

BIBLIOTHEKEN

Dr. Frédéric Döhl^{*}

Digitaler Game Changer für die Gedächtnisinstitutionen?

– Digital Humanities, die anstehende Schranke der Urheber- und Leistungsschutzrechte zugunsten der wissenschaftlichen Nachnutzung von Korpora bei Text und Data Mining und die unadressiert gebliebene Herausforderung des rechtmäßigen Zugangs –

I. Einführung: Potential mit Problemlage

Im Frühjahr 2019 wurde die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt 2019/790 der Europäischen Union (kurz: DSM-RL) beschlossen.¹ Diese ist nun von den EU-Mitgliedsstaaten bis Juni 2021 in nationales Recht umzusetzen. Nach einem Stellungnahmeverfahren im Herbst 2019 wurde im Januar 2020 ein Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) für die erste Teilumsetzung von Richtlinieninhalten veröffentlicht, kommentiert und seitdem im Gesetzgebungsverfahren weiterentwickelt. Zu dieser ersten Teilumsetzung gehören neben den am stärksten politisierten Bereichen der DSM-RL – Plattformhaftung, Presserverlegerleistungsschutzrecht, angemessene Vergütung – auch die neuen EU-weit geltenden Schrankenregelungen für Text und Data Mining (TDM – Art. 3, 4 DSM-RL), um deren Wissenschaftsvariante (Art. 3 DSM-RL) es hier gehen wird,² für eine zweite,

* Der Verfasser ist Musikwissenschaftler und Jurist. Er ist tätig als Strategiereferent der Generaldirektion der Deutschen Nationalbibliothek. Hierneben lehrt er regelmäßig interdisziplinär als Privatdozent an der Freien Universität Berlin und als Lehrbeauftragter an verschiedenen weiteren Hochschulen. Derzeit zweitpromoviert er zum Bearbeitungsrecht an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag führt zur Adressierung einer offenen, klärungsbedürftigen Problemlage – dem rechtmäßigen Zugang – Überlegungen und vom mir verfasste Auszüge zusammen, die unabhängig voneinander entwickelt und ohne Bezug aufeinander veröffentlicht sind in: Döhl, ZfBB 2020, 213; Döhl/Zechmann, B.I.T. Online 2020, 407; Döhl, UFITA 2020, 232; Schöch/Döhl/Rettinger/Gius/Trilcke/Leinen/Jannidis/Hinzmann/Röpke, ZfdG 2020, im Erscheinen.

1 Vgl. Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.05.2019, 92.

2 Vgl. BMJV, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 15.01.2020, abrufbar unter: <https://www.bmjjv.de/Shar>

hier nur am Rande interessierende Tranche der Umsetzung liegen inzwischen ebenfalls der Entwurf und die Stellungnahmen vor.³ Die beiden Diskussionsentwürfe wurden nunmehr unter Beibehaltung der Ausführungen zum TDM im Januar zu einem Referrentenentwurf zusammengeführt, veröffentlicht am 13. Oktober 2020, hinsichtlich TDM nur mit marginalen Änderungen in Gesetzestext und Begründung verbunden.⁴ TDM ist dabei inzwischen ein Rechtsbegriff, vgl. § 60d UrhG. Und seit kurzem sogar legaldefiniert, nämlich in Art. 2 Nr. 2 DSM-RL als „Technik für die automatisierte Analyse von Texten und Daten in digitaler Form, mit deren Hilfe Informationen unter anderem – aber nicht ausschließlich – über Muster, Trends und Korrelationen gewonnen werden können“.⁵

Anknüpfungspunkt dieses Beitrags ist also kein geltendes Recht, sondern eines, das im Werden ist, aber absehbar gelten wird. Und auf das es sich für die Angesprochenen vorzubereiten gilt. Hierum geht es im Folgenden. Im Fokus steht dabei die Position der Gedächtnisinstitutionen im anstehenden neuen rechtlichen Regime: Eine Chance, die sich ihnen dadurch erstmals bieten wird (die neue Nachnutzungsoption von TDM-Korpora für Anschlussforschung)⁶ – und eine erhebliche Herausforderung, die es dafür rechtlich in den Griff zu bekommen gilt (rechtmäßiger Zugang zum Ursprungsmaterial als Voraussetzung).

Diese Frage ist deswegen klärungsbedürftig und dabei prioritätär, weil lediglich Forschungsorganisationen und Gedächtnisinstitutionen, letztere definiert unter dem synonymen Begriff Kulturerbeeinrichtungen in Art. 2 Nr. 3 DSM-RL, als einzige Privilegierte dieser neuen EU-weiten TDM-Ausnahmebestimmung der Art. 3 DSM-RL vorgesehen sind – die deutsche Umsetzung wird nach derzeitigem Stand lediglich noch Einzelforscher ausdrücklich ergänzen. Art. 3 DSM-RL führt für diese Adressatengruppen eine besondere, voraussetzungssame Schranke zugunsten von TDM zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung ein, die in einer Überarbeitung von § 60d UrhG übertragen werden wird. Und eben nur für diese. Alle anderen an TDM-interessierten Akteure – sonstige öffentliche Einrichtungen, Journalisten, forschende Privatunternehmen, Digitalwirtschaft, einfache wissbegierige Bürger usw. – sind entweder auf die Arbeit mit urheberrechtsfreiem Material verwiesen oder auf die in der Big-Data-Forschung

edDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_I_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html?nn=6705022, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

3 Vgl. BMJV, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 24.06.2020, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_II_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

4 Vgl. BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 13.10.2020, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7, zuletzt abgerufen am 21.10.2020.

5 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.05.2019, 92, 112.

6 Vgl. Dreier, GRUR 2019, 771, 772; Raue, ZUM 2019, 684, 688; Spindler, CR 2019, 277, 279 f.; Hauk/Pflüger, ZUM 2020, 383, 385; Nordemann/Waiblinger, NJW 2020, 737, 737.

des TDM kaum zu realisierende Einzellizenzierung oder auf die parallel eingeführte, voraussetzungsreiche allgemeine TDM-Schranke (Art. 4 DSM-RL, § 44b UrhG-E). Die mit Art. 3 DSM-RL neu eingeführte, in diesem Beitrag interessierende Nachnutzungsoption für Anschlussforschung gilt dort dann jedoch nicht.

Wie im Folgenden zu erörtern sein wird, besteht nicht nur ein veritables Eigeninteresse der Gedächtnisinstitutionen daran, vom anstehenden neuen, den mit dem UrhWissG 2018 eingeführten § 60d UrhG erweiternden Handlungsspielraum des Art. 3 DSM-RL / § 60d UrhG-E Gebrauch zu machen, um ihre eigenen öffentlichen Aufgaben und Dienstleistungen zeitgemäß digital weiterzuentwickeln. Da das Privileg dieser Schranke privilegiertenseitig so eng gezogen ist, werden sie sich zudem von außen, von Gesetzgeber bis Endnutzer, der Erwartung gegenübersehen, auch etwas zum Wohle aller aus dieser besonderen Kompetenz zu machen. Das tun zu können, ist ihnen jedoch nicht ohne weiteres gegeben. Neben erheblichen Herausforderungen für Bereiche wie Strategieplanung, Haushaltsmittel, IT-Infrastruktur, Personalentwicklung usw., die es letztlich parallel zur Einführung des neuen Rechts politisch zu adressieren und zu unterstützen gilt, kommt das Privileg der neuen TDM-Schranke mit einigen potentiellen rechtlichen Klippen einher, die je nach Auslegung den praktischen Gebrauchswert der Schranke stärken, aber auch erheblich einschränken könnten. Eine dieser potentiellen Klippen steht hier im Fokus: die Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs zu jenem geschützten Material, das die Basis für das TDM darstellt.

