe auch die Erörterung verschiedener fotografischer Gestaltungsmittel bei Lehment, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 2008, 52–57.

einfache Beziehung der Ähnlichkeit zum Original produziere, „etwas, das nicht unbedingt eine genaue Kopie des Originals sein muß, sondern einfach etwas, das den Platz des Originals einnehmen kann.“⁴³ Demgegenüber gebe es Bilder, welche Änderungen der Ähnlichkeit produzieren. Im gleichen Text skizziert Rancière Definitionen dieser Bildoperationen, indem er das nackte Bild vom ostensiven und dem metamorphischen Bild unterscheidet.⁴⁴ Höfers Rodin-Fotografien fallen in die Kategorie des ostensiven Bildes, das eine vorgeblich bedeutungslose Präsenz im Namen der Kunst zeigt.⁴⁵

Die visuell faktisch standardisierten Fotografien gemeinfreier Skulptur aus Museumsbeständen folgen demselben Zweck, nämlich die Skulptur visuell treu zu erfassen, und lassen sich deshalb auch als Abbildungen der Skulptur verstehen.⁴⁶ Die Fotografie kommuniziert eine Information über das abgebildete Objekt, statt einer künstlerischen Persönlichkeit einen schöpferischen, autonomen Ausdruck zu verschaffen.⁴⁷ Diese Art von Fotografie entledigt sich bewusst ihrer kreativen Spielräume und beschränkt sich selbst; wie Paul Klimpel und Fabian Rack formulieren, gilt es bei der originalgetreuen Reproduktionsfotografie darum, interpretative Eingriffe zu vermeiden.⁴⁸ Zutreffend hat Helmut Haberstumpf festgestellt, dass technische Regeln und nichttechnische Darstellungskonventionen gleich zu behandeln sind: In beiden Fällen werden bestehende Regeln und Gesetzmäßigkeiten befolgt. Der urheberrechtliche Gestaltungsspielraum, dessen Nutzung zur Annahme eines Werks führen würde, wird in beiden Fällen gerade nicht genutzt.⁴⁹ Damit sind andere fotografische Abgrenzungskriterien gefunden als die Zwei- oder Dreidimensionalität des abgebildeten Gegenstands.⁵⁰ Die Bildsprache ist unmissverständlich.⁵¹ Damit lassen sich museale Skulpturenfotografien in den allermeisten Fällen der Kategorie des einfachen Lichtbilds zuweisen und, sofern sie

43 Rancière, Politik der Bilder, 2. Aufl. 2009, 13.

44 a.a.O., 31–34.

45 Vgl. a.a.O., 32.

46 Vgl. zum Kriterium der Originaltreue Dreier, in: Dreier Schulze, Urheberrechtsgesetz, 8. Aufl. 2025, § 68 Rn. 3, 6. Im Übrigen ist Originaltreue keine ausschließlich fotografische Eigenschaft; siehe etwa die Beiträge in Putzger/Heisterberg/Müller-Bechtel (Hrsg.), Nichts Neues Schaffen. Perspektiven auf die treue Kopie 1300–1900, 2018, abrufbar unter: <https://doi.org/https://doi.org/10.1515/9783110431148>.

47 Vgl. auch Raué, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 8. Aufl. 2025, § 2 Rn. 259: „Gegenstandsfotografien sind daher keine Lichtbildwerke, wenn sie die Vorlage möglichst naturgetreu und unverändert wiedergeben sollen“; ähnlich Vogel, in: Schrieker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72, Rn. 33.

48 Klimpel/Rack, RuZ 2020, 243 (244).

49 Haberstumpf, GRUR 2021, 1249 (1255). Siehe auch Ortland, Kopierhandlungen, in: Feige/Siegmund (Hrsg.), Kunst und Handlung. Ästhetische und handlungstheoretische Perspektiven, 2015, 233 (237), zum Aspekt der Übernahme festgelegter Eigenschaften der Vorlage durch die Kopie.

50 Lauber-Rönsberg, in: BeckOK Urheberrecht (Stand 1.11.2024), § 72, Rn. 19: „Grundsätzlich kommt es aber nicht darauf an, ob ein Kunstwerk zwei- oder dreidimensional ist [...], sondern darauf, ob die Abbildung ‚lediglich‘ handwerklich-technische Fertigkeiten erforderte oder darüber hinaus ein schöpferischer Gestaltungsspielraum bestand.“

51 Vgl. ähnlich zu erkennungsdienstlichen Polizeifotos Klimpel, in dieser Ausgabe.

gemeinfreie Skulpturen abbilden, auch dem Anwendungsbereich des § 68 UrhG.⁵² Auch Art. 14 der Richtlinie (EU) 2019/790 (Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt), dessen Umsetzung § 68 UrhG darstellt, spricht nicht gegen diese Schlussfolgerung, denn er unterscheidet gerade nicht zwischen zwei- und dreidimensionalem Reproduktionsgegenstand, sondern stellt auf die Schöpfungshöhe der Reproduktion ab,⁵³ mithin auf das Ausmaß zur Entfaltung gebrachter Kreativität. Insofern scheinen die vom Bundesjustizministerium herausgegebenen FAQ zur Urheberrechtsnovelle 2021 auch nicht als Versehen: Sie sprechen von Reproduktionen gemeinfreier Skulpturen als einem Beispiel für die in § 68 UrhG genannten visuellen Werke.⁵⁴

V. Das Museum als Institution im Dienst der Gesellschaft

Trotz der Nachvollziehbarkeit dieser Unterscheidung bleiben Zweifel, ob sie wirklich nach ausschließlich fotografischen Kriterien auch in schwieriger abzugrenzenden Fällen erfolgreich ist. In den Worten von Mary Bergstein: „To establish a codified program of scrupulous norms for the documentary photography of sculpture appears impossible given the slippery nature of visual perception.“⁵⁵ Dies muss eine rechtliche Kategorienbildung indes nicht unmöglich machen, sonst wäre der Werkbegriff urheberrechtlich ebenso wenig praktikabel. Es besteht keine Notwendigkeit, das Urheberrecht die Vorstellungen einer fotografischen Ontologie der abgebildeten Sache spiegeln zu lassen. Die neutralisierte Bildsprache kann deshalb zumindest als ein beitragender Faktor anerkannt werden. Es ist sehr gut möglich festzustellen, ob eine Fotografie schöpferisch oder abbildend verstanden werden soll.⁵⁶ Gleichwohl muss darüber hinaus von einer traditionellen Zurückhaltung der Jurisprudenz gegenüber ästhetischen Kategorien ausgegangen werden. Die vielzitierte Angst aus der Gesetzesbegründung für das UrhG, es würden sich, „wie von allen Sachverständigen bestätigt wird, unüberwindliche Schwierigkeiten“ bei der Abgrenzung zwischen Lichtbildwerken und Lichtbildern ergeben,⁵⁷ ist unhaltbar und grenzt an Rechtsverweigerung. Dennoch liegt aus Sicht der Rechtsprechung ein Sinn der Annahme eines einheitlichen Streitgegenstands für Ansprüche aus § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhG und § 72 UrhG (d.h. für

52 Vgl. schon *Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 50f.

53 *Wallace/Euler*, International Review of Intellectual Property and Competition Law 51 (2020), 823 (838); ferner *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 2 Rn. 119.

54 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): FAQ zum Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, 2021, 18, abrufbar unter: https://www.bmji.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Gesetz>Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_FAQ.pdf?__blob=publicationFile&cv=4 (archiviert bei archive.org), zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

55 *Bergstein*, The Art Bulletin 74 (1992), 475 (498); vgl. ähnlich *Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 56f.; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 72 Rn. 9.

56 *Haberstumpf*, Zeitschrift für geistiges Eigentum 14 (2022), 117 (129).

57 BT-Drucksache IV/270, 23.3.1962, 89.

Lichtbildwerke und Lichtbilder) in der Umgebung dieser Abgrenzungsschwierigkeiten.⁵⁸

Aus diesen Gründen soll nun eine weitere Überlegung aus dieser Situation des bewussten Ausweichens hinaus führen, indem auf die Rolle des Museums als Institution der Gesellschaft angeknüpft wird, um eine rechtssichere Schranke zu konstruieren.⁵⁹ Damit wird der Fokus von dem Werkbegriff genommen. Die Rolle und Funktion des Museums wird in der (2022 aktualisierten) Museumsdefinition des ICOM (International Council of Museums) definiert:

„Ein Museum ist eine nicht gewinnorientierte, dauerhafte Institution im Dienst der Gesellschaft, die materielles und immaterielles Erbe erforscht, sammelt, bewahrt, interpretiert und ausstellt. Öffentlich zugänglich, barrierefrei und inklusiv, fördern Museen Diversität und Nachhaltigkeit. Sie arbeiten und kommunizieren ethisch, professionell und partizipativ mit Communities. Museen ermöglichen vielfältige Erfahrungen hinsichtlich Bildung, Freude, Reflexion und Wissensaustausch.“⁶⁰

Diese gesellschaftlich erwünschte und geförderte Rolle wirkt sich urheberrechtlich bereits aus. Das Urheberrecht ist nicht nur auf dem Werkbegriff errichtet, sondern ebenso auf dem Konzept differenzierter Nutzungen. Der so umfangreiche wie detaillierte Katalog der Schranken belegt dies sehr eindrücklich. Museen und anderen Kulturerbe-Institutionen kommt hier eine Sonderrolle zu. §§ 60e–60h UrhG sehen gesetzlich erlaubte Nutzungen für GLAM-Institutionen (Galleries, Libraries, Archives, Museums) und Bildungsinstitutionen vor. Für Reproduktionen gemeinfreier dreidimensionaler Sammlungsobjekte lässt sich der Katalog sinnvoll und rechtssicher ergänzen.

Bereits jetzt können solche fotografischen Abbildungen unter eine offene Lizenz gestellt werden. Beispielsweise machen das Rijksmuseum (Amsterdam) und das Metropolitan Museum of Art (New York) Fotografien gemeinfreier Skulpturen unter einer CC0-Lizenz zugänglich, mit der auf bestehende Rechte verzichtet wird. Das ist zu begrüßen, doch ist es kein Geheimnis, dass Freiwilligkeit im Einzelfall ein schwaches Instrument sein kann, um rechtliche Hindernisse und – in der Praxis ein kaum zu überschätzender Faktor – das Gefühl der Rechtsunsicherheit abzubauen.

Damit kommt den Museen eine Schlüsselrolle in den langjährigen politischen Bestrebungen der EU zu, gemeinfreies Kulturgut offen zugänglich und kommunizierbar zu machen und zu erhalten – Andrea Wallace und Ellen Euler nennen in diesem Zusammenhang die Förderung von OpenGLAM, der Europeana und deren „Public Domain Charter“ sowie die Empfehlung der Kommission vom 27. Oktober 2011 zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler

58 BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286), Rn. 16 (Museumsfotos).

59 Dies hat dem Ansatz nach bereits Thomas Dreier vorgeschlagen; siehe Dreier, Zeitschrift für geistiges Eigentum 9 (2017), 135 (143–145).

60 Abrufbar unter: <https://icom-deutschland.de/netzwerk/museumsdefinition/>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

Bewahrung.⁶¹ Erwägungsgrund 53 der DSM-Richtlinie greift dies ausdrücklich auf: „Im Bereich der bildenden Kunst trägt die Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen gemeinfreier Werke zum Zugang zur Kultur und ihrer Förderung und zum Zugang zum kulturellen Erbe bei.“ Das Ziel, Reproduktionsfotografien gemeinfreier Skulptur frei zugänglich zu machen, kann urheberrechtlich somit an der institutionellen Stellung der Museen verankert werden.

VI. Fazit und Vorschlag

Abschließend wird nun dieser Gedanke als konkreter Vorschlag *de lege ferenda* umgesetzt. Die Besonderheit der Museumsfotografien gemeinfreier Objekte liegt darin begründet, dass ausschließlich ein Urheberrecht an der Fotografie betroffen ist. Im Regelfall hat hier, § 43 UrhG folgend, das Museum als Arbeitgeber die Lizenzhoheit an der Reproduktionsfotografie. So lag die Konstellation im vom BGH entschiedenen Museumsfotos-Fall, und so ist sie typischerweise.⁶² Daraus ergeben sich zunächst urheberpersönlichkeitsrechtliche Besonderheiten. Das Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG) wird vertraglich den Museen eingeräumt. Das Recht auf Namensnennung (§ 13 UrhG) bleibt erhalten – es ist gerade in digitalen Publikationsumgebungen unproblematisch, den Namen der Fotografin oder des Fotografen anzugeben. Persönlichkeitsrechtlich relevante Entstellungen (§ 14 UrhG) liegen im Verantwortungsbereich der Nachnutzenden. Die Zugänglichmachung auf einer Sammlungswebsite stellt jedenfalls keinen solchen Fall dar.

