

# BIBLIOTHEKEN

Prof. Dr. Eric Steinhauer\*

## Bibliotheksrecht als Zugangsrecht und die Herausforderungen der Digitalisierung

### I. Einleitung

Möchte man mit einem Wort beschreiben, worum es beim Thema Bibliotheksrecht im Kern geht, so heißt dieses Wort: Zugang. Wenn Bibliotheken publizierte Informationen sammeln, erschließen und vermitteln, dann dienen alle diese Arbeitsschritte, die herkömmlicherweise das Tätigkeitsfeld von Bibliotheken kennzeichnen,<sup>1</sup> am Ende nur einem Ziel, nämlich diese Informationen den Nutzerinnen und Nutzern zugänglich zu machen. Fraglich und möglicherweise auch streitig ist allein, wie zugänglich der Bibliotheksbestand tatsächlich und im Einzelfall ist oder sein soll.

Auf diese Frage gibt das Bibliotheksrecht eine Antwort, wenn es im Benutzungsrecht Kriterien für die Zulassung zur Bibliotheksbenutzung aufstellt und deren Einhaltung durch Sanktionierungen wie Geldzahlung bei der Beschädigung von Bibliotheks-gut, Mahngebühren bei verspäteter Buchrückgabe oder den Ausschluss von der Benutzung bei Missachtung von Benutzungsbestimmungen sicherstellt. Die Entscheidung, problematische Inhalte nur bestimmten Personen zugänglich zu machen oder sie im so genannten „Giftschrank“ gänzlich der Benutzung zu entziehen,<sup>2</sup> stellt ebenfalls eine Zugangsregelung dar.

Bevor über Benutzungsregeln gesprochen werden kann, muss ein Buch jedoch erst erworben werden. Ob eine bestimmte Publikation in die Sammlung der Bibliothek aufgenommen werden soll oder nicht, ist natürlich auch eine Zugangsfrage. Zwar sind im Buchhandel erhältliche Titel sicher nicht unzugänglich, doch stellt bereits die Notwendigkeit, ein Buch selbst zu erwerben, eine gewisse Hürde dar, seinen Inhalt einfach und unkompliziert zur Kenntnis zu nehmen. Spätestens dann, wenn ein Werk nicht mehr lieferbar ist, sind es allein die Bibliotheken, die es zuverlässig zur Verfügung stel-

\* Der Verfasser ist stellvertretender Direktor der Universitätsbibliothek Hagen und Honorarprofessor am Institut für Bibliotheks- und Informationswissenschaft der Humboldt-Universität zu Berlin.

<sup>1</sup> Vgl.: *Gantert*, Bibliothekarisches Grundwissen, 9. Aufl. 2016, S. 3.

<sup>2</sup> Vgl.: *Genge*, Art. „Sekretierte Bücher“, in: *Corsten/Füssel/Pflug*, Lexikon des gesamten Buchwesens, Bd. 7, 2. Aufl. 2007, S. 49; *Kellner*, Der „Giftschrank“, 2002, S. 1 ff.

len können. Aber sind Fragen des Bestandsaufbaus wirklich Rechts- und nicht vielmehr bloße Geschmacksfragen? Sicher ist die Erwerbungsentscheidung als solche rechtlich kaum normiert,<sup>3</sup> sieht man von einem sehr allgemeinen Gewährleistungsauftrag der grundrechtlich garantierten Informations- und Wissenschaftsfreiheit oder vereinzelten Pflichtexemplarbestimmungen einmal ab. Dennoch fehlt es nicht an Versuchen meist politischer Art, auf das Angebot und den Bestandsaufbau von Bibliotheken verbindlich Einfluss zu nehmen.<sup>4</sup> Hier kann das Recht helfen, eine solche Einflussnahme zu begrenzen oder auszuschließen.<sup>5</sup> Es kann Bibliotheken auch zu einem ausgewogenen Bestandsaufbau verpflichten.<sup>6</sup> In jedem Fall ist die allgemeine Zugänglichkeit zu erworbenen Medien nach § 7 Abs. 2 Buchpreisbindungsgesetz Voraussetzung für einen Preisnachlass auf den gebundenen Ladenpreis, wenn Bibliotheken Bücher für ihren Bestand erwerben.<sup>7</sup>

Die Kehrseite der Erwerbung ist die Aussonderung. Jenseits der recht vagen Bestimmungen des Haushaltsrechts, die für eine Deakquisition regelmäßig die Entbehrlichkeit der betroffenen Publikationen verlangen,<sup>8</sup> gibt es Bestimmungen des Denkmalschutzes oder des Pflichtexemplarrechts, die eine gewisse Beliebigkeit bei der Pflege und Überlieferung von Bibliothekssammlungen verhindern.<sup>9</sup> Alle diese Bestimmungen zielen zwar direkt nur auf den Erhalt und Verbleib von Bestandsinhalten, sichern letztlich aber wiederum den Zugang zu ihnen ab.

3 *Dorfmüller*, Bestandsaufbau an wissenschaftlichen Bibliotheken, 1989, S. 36–38; instruktiv zur Erwerbungspraxis in einer juristischen Spezialbibliothek: *Knudsen*, Von Tausendfüßlern und Skarabäuskäfern : oder: Was geht einem Erwerbungsbibliothekar bei der Auswahlentscheidung durch den Kopf?, in: FS Jan Štěpán, 1994, S. 349–367.

4 Vgl. beispielhaft zwei Kleine Anfragen aus der Fraktion der AfD in der Hamburger Bürgerschaft: LT-Drs. Hamburg 21/12361 mit der Antwort des Senats vom 23. März 2018 und LT-Drs. Hamburg 21/13194 mit der Antwort des Senats vom 1. Juni 2018, in denen kritisiert wurde, dass Bücher von Akif Pirincci aus dem Bestand entfernt worden sind.

5 Vgl. etwa § 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Förderung der Weiterbildung und des Bibliothekswesens (Weiterbildungsförderungsgesetz) in der Fassung vom 20. März 1980, GBl. (Baden-Württemberg) 1980, S. 249: „Die öffentlichen Bibliotheken sind in der Buchauswahl und in der Auswahl der sonstigen Informationsmittel unabhängig.“.

6 Vgl. § 8 Abs. 1 Bibliotheksgesetz des Landes Sachsen-Anhalt, GVBl. 2010, S. 434: „Indem Bibliotheken den allgemeinen Zugang zu Informationsquellen eröffnen und einen politisch, weltanschaulich, kulturell und religiös ausgewogenen Medienbestand bereitstellen, geben sie jedermann die Möglichkeit, an der gesellschaftlichen und politischen Willensbildung gleichberechtigt teilhaben zu können.“.