§ 44b Abs. 1, 2 S. 1 UrhG-E stellt künftig den allgemeinen Teil des TDM-Rechts dar (vgl. entsprechend ausdrücklich § 60d Abs. 1 UrhG-E). Das dort Normierte gilt gleichermaßen für die besondere TDM-Schranke zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung (§ 60d UrhG-E in Umsetzung von Art. 3 DSM-RL) als auch die allgemeine, ungleich engere TDM-Schranke (§ 44b Abs. 2 S. 2, 3 UrhG-E in Umsetzung von Art. 4 DSM-RL). In § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG-E soll es nun – Stand Referentenentwurf 13. Oktober 2020 – heißen: „Zulässig sind Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken für das Text und Data Mining“, korrespondierend zu Art. 3 Abs. 1 DSM-RL, der insoweit von „Vervielfältigungen und Entnahmen [...], zu denen sie rechtmäßig Zugang haben“ spricht.⁷ Ohne rechtmäßigen Zugang also kein Berufen auf diese Schranke. Was aber heißt rechtmäßiger Zugang? Auf diese Frage läuft dieser Beitrag zu.

7 Vgl. BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 13.10.2020, 12, abrufbar unter: https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?blob=publicationFile&v=7, zuletzt abgerufen am 21.10.2020; Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 vom 17.05.2019, 92, 113.

II. Digital Humanities: Eine Einführung

TDM ist dabei zwar inzwischen ein Rechtsbegriff. TDM ist aber ein aus der Wissenschaft entlehnter Begriff. Es ist hilfreich, zunächst seinen wissenschaftlichen Kontext zu verstehen. Um Relevanz und Potential der TDM-Schranke und ihrer anstehenden Erweiterung einordnen zu können. Um Ängste vor etwaig vermuteten Nachtteilen zu Lasten der Rechteinhaber zu nehmen. Und um Probleme präzise beschreiben zu können, die sich aus dem Zusammenspiel von nun vorgeschlagenem Gesetzestext und Praxis ergeben.

Im Blick auf das von Art. 3 DSM-RL aufgerufene Zusammenspiel von Forschungsorganisationen und Gedächtnisinstitutionen sind Heimstatt des TDM-Begriffs die Geisteswissenschaften, genauer gesagt die Digital Humanities (DH). Dort hat sich TDM neben digitaler Editionsphilologie und digitaler Ergebnispräsentation (Visualisierung, Rekonstruktion) als zentraler Arbeitsbereich herausgebildet. Es sind die DH, an die sich die Schranke zuvorderst richtet. Ihnen will die Schranke EU-weit rechtssichere Forschungsbedingungen bringen. Dies ergibt sich unmittelbar aus den Erwägungsgründen 8 und 10 der DSM-RL.

Die DH sind derzeit die zentrale, disziplinübergreifende Entwicklung in den Geisteswissenschaften.⁸ Es geht darum, zu erarbeiten, was Computerunterstützung im Kontext geisteswissenschaftlicher Fragestellungen und Forschungsgegenstände leisten kann. Und zwar nicht Computerunterstützung im alltäglichen Sinne von Textverarbeitung bis Onlinerecherche, sondern Computerunterstützung als Einsatz von „rechnenden Verfahren“ (Gerhard Lauer), „computergestützten Methoden“ (Fotis Jannidis) oder „rechnerabhängigen Verfahren“ (Sybille Krämer/Martin Huber), von „digitalen Verfahren“ (Patrick Sahle) oder „digitalen Methoden“ (Claudine Moulin, Caroline Sporleder) in den Geisteswissenschaften, wie es einige der führende Vertreterinnen und Vertreter der DH begrifflich umschreiben.⁹ Die Vielfalt der in Erprobung befindlichen digitalen Tools und methodischen Strategien ist dabei kaum überschaubar und geht in die Tausende.¹⁰

⁸ Vgl. einführend: *Döhl*, Dialog mit Bibliotheken 2020, 18; mit vielen weiteren einführenden Nachweisen auch: *Döhl*, ZfBB 2019, 4.

⁹ *Lauer*, Big Data. Das neue Versprechen der Allwissenheit, 2013, S. 99, 101; *Jannidis*, Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung 2019, 63, 69; *Krämer/Huber*, Wie Digitalität die Geisteswissenschaften verändert: Neue Forschungsgegenstände und Methoden, 2018, abrufbar unter: www.zfdg.de/sb003_013, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Sahle*, ZfdG 2015, abrufbar unter: http://www.zfdg.de/sb001_004, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Moulin*, zitiert nach *Möller*, Digital Humanities. Wie die Digitalisierung die Wissenschaft verändert, 2015, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunkkultur.de/digital-humanities-wie-die-digitalisierung-die-wissenschaft.976.de.html?dram:article_id=313420, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Sporleder*, Was sind eigentlich Digital Humanities?, 2013, abrufbar unter: <https://www.academics.de/ratgeber/digital-humanities-berufschancen>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

¹⁰ Vgl. *Barbot/Fischer/Moranville/Pozdniakov*, Tools Mentioned in the Proceedings of the Annual ADHO Conferences (2015–2019), 2019, abrufbar unter: <https://lehkost.github.io/tools-dh-proceedings/index.html>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; vgl. ergänzend hierzu auch:

Schon angesichts der omnipräsen Rolle der Computerisierung inzwischen in unserem Alltag wird klar, dass die DH ein zugleich naheliegendes und wie unvermeidliches Projekt darstellen. Sie sind dabei wie die Computerisierung in anderen Lebensbereichen auch ein ebenso mit Spannung und Neugierde wie mit Sorge und Ungewissheit wie mit mannigfältigen ganz praktischen Problemen verbundenes Projekt. Man trifft gleichermaßen auf Hoffnungen und Skepsis. Doch gleich wie man es damit hält, die DH sind ein Unternehmen, dass mit elementaren Zugangsfragen im Digitalen verknüpft ist: Zu neuem Wissen, zu alternativ gewonnenem Wissen, zu dezentral organisiertem, aber vernetztem Wissen, zu frei nutzbarem Wissen, zu öffentlich abgesichertem, neutralem und verlässlichem Wissen. Zugleich steckt hinter diesen Zugangsfragen nicht nur eine Ambition, sondern auch eine elementare Verantwortung, wie Gerhard Lauer anmerkt: „Geisteswissenschaften, die diese Daten und Informationen nur wenigen Internetfirmen überlassen, hören auf, sich ein Wissen von der Gesellschaft in Wissenschaftsform zu verschaffen.“¹¹

Die DH sind dabei keine homogene Entwicklung und daher nicht ohne weiteres zu definieren – genauso wenig wie die Rolle von TDM in ihnen.¹² Die DH streben auch nicht danach, Diversität gehört weithin zu ihrem Selbstverständnis.¹³ DH ist letztlich ein vor allem wissenschaftspolitisch gemeinter und genutzter Mantelbegriff für tatsächlich sehr heterogene geisteswissenschaftliche Anliegen und Strategien der Nutzung von Computerunterstützung, die man aber selbst nur mit Gewalt auf einen Nenner bringen kann.¹⁴

Es gehen nicht wenige davon aus, dass die DH dabei letztlich vor allem eine Brückenentwicklung sind: Dass das, was sich derzeit unter dem Lemma DH vollzieht, sollte die Entwicklung letztlich an breiter Front erfolg- und ertragreich sein, irgend-

Barbot/Fischer/Moranville/Pozdniakov, Which DH Tools are actually used in Research?, abrufbar unter: <https://weltliteratur.net/dh-tools-used-in-research/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; vgl. für Übersichten zu Tools insgesamt: <http://tapor.ca/home>; <http://dhdashboard.de>; <https://dighum.de/tools/>; <https://guides.nyu.edu/dighum/tools>; <https://wiki.digitalmethods.net/Dmri/ToolDatabase>. Sehr hilfreich immer noch, auch wenn 2016 aufgegeben und nur noch übers Internet einsehbar, ist: <https://web.archive.org/web/20190424225139/http://dirtdirectory.org/>.

11 Lauer, Geisteswissenschaft – was bleibt? Zwischen Theorie, Tradition und Transformation, 2019, S. 152, 170; vgl. ebenso: Pressner, Emerging Disciplines: Shaping New Fields of Scholarly Inquiry in and Beyond the Humanities, 2010, 27, 29.