Damit lässt sich das Ziel, den Museen die Publikation dieser Fotos zur Nachnutzung zu ermöglichen, mit wenigen Schritten erreichen. Zunächst ist die Frage nach dem Museumsbegriff und der Menge der betroffenen Objekte zu beantworten. Grundsätzlich denkbar ist es, an den Begriff des Kulturguts aus § 6 Abs. 1 KGSG anzuknüpfen, doch geht das UrhG bereits von einer eigenen Definition privilegierter Institutionen in den §§ 60e, f UrhG aus. Des weiteren ist es für die freie Nutzung nicht notwendig, das Urheberrecht für diese Art von Reproduktionsfotografien gänzlich abzuschaffen. Zum einen stehen dem die §§ 13, 14 UrhG aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht entgegen, zum anderen gibt es mit den Creative-Commons-Lizenzen etablierte Vorbilder, welche eine Nachnutzung regeln.

Es empfiehlt sich deshalb im Ergebnis die Formulierung als Schranke. Obwohl inhaltlich eine Nähe zu den bestehenden Schranken für Kulturerbe-Institutionen

61 Letztere ist abrufbar als Dokument 32011H0711 unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32011H0711>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025; siehe zu diesen Initiativen *Wallace/Euler*, International Review of Intellectual Property and Competition Law 51 (2020), 823 (836 f.).

62 *Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 163, mit Hinweis auf *KG v. 29.11.1974 – 5 U 1736/74*, GRUR 1976, 264 (265) (Gesicherte Spuren); *Klimpel/Rack*, RuZ 2020, 243 (252). Diesen Umstand ignoriert *Haberstumpf*, Zeitschrift für geistiges Eigentum 14 (2022), 117 (119 f.) in seiner alarmistischen Feststellung, hier würde illegitim in das Eigentumsrecht der Urheber eingegriffen.

besteht, zielt die freie Nutzung auf die Allgemeinheit. Darüber hinaus müsste bei einer Ergänzung von § 60e UrhG auch § 60 h UrhG angepasst werden. Sinnvoll erscheint deshalb ein neu einzufügender § 59a UrhG, Vervielfältigungen aus öffentlichen Kulturerbeeinrichtungen:

Es ist zulässig, urheberrechtlich geschützte Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke zu vervielfältigen und zu verbreiten, die durch öffentlich zugängliche Bibliotheken, Archive, Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes sowie öffentlich zugängliche Museen und Bildungseinrichtungen zugänglich gemacht werden.

Die Aufzählung der Institutionen entspricht denen, die sich auf die §§ 60e, f UrhG berufen können.

Um abschließend eine potentielle Lücke zu schließen, sei auf den Meinungsstreit hingewiesen, ob § 68 UrhG auch Reproduktionen solcher Objekte erfasst, die nie urheberrechtlich geschützt waren, beispielsweise Bratpfannen aus dem 18. Jahrhundert. Während einerseits argumentiert wird, die Regelung gelte auch für Rechte an Vervielfältigungen solcher visuellen Werke, die urheberrechtlich nie geschützt waren,⁶³ lehnen andere Autoren dies ab.⁶⁴ Zur Klarstellung und mit Blick auf die unerwünschte Remonopolisierung von Reproduktionen Kulturguts aus öffentlichen Sammlungen empfiehlt sich die ausdrückliche Erweiterung des Anwendungsbereichs. Sollen Fotografien solcher kulturell wertvollen Artefakte gleichfalls frei und rechtssicher verbreitet werden dürfen, müsste die neue Norm dahingehend ergänzt werden, dass auch Vervielfältigungen urheberrechtsfreier Sammlungsgegenstände erfasst sind und verbreitet werden dürfen:

Es ist zulässig, urheberrechtlich geschützte Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke und urheberrechtsfreier Sammlungsgegenstände zu vervielfältigen und zu verbreiten, die durch öffentlich zugängliche Bibliotheken, Archive, Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes sowie öffentlich zugängliche Museen und Bildungseinrichtungen zugänglich gemacht werden.

63 Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 8. Aufl. 2025, § 68 Rn. 3; Klimpel/Rack, RuZ 2020, 243 (253); Siesmayer, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 13. Aufl. 2024, § 68 Rn. 6.

64 Lauber-Rönsberg, in: BeckOK Urheberrecht (Stand 1.11.2024), § 72, Rn. 24; Thum, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 68 Rn. 12.

Zusammenfassung: Der Reproduktionsfotografie kommt in der kulturwissenschaftlichen Praxis eine herausragende Bedeutung zu. Bereits im 19. Jahrhundert war man sich ihrer dokumentarischen Funktion bewusst. Fotografische Reproduktionen haben ein unterschiedlich großes kreatives Potential, was für die Annahme eines Lichtbildwerks, eines Lichtbilds oder einer Vervielfältigung relevant ist. Nicht das Medium bestimmt dabei die Einordnung, sondern das Bild. Der exklusive Anwendungsbereich für § 72 UrhG ist in der BGH-Entscheidung „Museumsfotos“ bestätigt worden, aber schmal; er ist gleichwohl mit Blick auf die Rechtsfolge des § 68 UrhG bedeutsam. Die verbreitete Unterscheidung entlang der Zwei- oder Dreidimensionalität des reproduzierten Objekts besitzt eine lange kulturhistorische Tradition, ist aber nicht immer zielführend. Hier lassen sich angemessene Kriterien anwenden, die auf einer kompetenten Bildkritik aufbauen. Die typische Museumsfotografie beschränkt ihre Kreativität im Dienste der sorgfältigen Dokumentation des Objekts und folgt einer standardisierten Bildsprache. Alternativ wird abschließend für dokumentarische Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke und rechtefreier Objekte eine eigene Schranke vorgeschlagen, die bestehende Rechtsunsicherheiten in der Anwendung des § 68 UrhG beseitigen kann.

Summary: Reproduction photography holds a prominent place in cultural studies. As early as the 19th century, its documentary function was recognised. Photographic reproductions have varying degrees of creative potential, which is relevant for the classification of a photographic work, a non-creative photograph, or a reproduction. It is not the medium that determines the classification, but the image itself. The exclusive application area for § 72 UrhG has been confirmed in the BGH decision “Museum Photos”, but it is narrow; nevertheless, it is significant in view of the legal consequence of § 68 UrhG. The widespread distinction along the two- or three-dimensionality of the reproduced object has a long standing tradition but is not always effective. More appropriate criteria are suggested here, based on adept image analysis. Typically, museum photography limits its creativity in the service of careful documentation of the object and follows a standardised visual language. Alternatively, a separate limitation is proposed for documentary reproduction photographs of public domain works and rights-free objects, which can eliminate existing legal uncertainties in the application of § 68 UrhG.



© Grischka Petri

Prof. Dr. Paul Klimpel*

Reproduktionsfotografie und Werkschutz

– Auswirkungen des § 68 UrhG auf die Bestandsfotografie des kulturellen Erbes** –

In der DSM-Richtlinie unterstrich der europäische Gesetzgeber die Gemeinfreiheit und wandte sich ausdrücklich gegen den Versuch, diese zu umgehen. Gemeinfreies soll gemeinfrei bleiben. Art. 14 DSL-RL legt deshalb fest, dass auch Reproduktionen gemeinfreier Werke der visuellen Kunst gemeinfrei sind. Diese Regelung ist auch eine Reaktion auf die Entscheidung „Museumsfoto“¹ des BGH, der festgelegt hatte, dass auch das Reproduktionsfoto eines gemeinfreien Werks nach § 72 UrhG als Lichtbild einen eigenständigen Schutz genießt.

Dieser Beitrag untersucht die Auswirkungen der Neuregelung auf den rechtlichen Schutz von Abbildungen des kulturellen Erbes. Diese betreffen nicht nur die Reproduktionsfotografie von „Flachware“, sondern auch von dreidimensionalen Objekten. Sie gehen über den urheberrechtlichen Schutz hinaus und betreffen auch Rechte, die sachen- oder vertragsrechtlich begründet wurden.

I. Struktur und Ratio der Neuregelung

Der Europäische Gesetzgeber hatte im Art. 14 der DSM-Richtlinie festgelegt:

„Die Mitgliedsstaaten sehen vor, dass nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutz-

* Der Verfasser Prof. Dr. Paul Klimpel ist als Rechtsanwalt Partner bei iRights.Law. Sein Schwerpunkt ist die Beratung von Archiven, Museen, Bibliotheken und Forschungseinrichtungen in Fragen der Digitalisierung von Kulturgut. Von 2002 bis 2011 arbeitete er bei der Stiftung Deutsche Kinemathek, zuletzt als Verwaltungsdirektor. Er ist Chapter Lead bei Creative Commons Deutschland, leitet die Konferenzreihe „Zugang gestalten!“ und ist Honorarprofessor am Institut für Theater-, Film-, und Medienwissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt. 2023 war er Fellow der Kollegforschungsgruppe „Zugang zu kulturellen Gütern im digitalen Wandel“ an der Universität Münster.

** Dieser Artikel beruht auf einem Gutachten, das der Autor für das Deutsche Dokumentationszentrum für Kunstgeschichte – Bildarchiv Foto Marburg geschrieben hat.

1 BGH, Urteil vom 20.12.2018, I ZR 104/17.

rechte geschützt ist, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.“

Mit der Neuregelung wird bezieht, dass die Verbreitung gemeinfreier Werke wegen ihrer kulturellen Bedeutung gefördert werden soll. Ein urheberrechtlicher Schutz durch verwandte Schutzrechte würde die Rezeption gemeinfreier Werke behindern. In den Erwägungsgründen der Richtlinie heißt es „im Bereich der bildenden Kunst trägt die Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen gemeinfreier Werke zum Zugang zur Kultur und ihrer Förderung und zum Zugang zum kulturellen Erbe bei.“²

Die Regelung zielt auf originalgetreue Vervielfältigungen (faithful reproductions) ab.

Ins deutsche Recht wurde diese Vorgabe durch § 68 UrhG umgesetzt. Darin heißt es:

„Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke werden nicht durch verwandte Schutzrechte nach den Teilen 2 und 3 geschützt.“

Zu den verwandten Schutzrechten gehört insbesondere der Lichtbildschutz des § 72 UrhG – also der leistungsschutzrechtliche Schutz von Fotos, die keine Werke sind. Die Dauer dieses Lichtbildschutzes wird mit der Dauer des Schutzes des Originalwerks synchronisiert.³ Das Lichtbild eines anderen Werks ist also zunächst geschützt – zusätzlich zum Schutz des Originalwerks. Dieser Schutz endet aber, sobald die Schutzfrist des Originalwerks abgelaufen ist. Wird ein bereits gemeinfreies Werk reproduziert, entsteht erst gar kein Lichtbildschutz.

Unberührt von dieser Neuregelung sind Fotografien, die selbst Werkcharakter haben – auch dann, wenn das fotografierte Objekt ein gemeinfreies Werk ist.

II. Lichtbilder und Lichtbildwerke

Damit wird die Abgrenzung zwischen dem Schutz als Lichtbild und dem Werkschutz als Lichtbildwerk relevant, da § 68 UrhG letzteren unberührt lässt.

III. Flachware

Was Reproduktionsfotos von „Flachware“ – also von Gemälden, Stichen, Zeichnungen usw. – angeht, so hat bereits der BGH in seiner Entscheidung „Museumsfoto“⁴ aufgeführt, dass an solchen Reproduktionsfotos kein eigenständiger Werkschutz, sondern lediglich ein Schutz gemäß § 7 UrhG – also als Lichtbild – besteht. Daran ändert sich auch nichts, wenn beispielsweise bei Gemälden durch den unterschiedlich dicken Farbauftrag eine gewisse Dreidimensionalität vorliegt.

2 ErwG. 53 DSM-RL.

3 Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 8. Aufl. 2025, § 68 Rn 2.

4 BGH, Urteil vom 20.12.2018, I ZR 104/17.

Es sei an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass sich der Schutz als Werk im Sinne des Urheberrechts nicht daraus ergibt, dass für ein bestimmtes Ergebnis erhebliche Aufwände oder Investitionen getätigt werden. Zwar gibt es das Leistungsschutzrecht als Schutz für bestimmte Investitionen im Zusammenhang mit kreativem Schaffen. In diesen Fällen begründen die Investitionen aber gerade keinen Werkschutz, sondern lediglich verwandte Schutzrechte. Es gibt auch keine allgemeine „misappropriation“- oder „sweat of the brow“-Doktrin, nach der der Einsatz von Arbeit, Technik oder Geld generell zu geistigem Eigentum an den Ergebnissen führen würde. Verwandte Schutzrechte werden nur in konkret bezeichneten Fallkonstellationen gewährt.

Die gelegentlich von Fotografen vorgebrachte Argumentation, für die Herstellung eines werkgetreuen Reproduktionsfotos seien erheblicher Aufwand und Können erforderlich und dies müsse doch zu einem urheberrechtlichen Schutz führen, geht daher fehl. Das Urheberrecht schützt nur Werke, also persönliche geistige Schöpfungen, nicht aber Aufwand, Technik oder Können.