7 Gesetz über die Preisbindung für Bücher (Buchpreisbindungsgesetz) vom 2. September 2002, BGBl. I 2002, S. 3448.

8 Dazu: *Kirchner*, Bibliotheks- und Dokumentationsrecht, 1981, S. 231–235; sowie allgemein: *Roeder*, Bibliotheksdienst 50, 2016, S. 1014–1039.

9 Vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes über die Ablieferung von Pflichtexemplaren in Nordrhein-Westfalen (Pflichtexemplargesetz Nordrhein-Westfalen) vom 29. Januar 2013, GV. NRW. 2013, S. 31: „[Die Bibliotheken] haben die Pflichtexemplare einzuziehen ... sowie ihre Erhaltung und Benutzbarkeit dauerhaft zu sichern.“; sowie § 3 Abs. 1 S. 3 des Gesetzes zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen (Denkmalschutzgesetz – DSchG) vom 11. März 1980, GV. NW. 1980, S. 226: „Werden bewegliche Denkmäler von

Selbst der Bibliothekskatalog, ohne den ein bestimmtes Medium nicht gefunden werden kann und damit auch nicht zugänglich ist, ist kein rechtsfreier Raum. Die wenigstens dienst- oder arbeitsrechtlich verbindliche Form der Formalerschließung auf Grundlage von Regelwerken ist die Voraussetzung dafür, gesuchte Literatur sicher aufzufinden.<sup>10</sup> Die bei der Katalogisierung verarbeiteten personenbezogenen Daten helfen durch individuierende Angaben wie berufliche Tätigkeit oder Geburtsdatum, die Werke einer bestimmten Person zweifelsfrei zu identifizieren und diese so der interessierten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Inwieweit solche Angaben zulässig sind, ist eine Frage des Datenschutzrechts.<sup>11</sup> Hier können unter Umständen der Grundsatz der Datensparsamkeit und die durch Tiefenerschließung von Bibliotheksbestand möglichst einfache Zugänglichkeit in Konflikt geraten.

## II. Eigentum als Grundlage des Zugangs

In der Welt der gedruckten Bücher und der audiovisuellen Trägermedien bildete – von sehr wenigen Benutzungseinschränkenden Bestimmungen wie etwa solchen des Jugendschutzes einmal abgesehen – allein das Eigentum am Bibliotheksbestand die Grundlage, um über den konkreten Umfang des Zugangs zum Bibliotheksbestand zu entscheiden. Bücher und andere körperliche Medien dienen, sofern die Bibliothek von der öffentlichen Hand getragen wird, was in Deutschland die Regel ist, als öffentliche Sachen dem meist in der Benutzungsordnung oder neuerdings auch in Bibliotheksgesetzen verfügten Anstaltszweck, publizierte Inhalte der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.<sup>12</sup> In dieser Perspektive ist das Sacheigentum der Bibliothek kein Selbstzweck, sondern ermöglicht vor allem im Bereich der Informations- und Wissenschaftsfreiheit eine Grundrechtsverwirklichung der Nutzerinnen und Nutzer. Es ist insoweit ein Freiheitsgarant im Bereich der Informationsversorgung.

Bildet das Sacheigentum am Bestand das Fundament der Bibliotheksarbeit, sind Zugangsfragen im Wesentlichen Benutzungsfragen und beziehen sich darauf, wie die Nutzerinnen und Nutzer einer Bibliothek mit dem Bestand umgehen. Auch wenn dabei die Probleme und Fragestellungen des Bibliotheksrechts letztlich auf die Eröffnung und Regulierung von Zugangsmöglichkeiten gerichtet sind, so steht in der traditionellen Print-Bibliothek nicht der Zugang, sondern der Bestand im Zentrum der Aufmerksamkeit.

einer öffentlichen Einrichtung betreut, so bedürfen sie nicht der Eintragung in die Denkmalliste; sie unterliegen gleichwohl den Vorschriften dieses Gesetzes.“; nach § 7 DSchG NW besteht eine allgemeine Erhaltungspflicht von Denkmälern im Rahmen des Zumutbaren.

10 Steinhauer, Regelwerke: Normative Werkkonzepte in Bibliotheks- und Rechtswissenschaft, in: Danneberg/Gilbert/Spoerhase, Das Werk: zum Verschwinden und Fortwirken eines Grundbegriffs, 2019, S. 237–256.

11 Vgl. Steinhauer, Datenschutz in Kultureinrichtungen, Bibliotheken und Archiven, in: Specht/Mantz, Handbuch europäisches und deutsches Datenschutzrecht, Teil C, § 25 Rn. 32–35.

12 Vgl.: Kirchner, Grundriß des Bibliotheks- und Dokumentationsrechts, 2. Aufl. 1993, S. 113 f.

### III. Digitalisierung und Eigentum

Mit der Digitalisierung, die mittlerweile alle Ebenen des Bibliothekswesens erfasst hat, hat sich dies grundlegend geändert. Da digitale Inhalte als solche nicht im sachenrechtlichen Sinn eigentumsfähig sind, hat das Sacheigentum als Grundlage der bibliothekarischen Angebote massiv an Bedeutung eingebüßt und die Frage des Zugangs in den Vordergrund gestellt. Schlagwortartig wird dies gern mit der Gegenüberstellung von „access vs. ownership“ umschrieben.<sup>13</sup>

Ausgangspunkt dieser Entwicklung ist der Umstand, dass publizierte Informationen nicht mehr auf Trägermedien dauerhaft erworben, sondern meist nur noch netzgestützt zugänglich gemacht werden. Technisch gesehen ist damit eigentlich eine Vereinfachung und Erleichterung des Zugangs zu bibliothekarischen Sammlungen verbunden, weil ein bestimmter Inhalt jetzt im Prinzip von überall her und jederzeit konsultiert werden kann.<sup>14</sup> Öffnungszeiten oder die Nichtverfügbarkeit eines gerade an eine andere Person verliehenen Buches gibt es bei digitalen, über Netze bereitgestellten Inhalten nicht. Allerdings erwirbt die Bibliothek an diesen Inhalten kein Eigentum im herkömmlichen Sinn, sondern nur ein mehr oder weniger umfangreiches Nutzungsrecht.<sup>15</sup> Mit dem Verschwinden des Trägermediums in Form eines gedruckten Buches, eines Tonträgers oder dergleichen verschwindet auch das Sacheigentum.