12 Vgl. Döhl, ZfBB 2019, 4; Döhl, ZfBB 2020, 213. Selbst zentrale Einführungsliteratur, wie das *DARIAH-DE Handbuch Digital Humanities*, das deutschsprachige Standardlehrbuch von Fotis Jannidis, Hubertus Kohle und Malte Rehbein, oder die jüngst erschienene erste ausführliche (englischsprachige) DH-Einführung gezielt für Bibliothekarinnen und Bibliothekare von Emma Annette Wilson, belässt es daher bei summarischen Annäherungen an ein unabdingliches, heterogenes Feld, gekennzeichnet von hoher Dynamik, vgl.: *DARIAH-DE*, Handbuch Digital Humanities. Anwendungen, Forschungsdaten und Projekte, 2015, abrufbar unter: <https://handbuch.tib.eu/w/DH-Handbuch>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; Jannidis/Kohle/Rehbein, Digital Humanities. Eine Einführung, 2017; Wilson, Digital Humanities for Librarians, 2020.

13 Jannidis, Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung 2019, 63.

14 Vgl. Wilson, Digital Humanities for Librarians, 2020, 6.

wann schlicht aufgehen dürfte im geisteswissenschaftlichen wie im informationswissenschaftlichen Arbeiten. Dann nämlich, wenn DH-Strategien der Wissensgewinnung wie TDM genauso alltägliches Handwerkszeug der Wissensgenerierung geworden sind, wie etwa in den Geisteswissenschaften in einem Archiv nach Manuskripten zu suchen, Tiefeninterviews zu führen oder teilnehmende Beobachtungen zu machen.¹⁵ Ob die DH daher derzeit eine eigene Disziplin darstellen oder eher eine untereinander verbundene Hilfswissenschaft in verschiedenen klassischen Geisteswissenschaften oder letztlich eine Erweiterung des allgemeinen geisteswissenschaftlichen Methodenarsenals, ist demgemäß sekundär.¹⁶ Schon, weil im Digitalen Infrastruktur- und Forschungsfragen gar nicht mehr sauber zu trennen sind.¹⁷ Das Beispiel TDM steht stellvertretend hierfür. Die DH sind also gekommen, um zu bleiben, in Geisteswissenschaften wie Gedächtnisinstitutionen. Vielleicht nicht unter dem derzeitigen Namen und in der derzeitigen institutionellen Form. Aber in jedem Fall als Perspektive auf digitale Informationen und als Handwerkszeug, geisteswissenschaftliches Wissen aus diesen zu gewinnen.

Dabei ist der interdisziplinäre Anspruch, den die DH stellen, ausnehmend hoch, da DH die „ gegenseitige Durchdringung geisteswissenschaftlicher und informatischer Fragestellungen“ verlangen, wie Jan Christoph Meister und Joachim Veit anmahnen.¹⁸ Eine mehrteilige, von mir verantwortete Workshop-Reihe 2019/20 an der Deutschen Nationalbibliothek zeigte in den dortigen Erfahrungsberichten in vielfacher Weise, dass gerade an dieser Stelle in Zusammenarbeit und Projektdurchführung die Herausforderungen besonders hoch sind.¹⁹

Zugleich ist zu beachten, dass nicht wenige geisteswissenschaftliche Forschungsgegenstände sich überhaupt schlecht oder gar nicht für Modellierungen und damit datengetriebene Forschung mittels TDM eignen.²⁰ DH sind also weder die neuen Geisteswissenschaften noch die besseren Geisteswissenschaften. Im Gegenteil sind die DH derzeit gerade im Bereich TDM in starkem Maße damit beschäftigt, zu eruieren, wo es überhaupt produktive Ansatzpunkte dafür gibt, bei geisteswissenschaftlichen Forschungsfragen digitale computergestützte Verfahren einzusetzen, und was für Daten es dafür bedarf.²¹ Um etablierte geisteswissenschaftliche Positionen oder gar bestehendes Wissen aus anderer methodischer Richtung kommend zu überprüfen, dieses dabei zu

15 So der überwältigende Tenor bei den von mir 2019/20 an der Deutschen Nationalbibliothek organisierten Workshops, über die ausführlich berichtet wird in: Döhl, ZfBB 2020, 213.

16 Vgl. Kaden, Berliner Beiträge zu Digital Humanities, 2016, 1, 2f., 13, 21, abrufbar unter: <https://zenodo.org/record/50623#.XocCBC35yCU>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; König, Was sind Digital Humanities? Definitionsfragen und Praxisbeispiel aus der Geschichtswissenschaft, 2016, abrufbar unter: <https://dhdhi.hypotheses.org/2642>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

17 Vgl. Schreibman/Siemens/Unsworth, A New Companion to Digital Humanities, 2016, XVII.

18 Meister/Veit, ZfBB 2014, 263.

19 Vgl. Döhl, ZfBB 2020, 213.

20 Vgl. Döhl, Musikgeschichte ohne Markennamen. Soziologie und Ästhetik des Klavierquintetts, 2019; Döhl, Dialog mit Bibliotheken, 18.

21 Vgl. Döhl, Archiv für Musikwissenschaft 2018, 301.

bestätigen und damit zu festigen, vielleicht im Widerstreit der Ansichten durchzusetzen – oder dieses umgekehrt herauszufordern, in Frage zu stellen und alternative Thesen zu entwickeln und zu substantiiieren.²² Und um Bereiche zu erschließen, die in den Geisteswissenschaften randständig sind, etwa Massenproduktion in Trivial- und Alltagskultur, die jenseits des akademischen Mainstreams und ihren oft gut organisierten Communities von Experten liegen, Aufgaben, hinter denen aber große, händisch nicht mehr mit vertretbarem Aufwand oder schlicht gar nicht mehr händisch bewältigbare digitale bzw. digitalisierte Informationsbestände stehen: Ein bei uns an der Deutschen Nationalbibliothek derzeit durchgeführtes Forschungskooperationsprojekt zu mehreren zehntausend Heftromanen ist ein charakteristisches Beispiel hierfür.²³

Einen trefflichen Überblick über und Einstieg in die tatsächlich gelebte Forschungspraxis der DH in Deutschland und der derzeitigen Beteiligung der Gedächtnisinstitutionen daran geben die umfangreichen Programme und Abstractsammlungen zu den seit 2014 stattfindenden Jahrestagungen des DHD.²⁴

Der systematische Kompetenzaufbau in den DH in Deutschland hat in den 2010er Jahren enorm Fahrt aufgenommen: Mit der Entwicklung einer ebenso differenzierten wie hochwertigen wie auf DH als Schnittbereich dezidiert fokussierten Ausbildungslandschaft im deutschsprachigen Hochschulsystem an breiter Front.²⁵ Mit dem Aufbau zweier großer Infrastrukturvorhaben, CLARIN-D (seit 2012, Common Language Resources and Technology Infrastructure) und DARIAH-DE (seit 2011, Digital Research Infrastructure for the Arts and Humanities), und nunmehr seit 2019 ihrer Fusion zu CLARIAH-DE.²⁶ Mit der Gründung 2012 des DH-Fachverbandes DHd (Digital Humanities im deutschsprachigen Raum) als zentraler Plattform des Austausches.²⁷ Mit der Beteiligung an der 2018 begonnenen und 2020 mit den ersten Konsortien star-

22 Vgl. *Jannidis*, Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung 2019, 63, 70.

23 Vgl. *Jannidis/Konle/Leinen*, DHd 2019 – Digital Humanities: multimedial & multimodal, 2019, 168, abrufbar unter: <https://zenodo.org/record/2596095#.XpGVYC35ygQ>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

24 Vgl. stellv. die Abstracts der DHd-Jahrestagungen 2015 bis 2020, abrufbar unter: <http://gams.uni-graz.at/o:dhd2015.abstracts-gesamt>; http://dhd2016.de/sites/default/files/dhd2016/files/boa-2.0_ohne_Vorwort.pdf; www.dhd2017.ch/wp-content/uploads/2017/02/Abstractband_ergaenzt.pdf; <https://zenodo.org/record/3684897#.XnngdS2X-u4>; <https://zenodo.org/record/2596095#.XnngLi2X-u4>; <https://zenodo.org/record/3666690#.XnngQi2X-u4>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