Allerdings kann nicht jede Reproduktion von Flachware den Schutz des § 72 UrhG beanspruchen. Vielmehr wird unterschieden zwischen der Fotografie, bei der eine Person auf den Auslöser drückt und dabei zumindest noch einen gewissen Gestaltungsspielraum hat, und einer technischen Anlage, bei der dieser Vorgang maschinell vor sich geht, ohne dass eine Person direkten Einfluss ausübt. Ohne den Lichtbildner als natürliche Person gibt es auch keinen Lichtbildschutz. Verlangt wird ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung, auch wenn diese nicht kreativ-schöpferisch ist.⁵

Als rein technischer Vorgang wird das Benutzen eines Scanners oder Fotokopiergeräts erachtet. Diese Unterscheidung, die darauf abstellte, ob eine Person bei einer Kamera auf den Auslöser drückte, kann angesichts der technischen Entwicklung nicht überzeugen. Angesichts der einfachen und alltäglichen Bedienung von (Handy-)Kameras einerseits und der Komplexität moderner Scanner mit den dortigen Einstellungsmöglichkeiten andererseits ist nicht einleuchtend, bei der Kamera von Gestaltungsmöglichkeiten auszugehen, bei Scannern indes nicht.

Hinzu kommt, dass der BGH in seiner Entscheidung „Bibelreproduktion“⁶ festgestellt hat, dass auch die technische bzw. fotografische Reproduktion einer bereits durch technische Reproduktion hergestellten Vorlage nicht einmal als Lichtbild nach § 72 UrhG geschützt ist.

Bei der Reproduktionsfotografie von Flachware, die auf gemeinfreien Vorlagen basiert, besteht kein Werkschutz. Da aufgrund von § 68 UrhG auch kein Leistungsschutzrecht nach § 72 UrhG entsteht, fehlt es bei solchen Reproduktionen an jeglichem Rechtsschutz. Sie sind – wie ihre Motive – gemeinfrei.

Es kann bei gemeinfreien Vorlagen deshalb auch dahingestellt bleiben, ob der Schutzbereich des § 72 UrhG überhaupt eröffnet ist, oder ob es sich lediglich um eine nicht eigenständig schutzfähige Vervielfältigung handelt. Das macht nur bei Reproduk-

5 BGH, Urteil vom 20.12.2018, I ZR 104/17 Rn. 23.

6 BGH ZUM 1990, 354.

tionen noch urheberrechtlich geschützter Vorlagen einen Unterschied, bei denen der Schutz nach § 72 UrhG greift.

IV. Dreidimensionale Objekte

Teilweise wird argumentiert, Fotos dreidimensionaler Objekte könnten niemals von § 68 UrhG erfasst sein. Art. 14 DSM-Richtlinie ziele auf originalgetreue Wiedergaben („faithful reproductions“), und dies könnten Fotos dreidimensionaler Objekte niemals sein. Denn dort müsse immer eine Auswahl des Aufnahmewinkels stattfinden, sie seien deshalb niemals originalgetreu.⁷ Eine solche verengte Auslegung würde aber Sinn und Zweck der Richtlinie widersprechen, die den Zugang zu gemeinfreien Werken des kulturellen Erbes fördern will. Sie ist sprachlich auch nicht zwingend, da die Richtlinie mit „visual arts“ ja gerade auch Werke beschreibt und meint, die dreidimensional sind. Darum ging es dem Gesetzgeber auch.⁸ Schließlich spricht auch der Wortlaut des § 68 UrhG gegen eine solche Interpretation, da hier nicht zwischen zwei- und dreidimensionalen Vorlagen unterschieden wird. Ganz grundsätzlich sind hiernach Fotos (also Vervielfältigungen) von gemeinfreien Werken nicht durch Lichtbildrechte geschützt.

Allerdings müssen bei der Fotografie dreidimensionaler Objekte mehrere Gestaltungsentscheidungen getroffen werden über Aufnahmewinkel, Belichtung usw. Daher wird man bei einer Fotografie, bei der der Fotograf diese Entscheidungen frei treffen kann, auch oft vom Werkcharakter des Fotos ausgehen müssen.

Dennoch wäre es verkürzt, bei allen Fotos dreidimensionaler Objekte von einem Werkcharakter auszugehen. Denn auch Fotos dreidimensionaler Objekte sind nur dann Werke, wenn dort bewusste Gestaltungsentscheidungen durch den Fotografen getroffen werden. Ein urheberrechtlicher Schutz jeglicher Fotografien dreidimensionaler Objekte wäre systemfremd. Denn es gibt eben Fotos von dreidimensionalen Objekten, denen es an der für den Werkschutz nötigen Individualität fehlt. Das zeigt sich auch an einem Vergleich des Schweizer mit dem deutschen Urheberrecht. In Art. 2 S. 3a des schweizerischen Bundesgesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte heißt es, dass Fotos

„[...] dreidimensionaler Objekte [...] als Werke [gelten], auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben“.⁹ Im Umkehrschluss ergibt sich, dass ohne eine solche gesetzgeberische Festlegung in diesen Fällen gerade keine Werkeigenschaft gegeben ist.

Der Begriff des Lichtbildwerks ist europarechtlich harmonisiert. Art. 6 der EG-Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts vom 29.10.1993 definiert, dass Fotografien dann Lichtbildwerke seien, wenn sie „das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers“ sind. Auch wenn durch diese Definition

⁷ Schulze, Gernot: Fotos von gemeinfreien Werken der bildenden Kunst, in: GRUR 2019, S. 779–(782).

⁸ So im Ergebnis auch Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 8. Aufl. 2025, § 68 Rn. 6.

⁹ Abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/1798_1798/de#fn-d7e134, zuletzt abgerufen am 05.07.2025.

keine besonderen Anforderungen an die Gestaltungshöhe gestellt werden¹⁰, so muss es sich doch um eine eigene persönliche Schöpfung des Fotografen handeln. Dafür sind die kreativen Handlungsspielräume bei der Werkerstellung entscheidend. Nur wenn ein Urheber die Möglichkeit zu freien kreativen Entscheidungen hat, kann von einem Lichtbildwerk ausgegangen werden.¹¹

Zwar gibt es eine Tendenz in der europäischen Rechtsprechung, die Anforderungen an den Urheberrechtsschutz gering zu halten und die „kleine Münze“ umfassend zu schützen.¹² Doch wäre es verkürzt, darüber die Anforderungen an den kreativen Handlungsspielraum bei der Werkerstellung ganz zu übersehen. Das wird auch in einem richtungsweisenden Urteil des EuGH aus dem Jahr 2012 deutlich, das sich mit der Porträtfotografie beschäftigt. Der EuGH widerspricht dort der Feststellung des vorlegenden Gerichts, dass bei der Porträtfotografie nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten bestünden. Er führt aus, dass der Urheber der Porträtfotografie auf mehrfache Weise und zu unterschiedlichen Zeitpunkten frei kreative Entscheidungen treffen könne. Er könne die Haltung der zu fotografierenden Person oder die Beleuchtung beeinflussen, den Bildausschnitt, den Blickwinkel, oder auch die Atmosphäre wählen.¹³ Ergänzend sei erwähnt, dass auch der Aufnahmezeitpunkt gewählt wird und damit die konkrete Mimik der fotografierten Person in diesem Augenblick eingefangen wird. Der EuGH kommt daher zu dem Schluss, dass der Urheber den notwendigen Spielraum hätte, um einer Porträtaufnahme die für den Werkschutz notwendige „persönliche Note“ zu verleihen. Es ist also keineswegs so, dass der EuGH aus der Dreidimensionalität eines Objektes auf die Werkqualität der Fotografie schließt, sondern dass er sehr genau die dem Fotografen zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten betrachtet. Denkt man diese Argumentation weiter, käme einem erkenndienstlichen Foto eines Kopfes, der bei der Polizei nach festen Kriterien von vorne, von der Seite und von hinten bei feststehender Beleuchtung fotografiert wird, eben kein Werkschutz zu, der Portraitfotografie des gleichen Kopfes hingegen schon.

Von einem Werk kann auch nicht ausgegangen werden, wenn das Foto die Form des abgebildeten dreidimensionalen Gegenstandes nach dessen eigener Logik abbilden und nicht eigenständig interpretieren will.¹⁴ Besonders aber, wenn dem Fotografen klare Vorgaben über die Parameter (Belichtung, Aufnahmewinkel usw.) gemacht werden, kann er gerade nicht frei schöpferisch entscheiden, wie er das Objekt durch das Foto interpretiert. Nicht seine Individualität kommt in dem Foto zum Ausdruck, sondern er führt lediglich vorgegebene Gestaltungentscheidungen aus.

Insgesamt wird man die freie Gestaltungsmöglichkeit und eine besondere Individualität einer Fotografie verneinen, wo diese einem bestimmten Zweck dient und dieser Zweck damit entscheidend dafür ist, in welcher Weise die Fotografie gemacht wird. Bei dem Foto eines Wasserzählers z. B., das dazu dient, einen Zählerstand für die

10 Heinrich, in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2023, UrhG § 106 Rn. 31.

11 Vgl. Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 5. Aufl., UrhG § 2 Rn 112a m.w.N.

12 Heinrich, in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2023, UrhG § 105 Rn 31.

13 EuZW 2012, 182 R 91.

14 Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 8. Aufl. 2025, § 68 Rn 6.

Nebenkostenabrechnungen zu dokumentieren, geht es nicht um die Individualität der Bildgestaltung. Der Zähler, und damit auch der Zählerstand, sollen nur möglichst originalgetreu und gut sichtbar abgebildet werden. Hier ist in der Regel nicht von einem Werkcharakter des Fotos auszugehen.

Und genau dies ist vielfach – nicht immer – bei Bestandsfotografie in Kulturerbe-Einrichtungen der Fall. Dann nämlich, wenn die Fotos der reinen Dokumentation der Objekte dienen und gerade keine eigenständige fotografische Interpretation gewollt wird.

WIE MAN SKULPTUREN AUFNEHMEN SOLL.
VON HEINRICH WÖLFFLIN.
MIT ABBILDUNGEN.



Abb. 2. David von VERROCCHIO. (Unrichtige Aufnahme.)



Abb. 3. David von VERROCCHIO. (Richtige Aufnahme.)

Abbildung: Heinrich Wölfflin: *Wie man Skulpturen aufnehmen soll*, in: *Zeitschrift für Bildende Kunst*, Folge 8, 1897.

Der Kunsthistoriker Heinrich Wölfflin (1854–1945) vertrat bereits die Ansicht, es gäbe bei Fotografien von Skulpturen Standardansichten, die eingehalten werden müssten.¹⁵ Und obwohl – und auch weil – diese Frage unter Kunsthistorikern kontrovers diskutiert wurde, haben sich in der Praxis klare Kriterien für die Bestandsfotografie von Skulpturen herausgebildet, die auch in Handreichungen festgehalten wurden und werden. Wölfflin wurde zwar mit dem Argument widersprochen, dass eine Skulptur aus unterschiedlichen Perspektiven auch sehr unterschiedlich wirke. Doch gerade dieser Widerspruch hat die Entwicklung von Aufnahmestandards befördert, um Fotos, die nur der Bestandsdokumentation dienen, vergleichbar zu machen. Gerade für Skulpturen gab und gibt es deshalb klare Vorgaben für die Fotografie, um zu gewährleisten, dass die Skulptur als solche wiedergegeben wird und nicht die individuelle Interpretation des Fotografen die Wiedergabe dominiert. Es geht der Bestandsfotografie im engeren Sinn – also der Fotografie zur Dokumentation des Bestandes – um die Objekte im Bestand, nicht um deren Interpretation.

Hier gilt erneut, was insgesamt für Reproduktionen gilt: Wird angestrebt, ein Werk möglichst originalgetreu wiederzugeben oder geht es um die Interpretation des Werks? Ein Gemeinplatz wie „Jede Reproduktion ist eine Interpretation“ steht dieser Unterscheidung nicht entgegen. Diese Aussage mag medienwissenschaftlich ein sinnvoller Hinweis auf die mit Reproduktionen oft unvermeidbar verbundenen Veränderungen sein – für die Frage, ob das urheberrechtlich für den Werkschutz notwendige Maß an Individualität einer Abbildung vorliegt, sagt er indes nichts aus. Denn selbst, wenn es bei jeder Reproduktion auch zu kleineren Veränderungen kommt, so ist es doch ein Unterschied, ob diese als bewusste Interpretationen gewollt sind oder lediglich als unvermeidliche Begleiterscheinung auftreten, ob die Interpretation oder die Dokumentation des Objektes zentral bei der Fotografie ist.

Anders ausgedrückt: Entscheidend für den Werkcharakter der Fotografie eines dreidimensionalen Objektes ist, ob diese kreativer Ausdruck einer eigenen Welterfahrung des Fotografen ist oder ob das (leblose) Objekt zentral ist, das nach festen Regeln abgebildet werden soll.

Neben der Objektfotografie nach festen Vorgaben ist auch dann nicht von einem Lichtbildschutz auszugehen, wenn Fotos in einem seriellen Verfahren mit vorgegebenen Parametern hergestellt werden. Vielfach werden in Kulturerbe-Einrichtungen Bestandsfotos in einer gut ausgeleuchteten Fotobox mit fest installierter Standkamera gefertigt. Dabei werden keine Gestaltungsentscheidungen getroffen, vielmehr werden die Objekte in die Fotobox gelegt und es wird auf den Auslöser gedrückt. Die Fotografien, die hierbei entstehen, sind bloße Lichtbilder und mithin gemeinfrei, sofern die fotografierten Objekte gemeinfrei sind.