Sacheigentum jedoch ist die Grundlage, den Zugang zum Bibliotheksbestand allein durch das Benutzungsrecht zu regeln. Soweit das Sacheigentum reicht, spielen Fragen des Urheberrechts praktisch keine Rolle.<sup>16</sup> Mit dem Erwerb des Buches oder eines vergleichbaren körperlichen Trägermediums erschöpft sich nämlich nach § 17 Abs. 2 UrhG das Verbreitungsrecht, worunter nach deutscher Urheberrechtstradition auch das Verleihrecht fällt.<sup>17</sup> Die weitere Nutzung des Buches oder eines anderen körperlichen Werkstückes in der Bibliothek und damit auch der Zugang zu dessen Inhalt wird folglich allein auf der Grundlage des Sacheigentums der Bibliothek bzw. ihres Trägers organisiert. Werden neue Bücher oder andere körperliche Medien erworben, unterfallen sie automatisch den gleichen Nutzungsbedingungen wie der bereits vorhandene Bestand. Auch wenn als Ausgleich für das erschöpfte Verbreitungsrechts für die öffentliche Nutzung in der Bibliothek nach § 27 Abs. 2 UrhG eine angemessene Vergütung zu zahlen ist, ergeben sich daraus keine Nutzungs- oder Zugangseinschränkungen.

13 Vgl.: Babendreier, „Was du ererbt von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu besitzen“, in: Benkert, Die Bibliothek zwischen Autor und Leser, 2003, S. 77–89.

14 Vgl.: Leskien, Dienstleistungen der Bibliothek bei Zugang und Distribution elektronischer Publikationen, in: Neubauer, Elektronisches Publizieren und Bibliotheken, 1996, S. 46 f.

15 Vgl.: Steinhauer, Lizzenzen, in: Schade/Umlauf, Handbuch Bestandsmanagement in öffentlichen Bibliotheken, 2012, S. 421 f.

16 Treffend bezeichnen daher auch: Treplin/Kirchner, Das verwaltungsrechtliche Anstaltsrecht als „Ausgangs- und Zentralpunkt“ des Bibliotheksrechts, in: Leyh, Handbuch der Bibliothekswissenschaft, Bd. 2, 2. Aufl. 1961, S. 762.

17 Vgl.: Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 27 UrhG Rn. 15.

gen.<sup>18</sup> Und so bleibt es dabei: Allein das Sacheigentum bildet das Fundament für die bibliothekarischen Zugangsregeln.

#### IV. Zugang durch Schranken und Nutzungsrechte

Bei digitalen, über Netze in unkörperlicher Form zugänglich gemachten Inhalten tritt an die Stelle des Sacheigentums am Werkstück als Grundlage für den Zugang in der Bibliothek ein vertraglich vereinbartes Nutzungsrecht, auch Lizenz genannt, oder eine gesetzliche Schrankenbestimmung. Da sich der Erschöpfungsgrundsatz nach § 17 Abs. 2 UrhG nur auf das Verbreitungsrecht als einem körperlichen Verwertungsrecht bezieht, bleiben die anderen Verwertungsrechte weiterhin relevant, auch wenn die Bibliothek die digitale Publikation käuflich erworben hat. Und anders als bei einem gedruckten Buch, ist bei einer elektronischen Ressource jegliche Form der Nutzung allein schon aus technischen Gründen mit einer, wenn auch in vielen Fällen nur flüchtigen Vervielfältigung verbunden, die sogleich die Frage nach ihrer urheberrechtlichen Zulässigkeit aufwirft. Während es aus Sicht des Urheberrechts belanglos ist, wenn jemand ein Buch aufschlägt und es anschließend liest, ist der gleiche Vorgang bei einem eBook wenigstens mit einer Vervielfältigung im Arbeitsspeicher und auf dem Display eines Computers oder eines mobilen Endgeräts verbunden und zwar bei jedem Umblättern immer wieder neu. Aus § 44a UrhG, der solche flüchtigen und lediglich technisch bedingten Vervielfältigungen ohne eigenen wirtschaftlichen Wert expliziert erlaubt, ergibt sich, dass dieser Erlaubnis ein Eingriff in das Verwertungsrecht des Urhebers denklogisch vorgelagert, mithin dieser vollkommen banale Vorgang tatsächlich urheberrechtlich relevant ist.<sup>19</sup>

Da die Nutzerinnen und Nutzer einer öffentlich zugänglichen Bibliothek in der Regel nicht durch persönliche Beziehungen miteinander verbunden sind, werden digitale Bibliotheksbestände, die unkörperlich über Netze zur Verfügung gestellt werden, zu dem nicht bloß im Sinne von § 16 UrhG vervielfältigt, sondern auch noch gemäß § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht. Die Nutzung digitaler Ressourcen in Bibliotheken betrifft somit zwei Verwertungsrechte des Urhebers, während die Nutzung gedruckter Bestände dank des Erschöpfungsgrundsatzes urheberrechtlich nicht relevant ist, sieht man von der Vergütung nach § 27 Abs. 2 UrhG einmal ab. Die Digitalisierung ist vor diesem Hintergrund nicht einfach nur ein Medienwandel, den man bloß technisch und organisatorisch bewältigen muss, sie ist vielmehr ein fundamentaler Paradigmenwechsel in der Art und Weise, wie Bibliotheken Zugang zu publizierten Inhalten bereitstellen können.

An die Stelle des Sacheigentums am körperlichen Bibliotheksbestand treten für die digitalen Objekte jetzt vertraglich vereinbarte Nutzungsrechte bzw. Lizzenzen sowie gesetzliche Schrankenbestimmungen. Diese Möglichkeiten, digitalen Bestand legal in

18 Vgl.: Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 18. Aufl. 2018, Rn. 471.

19 Vgl.: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch-Dreyer, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 44a UrhG Rn. 6.

der Bibliothek zu nutzen, unterscheiden sich deutlich vom Sacheigentum als Grundlage für einen bibliothekarisch organisierten Zugang zu publizierten Inhalten. Während Eigentum nach § 903 BGB ein umfassendes Herrschaftsrecht über eine Sache gewährt und für alle Sachen im Eigentum einer Person in gleicher Weise gilt, sind Nutzungsrechte in ihrer Reichweite höchst unterschiedlich, wie sich aus § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG ergibt. Dies hat zur Folge, dass elektronische Ressourcen verschiedener Anbieter auch zu je individuellen Konditionen zugänglich sind. Während sich für eine Bibliothek beim Kauf gedruckter Bücher wegen des Erschöpfungsgrundsatzes in § 17 Abs. 2 UrhG die Frage des Umfangs der Zugänglichkeit überhaupt nicht stellt, muss bereits bei der Akquisition elektronischer Ressourcen darauf geachtet werden, dass die Bibliothek alle für die von ihr beabsichtigte Zugänglichkeit erforderlichen Nutzungsrechte erwirbt. Der traditionelle Unterschied in der Bibliotheksverwaltung zwischen Erwerbung und Benutzung wird dabei aus rechtlichen Gründen durchbrochen.