25 Vgl. Digital Humanities Course Registry, abrufbar unter: <https://dchr.clarin-dariah.eu/courses/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; Studienstandorte Digital Humanities im deutschsprachigen Raum, abrufbar unter: <https://dig-hum.de/Studienstandorte>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020. Einen guten Überblick über den Stand der Dinge zu Beginn der 2010er Jahre in Deutschland geben: CCeH, Digitale Geisteswissenschaften, 2011, abrufbar unter: https://dig-hum.de/sites/dig-hum.de/files/cceh_broschuereweb.pdf, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Sable, DH studieren!* Auf dem Weg zu einem Kern- und Referenzcurriculum der Digital Humanities, 2013, abrufbar unter: <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/dariah-de/dwp-2013-1.pdf>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

26 CLARIAH-DE, abrufbar unter: <https://www.clariah.de>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

27 DhD, abrufbar unter: <https://dig-hum.de>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; Der zentrale Blog der DH in Deutschland ist abrufbar unter: <https://dhd-blog.org>, zuletzt abgerufen am

tenden Initiative für eine Nationale Forschungsdateninfrastruktur (NFDI),²⁸ zunächst insbesondere dem in der ersten Runde bewilligten NFDI4Culture.²⁹ Mit der Gründung zahlreicher DH-Hochschulzentren, beginnend mit GCDH (Göttingen, 2009) und CCeH (Köln, 2009), denen zuvor nur das Trier Center for Digital Humanities (Trier, 1998) vorausgegangen war.³⁰

Das Feld der DH professionalisiert sich also gerade als disziplinäre Szene und wächst spürbar über Leuchtturmakteure und -projekte hinaus. Gut 90 ausgeschriebene Professuren im deutschsprachigen Bereich seit 2008 sind ein schlagender Indikator für die Wucht dieser Entwicklung, die hierzulande sich bar manch Jahrzehnte alten Vorfäders vor allem eben in den 2010er Jahren entfaltet hat.³¹ An deren Ende erobt das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) die DH dann sogar zur eigenständigen akademischen Disziplin.³²

Diese Dynamik hat erheblich befördert, dass in Deutschland mit dem UrhWissG mit § 60d UrhG zum März 2018 auch bereits eine – zunächst auf fünf Jahre befristete – TDM-Schranke eingeführt worden ist. Hinter dieser Entscheidung und der für die nun anstehende erweiterte Fassung der Schranke (§§ 44b, 60d UrhG-E) steht also eine nachhaltige, schlagkräftige wissenschaftliche Entwicklung von breiter Relevanz und Resonanz. Hieran hat auch der europäische Richtliniengeber angeknüpft, in dem er die Einführung der Schranke des Art. 3 DSM-RL u.a. damit begründet, das „die Unterstützung durch die Digitaltechnik in der Forschung immer wichtiger wird“ und ohne eine entsprechende Rechtssicherheit für TDM-Forschung „die Wettbewerbsposition der Union in der Forschung hiervon beeinträchtigt wird“.³³

Es ist also zwar noch nicht abschätzbar, welche praktische Relevanz die neue erweiterte TDM-Schranke am Ende tatsächlich entwickeln wird. Und welcher wissenschaftliche Wert sich mit ihrer Hilfe generieren lassen wird. Es verbinden sich aber mit TDM

01.07.2020; die zentrale Onlinebibliographie ist abrufbar unter: https://www.zotero.org/groups/113737/doing_digital_humanities_-_a_dariah_bibliography, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

28 Vgl. Rat für Informationsinfrastrukturen, NFDI, abrufbar unter: <http://www.rfii.de/de/nationale-forschungsdateninfrastruktur-nfdi/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; GWK, Informationsinfrastrukturen/NFDI, 2020, abrufbar unter: <https://www.gwk-bonn.de/themen/weiter-e-arbeitsgebiete/informationsinfrastrukturen-nfdi/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

29 Vgl.: NFDI4Culture – Consortium for research data on material and immaterial cultural heritage, abrufbar unter: <https://nfdi4culture.de>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

30 Die Internetauftritte der DH-Hochschulzentren sind abrufbar unter: www.gcdh.de/en/; <http://ccceh.uni-koeln.de/>; <http://dch.phil-fak.uni-koeln.de/>; <http://kompetenzzentrum.uni-tier.de/de/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; vgl. zu diesen: Burghardt/Wolff, Information. Wissenschaft & Praxis 2015, 313.

31 Vgl. Sahle, Professuren für Digital Humanities, 2020, abrufbar unter: <https://dhd-blog.org/?p=11018>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020. Stand 06.02.2020 zählt Sahle 85 Professuren. Hierach gab es noch ein gutes halbes Dutzend weiterer Ausschreibungen, u.a. in Berlin, Detmold, München, Vechta, und Würzburg.

32 Vgl. BMBF, Newsletter August 2018, abrufbar unter: www.research-in-germany.org/en/info-service/newsletter/newsletter-2018/august-2018/digital-humanities--the-rise-of-a-new-academic-discipline.html, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

33 Vgl. ErwGr 10 DSM-RL.

die größten Hoffnungen, insbesondere hinsichtlich der Aufarbeitung großer Informationsmengen aus geisteswissenschaftlicher Perspektive sowie dem Erkunden wenig erschlossener Kultur- und Gesellschaftsbereiche, von denen es in durchweg kanonfixierten Geisteswissenschaften sehr viele gibt.³⁴ Zugleich zeigte die besagte Workshop-Reihe 2019/20 an der Deutschen Nationalbibliothek ebenso wie die Beteiligung des Hauses an externen DH-Veranstaltungen und dem NFDI-Prozess durchweg, dass auf breiter Front ein starker Fokus der strategischen Überlegungen der WissenschaftlerInnen auf den von TDM aufgeworfenen Rechtsfragen und dem jeweils geltenden Recht liegt.³⁵ Daher dürfte sich zeitnah nach in Kraft treten der neuen Regeln ein hoher Bedarf und ein breites Interesse in den digitalen Geisteswissenschaften ergeben, zu erproben und zu erkunden, was nun vor dem Hintergrund der dann geltenden erweiterten Schranke forschend alles möglich sein wird, was bislang nicht ging.³⁶

III. Digital Humanities und Gedächtnisinstitutionen

Letzteres gilt nun gleichermaßen für die von der Schranke privilegierten Forschungsorganisationen wie für die ebenfalls adressierten Gedächtnisinstitutionen.

Lange traten nur vergleichsweise wenige Gedächtnisinstitutionen wie ausgewählte Bibliotheken mit wissenschaftsnahem Aufgabenprofil im DH-Kontext verstärkt in Erscheinung, wie man stellvertretend z.B. daran ablesen kann, wer wiederkehrend aktiv mit Input an den seit 2014 stattfindenden Jahrestagungen des DHd teilnimmt.³⁷ Und selbst jene Bibliotheken im deutschen, aber zum Vergleich auch im europäischen Kontext, die schon einen verstärkten Bezug zu den DH, bisweilen sogar eigene proaktive Strukturen von Planstellen bis DH-Labs, ausgebildet haben, sind bislang kaum im Kernbereich der DH engagiert, nämlich der besagten Analyse und Interpretation von Daten zur Beantwortung geisteswissenschaftlicher Fragen bzw. der Überprüfung geisteswissenschaftlicher Thesen, wie der aktuelle, 2019 erarbeitete Report „Europe’s Digital Humanities Landscape“ der LIBER Digital Humanities & Digital Cultural Heritage Working Group zeigt.³⁸ Freilich ist auch hier seit einiger Zeit deutliche Bewegung

34 Vgl. *Jannidis*, Digitale Literaturwissenschaft, 2016, abrufbar unter: <https://diggeist.hypotheses.org/114>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

35 Vgl. Döhl, ZfBB 2020, 213.

36 Vgl. ausführlich zum Ausmaß der rechtlichen Grenzen für die Forschung derzeit: *Schöch/Döhl/Rettinger/Gius/Trilcke/Leinen/Jannidis/Hinzmann/Röpke*, ZfdG 2020, Einleitung, im Erscheinen.