Gänzlich anders sind Fotos zu bewerten, bei denen die Interpretation von gemeinfreien Objekten im Vordergrund steht. Dies ist insbesondere in der Architekturfotografie der Fall. Aber auch bei Skulpturen kann dem Foto als kreativer Ausdruck der

15 OI: <https://doi.org/10.11588/ardok.00007672>.

persönlichen Erfahrung des Fotografen Werkcharakter zuzusprechen sein.¹⁶ In diesen Fällen ändert auch die Gemeinfreiheit der Vorlage nichts an dem urheberrechtlichen Schutz der Fotografie als Werk.

V. Abgrenzungsschwierigkeiten

Die Schwierigkeit, die Werkeigenschaft einer Fotografie, ihren individuellen Charakter als eine persönliche, geistige Schöpfung festzustellen, ist der Grund für die Einführung des Lichtbildschutzes nach § 72 UrhG. Damit unterstreicht dieses Leistungsschutzrecht aber auch die Wichtigkeit eines besonderen Maßes an Individualität für den Werkschutz. Denn ohne diese Anforderungen wäre jedes Foto dreidimensionaler Objekte geschützt und der leistungsschutzrechtliche Schutz überflüssig.

Keine Rolle für die Abgrenzung spielt, welcher Aufwand für die Fotoaufnahmen betrieben wird. Wie oben bereits ausgeführt, gibt es keinen urheberrechtlichen Werkschutz nur aufgrund von Aufwand und Investitionen. Es gibt auch keinen indirekten Zusammenhang. Eine Fotografie nach klaren Vorgaben zu machen, kann extrem aufwändig sein, es bedarf Ausleuchtung und technischen Equipments, um die Vorgaben einzuhalten. Auf der anderen Seite kann auch mit geringem Aufwand ein Foto entstehen, bei dem sich die Gestaltungsentscheidungen des Fotografen niederschlagen und das sich folglich auch durch besondere Individualität auszeichnet.

Auch bei der Bestandsfotografie kulturellen Erbes ist zu schauen, ob in der individuellen Gestaltung der Fotos das spezifische Welterleben des Fotografen zum Ausdruck kommt. Oder ob – oft mit hohem technischen Aufwand – festgelegten Vorgaben der Darstellung entsprochen wird.

Als Näherungswert für die Abgrenzung wird man bei Fotos von Skulpturen, die – vergleichbar mit Fahndungsfotos – gut ausgeleuchtet aus standardisierten Perspektiven aufgenommen wurden, die für eine Werkeigenschaft notwendige Schöpfungshöhe verneinen.

VI. Nennung des Fotografen

Eine gesetzliche Pflicht zur Nennung des Fotografen gibt es nicht nur bei urheberrechtlich geschützten Werken, § 13 UrhG, sondern aufgrund des Verweises in § 72 auch bei einfachen Lichtbildern.¹⁷ Dies ist bei der Reproduktionsfotografie wegen § 68 aber nur noch relevant, wenn ein noch urheberrechtlich geschütztes Werk fotografiert wird.

¹⁶ Auch Dreier, in: Dreier/Schulze, 8. Auflage 2025, § 68, R. 6 schreibt, dass „große Teile der Architekturfotografie und der Fotografie von Skulpturen, Plastiken und dreidimensionalen Assemblagen [...]“ eine persönliche geistige Schöpfung darstellen, geht aber leider nicht auf die hier gemachte Differenzierung bei der Bestandsfotografie ein.

¹⁷ 3, 3745 (3747). Preußische Kunstwerke, BGH GRUR 2015, 578 (579).

Doch es sehen die zwischen Institutionen und Fotografen geschlossenen Verträge häufig eine Pflicht zur Nennung des Fotografennamens vor. Eine solche vertragliche Verpflichtung ist einzuhalten. Sie gilt jedoch nur zwischen den Vertragspartnern, nicht hingegen für Dritte, die das Reproduktionsfoto verwenden.

Nennungen sind allerdings auch dort sehr verbreitet und üblich, teilweise auch als Vorgaben guter wissenschaftlicher Praxis mit gewisser Verbindlichkeit, wo keine urheberrechtliche oder vertragliche Verpflichtung zur Nennung besteht. Beispielsweise ist üblich, auch bei Zitaten gemeinfreier Werke den Urheber zu nennen. In Impressen von Büchern ist üblich, den Buchdrucker zu nennen, auch wenn dieser keinen urheberrechtlich relevanten Beitrag leistet. Die Nennung des Reproduktionsfotografen eines gemeinfreien Werks, der großen technischen Aufwand betreibt und auch technisches Können unter Beweis stellt, kann insofern als ein Zeichen der Anerkennung dieser Leistung auch dann geboten sein, wenn seine Arbeit nicht urheberrechtlich relevant ist und insofern keine rechtliche Verpflichtung zur Nennung besteht. Hierbei handelt es sich aber um unverbindliche Normen der sozialen Üblichkeit und nicht um urheberrechtliche Verpflichtungen.

VII. Sachenrecht und § 68 UrhG

Der Grundsatz „Gemeinfrei muss gemeinfrei bleiben“, den der europäische Gesetzgeber durch Art. 14 im Urheberrecht zur Geltung gebracht hat, wirkt sich auch auf einen anderen Ansatz aus, die Verbreitung und Nutzung von Fotos gemeinfreier Werke einzuschränken – nämlich für bestimmte Konstellationen aus dem sachenrechtlichen Eigentum an einem Werk ein Recht an dessen Bild abzuleiten.

Zwar gibt es kein allgemeines Recht am Bild einer Sache. Der für Immobilien zuständige V. Zivilsenat des BGH hat aber in seinen zwei Entscheidungen „Preußische Gärten und Parkanlagen“ ein Recht des Grundeigentümers abgeleitet, gegen die kommerzielle Verwertung von verbotswidrig auf seinem Grundstück gemachten Fotos vorzugehen.¹⁸ Anknüpfungspunkt war die Befugnis des Grundeigentümers, das Betreten des Grundstücks an Bedingungen zu knüpfen.

Das geschehe durch ein Fotografierverbot. Werde dieses verletzt, könne er gegen den Verletzer wegen unzulässiger Eigentumsbeeinträchtigung vorgehen, § 1004 BGB. Dieser Anspruch richtet sich gegen den Fotografen. Er kann auch gegen einen – nicht personenidentischen – späteren Verwerter vorgehen, wenn der Fotograf das Grundstück längst verlassen hat. Diese, in der Literatur stark kritisierte¹⁹ Ausweitung der Befugnisse des Sacheigentümers wird in zweifacher Weise begründet: Er deutet die Verwertung der Abbildungen als Fruchtziehung nach § 99 Abs. 3 BGB, die dem

18 ht, 6. Aufl. 2020, UrhG Vor § 1 Rn. 47; Stieper NJW 2023, 3745 (3747).

Preußische Kunstwerke, BGH GRUR 2015, 578 (579).

19 Vgl. etwa Lehment GRUR 2011, 327; Schippan ZStV 2011, 210 (215 f.); Stieper ZUM 2013, 574; Ohly, in: Schrieker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG Vor § 1 Rn. 47; Stieper NJW 2023, 3745 (3747).

Grundstückseigentümer zusteht. Außerdem vertiefe die kommerzielle Verwertung die ursprüngliche Eigentumsbeeinträchtigung.

Eine Anwendbarkeit dieses Anspruchs auch auf bewegliche Sachen hat der BGH zwar offen gelassen, er hat jedoch betont, dass Voraussetzung für einen Anspruch gegenüber späterer kommerzieller Nutzung sei, dass die Motive

„[...] nicht frei zugänglich waren und auch keine Erlaubnis zum Fotografieren erteilt worden war. Eine rechtswidrige Eigentumsverletzung kommt nämlich nur in Betracht, wenn die Fotografien unter Verletzung der dem Eigentümer zustehenden Befugnis entstanden sind, andere vom Zugang zur Sache oder von deren Anblick auszuschließen und ihnen damit die Möglichkeit der Ablichtung und deren Verwertung abzuschneiden oder zumindest zu erschweren.“²⁰

Im Gesetzgebungsverfahren zu § 68 UrhG wurde die Forderung erhoben, eine Berufung auf das Sacheigentum bei Fotos gemeinfreier Werke ausdrücklich gesetzlich auszuschließen.²¹

Doch auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung enthält § 68 UrhG eine Wertentscheidung gegen den Schutz der Abbildung gemeinfreier Werke. Ein aus dem Sach-eigentum abgeleitetes Recht gegen die kommerzielle Nutzung von Fotografien ist daher abzulehnen.²² In der „Friesenhaus“-Entscheidung hat der BGH mit Blick auf die Panoramafreiheit den Grundsatz formuliert, dass sachenrechtliche Verfügungsrechte an einem Bild nicht weitergehen dürfen als urheberrechtliche und es diesbezüglich zu keiner widersprüchlichen Bewertung kommen dürfe. Danach sind die Wertungen des Urheberrechts auf das Sachenrecht zu übertragen. Dies gilt insbesondere angesichts des Erwägungsgrunds 53, der betont, dass die Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen gemeinfreier Werke zum Zugang zur Kultur und ihrer Förderung und zum Zugang zum kulturellen Erbe beiträgt. Mit diesem gesetzgeberischen Ziel ist ein dinglich wirkendes, auf dem Eigentumsrecht fußendes Quasi-Immaterialgüterrecht an gemeinfreien Kunstwerken schwer in Einklang zu bringen.²³

VIII. Auswirkungen auf Nutzungsbedingungen gemeinfreier Werke

Vielfach wird von Kulturerbe-Einrichtungen oder Bildagenturen die Nutzung der Abbildungen von gemeinfreien Werken auch vertraglich eingeschränkt, meist durch allgemein geltende Nutzungsbedingungen. Es stellt sich aber die Frage, ob solche vertraglichen Nutzungsbeschränkungen von Abbildungen gemeinfreier Werke überhaupt (noch) zulässig sind. Dies ist zumindest bei allgemein geltenden Nutzungsbedingungen zu verneinen.

20 Preußische Kunstwerke, BGH GRUR 2015, 578 (579).

21 Würtenberger/Freischem GRUR 2019, 1140 (1151); Stang ZUM 2019, 668 (674); Ohly ZUM 2021, 745 (749).

22 Ohly ZUM 2021, 745 (749).

23 Felix Stang ZUM 2019, 668 (674).

Denn die Neuregelung des § 68 UrhG und die gesetzgeberische Wertentscheidung, die Gemeinfreiheit gegen die Aushebelung durch gesonderte Rechte an Reproduktionen zu schützen, hat auch Auswirkungen auf die Wirksamkeit solcher Nutzungsbedingungen. Denn Art. 14 DSM-Richtlinie wie auch § 68 UrhG betont die zeitliche Begrenzung urheberrechtlichen Schutzes.

Die zeitliche Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzes ist insofern ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung. Damit aber ist ein Abweichen davon durch vorformulierte, allgemein geltende Nutzungsbedingungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Dem spricht auch nicht entgegen, dass der BGH in seiner Museumsfoto-Entscheidung ein allgemeines Fotografierverbot für zulässig erachtet hat. Denn er begründet dies auch damit, dass mit einem solchen Verbot noch weitere legitime Zwecke, wie ein reibungsloser Museumsbetrieb, verfolgt werden können.

Zum einen ist die Entscheidung vor der DSM-Richtlinie ergangen, die ja gerade in Reaktion darauf die Nutzung der Abbildungen gemeinfreier Objekte sicherstellen wollte. Zum anderen würde diese Begründung nicht ausreichen, wenn es um Nutzungsbedingungen für Scans oder Abbildungen durch Nutzer von Archiven geht, bei denen – anders als bei Besuchern eines Museums, die zum Zwecke des Fotografierens vor den Objekten verweilen – eine Beeinträchtigung Dritter oder des Betriebsablaufs durch die Nutzung ausscheidet.

Besonders fragwürdig werden die – ohnehin als AGBs unwirksamen – Beschränkungen der Nutzung gemeinfreier Abbildungen von Kulturerbe-Einrichtungen dadurch, dass diese Institutionen ihre Besucher dadurch schlechter stellen als jeden Dritten. Denn für Dritte gilt eine zwischen Institution und Besucher getroffene Vereinbarung ja nicht, diese können Abbildungen gemeinfreier Objekte frei nutzen.

Zusammenfassung: Mit den in § 68 UrhG in deutsches Recht umgesetzten Art. 14 DSM-RL hat der europäische Gesetzgeber die Grundentscheidung getroffen, die Gemeinfreiheit zu schützen. Dies richtet sich vor allem gegen eine Umgehung der zeitlichen Begrenzung durch Reproduktionen. Bei der Reproduktionsfotografie greift die Neuregelung nicht nur bei „Flachware“, also beispielsweise Gemälden oder Zeichnungen, sondern auch bei Skulpturen und anderen dreidimensionalen Objekten, sofern ihre Fotografie lediglich der Bestandsdokumentation dient und nicht die eigene kreative Interpretation des Objekts im Vordergrund steht.

Die gesetzgeberische Grundentscheidung hat aber auch Auswirkungen auf andere Versuche, die urheberrechtliche Gemeinfreiheit zu umgehen, etwa über das Konstrukt sachengerichtlicher Ansprüche oder durch allgemeine Geschäftsbedingungen.