Soll der Zugang zum Bibliotheksbestand nicht über eine Lizenz, sondern auf Grundlage einer Schrankenbestimmung eröffnet werden, beispielsweise an einem Terminal nach § 60e Abs. 4 UrhG, so vermittelt diese Schrankenbestimmung keine einem Eigentumsrecht auch nur irgendwie vergleichbare Rechtsposition, denn Schrankenbestimmungen stehen zur vollständigen Disposition des Gesetzgebers, während das einmal erworbene Eigentum außer im Falle der Enteignung eine äußerst stabile, noch dazu von der Verfassung in Art. 14 GG besonders geschützte Rechtsposition darstellt. Tatsächlich ist § 60e Abs. 4 UrhG nach § 142 Abs. 2 UrhG derzeit befristet und nur bis zum 1. März 2023 anzuwenden. Man kann also festhalten, dass die rechtlichen Grundlagen für die Nutzung digitaler Bibliotheksbestände überaus heterogen und darüber hinaus auch noch relativ unsicher sind.<sup>20</sup> Damit aber wird für digitale Inhalte die Frage des Zugangs zu einer Schlüsselfrage des Bibliotheksrechts.

## V. Bibliothek und Openness

Gedruckte Bücher und andere körperliche Medien im Bestand der Bibliothek sind öffentliche Sachen.<sup>21</sup> Sie dienen kraft Widmung dem Anstaltszweck der Bibliothek, der nach Maßgabe der jeweiligen Benutzungsordnung oder anderer gesetzlicher Bestimmungen darin besteht, den Nutzerinnen und Nutzern der Bibliothek Zugang zu publizierten Informationen zu eröffnen. Auf diese Weise ermöglicht und erleichtert die Bibliothek mit ihren Beständen die Verwirklichung von Grundrechten. So steht es auch in den bislang erlassenen Bibliotheksgesetzen, die Bibliotheken durchgängig als Orte zur Verwirklichung des Grundrechts der Informationsfreiheit auffassen, vgl. nur § 1 S. 2 Thüringer Bibliotheksgesetz.<sup>22</sup>

20 Vgl.: Steinhauer, Kodex – Jahrbuch der Internationalen Buchwissenschaftlichen Gesellschaft 1 (2011), S. 103–113.

21 Vgl.: Nitze, Die Rechtsstellung der wissenschaftlichen Bibliotheken, 1967, S. 156–159.

22 Thüringer Bibliotheksgesetz (ThürBibG) vom 16. Juli 2008, GVBl. 2008, S. 242.

Von diesem Ansatz her, der gewissermaßen zum Gründungsauftrag einer jeden von der öffentlichen Hand getragenen Bibliothek gehört, bereiten rein digital vorliegende Bestände, die nur über Netze zugänglich sind, erhebliche Probleme, wenn die Bibliothek eine genauso weite Zugänglichkeit zu diesen Inhalten eröffnen will, wie das bei den gedruckten Büchern im Regal der Fall ist. Die Bibliothek muss schon bei der Erwerbung auf möglichst gute Zugangsmöglichkeiten achten. Wo dies nicht der Fall ist, muss sie im Rahmen der Benutzung ihre Aufmerksamkeit den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen und deren Auslegung und Anwendung zuwenden.

Gerade hier liegt ein mitunter sehr dorniges Betätigungsfeld für Bibliotheken, wenn sie bestrebt sind, die jeweils neuesten technischen Möglichkeiten einzusetzen, um ihren Nutzerinnen und Nutzern einen möglichst guten und einfachen Informationszugang anzubieten. Oft wird die von der Bibliothek angezielte Dienstleistung nicht direkt im Gesetz angesprochen sein. So war es etwa bei dem inzwischen durch § 60e Abs. 2 UrhG ersetzenen § 52b UhrG a.F. sehr fraglich, ob am elektronischen Leseplatz neben dem bloßen Digitalisat auch eine Volltextsuche angeboten werden konnte.<sup>23</sup> Das Gesetz selbst sagte dazu nichts. Also galt es, die Norm auszulegen. In der bibliothekarischen Praxis stellt das jedoch meist eine Überforderung dar.<sup>24</sup> Wenn es keine herrschende Meinung in der Literatur oder eine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, auf die man sich berufen kann, wird die beabsichtigte Dienstleitung immer auf rechtlich unsicherem Boden stehen. Die Situation ist mit einer gelben Ampel im Straßenverkehr vergleichbar; je nach Mentalität wird die eine Bibliothek die Schranke nutzen, die andere lieber jedes Risiko vermeiden wollen und von der geplanten Dienstleistung Abstand nehmen. Der Konflikt zwischen Zugang und Urheberschutz bei neuen Dienstleistungen ergibt sich aber nicht nur aus den üblichen Schwierigkeiten der Rechtsauslegung. Er ist auch im System der Nutzung auf Grundlage von Urheberrechtsschranken selbst angelegt. Schranken nämlich dienen nach wohl immer noch herrschender Meinung keinem Interessenausgleich zwischen Schutz und Nutzung auf Augenhöhe, sondern sind als Ausnahmebestimmungen grundsätzlich eng und damit urheberfreundlich auszulegen.<sup>25</sup> Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus dem europäischen Konventionsrecht. So normiert Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22. Mai 2001 (InfoSoc.-Richtlinie) für alle Schrankenbestimmungen einen Dreistufentest, der nicht nur für die nationalen Gesetzgeber, sondern auch für die Auslegung nationaler Urheberrechtsschranken verbindlich ist.<sup>26</sup> Auf der zweiten Stufe ist vorgesehen, dass eine Schrankenbestimmung die normale Verwertung eines urheberrechtlich geschützten Werks nicht beeinträchtigen darf. Man kann auch sagen, es darf keine Substitutionseffekte durch die Schrankennutzung geben. Wenn je-

23 Vgl.: Steinhauer, ZGE 2 (2010), S. 55–74.

24 Vgl.: Steinhauer, Juristische Methoden und Arbeitstechniken, in: Umlauf/Fühles-Ubach/Seadle, Handbuch Methoden der Bibliotheks- und Informationswissenschaft, 2013, S. 406 f.

25 Vgl.: Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 18. Aufl. 2018, Rn. 483.

26 ABl. EG 2001 vom 22.6.2001, Nr. L 167/10; zum Dreistufentest vgl.: Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 535.

doch eine Dienstleistung oder eine Zugangseröffnung besonders einfach und unkompliziert sein soll, dann ist genau dies ein Problem und die Vereinbarkeit der angestrebten Nutzung mit der zweiten Stufe des Dreistufentests fraglich. Diese Schutzkonstruktion kann zu dem absurdem Ergebnis führen, dass eine neue bibliothekarische Dienstleistungen, die am Markt noch nicht existiert, aber plötzlich erfolgreich und daher auch von Verwertern angeboten wird, nun von den Bibliothek nicht mehr oder nur unter Auflagen weiter angeboten werden kann, im Übrigen aber Lizenzen den Schrankenbestimmungen vorgehen. Dies war die Entwicklung bei der Dokumentdirektliefierung, die beim innovativen elektronischen Lieferweg in § 53a UrhG a.F. den Verlagen vorbehalten wurde, nachdem Bibliotheken diesen Lieferweg über viele Jahre erfolgreich entwickelt und etabliert hatten.<sup>27</sup>