37 Vgl. stellv. die Abstracts der DHd-Jahrestagungen 2015 bis 2020, abrufbar unter: <http://gams.uni-graz.at/o:dhd2015.abstracts-gesamt>; http://dhd2016.de/sites/default/files/dhd2016/files/boa-2.0_ohne_Vorwort.pdf; www.dhd2017.ch/wp-content/uploads/2017/02/Abstractband_ergaenzt.pdf; <https://zenodo.org/record/3684897#.XnngdS2X-u4>; <https://zenodo.org/record/2596095#.XnnqIi2X-u4>; <https://zenodo.org/record/3666690#.XnngQi2X-u4>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

38 Vgl. *Wilms/Derven/O’Dwyer/Lingstadt/Verbeke*, Europe’s Digital Humanities Landscape: A Study from LIBER’s Digital Humanities & Digital Cultural Heritage Working Group, 2019, 15, abrufbar unter: https://zenodo.org/record/3247286#.XnoDOy2X_q1, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

festzustellen, ablesbar etwa am Bereich der DH-Fachveröffentlichungen, die vermehrt mit Bibliothekshintergrund und -perspektive erscheinen.³⁹

Das kommt nicht von ungefähr, wovon auch der Richtliniengeber ausging in seiner Begründung, warum Gedächtnisinstitutionen von der Schranke der Art. 3 DSM-RL privilegiert werden sollen: „Von Nutzen ist diese Technik zudem [...] für Einrichtungen des Kulturerbes, da diese möglicherweise ebenfalls Forschung im Zusammenhang mit ihrer hauptsächlichen Tätigkeit betreiben könnten.“⁴⁰

Die DH und mit ihnen TDM sind nämlich in der Tat in vielfacher Hinsicht relevant für die Gedächtnisinstitutionen, die weit über das Bereitstellen von Material für TDM durch ihre regulären Nutzer hinausgehen. Denn auch ihre Aufgaben und Gegenstände digitalisieren sich zunehmend und ganz generell und damit die Anforderungen an ihre Arbeit. Ebenso wie die Erwartungen an ihre Dienstleistungen und die dazugehörigen

- ³⁹ Vgl. einführend in den Diskurs im und um den Bereich der Bibliotheken stellv.: *Rapp*, Evolution der Informationsinfrastruktur. Kooperation zwischen Bibliothek und Wissenschaft, 2013, 3455; *Vandegrift/Varner*, Journal of Library Administration 2013, 67; *Ceynowa*, ZfBB 2014, 235; *Meister/Veit*, ZfBB 2014, 263; *Ball/Wiederkehr*, *Vernetztes Wissen. Online. Die Bibliothek als Managementsaufgabe*, 2015; *Hartsell-Gundy/Braunstein/Golomb*, Digital Humanities in the Library: Challenges and Opportunities for Subject Specialists, 2015; *Hug/Missomelius*, Die Bibliothek in der Zukunft. Regional – Global: Lesen, Studieren und Forschen im Wandel, 2015, 203; *Kenner*, Digital Humanities Quarterly 2015; *Sacco/Richmond/Parme/Wilkes*, Supporting Digital Humanities for Knowledge Acquisition in Modern Libraries, 2015; *Ceynowa*, Bibliothek – Forschung und Praxis 2016, 411; *Degkwitz*, Bibliothek der Zukunft. Zukunft der Bibliothek, 2016, 24; *Drees*, Perspektive Bibliothek 2016, 25; *Klein*, O-Bib. Das Offene Bibliotheksjournal 2016, 75; *Maier*, Digital Humanities und Bibliothek als Kooperationspartner, 2016, abrufbar unter: <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/dariah-de/dwp-2016-19.pdf>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Howard/Fitzgibbons*, Developing Digital Scholarship. Emerging Practices in Academic Libraries, 2016, 43; *Kaden*, Berliner Beiträge zu Digital Humanities, 2016, abrufbar unter: <https://zenodo.org/record/50623#.XocCBC35yCU>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Mittler*, Bibliothek – Forschung und Praxis 2016, 213; *Muñoz*, Laying the Foundation: Digital Humanities in Academic Libraries, 2016, 3; *Wong*, Libraries and the Academy 2016, 669; *Fansa*, Bibliothek – Forschung für die Praxis, 2017, 548; *Kamposiori*, The Role of Research Libraries in the Creation, Archiving, Curation, and Preservation of Tools for the Digital Humanities. RLUK Report, 2017, abrufbar unter: <https://www.ruk.ac.uk/wp-content/uploads/2017/07/Digital-Humanities-report-Jul-17.pdf>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Ceynowa*, Kooperative Informationsinfrastrukturen als Chance und Herausforderung, 2018, 55; *Hilgert*, ZfBB 2018, 195; *Kear/Joranson*, Digital Humanities, Libraries, and Partnerships. A Critical Examination of Labor, Networks, and Community, 2018; LIBER DH and DCH Working Group, A Mini Survey of Digital Humanities in European Research Libraries, 2018, abrufbar unter: <https://libereurope.eu/blog/2018/08/27/a-mini-survey-of-digital-humanities-in-european-research-libraries/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Upmeier*, ZGE 2018, 301; *Bottis/Papdopoulos/Zampakolas/Ganatsiou*, Open Journal of Philosophy 2019, abrufbar unter: <https://doi.org/10.4236/ojpp.2019.93024>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Brandtner/Lauer/Reuter*, ABI Technik 2019, 171; *Döhl*, ZfBB 2019, 4; *Millson-Martula/Gunn*, The Digital Humanities: Implications for Librarians, Libraries, and Librarianship, 2019; *Chambers*, *Digital Humanities. An Introduction for Librarians*, 2020; *Döhl*, Dialog mit Bibliotheken 2020, 18; *Wilson*, Digital Humanities for Librarians, 2020; *Döhl*, ZfBB 2020, 213; *Döhl/Zechmann*, B.I.T. Online 2020, 407.
- ⁴⁰ Vgl. ErwGr 8 DSM-RL.

Nutzeranfragen. Wie viel TDM mit gedächtnisinstitutionellem Kerngeschäft und Kernaufgaben zu tun hat, wird sofort klar, wenn man sich bewusst macht, dass TDM, das zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung zu erfolgen hat, darüber hinaus zugleich gedächtnisinstitutionelle Nebenzwecke verfolgen und fördern darf, das heißt solche der Erschließung, Informationsvernetzung, Suchtooloptimierung, Kulturvermittlung usw. Darüber hinaus rückt die neue Nachnutzungsoption eine gezielte strategische Entwicklungsarbeit am eigenen Bestand über TDM in den Bereich des Möglichen. Man kann die DH und mit ihnen TDM daher als Teil einer im Entstehen befindlichen systematischen Digitalisierungsstrategie für die Kultureinrichtungen verstehen, wie sie sich derzeit im Arbeitsprogramm der Bundesregierung als Auftrag findet.⁴¹

Umgekehrt sind die Gedächtnisinstitutionen natürlich in der Tat von existentieller Bedeutung für die DH. Denn sie sind es zuvorderst, die im öffentlichen Auftrag riesige Bestände an digitalen und digitalisierbaren Kulturinformationen verwalten. Sie haben das Knowhow in Datensammlung, -erschließung, -standards und -archivierung. Sie durften bislang einzig TDM-Korpora nach Projektende aufbewahren. Und sie bekommen mit dem anstehenden neuen TDM-Recht hinsichtlich der dann greifenden Nachnutzungsoption für eben diese Korpora künftig eine strategische Schlüsselstellung zugewiesen hinsichtlich der weiteren Entwicklung der DH.