Summary: With Article 14 of the DSM Directive, transposed into German law in § 68 UrhG, the european legislator has taken the fundamental decision to protect the public domain. This is primarily aimed at preventing the circumvention of time limits of protection through reproductions. In the case of reproduction photography, the new regulation applies not only to paintings or drawings, but also to sculptures and other three-dimensional objects, provided that the photograph is used solely for the purpose of documenting the inventory and does not focus on the photographer's own creative interpretation of the object.

However, the fundamental legislative decision also has implications for other attempts to circumvent copyright public domain, such as through the construct of property rights claims or through general terms and conditions.



© Paul Klimpel

ZUGANGSFragen

Christoph Wohlstein*

Anmerkung zu BVerwG Urt. vom 11.12.2024 – 8 CN 2.23 – zugleich ein Beitrag zur Sonntagsöffnung von Bibliotheken

I. Sonntagsöffnung als aktuelle Frage

Zum zweiten Mal ist die Frage der Sonntagsöffnung von Bibliotheken Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung geworden: Nachdem das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2014 die hessische Öffnungsregelung gekippt hatte,¹ hat es nunmehr am 11.12.2024 entschieden, die nordrhein-westfälische Sonntagsöffnung aufrecht zu erhalten.

Das Anliegen, die Leistungen öffentlicher Bibliotheken einem breiten Publikum auch am grundsätzlich freien Sonntag bereitzustellen, wird von einem vielfältigen Spektrum an Interessengruppen vertreten. Der Deutsche Bibliotheksverband hat sich die Sonntagsöffnung seit längerem zu eigen gemacht² und dies jüngst wieder als Impuls

* Der Verfasser ist juristischer Referent und Datenschutzbeauftragter bei der Deutschen Nationalbibliothek, Frankfurt. Die vertretenen Auffassungen stellen ausschließlich private Ansichten des Verfassers dar.

1 BVerwG, Urt. vom 26.11.2014 – 6 CN 1.13, das insoweit das Urteil des VGH Kassel (VGH Kassel, Urt. v. 12.09.2013 – VGH 8 C 1776/12.N) aufrecht erhalten hat.

2 Vergleiche hierzu nur Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes e.V. (dbv) vom 30.10.2007, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2021-01/2007_10_30_dbv_Stellungnahme_Sonntagsöffnung.pdf, Stellungnahme des dbv vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2020-11/2015_07_17_dbv_Stellungnahme_Sonntags%C3%B6ffnung.pdf, Stellungnahme des dbv vom 14.10.2019, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2021-01/2019_10_14_PM_Sonntags%C3%B6ffnung%20von%20Bibliotheken%20in%20NRW.pdf), Stellungnahme des dbv vom 02.06.2023, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2023-06/dbv_Stellungnahme%20zum%20Urteil%20in%20NRW%20zur%20Sonntags%C3%B6ffnung%20von%20C3%20fentlichen%20Bibliotheken_20230602.pdf, Grundlagenpapier des dbv zur Sonntagsöffnung vom 16.08.2023, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2023-09/Grundlagenpapier_Sonntags%C3%B6ffnung_August%202023.pdf), Stellungnahme des dbv vom 25.10.2024, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2024-10/2024_10_25_dbv_Stellungnahme_Sonntag%C3%96ffnung_%C3%96ffentliche_Bibliotheken.pdf, alle zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

in die Koalitionsverhandlungen gebracht.³ Auch die einzelnen Bibliotheken scheinen dem Ansinnen offen gegenüber zu stehen: Ein offener Brief unter Federführung des dbv wurde schon jetzt von hunderten (teils leitenden) Vertretern aus Bibliotheks- und Kulturwelt unterzeichnet.⁴ Selbst der Deutsche Städtetag, dessen Mitglieder vorrangig die fiskalische Last der Maßnahme zu schultern hätten, unterstützt ausdrücklich eine (optionale) Sonn- und Feiertagsöffnung der städtischen Büchereien⁵.

Die breite Unterstützung aus der Fachwelt ist zumindest auf den ersten Blick insoweit bemerkenswert, dass nur wenige objektive Daten zu dem Thema vorliegen. Die letzte umfangreiche, regionsübergreifende empirische Untersuchung zur Sonntagsöffnung (mit der Fragestellung zum Bedarf danach und der Bereitschaft dazu) liegt etwa 20 Jahre zurück⁶; seitdem dürfte sich die Wochenendgestaltung der Bevölkerung in vielerlei Hinsicht verändert haben.

II. Rechtliche Möglichkeiten einer Sonntagsöffnung in Deutschland

Was aber hält die öffentlichen Bibliotheken zurzeit noch von Sonntagsöffnungen ab? Es existieren zwei Verbote, die dem entgegenstehen. Zu unterscheiden sind in rechtlicher Hinsicht das Sonntagsöffnungsverbot, das sich nach dem Feiertagsrecht der Länder richtet (Art. 70 GG), und das Sonntagsbeschäftigteverbot. Letzteres richtet sich nach Bundesrecht (Arbeitszeitgesetz, ArbZG gem. Art. 74 Nr. 12 GG), bietet aber über eine subsidiäre Öffnungsklausel den Ländern eine gewisse Abweichungsmöglichkeit.

Grundsätzlich ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern in Deutschland an Sonn- und Feiertagen arbeitsrechtlich verboten (§ 9 Abs. 1 ArbZG). Die Regelung soll nach der Formulierung zugunsten der Arbeitnehmer „Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung“ schützen, was § 1 Nr. 2 ArbZG wortgleich mit Art. 139 Weimarer Reichsverfassung ausspricht.⁷ Letztere Norm, die über Art. 140 GG in das Grundgesetz aufgenommen wurde, bildet die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Sonntagsarbeitsverbotes.

3 Pressemitteilung des dbv vom 11.02.2025, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2025-02/PM_Sonntags%C3%B6ffnung%20von%20Bibliotheken_20250211_final.pdf, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

4 Abrufbar unter: <https://www.bibliotheksverband.de/oeffner-brief-zur-sonntagsoeffnung-oeffentlicher-bibliotheken>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

5 Beschluss des Präsidiums vom 16.11.2023, abrufbar unter <https://www.staedtetag.de/positionen/beschluesse/2023/449-praesidium-optionale-sonntagsoeffnung-bibliotheken>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

6 Grundlegend Verch, Der Bibliothekssonntag. Die Wiederbelebung der Sonntagsöffnung von Bibliotheken nach historischen und ausländischen Vorbildern in juristischer Perspektive und empirischer Analyse, Diss. Berlin 2005, insb. S. 113 ff.; auf deren empirische Arbeit sich im Wesentlichen auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages, WD 6 – 3000 – 092/18 bezieht; eine Untersuchung auf Ebene einer einzelnen Bibliothek bieten Fühles-Ubach/Seidler-de Alwis, Forum Bibliothek und Information 68 (05/2016), S. 258 ff.

7 Zur näheren Konturierung des verfassungsrechtlichen Sonntagsschutzes (auf dem Gebiet des Ladenschlussrechts) vgl. BVerfG, Urteil v. 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07.

Von diesem grundsätzlichen Verbot gibt es in § 10 ArbZG eine Reihe von Ausnahmen, die das schwierige Verhältnis zwischen den Notwendigkeiten des menschlichen Lebens und dem verfassungsrechtlich gebotenen Sonntagsschutz inklusive der Verwirklichung des daraus eröffneten Freiraums austarieren: Einerseits werden lebens- oder wirtschaftsnotwendige Einrichtungen (z.B. § 10 Abs. 1 Nr. 1–3 ArbZG, Rettungsdienste, Feuerwehr, Einrichtungen der öffentlichen Sicherheit und Krankenhäuser) vom Verbot ausgenommen, andererseits besonders förderungswürdige Einrichtungen des Gemeinwesens (z.B. § 10 Abs. 1 Nr. 5–7, kulturelle, religiöse, Erholungstätigkeiten) entsprechend privilegiert.

Eine Ausnahme zugunsten öffentlicher Bibliotheken sucht man vergebens. Dagegen werden nahezu alle anderen denkbaren Arten von Freizeit- und Kultureinrichtungen zuzüglich der wissenschaftlichen Präsenzbibliotheken (z.B. der Universitätsbibliotheken) in den § 10 Abs. 1 Nr. 5 bzw. § 7 ArbZG explizit genannt. Hieraus lässt sich überzeugend schließen, dass öffentliche Bibliotheken vom § 10 Abs. 1 Nr. 7 ArbZG nicht privilegiert werden.⁸ Auch wenn der Bereich der Freizeit- und Kultureinrichtungen weit zu interpretieren ist,⁹ hatte der Gesetzgeber des ArbZG 1993/1994 wohl nur solche Einrichtungen im Blick, die zwingend vor Ort genutzt werden müssen (aus der Gesetzesbegründung¹⁰ ergibt sich dies allerdings nicht ausdrücklich). Diese Notwendigkeit erschließt sich für öffentliche Bibliotheken mit Leihverkehr nicht auf den ersten Blick.¹¹

Nur im Einzelfall werden öffentliche Bibliotheken auch von anderen gesetzlichen Ausnahmen erfasst. Denkbar wäre dies etwa für die Büchereien der Kirchengemeinden nach § 10 Abs. 1 Nr. 6 ArbZG, die sie als „Aktion[en] und Veranstaltungen der Kirchen“ einstuft. Dies wäre im Ergebnis paradox, sind doch gerade die Kirchen besonders pointierte Interessenvertreter des Sonntagsschutzes. Sie gehörten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht von 2014 noch mit zu den Klägern.¹² Ferner liegt eine solche Auslegung des Normwortlautes, der ersichtlich auf einzelne Ereignisse

8 So auch Steinhauer, Die rechtlichen Hintergründe der Sonntagsöffnung öffentlicher Bibliotheken in Nordrhein-Westfalen, Bibliotheksdienst Bd. 53, 440, 442, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1515/bd-2019-0063>; Schliemann, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen, 4. Aufl. Köln 2020, § 10 Rn. 22; anderer Ansicht jedenfalls für den Publikumsverkehr Verch, Bibliothekssonntag, S. 111.

9 Baeck/Deutsch/Winzer, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. München 2020, Rn. 56; Schliemann, ArbZG, § 10 Rn. 22.

10 BT-Drs. 12/5888, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/12/058/1205888.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

11 Dass sich der Befund zur Präsenznutzung seit 1993 nahezu umgekehrt hat, legt Steinhauer, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Stärkung der kulturellen Funktion der öffentlichen Bibliotheken und ihrer Öffnung am Sonntag (Bibliotheksstärkungsgesetz), Drs. LT NRW 17/5637, abrufbar unter https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST_17-1667.pdf, zuletzt abgerufen am 10.05.2025, o.S., dar.

12 In ihrer Stellungnahme zum nordrhein-westfälischen Entwurf dagegen äußerten sich die katholischen und evangelischen Vertreter latent positiv: LT-Drs. 17/1655, S. 2.

abhebt, auch im Vergleich zu den anderen Ausnahmen im § 10 ArbZG eher fern.¹³ Regelmäßig werden die Gemeindebüchereien, die bevorzugt am Sonntagvormittag offen zu haben scheinen,¹⁴ ohnehin durch ehrenamtliche Kräfte abgedeckt und sind daher vom Arbeitsverbot nicht umfasst sein.

Eine gleichrangige Ausnahme für die Mehrheit der öffentlichen Bibliotheken lässt sich daraus jedenfalls nicht gewinnen. Auf Bundesebene wirkten die eingangs aufgeführten Appelle der Interessenvertretungen für eine Gesetzesänderung durchaus in die parlamentarische Arbeit hinein¹⁵, blieben aber bisher ohne zählbaren Erfolg: Die Bundestagsfraktionen der Grünen bzw. der FDP haben im Jahr 2020 je einen Antrag für eine bundesgesetzliche Ermöglichung der Sonntagsöffnung gestellt¹⁶, die allerdings auf Empfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales¹⁷ keine Mehrheit im Plenum des Bundestages fanden.¹⁸ Auch die Aufnahme in den Koalitionsvertrag der Ampel-Koalition¹⁹ bewirkte keine Umsetzung auf Bundesebene, ebenso wenig ein Antrag der CDU/CSU-Fraktion, der ergebnislos in die Ausschüsse verwiesen wurde.²⁰ Dass das Thema 2025 abermals in den Koalitionsvertrag der neuen Regierung aufgenommen wurde, zeigt seine dauerhafte Aktualität.²¹

Über die Ausnahmen des § 10 ArbZG hinaus ist die Bundesregierung gem. § 13 Abs. 1 ArbZG ermächtigt, durch Regelungen „zur Vermeidung erheblicher Schäden“ die Bereiche des § 10 ArbZG näher zu bestimmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) oder wegen dringenden Bedarfs, möglicher besonderer Belastungen und Gefahren in Betrieben oder aus Gründen des Gemeinwohls weitere Ausnahmen zuzulassen und zu kontrurieren (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG).

Da gegenwärtig die Bundesregierung von dieser Ermächtigung (noch) keinen Gebrauch gemacht hat, haben subsidiär die Länder gem. § 13 Abs. 2 ArbZG die Mög-

13 Umstritten, wie hier Steinhauer, Bibliotheksdienst Bd. 53, S. 440, 448; Verch, Bibliothekssonntag, S. 103 f. anderer Ansicht OVG Hamburg, Urteil v. 30.09.1986, GewArch 1987 (allerdings auf anderem Rechtsstand), S. 102, 103; Anzinger/Koberski, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 5. Aufl. Frankfurt am Main 2020, § 10 Rn. 48.