Angesichts dieser Probleme bei der Anwendung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen auf neue Sachverhalte und angesichts der Unwägbarkeiten, zugangsfreundliche Lizenzen erfolgreich zu verhandeln, ist ein Engagement von Bibliotheken für Open Access nur folgerichtig und eine Konsequenz aus ihrem öffentlichen Auftrag, Nutzerinnen und Nutzern Zugang zu publizierten Informationen zu vermitteln und ihnen dadurch die Verwirklichung von Grundrechten zu ermöglichen. Gerade aus der grundrechtlichen Perspektive ergibt sich eine, wenn auch vom einzelnen nicht einklagbare, so doch deshalb nicht belanglose Verpflichtung der von der öffentlichen Hand getragenen Bibliotheken, ihre Nutzerinnen und Nutzer bei der Grundrechtsausübung im Sinne eines grundrechtsfreundlichen Verhaltens möglichst gut zu unterstützen.<sup>28</sup>

Aber nicht nur grundrechtliche oder bildungspolitische Überlegungen sind ein Motiv für Bibliotheken, sich für Open Access einzusetzen. Es gibt auch im Urheberrecht selbst liegende Gründe, die eine Förderung von Open Access sinnvoll erscheinen lassen. Es wurde bereits dargestellt, dass bloß digital über Netze zugängliche Inhalte nicht der urheberrechtlichen Erschöpfung unterliegen mit der Konsequenz, dass die Nutzung dieser Inhalte stets mit Verwertungsrechten abzugleichen ist, was eine deutliche Einschränkung gegenüber der durch die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei gedruckten Büchern sich aus dem Sacheigentum am Werkstück ergebenden Situation darstellt.<sup>29</sup> Genau hier setzt konstruktiv Open Access an, indem Inhalte nicht nur anmeldungs- und vergütungsfrei online zugänglich gemacht werden, sondern zugleich auch

- 27 Vgl. den Beschluss der Kultusministerkonferenz: „Ausweitung der Nutzungsmöglichkeiten der Hochschulbibliotheken, ihre notwendige Ausstattung und verbesserte Verwendung ihrer Ressourcen“ vom 27. Januar 1995, abrufbar unter: [http://www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen\\_beschluesse/1995/1995\\_01\\_27-Nutzungsmoeglichkeiten-Hochschulbibliotheken.pdf](http://www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen_beschluesse/1995/1995_01_27-Nutzungsmoeglichkeiten-Hochschulbibliotheken.pdf), zuletzt abgerufen am 6.1.2020, S. 4.: „Neue elektronische Formen der Fernleihe sind zunächst auf regionaler und nationaler Ebene zu entwickeln, dabei sind die Dienstleistungen zu beschleunigen und zu rationalisieren.“.
- 28 Zu den verfassungsrechtlichen Hintergründen grundrechtsbezogener Optimierungsgebote, die hier nicht vertieft werden können, vgl.: Böckenförde, Der Staat 29 (1990), S. 21 f. et passim.
- 29 Dieser Sachverhalt wurde jüngst bestätigt in: EuGH, Urt. v. 19.12.2019 – C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111 = BeckRS 2019, 32135 – Tom Kabinet.

mit einer sehr weiten Lizenz ausgestattet sind, die funktional einer urheberrechtlichen Erschöpfung entspricht und Nutzerinnen und Nutzer zu einer selbst organisierten Zugänglichkeit ermächtigt.<sup>30</sup> Open Access ist dabei keine Relativierung oder Aushöhlung des Urheberrechts, wie gerne behauptet wird, sondern eine aus der Logik eines umfassenden Verwertungsrechts heraus mit den Mitteln des Urheberrechts gestaltete Publikation. Die dabei eingeräumte Lizenz wird als unentgeltlich eingeräumtes „einfaches Nutzungsrecht für jedermann“ im Urheberrechtsgesetz in § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG sogar ausdrücklich erwähnt und anerkannt.

## VI. Zugang durch Digitalisierung

Open Access bezieht sich auf genuin digital publizierte Inhalte und deren Zugänglichkeit. Da durch die Digitalisierung aber nicht bloß ein Medienbruch, sondern mittlerweile auch eine gesamtgesellschaftliche Änderung im Informationsverhalten zu beobachten ist, wonach man Inhalte, die nicht online zur Verfügung stehen, nur noch nachrangig, wenn überhaupt noch zur Kenntnis nimmt, sehen es Bibliotheken als ihre Aufgabe an, den Medienbruch zwischen gedruckten und digitalen Angeboten zu überwinden, indem der konventionelle Bestand sukzessive digitalisiert und online zur Verfügung gestellt wird.<sup>31</sup>

Da bei der retrospektiven Digitalisierung das Vervielfältigungsrecht als urheberrechtliches Verwertungsrecht sowie bei der anschließenden Onlinestellung zusätzlich noch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in Anspruch genommen werden, haben Bibliotheken sich zunächst darauf konzentriert, gemeinfreie ältere Werke zu digitalisieren und zur Verfügung zu stellen. Diese Praxis hat zu der paradoxen Situation geführt, dass unter dem Gesichtspunkt ihrer digitalen Sichtbarkeit nur ganz alte oder zeitgenössische Werke online zu finden sind, während der zeitgeschichtlich bedeutende Bestand aus der ersten Hälfte des 20 Jahrhunderts bis zur etwa Mitte der 90er Jahr kaum sichtbar ist, ein aus rechtlichen Gründen künstlich geschaffenes informationelles „dark age“. Zwar konnten jedenfalls seit dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003 auf Grundlage der so genannten Archivschranke von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2 UrhG a.F. praktisch alle Werke im Bestand von Bibliotheken nicht nur analog vervielfältigt, sondern auch digitalisiert werden,<sup>32</sup> doch war eine Nutzung dieser Digitalate durch die Öffentlichkeit praktisch ausgeschlossen und wurde erst durch das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 31. Oktober 2007 am elektronischen

30 Vgl.: Bartłakowski/Talke/Steinhauer, Bibliotheksurheberrecht, 2010, S. 173–176.

31 Aus heutiger Sicht wird der digitale Zwischenschritt der 80er und 90er Jahre leicht übersehen, durch die Digitalisierung der Kataloge die alte Literatur überhaupt wieder sichtbar und dann über die Fernleihe relativ schnell verfügbar zu machen. Die Retrokonversion der Kataloge war als erste Welle der Bibliotheksdigitalisierung zwar eine gewaltige Anstrengung, verursachte aber keine nennenswerten rechtlichen Schwierigkeiten.