In und durch die DH ist die klassische Rollenverteilung zwischen Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen daher spürbar in Bewegung geraten. Darauf wies bereits jüngst die PARTHENOS-Studie zur mittelfristigen Weiterentwicklung der DH hin, 2019 im Rahmen des Horizon-2020-Programms der EU-Kommission erstellt. Hier werden die Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen nicht hierarchisch, sondern ausdrücklich auf Augenhöhe adressiert: „The [PARTHENOS] foresight study was designed to address how digital research methods in the digital humanities and cultural heritage sector may develop over the next 5–10 years [...].“⁴² Die neue rechtliche Entwicklung, um die es sogleich gehen wird, die Erweiterung der Urheberrechtsschranke für TDM zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung (§ 60d UrhG-E), hat dabei das Potential, eben diesen Trend nochmals zu forcieren und zu intensivieren.

IV. TDM: Die alte Rechtslage

Der Nutzungsspielraum, den das Recht jeweils gewährt, ist natürlich nicht der einzige Faktor, der die Entwicklung der DH dabei in Forschung und Gedächtnisinstitutionen

- 41 Vgl. BKM, Digitalisierung gestalten, 2019, 110, 115, 130, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/1605036/61c3db982d81ec0b4698548fd19e52f1/digitalisierung-gestalten-download-bpa-data.pdf?download=1>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.
- 42 Vgl. Hedges et. al., Digital Humanities Foresight, The Future Impact of Digital Methods, Technologies, and Infrastructures, 2019, 7, abrufbar unter: <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/dariah-de/dwp-2019-40.pdf>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020. Vgl. für die volle PARTHENOS foresight study: https://zenodo.org/record/2662490#.Xh8RrS2X_dc, zuletzt abgerufen am 01.07.2020. Vgl. für eine Bewertung aus Bibliothekssicht: Wuttke/Spiecker/Neuroth, Bibliothek – Forschung und Praxis 2019, 11.

leitet, begrenzt und kontrolliert. Viele geisteswissenschaftlich relevante Gegenstände und Quellentypen lassen sich wie skizziert schon gar nicht ohne weiteres oder nur mittelbar und unvollständig oder gar überhaupt nicht in mit Computerunterstützung verarbeitbare und mittels TDM-Verfahren analysierbare Daten übersetzen. Sie sind daher aber geisteswissenschaftlich nicht weniger wichtig. Aber es gibt eben Bereiche, wo derart exakte, im naturwissenschaftlichen Sinne verifizierbare Methoden zur Identifikation von Mustern, Trends, Korrelationen und Prinzipien auch geisteswissenschaftlich einsetzbar sind. Und es gibt Bereiche, wo dies in geisteswissenschaftlicher Forschung seit jeher als wissenschaftliche Strategie im Fokus steht, völlig unabhängig von der Frage nach den Möglichkeiten der Computerunterstützung.⁴³ Gerade in Sachen TDM sind die DH daher selbst immer noch dabei, überhaupt erst einmal zu klären, wo diese Verfahren geisteswissenschaftlich produktiv einsetzbar sind. Der „ganze Prozess ist immer noch vom Basteln und Ausprobieren gekennzeichnet [...] Mit welchen digitalen Methoden welche interessanten Ergebnisse für die Geistes- und Kulturwissenschaften ermittelt werden können, ist eine weitgehend offene Frage“, wie Fotis Jannidis erläutert.⁴⁴ Jenseits weniger disziplinärer Kontexte wie der Computerlinguistik (computerunterstützte Sprachwissenschaft) oder der Archäoinformatik (computerunterstützte Archäologie) sind die DH als organisierte, breit aufgestellte Bewegung dabei nach wie vor vergleichsweise jung. Und gerade im Arbeitsbereich TDM bislang viel mehr praktisch-explorativ projektgetrieben denn systematisch theoriegetrieben.⁴⁵ Das bringt mit sich, dass zahlreiche grundlegende Fragen noch gar nicht beantwortet sind, von den Qualitätsstandards und den Bedingungen der Nachnutzbarkeit von Forschungsdaten über die Reproduzierbarkeit von Forschungsergebnissen (replication/reproducibility crisis) bis hin zu der Kardinalfrage, was DH leisten kann, was herkömmliche Geisteswissenschaft nicht auch schon so gelingt.

Aber auch wenn das Recht nicht der einzige Faktor ist, der das Feld der DH in seinen Möglichkeiten und Grenzen derzeit umtreibt und prägt, er ist doch ein zentraler, allseits im Fokus stehender.⁴⁶ Bei der Frage nach der Machbarkeit und damit des Zugangs zu der Strategie der TDM-basierten Wissensgenerierung von Netzwerkanalyse über Sentimentanalyse und Stylometrie bis Topic Modeling rückt das Urheber- und Leistungsschutzrecht nämlich immer dann mit Nachdruck in den Fokus, wenn man sich mit den jeweiligen Forschungsfragen und -gegenständen innerhalb der Schutzfristen bewegt. Das TDM selbst ist zwar regelmäßig keine urheberrechtsrelevanten Handlung, sehr wohl aber all die Vervielfältigungs- und Bearbeitungsschritte, die mit der

⁴³ Lauer, Geisteswissenschaft – was bleibt? Zwischen Theorie, Tradition und Transformation, 2019, 152, 162.

⁴⁴ Jannidis, Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung 2019, 63, 70.

⁴⁵ Was Grund für die Gründung einer AG Digital Humanities Theorie im DHd war, vgl.: Geiger, Workshop auf der DHd 2020 in Paderborn, 2020, abrufbar unter: <https://dhtheorien.hypotheses.org/210>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

⁴⁶ Vgl. ausführlich zum Ausmaß der rechtlichen Grenzen für die Forschung derzeit: Schöch/Döhl/Rettinger/Gius/Trilcke/Leinen/Jannidis/Hinzmann/Röpke, ZfdG 2020, Einleitung, im Erscheinen.

Korpusbildung einhergehen – das Recht spricht seit dem UrhWissG stellvertretend von „Normalisierung, Strukturierung und Kategorisierung“ (§ 60d Abs. 1 Nr. 1 UrhG) – und gegebenenfalls auch das, was nach der Analyse in der Ergebnispräsentation von der Verfasstheit und ästhetischen Identität der analysierten Werke wieder sichtbar wird. Deswegen bedarf es einer Schranke hinsichtlich der betroffenen Urheber- und Leistungsschutzrechte, will man nämlich mit Ursprungsmaterial forschen, das innerhalb der Schutzfristen und oberhalb der Schöpfungshöhe liegt.

Faktisch ist TDM zu wissenschaftlichen Zwecken im Zeithorizont des „living memory“ ohne eine solche Schranke in nennenswerter Weise nicht rechtssicher möglich. Eine solche Schranke ist dabei deswegen an dieser Stelle entscheidend für diesen Forschungsbereich, weil es hierbei regelmäßig um Massenverfahren mit großen Datensätzen geht, vielfach automatisiert oder teilautomatisiert, die Einzellizenzierungen, ja selbst schon wissenschaftliche Quellenangaben im Sinne des Zitatrechts regelmäßig faktisch unmöglich machen. Sie ist aber jedenfalls aus Sicht des Gesetzgebers als Beschränkung der betroffenen Urheber- und Leistungsschutzrechte auch angemessen, da es bei TDM eben nicht um Werk- und gegebenenfalls Darbietungsgenuss sowie Mediennutzung im eigentlich rechtlich geschützten Sinne geht, sondern lediglich⁴⁷ um Informationen in den Werken und ihren medialen Repräsentationen, die als Informationen im Übrigen meist für sich genommen ohnehin nicht schutzberechtigt sind. Zugleich kommt es bei TDM regelmäßig weder zu einer Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Urhebers noch der Verwertungsmöglichkeiten von Urhebern und Leistungsschutzberechtigten am Werk und seinen medialen Manifestationen als Buch, Tonträger, Film usw.⁴⁸