14 Verch, Der Bibliothekssonntag, S. 80.

15 Zu einem früheren Antrag aus den Reihen des Bundesrates vgl. Steinhauer, Bibliotheksdienst Bd. 53, S. 440, 443.

16 Der Antrag der Grünen unter BT-Drs. 19/7737, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/077/1907737.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025; der Antrag der FDP unter BT-Drs. 19/23304, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/233/1923304.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

17 BT-Drs. 19/31074, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/310/1931074.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

18 BT-Drs. 19/236, S. 30599D bzw. S. 30603C, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19236.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

19 Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“, S. 97, abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

20 BT-Drs. 20/12966, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/20/129/2012966.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

21 Koalitionsvertrag „Verantwortung für Deutschland“, S. 120, Z. 3834/3835; abrufbar unter <https://www.koalitionsvertrag2025.de/>, zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

lichkeit, über Rechtsverordnungen entsprechende Regelungen zu erlassen.²² Diese Möglichkeit wird hinsichtlich des Bibliothekssektors auch nicht dadurch verwehrt, dass der Bundesgesetzgeber in § 10 Abs. 1 Nr. 7 ArbZG eine spezifische Art von Bibliotheken vom Sonntagsverbot ausgenommen hat (nämlich die wissenschaftlichen Bibliotheken), andere aber nach seiner Güterabwägung gerade nicht (im Sinne eines „beredten Schweigens“). Es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass hier eine abschließende Regelung gedacht war.²³

Damit eine entsprechende Ausnahme auf Landesebene wirksam werden kann, sind zweierlei Normsetzungen von Nöten: eine feiertagsrechtliche Ausnahme und eine arbeitszeitrechtliche Ausnahme im Sinne des § 13 Abs. 2 ArbZG. Das Land Hessen hat hier im Jahr 2010 den Anfang gemacht: Zunächst wurde das Hessische Feiertagsgesetz um eine Ausnahme für Videotheken und Bibliotheken ergänzt (§ 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 HFeiertagsG)²⁴, 2011 mit der Neufassung der hessischen Bedarfsgewerbeordnung²⁵ (§ 1 Nr. 1 HessBedGewO) die entsprechende arbeitszeitrechtliche Erlaubnis hinzugefügt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die letztere Norm mit Urteil v. 26.11.2014 – 6 CN 1/13 für unwirksam erklärt. Es hat hier ausdrücklich auf die mögliche Ausleihmöglichkeit abgehoben, die bei entsprechender Planung des Einzelnen für eine Nutzung der Bibliotheken eben keine Sonntagsöffnung notwendig mache.²⁶ Die hessische Lösung blieb damit unvollständig. Dass das BVerwG in diesem Urteil tatsächliche Feststellungen dazu traf, was für die Erholung und Erbauung der Bevölkerungförderlich ist und was nicht, ist auf Kritik gestoßen.²⁷ Eine echte empirische Basis fehlte auch hier.

III. Das Schicksal der nordrhein-westfälischen Sonntagsöffnung

1. Das Gesetzgebungsverfahren

Den nächsten (und bisher letzten) Versuch unternahm das Land Nordrhein-Westfalen.²⁸ Da § 4 Nr. 1 Feiertagsgesetz NRW bereits alle Arbeiten erlaubt, deren Ausführung nach Bundes- oder Landesgesetz erlaubt sind, war eine Änderung des Feiertags-

22 Dies geschieht in nahezu allen Ländern über sog. Bedarfs- bzw. Bedürfnisgewerbeordnungen, vgl. Buhlinger, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. München 2024, Rn. 45 f.

23 So auch OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE.

24 HessGVBl. I S. 10.

25 HessGVBl. I S. 664.

26 BVerwG, Urteil v. 26.11.2014, 6 CN 1/13, Rn. 33, 40; näher hierzu Steinhauer, Bibliotheksdienst Bd. 53, S. 440, 444.

27 Z.B. Wiebauer, Sonntagsarbeit und Bedürfnisse der Bevölkerung, NVwZ 2015, 543, S. 546, 547.

28 Eine Einordnung (im Vorfeld der Änderung der BedGewV NRW) bietet Steinhauer, Bibliotheksdienst Bd. 53, S. 440, 445 f.

gesetzes nicht nötig. Dagegen wurde die Änderung der Bedarfsgewerbeverordnung mit dem sog. Bibliotheksstärkungsgesetz vom 29.10.2019²⁹ umgesetzt.

§ 1 Abs. 1 Nr. 11 BedGewV NRW bestimmt nunmehr, dass öffentliche Bibliotheken an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich bis zu sechs Stunden Mitarbeitende beschäftigen dürfen, soweit sie in ihrer Tätigkeit dem (gleichzeitig erlassenen) § 10 Kulturfördergesetz NRW genügen. Die letztere Norm wiederum betont neben den klassischen Tätigkeiten des Bücherverwahrens und -ausleihens die kommunikativen und teilhabe-relevanten Aspekte moderner Bibliotheksarbeit:

„*Die öffentlichen Bibliotheken sind nach Maßgabe der Bestimmungen ihres Trägers Orte der Kultur. Insofern dienen sie*

[...]

2. der Begegnung, Kommunikation, dem kulturellen Austausch und der gesellschaftlichen Integration,

[...]

4. der Vermittlung von allgemeiner, interkultureller und staatsbürgerlicher Bildung sowie

5. der demokratischen Willensbildung und gleichberechtigten Teilhabe, insbesondere durch ein vielfältiges Presseangebot.“ (§ 10 Kulturfördergesetz NRW).

§ 1 Abs. 1 Nr. 11 BedGewV NRW wurde am 01.12.2021, also während des laufenden Gerichtsverfahrens, durch Art. 7 Kulturrechtsneuordnungsgesetz³⁰ noch einmal geändert und angepasst. Der Paragraf verwies nun statt auf § 10 Kulturfördergesetz NRW auf §§ 47, 48 des neu erlassenen Kulturgesetzbuchs NRW. Beide Normen unterscheiden sich vor allem in Aufbau und sprachlicher Gestaltung, weniger im Inhalt. Auch das Kulturgesetzbuch betont die über den unmittelbaren Umgang mit Medien hinausgehende Rolle (öffentlicher) Bibliotheken:

„*Als Kultureinrichtungen stellen sie Räume für Begegnungen, Kommunikation, Integration und Kreativität zur Verfügung, gestalten diese aktiv und bieten ein vielfältiges Programm an. Sie haben auch die Funktion eines Dritten Orts...“ (§ 47 Abs. 3 KulturGB NRW)*

„*.... Sie ermöglichen Nutzerinnen und Nutzern einen niedrigschwlligen und ungehinderten Zugang zu Informationen und tragen so wesentlich zur Vermittlung von allgemeiner, interkultureller und staatsbürgerlicher Bildung bei. Zudem ermöglichen und unterstützen sie die demokratische Willensbildung und gleichberechtigte Teilhabe sowie die gesellschaftliche Integration.“ (§ 48 KulturGB NRW).*

Die Anpassung der Norm während des laufenden Verfahrens, die lediglich die Verweisung auf ein neues Gesetz beinhaltete, erwies sich später als Knackpunkt im gerichtlichen Verfahren.

29 GV. NRW, S. 852.

30 GV. NRW, S. 1345.

2. Die Entscheidung des OVG Münster

Gegen § 1 Abs. 1 Nr. 11 BedGewV NRW beantragte die Gewerkschaft ver.di am 28.05.2020 gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ein Normenkontrollverfahren beim OVG Münster. Dabei hat sie im Wesentlichen das vorgebracht, was das Bundesverwaltungsgericht gegen die hessische Regelung eingewandt hatte: Es bestehe gerade kein besonderes Bedürfnis an einer sonntäglichen Öffnung, die den Sonntagsschutz überwiege. Vielmehr könne die vorausgeplante Ausleihe von Medien dem Bedarf der Bevölkerung weitgehend abhelfen. Der grundrechtliche Sonntagsschutz überwiege einen etwaigen, spontanen Bedarf.³¹

Das OVG Münster gab dem beklagten Land mit Urteil vom 01.06.2023, Az. 4 D 94/20.NE in vollem Umfang recht. Zwar spreche das Arbeitszeitgesetz klar aus, dass Sonntagsfreiheit die Regel, die Sonntagsarbeit die Ausnahme sein müsse.³² Bei der inhaltlichen Beurteilung der Notwendigkeit von Ausnahmen durch den Landesgesetzgeber seien dem überprüfenden Gericht jedoch Grenzen gesetzt. Der Maßstab des Verordnungsgebers sei nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich in Bezug darauf, ob die beim Erlass angenommenen Umstände als solche schlüssig und vertretbar beurteilt sind. Dies sei hier nach Ansicht des Gerichtes der Fall.³³

Mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur hessischen Regelung und zur Abgrenzung zum damaligen Fall setzte sich das OVG Münster ebenfalls auseinander und extrahierte der Entscheidung den Grundsatz, dass nicht nur die bloße Abwesenheit von Arbeit am Sonntag geschützt sei. Vielmehr könne ein durch die Sonntagsarbeit zu vermeidender erheblicher Schaden im Sinne des § 13 Abs. 1 ArbZG auch darin gesehen werden, dass das Bedürfnis, die freie Zeit nach grundsätzlichem Belieben des Einzelnen jenseits von werktäglichem Erwerb zu nutzen, nicht erfüllt sei.³⁴

In diesem Rahmen war das Gericht überzeugt, dass ein überwiegendes Bedürfnis für einen niederschwülligen Zugang zu einem nichtkommerziellen Ort der Kultur vorlage.³⁵ Zum Beleg berief sich das OVG Münster sehr ausführlich auf Stellungnahmen der bibliothekarischen und kommunalen Berufs- und Interessenverbände bzw. Sachverständigen im Gesetzgebungsverfahren.³⁶

Die Entscheidung knüpft damit unmittelbar an die weite und umfassende Definition der § 10 Kulturfördergesetzes NRW bzw. §§ 47, 48 KulturGB NRW an, die nicht die althergebrachten, mehr technischen Funktionen der Bibliothek (wie die Bücherausleihe) betonen. Vielmehr steht der Charakter des Dritten Ortes als Bildungs- und Austauschorganisation mit gesellschaftlicher Wirkung und gesellschaftlichem Anspruch im Mittelpunkt. Neben die bloße Information tritt gleichrangig die kommunikative, soziale und damit für das Gemeinwesen elementare Zwecksetzung. Diese kann am

31 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 28.

32 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 103.

33 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 107–109, 122–124.

34 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 88.

35 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 117.

36 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 127–140.

Sonntag trotz aller denkbaren Vorausplanung nicht anders als durch Öffnung der Bibliotheken und Einsatz von Fachpersonal verwirklicht werden.³⁷

Darin liegt wohl auch die wesentliche Differenz zur gerichtlichen Bewertung gegenüber der hessischen Regelung. § 1 Abs. 1 Nr. HessBedGewV³⁸ v. 12.10.2011 regelte die Sonntagsarbeit für solche öffentlichen Bibliotheken, die der Definition von § 5 HessBiblG in der Fassung v. 20.09.2010 genügten.³⁹ Dieser bestimmt schnörkellos als Zielsetzung der öffentlichen Bibliotheken:

„Öffentliche Bibliotheken dienen der schulischen, beruflichen und allgemeinen Bildung und Information, der Vermittlung von Medien- und Informationskompetenz sowie der Pflege von Sprache und Literatur. Öffentliche Bibliotheken und die an den Schulen des Landes bestehenden Schulbibliotheken sollen in besonderer Weise der Leseförderung von Kindern und Jugendlichen verpflichtet sein.“ (§ 5 Abs. 2 HessBiblG).

Die hessische Regelung vermittelt damit ein viel klassischeres Bild von der öffentlichen Bibliothek im Sinne einer kommunalen Leihbücherei und zeigt nur zaghafte Ansätze einer darüberhinausgehenden Bedeutung. Diese Unschärfe verhindert demgegenüber das Land Nordrhein-Westfalen durch die gesetzliche Gestaltung sowie seiner ausführlichen Gesetzes- bzw. Verordnungsbegründung, die den sozialen, bildenden und demokratiefördernden Aspekt der Bibliothekstätigkeit betont und deren Inhalte es im Normkontrollverfahren vor dem OVG wiederholte und vertieft.⁴⁰

In etwa ist dieser Unterschied auch direkt in § 1 Abs. 1 Nr. 1 HessBedGewV sichtbar: Die gesetzliche Regelung in Hessen setzte seinerzeit Videotheken und Bibliotheken unmittelbar nebeneinander. Das war für die Bibliotheken wohl eher unglücklich: Videotheken (soweit im Jahr 2025 noch vorhanden) dürften tatsächlich einen ganz primären Unterhaltungs- und ggf. Bildungszweck haben, die sprachlich naheliegende Parallelen daher nicht gegeben sein⁴¹. Der Aufenthalt und Austausch mit anderen Nutzenden tritt demgegenüber erheblich in den Hintergrund, soweit er überhaupt relevant ist.