32 BGBl. I 2003, S. 1774–1788.

Leseplatz in den Räumen der Bibliothek ermöglicht.<sup>33</sup> Um die Digitalisate aber auch im Netz zeigen zu können, war die Erlaubnis des Rechteinhabers immer noch unverzichtbar. Gerade bei älteren Werken stellte sich hier aber das praktisch kaum zu lösen-de Problem, einen geeigneten Ansprechpartner zu finden, zumal die Publikation im Internet bis etwa 1995 als unbekannte Nutzungsart galt,<sup>34</sup> so dass wegen § 31 Abs. 4 UrhG a.F. nicht die Verlage, sondern die Autorinnen und Autoren bzw. ihre Rechts-nachfolger ausfindig zu machen und anzuschreiben waren. Da dies in vielen Fällen nicht möglich war, waren die betroffenen Werke als so genannte „verwaiste Werke“ bzw. „orphan works“ von einer digitalen Nutzung im Netz praktisch ausgeschlos-sen.<sup>35</sup>

Als Reaktion auf das nicht nur sehr selbstbewusste, sondern auch enorm erfolgrei-che Projekt Google-Books, das allein aufgrund des viel flexibleren amerikanischen Ur-heberrechts möglich, wenngleich rechtlich durchaus umstritten war,<sup>36</sup> wurden sowohl der deutsche als auch der europäische Gesetzgeber tätig.<sup>37</sup> Ein erster Schritt war hier eine Ertüchtigung der Verlage als Ansprechpartner durch die Schaffung von § 137l UrhG durch das schon erwähnte Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft im Jahr 2008. Jedoch hat diese Norm die in sie gesetzten Erwartungen kaum erfüllen können, da zum einen ein Großteil der unselbstständig erschienenen Literatur wegen der mangels einer anderslautenden Vereinbarung nach § 38 Abs. 1 und 2 UrhG nur auf ein Jahr befristeten Ausschließlichkeit des Nutzungsrechts gar nicht erfasst wurde,<sup>38</sup> zum anderen weil unklar war, ob Verlage auf Grundlage von § 137l UrhG überhaupt ausschließliche Rechte erwerben,<sup>39</sup> die sie aber nach § 31 Abs. 3 UrhG erst in die Lage versetzen, Nutzungsrechte etwa an Bibliotheken weiter-zugeben. Man muss freilich sagen, dass der deutsche Gesetzgeber wegen der abschlie-ßenden Regelung der InfoSoc.-Richtlinie gar nicht in der Lage war, eine der Sache nach viel sinnvollere Schrankenbestimmung zur Nutzung verwaister Werke durch Biblio-theken einzuführen.

Dies wurde erst durch die Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung ver-waister Werke möglich,<sup>40</sup> die dann durch das Gesetz zur Nutzung verwaister und ver-

33 BGBI. I 2006, S. 2587–2588; zu § 52b UrhG a.F. ausführlich: König, Die Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen, 2015, S. 1 ff.

34 Vgl.: Loewenheim-Loewenheim/Nordemann, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 26 Rn. 50.

35 Vgl.: Grages, Verwaiste Werke: Lizenzierung in Abwesenheit des Rechteinhabers, 2013, S. 1 ff.; Köbler, Verwaiste Werke im digitalen Zeitalter aus bibliothekarisch-juristischer Sicht, 2012, S. 1 ff.

36 Vgl.: Kubis, ZUM 2006, 370, 370 ff.; Ott, GRUR-Int. 2007, 562, 562 ff.

37 Vgl.: De la Durantaye, ZUM 2011, 538, 538 ff.; de la Durantay, ZUM 2011, 777, 777 ff.

38 Vgl.: Spindler/Schuster-Heckmann, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 137l UrhG Rn. 17.

39 Vgl.: Spindler/Schuster-Heckmann, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 137l UrhG Rn. 23 f.

40 ABl. vom 27.10.2012, Nr. L 299/5; dazu: Talke, Verwaiste Werke: Regelungsmöglichkeiten auf europäischer Ebene und Umsetzung im Deutschen Recht, 2012, S. 1 ff.

griffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 1. Oktober 2013 in deutsches Recht umgesetzt wurde.<sup>41</sup> Allerdings ist für die Digitalisierung und Online-Stellung der verwaisten Werke eine vorherige fruchtlose sorgfältige und dokumentierte Suche nach den Rechteinhabern erforderlich. Der damit verbundene erhebliche Rechercheaufwand hat in der Praxis zu einem eindrucksvollen Scheitern dieser Richtlinie geführt.<sup>42</sup> Die europäische Antwort auf Googles praktischen Ansatz der Massendigitalisierung war eine einzelfallbezogene und praxisferne Bürokratie.

Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch zusammen mit der Umsetzung der Richtlinie über die verwaisten Werke auch eine lizenzrechtliche Lösung zur Nutzung vor 1966 erschienener vergriffener Werke eingeführt, in dem die zuständige Verwertungsgesellschaft ertüchtigt wurde, für diese Werke gegen Zahlung einer Gebühr Nutzungsrechte einzuräumen.<sup>43</sup> Dieser relativ unkomplizierte Ansatz wurde von den Bibliotheken gut angenommen. Allerdings hatte der EuGH in einer Entscheidung zur Nutzung vergriffener Werke in Frankreich gefordert, dass vergriffene Werke nicht einfacher als verwaiste Werke genutzt werden dürfen, womit vor allem der vorherige Kontakt mit dem Rechteinhaber gemeint war, ein Weg, der nachweislich unpraktikabel ist.<sup>44</sup> Eine Lösung dieses Problems findet sich jetzt in Art 8 bis 11 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG vom 17. April 2019 (DSM-Richtlinie),<sup>45</sup> wodurch eine relativ einfache und unkomplizierte Nutzung vergriffener Werke unter Einbeziehung von Verwertungsgesellschaften eine solide europarechtliche Grundlage bekommen hat.<sup>46</sup>

Die bisher skizzierten Schwierigkeiten der retrospektiven Digitalisierung betreffen den Zugang zu Inhalten als solchen. Die digitale Nutzung jedoch geht mittlerweile schon weit darüber hinaus. Es geht nicht mehr darum, möglichst einfach Literatur zu finden und sogleich konsultieren zu können. Vielmehr möchte man die Inhalte selbst vollständig digital erfassen und aufbereiten, um mit Methoden des Text- und Data-Mining (TDM) neue Forschungsfragen beantworten oder einfach nur sehr große Mengen von Text und Inhalten gleichsam digital „lesen“ und dabei auswerten zu können. Da

41 BGBI. I 2013, S. 3728.

42 Der deutsche Gesetzgeber ist bei den verwaisten Werken von 4.500 Meldungen im Jahr aus gegangen, vgl.: BT-Drs. 17/13423, S. 13; tatsächlich wurden bisher nur 208 literarische Werke mit 1.057 enthaltenen Werken in der Orphan Works Database der Europäischen Beobachtungsstelle für Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums in Alicante nachgewiesen, abrufbar unter: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/web/observatory/orphan-works-db>, zuletzt abgerufen am 6.1.2020; geht man von den Berechnungen der Bundesregierung aus, müssten es bereits 27.000 Werke sein. Dass auch diese Berechnung am tatsächlichen Problem vorbeigeht, wird aus der Zahl von ca. 585.000 verwaisten Werken allein im Bestand der Deutschen Nationalbibliothek deutlich, vgl.: BT-Drs. 17/13423, S. 13.