Das Fehlen einer rechtssicheren Arbeitsgrundlage war daher lange ein limitierender Faktor für die DH in Deutschland, verglichen etwa mit den dominierenden USA⁴⁹ – mit spürbaren Konsequenzen: Es hat ohne wissenschaftliche Gründe insbesondere zu einem Forschungsschwerpunkt der DH hierzulande im sogenannten, langen 19. Jahrhundert⁵⁰ (bis etwa zum Ende des Ersten Weltkriegs) geführt hat; zusätzlich befördert dadurch, dass parallel zu den rechtlichen Gegebenheiten noch andere bestehen, denn weiter zurück als ca. 1800 ist z.B. die Qualität der Resultate automatischer Texterkennung/OCR regelmäßig (noch) nicht gut genug für derartige Forschungsarbeit.⁵¹ Neben Konsequenzen für den zeitlichen Forschungsschwerpunkt hatte das Fehlen von rechtssicheren Arbeitsgrundlagen zugleich zudem Auswirkungen auf die Priorisierung der bevorzugten Forschungsmedien. Faktisch wurde hierdurch nämlich die Konzentration auf das Medium Text nachhaltig befördert.⁵² Man denke als schlagendes Beispiel nur daran, dass Film und Tonaufnahmen – und dies zunächst in kleiner Stückzahl und bescheidener Qualität – überhaupt erst zum Ende des 19. Jahrhunderts auf-

47 Vgl. ErwGr 16 DSM-RL.

48 Vgl. Carroll, UC Davis Law Review 2019, 893.

49 Vgl. Schöch/Döhl/Rettinger/Gius/Trilcke/Leinen/Jannidis/Hinzmann/Röpke, ZfdG 2020, im Erscheinen.

50 Vgl. Döhl/Zechmann, B.I.T. Online 2020, 407; Schöch/Döhl/Rettinger/Gius/Trilcke/Leinen/Jannidis/Hinzmann/Röpke, ZfdG 2020, im Erscheinen.

kommen. Der klassische Verweis in Kontexten von Diskussionen über Urheberrechts-schranken, nämlich doch einfach auf rechtsfreies Ursprungsmaterial zurückzugreifen, läuft hier als leer und geht damit fehl. Denn die DH können TDM-Forschung an der Gegenwart nicht durch Forschung am 19. Jahrhundert ersetzen: Der Gegenstand ist schlicht in weiten Teilen ein substantiell anderer, inhaltlich wie medial.

Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber Anfang 2018 unter Bezugnahme auf die allgemeinen Ausnahmen und Beschränkungen zugunsten von Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 Buchst. a) und die 2001 in der sogenannten InfoSoc-RL 2001/29/EG (InfoSoc-RL) EU-weit gewährten und vollharmonisierten Vervielfältigungsrechte von Urhebern und Leistungsschutzberechtigten (Art. 2) besagte TDM-Schranke eingeführt: § 60d UrhG.⁵¹ Rechtmäßigen Zugang zum Ursprungsmaterial und nichtkommerziellen wissenschaftlichen Zweck vorausgesetzt, wurde hiermit u.a. rechtssicher zulässig, Korpora aus Werken jedweder Art für TDM zu erstellen, einschließlich aller dafür erforderlichen Bearbeitungs- und Vervielfältigungshandlungen etwa des Digitalisierens, Normalisierens, Strukturierens, Kategorisierens, Sortierens, Annotierens, Kombinierens aus verschiedenen Quellen usw. Die darauf aufbauende Analyse selbst tangiert dann das UrhG nicht.

V. TDM: Die neue Rechtslage

Das bis spätestens Juni 2021 national umzusetzende neue TDM-Recht wird viel davon bestätigen, was in Deutschland durch das UrhWissG ohnehin schon seit März 2018 Recht ist und damit Arbeitsgrundlage u.a. auch der Gedächtnisinstitutionen.⁵² Das neue Recht wird zudem einige Unklarheiten sowie manch praktisches Hemmnis (z. B. Vergütungspflicht, Pflicht zur Quellenangabe) beseitigen. Vor allem bringt das neue Recht aber zwei weitreichende Änderungen.

Der erste Punkt betrifft die Adressierung der Gedächtnisinstitutionen. In Sachen TDM sind diese derzeit lediglich indirekt vom Gesetzgeber angesprochen. Sie werden aber nicht zum eigenständigen TDM aufgerufen. Vielmehr werden sie nur implizit zum erlaubnisfreien TDM ermächtigt, wobei ausdrücklich vom Gesetzgeber an Servicedienstleistungen für Dritte gedacht wird.⁵³ Sie sind berechtigt, weil akteurseitig

⁵¹ Vgl. an rechtswissenschaftlicher Literatur zum UrhWissG und § 60d UrhG insbesondere: Spindler, GRUR 2016, 1112; Berger, GRUR 2017, 953; de la Durantaye, GRUR 2017, 558; Raué, GRUR 2017, 11; Raué, CR 2017, 656; Schack, ZUM 2017, 802; Pflüger/Hinte, ZUM 2018, 153; Specht, Ordnung der Wissenschaft 2018, 285; Spindler, ZGE 2018, 273; Upmeier, ZGE 2018, 301.

⁵² Vgl. zur geltenden Rechtslage die Kommentierungen von § 60d UrhG in Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 60d Rn. 1 ff.; Fromm/Nordemann-Nordemann/Nordemann/Czychowski, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, 60d Rn. 1 ff.; BeckOK Urheberrecht-Hagemeier, 28 Ed. Stand: 15.07.2019, § 60d Rn. 1 ff.; Wandtke/Bullinger-Bullinger, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 60d Rn. 1 ff.; Spindler/Schuster-Anton, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 60 d Rn. 1 ff.

⁵³ Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 18/12329, S. 41: „Derjenige darf die notwendigen Handlungen auch von Dritten vornehmen lassen, z. B. von Mitarbeitern einer Bibliothek.“

schlicht keine Begrenzung stattfindet, sondern nur über den Zweck: wissenschaftliche Forschung mittels TDM an Beständen, zu denen man rechtmäßigen Zugang hat.⁵⁴ Im neuen EU-Recht werden die Gedächtnisinstitutionen hingegen nun ausdrücklich als Akteure des TDM adressiert (§ 60d Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E in Umsetzung von Art. 2 Nr. 2, 3 Abs. 1 DSM-RL).⁵⁵ Mehr noch werden sie eben zu TDM privilegiert, anstelle vieler anderer potentiell privilegierungsfähiger Akteursgruppen die auf Art. 4 DSM-RL, § 44b Abs. 2 S. 2, Abs. 3 UrhG-E verwiesen bleiben. Und sie werden zu TDM privilegiert nicht nur in ihrer (auch weiterhin natürlich zentralen) Funktion als Service-dienstleister für externe Forschende, sondern sowohl in Kooperation auf Augenhöhe mit diesen als auch gänzlich unabhängig von ihnen. Das heißt, es entsteht erstens eine politische Pflicht/Verantwortung, sich aktiv mit dem Bereich TDM zu beschäftigen, ihn gar strategisch als Priorität auszubauen. Und es entsteht zweitens das Privileg, selbst inhaltlich die Agenda mitzugestalten, wo und wie TDM zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung eingesetzt wird. Das ist als Legitimationsgrundlage ein entscheidender Schritt. Wenn eine Gedächtnisinstitution künftig aktiv im Bereich TDM-Forschung engagiert, nimmt sie sich nicht etwas heraus, das sie gegebenenfalls gegenüber Trägern, Rechteinhabern oder Endnutzern zu vertreten hat. Sie setzt einen expliziten Auftrag des Gesetzgebers an sie um.

Der zweite Punkt betrifft die erweiterten Kompetenzen, die die neue Fassung der TDM-Schranke gewähren wird. Denn die TDM-fähigen Korpora, die zusammengestellt und bearbeitet werden aus Ursprungsmaterial, zu dem man rechtmäßigen Zugang hat, werden nun auch zur wissenschaftlichen Anschlussforschung aufhebbar und nachnutzbar (§ 60d Abs. 4 S. 1, Abs. 5 UrhG-E).⁵⁶ Das ergibt sich im anstehenden neuen nationalen Recht unmissverständlich daraus, dass § 60d Abs. 1 UrhG-E nicht auf § 44b Abs. 2 S. 2 UrhG-E verweist, sondern nur auf S. 1, sowie daraus, dass § 60d Abs. 4 S. 2 UrhG-E im Einklang mit Art. 3 DSM-RL kein Löschen nach Projektende mehr fordert. Im derzeit geltenden Recht sind diese TDM-fähigen Korpora nach Projektende grundsätzlich zu löschen (§ 60d Abs. 3 S. 1 UrhG) und dürfen allenfalls zur Überprü-

54 Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 18/12329, S. 41.