3. Die Entscheidung des BVerwG

Das OVG Münster hatte die Revision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen. Von dieser Möglichkeit hat die klagende Gewerkschaft Gebrauch gemacht.

Mit der Frage, ob Bibliotheken an Sonn- und Feiertagen öffnen dürfen, hat sich das Bundesverwaltungsgericht dann aber gar nicht inhaltlich befassen müssen. Vielmehr

37 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 114.

38 GVBl. I, S. 664.

39 GVBl. I, S. 295, entspricht nunmehr § 7 HessBiblG.

40 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 34.

41 Das BVerwG verwies daher schlicht auf die seine Ausführungen zu den Videotheken: „Aus denselben Gründen ist [die Sonntagsarbeit] in öffentlichen Bibliotheken nicht erforderlich.“, BVerwG, Urteil v. 26.11.2014 – 6 CN 1.13, Rn. 40.

hat es einen ganz anderen, formalen Punkt in den Mittelpunkt gerückt, der auch das OVG Münster vorrangig zur Zulassung der Revision bewogen hatte, nämlich die Antragfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO. Zwar hat das BVerwG festgestellt, dass seine Überprüfungsbefugnis nicht auf diesen Punkt beschränkt war, sondern eine vollumfängliche Überprüfung des Urteils möglich gewesen wäre.⁴² Dies blieb allerdings eine theoretische Option.

Der Antrag nach § 47 VwGO muss nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der zu überprüfenden Rechtsvorschrift gestellt werden. Komplexer wird die Lage, wenn die angegriffene Norm während des Normkontrollverfahrens geändert wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich ausführlich mit der Erwägung des OVG Münster auseinandergesetzt, dass die zwischenzeitliche Änderung der Norm durch Art. 7 Kulturrechtsneuordnungsgesetz NRW (der nunmehrige Verweis auf die §§ 47, 48 Kulturgesetzbuch NRW) für die Frage der Antragsfrist hier unerheblich sei.

Grundsätzlich begründet jede Änderung der angegriffenen Norm eine neue Antragsfrist, die durch erneute (Änderungs-)Antragsstellung zu wahren ist.⁴³ Ein Änderungsantrag lag hier nach gerichtlichem Hinweis vor. Eine etwaige Jahresfrist, die mit dem 15.12.2021 zu laufen begonnen hatte, war bei Stellung des Änderungsantrages am 20.01.2023 aber jedenfalls schon abgelaufen. Das OVG Münster hatte für den vorliegenden Fall jedoch die Parallele zu Änderungsverwaltungsakten gezogen, die materiell unteilbar seien und die das Bundesverwaltungsgericht auch für Bebauungspläne angedacht hatte.⁴⁴ Der Antragsteller habe hier regelmäßig ein übergreifendes Rechtsschutzersuchen, das er auch nach kleineren Änderungen weiterverfolgen wolle. Die Beachtung auch formaler Änderungen im Prozessverlauf sei unzumutbar. Andernfalls könne er den Rechtsstreit schließlich für erledigt erklären.⁴⁵

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Ansicht verworfen; es hat den geänderten Antrag als verfristet und damit unzulässig betrachtet. Es seien zwar Fälle denkbar, in denen eine Änderung der angegriffenen Norm tatsächlich kein neues Rechtsschutzersuchen, d.h. keinen neuen Antrag, notwendig mache. Die Antragsfrist beginne aber nur dann nicht abermals zu laufen, wenn die Neuregelung offenkundig keine inhaltliche Änderung bewirkt.⁴⁶ Dabei könne auch eine klarstellende und präzisierende Anpassung eine inhaltliche Änderung mit der Folge einer neuen Belastung des Antragstellenden darstellen.⁴⁷ Eine Ausnahme für Änderungsfassungen von Rechtsverord-

42 BVerwG, Urteil v. 11.12.2024 – 8 CN 2.23, Rn. 14.

43 St. Rspr., BVerwG, Urteil v. 30.09.2009 – 8 CN 1.08; BVerwG, Beschluss v. 27.09.2021 – 6 BN 1.21.

44 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 54.

45 OVG Münster, Urteil v. 01.06.2023 – 4 D 94/20.NE, Rn. 54.

46 BVerwG, Urteil v. 11.12.2024 – 8 CN 2.23, Rn. 18.

47 BVerwG, Urteil v. 11.12.2024 – 8 CN 2.23, 18, vgl. auch BVerwG, Urteil v. 30.09.2009 – 8 CN 1.08; BVerwG, Beschluss v. 27.09.2021 – 6 BN 1.21.

nungen sei dem § 47 Abs. 2 VwGO nicht zu entnehmen. Die Annahme einer materiell unteilbaren Regelung analog zu Verwaltungsakten sei hier nicht am Platze.⁴⁸

Diesem Ergebnis ist für den vorliegenden Fall soweit zu folgen, dass das Kulturgesetzbuch die Funktion öffentlicher Bibliotheken sprachlich abweichend umreißt und damit eine mehr als formale Änderung darstellt.

Bei inhaltlicher Betrachtung weisen die §§ 47, 48 KulturGB NRW den Bibliotheken aber keine wesentlichen neuen Aufgaben oder Ziele zu. Gegenüber § 10 Kulturfördergesetz NRW ist die Änderung insgesamt minimal ausgeprägt und in einer für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Sonntagsöffnung kaum relevanten Weise erfolgt. Das Ergebnis mag für den Rechtsfrieden im Sinne der Bestandskraft der Norm förderlich sein, dem Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen stellt es aber hohe Hürden auf.⁴⁹

IV. Wertung und Ausblick

Lipsia locuta, causa finita? Ist mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts die nordrhein-westfälische Regelung nun endgültig gesichert? Nicht einmal dies. Zwar ist im Wege des Normkontrollverfahrens nach § 47 VwGO die Bedürfnisgewerbeordnung NRW (vorbehaltlich etwaiger verfassungsrechtlicher Rechtsbehelfe) nicht mehr mit Wirkung gegen jedermann angreifbar. Damit ist die Sonntagsöffnung in Nordrhein-Westfalen zunächst gesichert. Aufgrund der inzidenten Verwerfungskompetenz der Gerichte für untergesetzliche Normen (um eine solche handelt es sich trotz des hier gegangenen Weges über das Landesparlament) ist es aber nicht ausgeschlossen, dass mit Wirkung inter partes andere Gerichte die Nichtanwendbarkeit feststellen. Das schadet der Rechtssicherheit umso mehr. Bietet das Urteil damit die erhoffte Signalwirkung für die Bundesebene oder immerhin für weitere Länder, nachzuziehen? Das bleibt abzuwarten. Ein Freibrief für die Sonntagsöffnung ist die Zurückweisung wegen eines Formaliums in jedem Fall nicht.

Es wäre auch vor diesem Hintergrund vorzugswürdig gewesen, der Argumentation des OVG Münster zu folgen und sich inhaltlich mit der Sonntagsöffnung zu befassen. Der Rechtssicherheit, mit der das BVerwG seine Auffassung zur Antragsfrist begründet, wäre mit der Wirkung über das Verfahren zwischen den vorliegenden Parteien hinaus mehr gedient gewesen.

Interessierten Landesgesetzgebern wird dennoch anzuraten sein, sich an den ausgewogenen nordrhein-westfälischen Regelungen zu orientieren. Auch der Bundesgesetzgeber bleibt aufgerufen, auf diesem Wege vor Ort in den Kommunen Demokratie- und Gemeinsinn zu fördern. Die Herausforderungen für die Gesellschaft, der man mit der Sonntagsöffnung u.a. begegnen will, zeigen sich nämlich bundesweit.

48 BVerwG, Urteil v. 11.12.2024 – 8 CN 2.23, Rn. 20.

49 Kritisch zum Fristerfordernis insgesamt z.B. auch Schenke/Schenke, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 30. Aufl. München 2024, § 47 Rn. 84.

Es bleiben letztlich Zweifel, ob der eröffnete Rechtsrahmen in Zeiten des Fachkräftemangels und der knappen öffentlichen Kassen auch in der Breite der öffentlichen Bibliotheken umsetzbar ist. In eine ähnliche Richtung ging denn auch die außergerichtliche Kritik der klagenden Gewerkschaft.⁵⁰ Sollten sich die Ziele des Gesetzgebers aber auch nur punktuell verwirklichen oder fördern lassen, so könnten die öffentlichen Bibliotheken in diesen Tagen einen wichtigen Beitrag für die gesellschaftliche Stabilität leisten. Die Möglichkeit dazu sollte ihnen nicht genommen werden.

50 Vgl. dazu auch <https://gesundheit-soziales-bildung.verdi.de/mein-arbeitsplatz/archive-bibliotheken-dokumentation/++co++d78e8fac-7d6d-11ee-80e8-001a4a160111> und <https://publik.verdi.de/ausgabe-202401/der-letzte-konsumfreie-ort>, beide zuletzt abgerufen am 10.05.2025.

Zusammenfassung: Das Bundesverwaltungsgericht hat am 14.11.2024 die Sonntagsöffnung nordrhein-westfälischer Bibliotheken im Ergebnis gebilligt, nachdem es zehn Jahre zuvor die entsprechende hessische Regelung verworfen hatte. Es schloss sich jedoch nicht ausdrücklich dem Oberverwaltungsgericht Münster als Vorinstanz an, sondern hielt die vorgelegte Revision lediglich wegen eines Fristversäumnisses für unzulässig. Das Oberverwaltungsgericht hatte zuvor überzeugend die Wichtigkeit moderner Aspekte der Bibliotheken zur Meinungsbildung in der Demokratie und zum gesellschaftlichen Zusammenhalt betont und die Landesregelung zur Sonntagsöffnung auf dieser Grundlage aufrechterhalten. Diese Ziele finden sich umfänglich in der nordrhein-westfälischen Regelung. Während die Sonntagsöffnung in Nordrhein-Westfalen damit gesichert ist, bietet die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts den übrigen Landesgesetzgebern keine eindeutige Sicherheit für analoge Regelungen. Eine Bundesregelung ist rechtlich möglich und wäre der Situation angemessen.

Summary: On November 14, 2024, the German Federal Administrative Court approved the Sunday opening of libraries in North Rhine-Westphalia, after having rejected the corresponding regulation in Hesse ten years before. However, it did not expressly agree with the Münster Higher Administrative Court as the lower court, but merely considered the submitted appeal to be inadmissible due to a missed time-limit. The High Administrative Court had previously convincingly emphasized the importance of modern aspects of libraries for opinion-forming in democracy and for social cohesion and upheld the state regulation on Sunday opening on this basis. These objectives can be found extensively in the North Rhine-Westphalian regulation. While Sunday opening in North Rhine-Westphalia is thus secured, the decision of the Federal Administrative Court does not offer the other state legislatures any clear security for analogous regulations. A federal regulation is legally possible and would be appropriate for the situation.



© Christoph Wohlstein

Arslan Sheikh*

Public Access to Books and University Libraries in Pakistan: Prospects and Challenges

I. Introduction

Pakistan is a developing country located in the South Asian region that was created on August 14, 1947, as a result of British India's partition. Pakistan has a territory of around 881,913 sq. km in total size. According to the current census in 2023, the country's total population has crossed the figure of 241.49 million (Consulate General of Pakistan, 2024). The primary source of income for two-thirds of the people who reside in villages is agriculture. The state of Pakistan is a combination of multilingual, multi-ethnic, and multicultural communities. Primary and secondary schools use the official language, Urdu, for education. English remains the official language of Pakistan and is frequently used in business and trade. Higher education also uses it as the primary language of instruction, especially for courses in science and technology. In Pakistan, 62.3 % of people are literate. Four provinces Punjab, Sindh, Khyber Pakhtunkhwa, and Baluchistan as well as the Federal Capital Area of Islamabad make up Pakistan's political federation (Ministry of Federal Education and Professional Training, 2024). The book industry in Pakistan is underdeveloped and only publishes approximately 4000–5000 titles annually. Access to books and libraries plays a critical role in fostering education, intellectual growth, and community development. In Pakistan, however, access remains a complex issue shaped by economic, cultural, geographic, and technological factors. This article explores the current state of access to books and university libraries in Pakistan, the barriers faced, and some potential strategies for improvement.

* Arslan Sheikh works in the Junaid Zaidi Library at COMSATS University Islamabad, Islamabad-Pakistan. Currently, he is a Junior Fellow in the "Centre for Advanced Study" at the University of Munster. Arslan is also a doctoral candidate in the Institute of Library and Information Science, at Humboldt University of Berlin, Germany. He is a dynamic researcher, with several national and international research publications to his credit. Moreover, he serves as a reviewer for many highly ranked international research journals. Arslan also has been a visiting faculty member at the Department of Information Management, University of Sargodha, Pakistan. He is the recipient of many Research Awards including a consistent recipient of the Research Productivity Award, conferred to him by the COMSATS University Islamabad, since 2014. His research interests include open-access publishing, open science, social media networking, systematic literature reviews, and research data management. He can be reached by email at: arslan_sheikh@comsats.edu.pk.