43 Vgl.: Peifer, NJW 2014, 6, 6ff.

44 EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878 = GRUR 2017, 62, 62–64 – Soulier und Doke; zu der Entscheidung kritisch: Steinhauer, GRUR-Prax. 2016, 561, 561.

45 ABl. 2019 vom 17. Mai 2019, Nr. L 130/92.

46 Vgl.: *De la Durantaye*, GRUR 2020, 7, 7ff.; *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694, 694 ff.

die dafür notwendigen Verarbeitungsschritte über eine bloße einmalige Vervielfältigung zum Zwecke der Zugänglichmachung weit hinausgehen, die urheberrechtlichen Verwertungsrechte also intensiver als bei einem schlichten Scan und dessen Zugänglichmachung in Anspruch genommen werden, stellen sich mit diesen neuen wissenschaftlichen Arbeitsweisen und digitalen Werkzeugen auch wieder neue urheberrechtliche Probleme.<sup>47</sup> Immerhin sieht die DSM-Richtlinie verbindliche Schrankenbestimmungen für TDM vor, so dass die Rechtslage mittlerweile relativ klar ist. Zudem hat der deutsche Gesetzgeber auf Grundlage der InfoSoc.-Richtlinie durch das Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft – Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz vom 1. September 2018 (UrhWissG) mit § 60d UrhG bereits eine erste Schrankenbestimmung für TDM eingeführt, die nun freilich im Lichte der neuen Richtlinie zu überarbeiten ist.<sup>48</sup>

## VII. Zugang und kulturelles Gedächtnis

Digitalisierung ist nach dem derzeitigen Stand der Technik ein permanenter Prozess. Anders als gedruckte Bücher, die einmal hergestellt bei sachgemäßer Pflege und Lagerung Jahrzehnte, wenn nicht sogar Jahrhunderte überdauern können, bedürfen Digitalliste einer ständigen Aufmerksamkeit, um die Lesbarkeit von Datenträgern und die Interpretierbarkeit von Datenformaten zu erhalten.<sup>49</sup> Urheberrechtlich gesprochen sind hierfür stetige und auch redundante Vervielfältigungen, mitunter auch Bearbeitungen notwendig. Das überkommene Urheberrecht, das im Wesentlichen nur die einmalige Archivkopie zu Sicherungszwecken kannte, war auf diese Situation nur sehr unzureichend eingestellt.<sup>50</sup> Erst mit der Neuregelung der Schrankenbestimmungen für die Bibliotheken durch das UrhWissG wurde mit § 60e Abs. 1 UrhG eine sichere Rechtsgrundlage für die digitale Langzeitarchivierung geschaffen.<sup>51</sup> Über den Verweis in § 60f Abs. 1 UrhG gilt dies auch für Archive, Museen und Bildungseinrichtungen. So wünschenswert eine klare gesetzliche Regelung auch ist, sie wirft doch Fragen auf für Privatpersonen, Unternehmen sowie für weitere in §§ 60e und 60f UrhG nicht genannten

47 Vgl.: *Steinhauer*, Recht, in: Jannidis/Kohle/Rehbein, Digital Humanities, 2017, S. 345–352.

48 Vgl.: *Raue*, ZUM 2019, 684, 684 ff.

49 Zu den technischen Hintergründen, vgl.: *Iordanidis*, Digitale Langzeitarchivierung – Risikoebenen und Lösungsstrategien im nachhaltigen Umgang mit digitalen Ressourcen, in: *Hinte/Steinhauer*, Die Digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind der Informationsgesellschaft, 2014, S. 141–160.

50 Vgl.: *Euler*, Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht, 2011, S. 163–173.

51 Im kulturpolitischen Raum ist die „digitale Langzeitarchivierung“ ein schillernder Begriff. Oft wird darunter nur die Digitalisierung von analogen Inhalten zum Zwecke der Bestandschonung und Bestandssicherung verstanden und nicht die rechtlich erheblich problematische Archivierung und Sicherung von so genannten „born digitals“, vgl. auch allgemein: *Steinhauer*, Wissen ohne Zukunft? Der Rechtsrahmen der digitalen Langzeitarchivierung von Netzpublikationen, in: *Klimpel/Euler*, Der Vergangenheit eine Zukunft : Kulturelles Erbe in der digitalen Welt, 2015, S. 142–164.

öffentliche Stellen, die ebenfalls über erhaltenswerte digitale Inhalte verfügen. Kann es sein, dass diese Inhalte ohne eine entsprechende Schrankenregelung unweigerlich auf ihre baldige Obsoleszenz zusteuern? Können digitale Inhalte künftig außerhalb von Gedächtnis- und Bildungsinstitutionen nicht mehr über mehrere Generationen hinweg überliefert und weitergegeben werden?

Diese Fragen zeigen sehr deutlich, dass die rechtlichen Grundlagen für ein umfassendes, von der ganzen Gesellschaft getragenes digitales kulturelles Gedächtnis bislang nur unzureichend entwickelt sind.<sup>52</sup> Dieser Umstand wiegt umso schwerer, als immer mehr zeitgeschichtlich und kulturell bedeutsame Inhalte und Ereignisse ausschließlich oder wenigstens überwiegend digital kommuniziert, publiziert und diskutiert werden. In der analogen Welt haben die Gedächtnisinstitutionen, allen voran die Bibliotheken das kulturelle, gesellschaftliche und politische Leben in Form von Publikationen gesammelt, dokumentiert und bewahrt. Konsequenterweise müsste dieser Sammelauftrag auch auf neue Online- und Netzformate übertragen werden.<sup>53</sup> Tatsächlich ist dies beginnend mit dem Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek im Jahre 2006 auch geschehen, indem die mit diesem Gesetz zur Deutschen Nationalbibliothek (DNB) umbenannte Die Deutsche Bibliothek (DDB) den gesetzlichen Auftrag zur Sammlung von Netzpublikationen erhalten hat.<sup>54</sup> Dem Beispiel der bundesrechtlichen Regelungen sind mittlerweile auch die meisten Bundesländer in ihren Pflichtexemplarbestimmungen gefolgt. Allerdings waren im Pflichtexemplarrecht die Besonderheiten von Netzpublikationen als unkörperlichen Medienwerken zunächst nicht beachtet worden.<sup>55</sup> So werden Online-Inhalte ja nicht wie physische Objekte abgeliefert mit dem Ergebnis, dass die jeweilige Bibliothek Eigentum an einem Werkstück erwerben konnte, sondern es werden bloß Vervielfältigungen auf den Bibliotheksservern erzeugt, die ohne die Einräumung von Nutzungsrechten allein im Rahmen von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen mehr schlecht als recht genutzt werden können. Zudem gibt es im Urheberrechtsgesetz keine Schranke, die es einer Bibliothek gestattet hätte, ein im Internet frei zugängliches Medienwerk von sich aus in ihren Bestand zu übernehmen. Die Folge war, dass die meisten Pflichtexemplarbibliotheken zwar zuständig für das Sammeln von Netzpublikationen waren, diese Zuständigkeit aber ohne eine aktive Mitwirkungen der jeweiligen Rechteinhaber gar nicht ausüben konnten. Erst mit dem