II. Role of University Libraries in Education and Research

University libraries are essential for developing "creative thinkers" who can address the issues facing the country (Memon, 1983). Additionally, university libraries are crucial to the success and significance of academic programs offered in a university. A university library's significance in research and higher education is well acknowledged; as are the services it is supposed to offer to its patrons. On the other hand, with the invention of the Internet, the role of university libraries has transformed from merely reading spaces of printed materials to centers of digital information resources and services. University libraries today deal with various digital information resources accessible through the internet. Because of this transition university libraries continuously strive to improve their services to meet the evolving information needs of their different categories of academic communities (Sheikh, 2015).

III. History of University Libraries in Pakistan

The history of university libraries in Pakistan dates back 116 years when the first library was established at the University of the Punjab in 1908 during British rule. The University of Peshawar, founded in 1950, was the first educational institution to be formed after the creation of Pakistan; however, its library was not created until 1951. According to Haider (1986) the University of Karachi was founded in 1951, and its library was also established a year later in 1952. Asa Don Dickinson, an American librarian, arrived in the Subcontinent in 1915, which marked the beginning of modern library services in the areas that now make up Pakistan. At the University of the Punjab, he was tasked with "organizing the university library and teaching the librarians of the Punjab modern library methods." Therefore, in 1915, he founded the first library school in Asia at the University of the Punjab in Lahore. This school had a significant influence on the later library developments in British India (Haider, 2004).

IV. Current Status of University Libraries

The construction of the library is the first priority whenever a university is being built anywhere. In Pakistan, the majority of university libraries were founded in the same year as the corresponding university. However, a study conducted by Ali (1990) reported that academic planners in 33 % of Pakistani universities did not see the value of the library, which has been a major flaw in the past. The government of Pakistan established the Higher Education Commission (HEC) in 2002 as a governing body for universities. Funding, supervising, regulating, and certifying the nation's higher education institutions are the primary responsibilities of HEC. In 2002, the HEC issued a policy for universities "each university must have a library to retain the status of university". Today, the university libraries in Pakistan are one of the most cutting-edge

libraries in the country. The 10 universities existing in 1981 have grown to 266 by 2024 and almost all these universities have their own library buildings (HEC, 2024).

V. Automation of University Libraries in Pakistan

Library automation in Pakistan started in the late 1980s. Initially, librarians used computers only for cataloging and inventory purposes. However, later on, the university libraries also managed to start automated circulation, serials management, and acquisition. The Netherlands Library Development Project (NLDP) for Pakistan began in the 1990s and had a major impact on the library automation landscape by introducing IT into curriculum development, hardware and software development, networking, and librarians training (Haider, 1998). Today a majority of university libraries in Pakistan are partially automated and use different types of library software in their daily operations (Ramzan & Singh, 2009). Even a few university libraries in Pakistan are also using costly international commercial software e.g. Virtua, and Insignia, etc. Some Indigenous free software has also been developed by Pakistani library professionals that are being used in university libraries e.g. LIMS and Koha.

VI. University Library Services

The services of a library are a core function of its existence and today the university libraries in Pakistan are offering various modern services to their patrons. These services have been specifically designed considering the information needs of the users and the current technological developments around the world. Some common university library services include:

- Lending services
- Internet service
- Digital library services
- Digital reference services
- Research support services
- Current awareness service
- Online catalogue
- Scanning services
- Plagiarism detection
- Electronic document delivery
- Online video conferencing
- Remote access to e-resources
- Multimedia resources & services
- Quiet reading spaces
- Collaborative study spaces
- Computer workstations
- Inter library loans

- Books purchasing
- Photocopying service
- Information literacy programs
- Book exhibitions
- Library web portals

VII. Development of Modern University Libraries in Pakistan

Over the last two decades, some modern and state-of-the-art libraries have been established in Pakistani universities. These modern libraries are well-equipped in terms of printed and digital collections, automated services, professional staff, modern architecture, and ICT facilities. Some examples of such modern libraries include Junaid Zaidi Library at COMSATS University Islamabad; Gad & Birgit Rausing Library at LUMS; NUST Central Library at NUST; Ewing Memorial Library at FCC University and IBA Library at IBA Karachi. All these libraries are comparable to the modern libraries of the developed world.

VIII. Challenges of Accessing Books and University Libraries in Pakistan

Although university libraries play a pivotal role in higher education and research in Pakistan however, there are some challenges regarding the accessibility of these libraries and their collections and services throughout the country for the general public. Some of these challenges have been discussed in the following section.

1. Geographical Disparities

A majority of the university libraries in Pakistan are based in urban areas, leaving rural populations underserved. Most university libraries are located in the big cities like Lahore, Karachi, Peshawar, and Islamabad. Therefore, students in rural regions face significant difficulties in accessing library resources, affecting their academic performance. Governments and private institutions prioritize developing universities in cities where the population is larger and education levels are higher. Rural areas mostly lack proper roads, public transport, or library buildings, making it difficult for people to reach nearby towns or cities to access libraries. The masses in rural areas have fewer interests in education than urban areas, so governments see less "return on investment" for building libraries in those areas. Ultimately, people in rural areas have limited opportunities to access books, knowledge, and research materials. On the contrary, urban students can easily access library resources, which widen the educational gap between rural and urban citizens of Pakistan.

2. Economic Constraints

Funding shortages limit the establishment of new universities and university libraries as well as the maintenance of existing ones in Pakistan. Whereas the high price of books makes personal collections unaffordable for many citizens. University libraries largely depend on government support, but due to budget cuts, libraries are often the first to lose funding (Mahmood et al., 2006). Books, journals, and online databases are expensive, and libraries struggle to purchase them, especially research-oriented materials (Akhtar, 2007). Libraries require money for staffing, books preservation, and new technologies like e-books and digital resources. Libraries cannot buy updated versions of books, leading to collections that no longer meet the needs of students or researchers. University libraries also struggle to pay for subscriptions to research journal databases like Emerald Insight, SpringerLink, Science Direct, Wiley, etc., which are essential for research. Wealthy students can buy books but students from low-income families rely solely on university libraries, which usually do not have adequate titles for every student. In developing countries like Pakistan, many university libraries cannot afford full access to international research databases. Therefore, students and researchers mostly struggle to access essential journal articles for their theses, dissertations, and research assignments.

3. Technological Barriers

Limited internet access and digital literacy hinder the use of online resources in rural areas. Many libraries in Pakistan also lack the infrastructure to digitize their collections. Rural areas often lack internet facilities, which are essential for online libraries and e-learning. People in rural areas mostly do not have access to laptops, or computers required to use digital libraries. Many people, especially in remote areas, do not know how to use online platforms, access databases, or navigate e-books. Students and researchers in rural areas cannot access online libraries, e-books, or research journals, affecting the quality of their work. While students in urban areas benefit from access to digital libraries, rural students are excluded, causing an imbalance in education. HEC Digital Library in Pakistan provides free access to research databases for university students. However, students in remote areas with no internet access or limited IT skills mostly struggle to use these resources (Ahmed & Sheikh, 2021).

4. Limitation of Membership for General Public

Lastly, the university libraries are mostly accessible only to the respective university academic community; therefore, only university members can avail of the library resources. Almost in all cases, the accessibility, services, collections, and membership of university libraries remain closed to the general public which is a real challenge

for the masses in Pakistan. However, a few university libraries also offer external membership to the general public but this is only available for a limited timeframe.

IX. Conclusion and Recommendations

Access to libraries and books is essential for education, knowledge creation, and lifelong learning. However, several challenges limit this access in Pakistan. Geographical disparities leave rural areas underserved, while economic constraints limit the development of libraries and personal book ownership. Technological barriers exclude people from the benefits of online libraries, and the limitation of library membership restricts access to library services and their collections. Nevertheless, in this age of information, university libraries in Pakistan are trying to offer up-to-date services to their patrons. Even with certain challenges, university libraries in Pakistan are striving to offer modern services to their patrons. Moreover, the country has some excellent examples of modern university libraries that are on par with those in the developed world. The Higher Education Commission of Pakistan is actively contributing to the development of Pakistani university libraries. HEC offers university libraries various funding programs as well. Consequently, the condition of Pakistan's university libraries has significantly improved over the years. Improving access to books and libraries in Pakistan requires a multifaceted approach involving government support, technological innovation, and community engagement. By addressing these challenges, Pakistan can unlock the potential of its people and foster a culture of knowledge and learning.

In light of these conclusions, it is suggested that universities with affiliated libraries should be established in rural areas of Pakistan. Moreover, the budget of university libraries should also be increased. This will help in building their printed collections and subscribing to expensive journal databases. University libraries should also seek book donations from NGOs, publishers, or international organizations like UNESCO to increase their collections. The government should take measures to provide internet facilities in rural areas. University libraries should also offer external membership to the general public so that they can access and avail themselves of the services and collections of libraries. These measures can bridge the access gap and ensure that everyone, regardless of location, gender, or economic status, can benefit from libraries and books.

X. References

- Ahmed, S., & Sheikh, A. (2021). Information and communication technology skills among library and information science professionals: A predictor of enhanced library services. *Journal of Librarianship and Information Science*, 53(3), 444-453.
- Akhtar, M. Z. (2007). University libraries in Pakistan. *Türk Kütüphaneciliği*, 21(3), 372–384.

- Ali, Y. (1990). University libraries in Pakistan: a profile. *PULSAA News*, 2 (3), 49, 65.
- Consulate General of Pakistan – Los Angeles. (2024): About Pakistan. Available at: <https://pakconsulatela.org/about-pakistan/#:~:text=Pakistan%20has%20a%20total%20area,1%2C046%20km%20of%20Pakistani%20coastline>.
- Haider, S. J. (2004). Perspectives on... coping with change: issues facing university libraries in Pakistan. *The Journal of Academic Librarianship*, 30(3), 229–236.
- Haider, S. J. (1998). Library automation in Pakistan. *The International information & library review*, 30(1), 51–69.
- Haider, S. J. (1986). University libraries in Pakistan. *International Library Review*, 18(2), 195–216.
- HEC (2024). List of HEC recognized universities in Pakistan. Available at: <https://www.hec.gov.pk/english/universities/pages/recognised.aspx>.
- Mahmood, K., Hameed, A., & Haider, S. J. (2006). Funding dilemma in Pakistani libraries: Causes, effects, responses. *Pakistan Journal of Library & Information Science*, (7), 33–56.
- Memon, B. A. (1983). Role of university library in the educational setup. *Pakistan librarianship*, 58–64.
- Ministry of Federal Education and Professional Training (2024): About Literacy. Available at: <http://mofept.gov.pk/ProjectDetail/NjQ4ZTg2NjItOWM2NC00Y2IxLTkzMdgtMjU2OTFhMjA4NzNh#:~:text=The%20current%20literacy%20rate%20of,is%20illiterate%20in%20the%20country>.
- Ramzan, M., & Singh, D. (2009). Status of information technology applications in Pakistani libraries. *The Electronic Library*, 27(4), 573–587.
- Sheikh, A. (2015). Development of information commons in university libraries of Pakistan: The current scenario. *The Journal of Academic Librarianship*, 41(2), 130–139.

Acknowledgement: This research is funded by the German Research Foundation (DFG) – 449836922.

Zusammenfassung: Der Zugang zu Büchern und Universitätsbibliotheken ist ein Eckpfeiler des Bildungs- und intellektuellen Wachstums, steht in Pakistan jedoch vor erheblichen Herausforderungen, die durch wirtschaftliche, geografische und technologische Barrieren geprägt sind. Dieser Artikel untersucht die historische Entwicklung, den aktuellen Status und die Dienste von Universitätsbibliotheken in Pakistan und beleuchtet ihre Entwicklung zu modernen Zentren für digitale und gedruckte Ressourcen. Er erörtert die ungleichmäßige geografische Verteilung von Bibliotheken, wirtschaftliche Einschränkungen, die sich auf Sammlungen und Abonnements auswirken, technologische Barrieren in ländlichen Gebieten und den eingeschränkten Zugang für die breite Öffentlichkeit. Trotz dieser Herausforderungen haben Fortschritte wie Automatisierung und die Einrichtung hochmoderner Bibliotheken ihre Rolle in der Wissenschaft aufgewertet. Zu den Empfehlungen gehören die Ausweitung der Bibliotheken auf ländliche Gebiete, die Erhöhung der Finanzierung, die Suche nach Buchspenden, die Verbesserung des Internetzugangs und die Ausweitung der Mitgliedschaft auf die breite Öffentlichkeit. Die Bewältigung dieser Herausforderungen kann Zugangslücken überbrücken und eine Kultur des Wissens und des lebenslangen Lernens in Pakistan fördern.

Summary: Access to books and university libraries is a cornerstone of educational and intellectual growth, yet in Pakistan, it faces significant challenges shaped by economic, geographic, and technological barriers. This article examines the historical development, current status, and services of university libraries in Pakistan, highlighting their transformation into modern hubs of digital and printed resources. It discusses the uneven geographical distribution of libraries, economic constraints affecting collections and subscriptions, technological barriers in rural areas, and restricted access for the general public. Despite these challenges, advancements like automation and the establishment of state-of-the-art libraries have elevated their role in academia. Recommendations include expanding libraries to rural areas, increasing funding, seeking book donations, improving internet access, and extending membership to the general public. Addressing these challenges can bridge access gaps and foster a culture of knowledge and lifelong learning in Pakistan.



© Arslan Sheikh