52 Vgl.: *Steinhauer*, Recht als Risiko für das kulturelle Gedächtnis: ein blinder Fleck der Technikfolgenabschätzung des digitalen Wandels, in: *Klimpel*, Mit gutem Recht erinnern: Gedanken zur Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen des kulturellen Erbes in der digitalen Welt, 2018, S. 125–136.

53 Zu konzeptionellen Fragen, vgl.: *Steinhauer*, Bibliotheksdiest 49 (2015), 1101, 1101–1113.

54 Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG) vom 22. Juni 2006, BGBl. I 2006, S. 1338; zu den Problemen des Gesetzes, vgl.: *Steinhauer*, Dialog mit Bibliotheken 28 (2016), 31, 31–36.

55 Vgl.: *Heckmann/Weber*, AfP 2008, 269, 269 ff.; *Steinhauer*, K&R 2009, 161, 161 ff.; *Steinhauer/Euler*, Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter – ist alles geregelt, oder besteht Nachbesserungsbedarf?, in: *Hinte/Steinhauer*, Die Digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stieffkind der Informationsgesellschaft?: Kulturwissenschaftliche Aspekte, technische Hintergründe und rechtliche Herausforderungen des digitalen kulturellen Speichergedächtnisses, 2014, S. 109–140.

UrhWissG wurde dieses Versäumnis durch die Einführung von § 16a DNBG nachgeholt, auf die sich nach § 21 DNBG auch die Pflichtexemplarbibliotheken der Länder berufen können.<sup>56</sup>

### VIII. Zugang und Amnesie

Das Sammeln von Publikationen und der dauerhafte Zugang zu ihnen zählen zu den Kernaufgaben der Bibliotheken. Das gilt fraglos auch für lediglich digital vorliegende Veröffentlichungen, auch wenn wegen des Wegfalls eines körperlichen Werkstücks der Rechtsrahmen komplizierter und anspruchsvoller geworden ist. Diese Komplexität ist ein Preis, den man um der einfacheren Zugänglichkeit und der im Vergleich zu gedruckten Werken erheblich größeren Nutzungsmöglichkeit gerne zu zahlen bereit ist. Wurde die enorme Ausweitung an Sichtbarkeit und Zugänglichkeit in den ersten zwei Jahrzehnten des Internet vornehmlich als eine Frage des Urheberrechts diskutiert, gewinnen seit einiger Zeit, spätestens jedoch seit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) persönlichkeitsrechtliche Fragen an Gewicht. Sofern digitale Publikationen missliebige Inhalte über natürliche Personen enthalten, kann gegen ihre weitere Verfügbarkeit ein Recht auf Vergessenwerden nach Art. 17 DSGVO in Stellung gebracht werden. In diesen Zusammenhang gehören auch Fragen der akademischen Integrität, die in Form von nicht gekennzeichneten Plagiaten gerade durch die digitale Verfügbarkeit von Publikationen immer einfacher nachgewiesen und dokumentiert werden können.<sup>57</sup> Hier stellt sich die Frage, wie mit einem solchen Fehlverhalten umgegangen, ob insbesondere betroffene Publikationen gekennzeichnet oder sogar dauerhaft unterdrückt bzw. gelöscht werden sollen. Die dauerhafte Kennzeichnung könnte mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte von Betroffenen problematisch sein,<sup>58</sup> die Unterdrückung von Inhalten jedoch die Nachvollziehbarkeit wissenschaftlicher Diskurse beeinträchtigen. Wenn Bibliotheken digitale Inhalte, so wie sie publiziert worden sind, dauerhaft zugänglich halten wollen, geraten sie mitten in die Konfliktlinien von Datenschutz und Persönlichkeitsrechten, die zu den ohnehin nicht geringen urheberrechtlichen Problemen noch hinzukommen.

56 In selbstbewusster Auslegung ihrer durch die Kulturohheit gegebenen Gesetzgebungskompetenz hatten die Länder Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein bereits eine landesrechtliche Lösung zur Einsammlung nicht abgelieferter Netzpublikationen in ihren Bibliotheksgesetzen gefunden, die nunmehr durch § 16a DNBG bundesrechtlich überformt und insoweit verdrängt wird.

57 Zum Problemfeld akademische Integrität und Bibliotheken, vgl.: *Steinhauer/Höhner*, Information Wissenschaft & Praxis 65 (2014), 25, 25 ff.

58 Vgl.: *Steinhauer*, Datenschutz in Kultureinrichtungen, Bibliotheken und Archiven, in: Specht/Mantz, Handbuch europäisches und deutsches Datenschutzrecht, Teil C. § 25 Rn. 36.

## IX. Bibliotheksrecht als Kampf um Zugang

Zu Beginn dieser Überlegungen wurde Zugang als zentrales Thema des Bibliotheksrechts benannt. Angesichts der rechtlichen Herausforderungen, die mit der Digitalisierung einhergehen, kann man den bibliotheksrechtlichen Diskurs als einen ständigen Kampf um einen möglichst guten und weiten Zugang zu Publikationen begreifen. Werden neue Dienstleistungen oder Nutzungsmöglichkeiten technisch machbar und interessant, müssen Zugangsfragen jedes Mal rechtlich neu bewertet und verhandelt werden. Das geschieht in mühsamen Gesetzgebungsverfahren, langwierigen Musterprozessen oder im fachlichen Austausch zwischen der rechtswissenschaftlichen Forschung und der Informationspraxis in Bibliotheken, Archiven, Museen und Wissenschaftseinrichtungen. Mit der in § 142 Abs. 1 UrhG vorgesehenen Evaluation des UrhWissG und der anstehenden Umsetzung der DSM-Richtlinie sowie der immer noch im Gang befindlichen Implementierung der Vorgaben der DSGVO in den Gedächtnis- und Bildungsinstitutionen werden die dabei auftretenden und zu lösenden Probleme auf absehbare Zeit sicher nicht weniger werden.