55 Vgl. an rechtswissenschaftlicher Literatur zur DSM-RL, die den Art. 2–4 bzw. ihrer Umsetzung ins nationale Recht überhaupt größere Aufmerksamkeit schenkt insbesondere: *Bottis/Papdopoulos/Zampakolas/Ganatsiou*, Open Journal of Philosophy 2019, abrufbar unter: <https://doi.org/10.4236/ojpp.2019.93024>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Bottis/Papdopoulos/Zampakolas/Ganatsiou*, Erasmus Law Review 2019, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3501670, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Dreier*, GRUR 2019, 771; *Flechsig*, JurPC 2019, abrufbar unter: <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20190145>, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Ducato/Strowel*, IIC – International Review of Intellectual Property 2019, 649; *Geiger/Frosio/Bulayenko*, Propiedad intelectual y mercado único digital europeo, 2019, 27; *Raue*, ZUM 2019, 684; *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 433; *Spindler*, CR 2019, 277; *Steinbrecher*, MMR 2019, 639; *Hauk/Pflüger*, ZUM 2020, 383; *Quintais*, European Intellectual Property Review 2020, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424770, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; *Raue*, ZUM 2020, 172; *Stieper*, GRUR 2020, 1.

56 Vgl. *Dreier*, GRUR 2019, 771, 772; *Raue*, ZUM 2019, 684, 688; *Spindler*, CR 2019, 277, 279 f.; *Hauk/Pflüger*, ZUM 2020, 383, 385; *Nordemann/Waiblinger*, NJW 2020, 737, 737.

fung wissenschaftlicher Qualität bei bestimmten Institutionen aufgehoben und verwendet werden (§ 60d Abs. 3 S. 2 UrhG).

Das ist natürlich ein potentieller Game Changer, nicht nur für die DH, sondern auch für die Gedächtnisinstitutionen: Auch nur darüber nachzudenken, wie eine gezielte strategische Entwicklungsarbeiten am eigenen digitalen bzw. digitalisierten/digitalisierbaren Bestand über TDM aussehen und welcher Mehrwert mit ihr einhergehen könnte, lag im Horizont des „living memory“ vorher schlicht außerhalb des Bereichs des rechtlich Möglichen.

VI. Offene Herausforderung des neuen TDM-Rechts: der rechtmäßige Zugang zum Material

Freilich geht diese forschungspolitisch spannende und potentiell ertragreiche Entwicklung mit einigen unadressiert gebliebenen und damit ungeklärten Herausforderungen einher, die die Wirksamkeit der erweiterten Schranke in der Praxis ab Juni 2021 spürbar beeinträchtigen könnten. Dazu zählt ebenso die Frage, was „angemessene Sicherheitsvorkehrungen“ (§ 60d Abs. 5 UrhG-E) sein sollen, wie die Frage, wann die „Sicherheit und Integrität“ der „Netze und Datenbanken“ der Rechteinhaber durch TDM „gefährdet“ sein soll (§ 60d Abs. 6 UrhG-E), als auch die mit dem Diskussionsentwurf aufgekommene, mit der Wortlautänderung des RefE nun aber bereits erledigte Frage, wann Vervielfältigungen für TDM „erforderlich“ sein sollen (§ 44b Abs. 2 S. 1 UrhG-E DiskE – zusätzlich nationale Voraussetzung entgegen dem Richtlinieninhalt)⁵⁷ – alles Beispiele für potentielle Sollbruchstellen, die eine Grauzone konstituieren, unter Ausnutzung derer gerade große Rechteinhaber versuchen könnten, die Anwendung der Schranke faktisch zu beschränken. Denn welche Forschungsorganisation, welche Gedächtnisinstitution möchte hierüber schon den gegebenenfalls notwendigen Präzedenzrechtsstreit führen?

Es gibt jedoch noch eine weitere Herausforderung, die im Vergleich weniger offensichtlich ist, die aber einen ähnlichen „cooling effect“ haben könnte darauf, ob und wenn, wie die neue erweiterte Schranke in der Praxis tatsächlich genutzt werden wird. Auf sie möchte hier näher hinweisen.

Es geht um die – derzeit in Deutschland bereits stillschweigend geltende, künftig explizite – Voraussetzung der TDM-Schranke, dass man „rechtmäßigen Zugang“ zum Ursprungsmaterial haben muss, aus dem man dann jene TDM-fähigen Korpora baut, mit denen dann mit Computerunterstützung Analysen gefahren werden und Wissen generiert werden können. Im aktuellen TDM-Recht, das auf das UrhWissG zurückgeht, ist diese Voraussetzung stillschweigend vorausgesetzt; im neuen Recht wird sie auch im Gesetz stehen (Art. 3 Abs. 1 DSM-RL, umgesetzt als § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG-E).

Aus Sicht der Praxis öffentlicher Gedächtnisinstitutionen kommt ihr ganz besondere Relevanz zu, soll § 60d UrhG-E nach Einführung tatsächlich das wissenschaftliche

57 Vgl. Rau, ZUM 2020, 172.

Potential entfalten können, dass der Bestimmung als Intention eingeschrieben ist durch die Erwägungen des Richtliniengebers, nämlich die Aktivitäten im Bereich wissenschaftlichen TDM nachhaltig zu befördern und u.a. dafür zu erreichen, dass sich die Gedächtnisinstitutionen in diesem Bereich viel stärker als aktive Akteure verstehen und engagieren. Wozu diese neben qualifizierten technischen und personellen Ressourcen eben insbesondere Rechtssicherheit benötigen. Eine Intention, die seitens des Richtliniengebers z.B. klar und unmissverständlich darin zum Ausdruck kommt, dass Art. 3 DSM-RL Gedächtnisinstitutionen ausdrücklich und eigenständig zu TDM ermächtigt (vgl. Erwägungsgrund 8 der DSM-RL), dass Art. 7 DSM-RL festlegt, dass künftig TDM zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung weder vertraglich noch technisch ausgeschlossen oder behindert werden darf (was durch Änderungen von §§ 60g, 95b UrhG umgesetzt werden wird) und schließlich wissenschaftliches TDM vergütungsfrei gestellt werden wird (vgl. Erwägungsgrund 17 der DSM-RL; umgesetzt durch Hinzufügen einer entsprechenden Ausnahme als neuer Nr. 3 in § 60d Abs. UrhG).

Das Problem ist, dass nicht näher bestimmt wird, was rechtmäßiger Zugang in hiesigem Kontext heißt. Es mutet selbstverständlich und selbsterklärend an, ist es bei genauerem Hinsehen aber nicht. Es gibt Lücken.

Die Begründung des UrhWissG hilft nur eingeschränkt weiter. Sie statuiert im Wesentlichen nur die Bedingung als der TDM-Schranke des § 60d UrhG stillschweigend eingeschrieben und vorausgesetzt.⁵⁸ Im Übrigen verweist sie exemplarisch auf die Nutzbarkeit freier Inhalte im Internet sowie die Digitalisierung im eigenen Bestand vorhandener oder per Fernleihe beschaffter Materialien. An anderer Stelle (§ 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG) findet sich zudem noch der Hinweis auf die Nutzbarkeit von Datenbanken.

Die derzeitige Begründung des Umsetzungsgesetzes zur Erweiterung der TDM-Schranke bietet nicht viel mehr. Sie verweist ebenfalls exemplarisch auf freie Inhalte im Internet, ferner auf Open-Access-Inhalte sowie auf Abonnements und ansonsten auf Erwägungsgrund 14 der DSM-RL.⁵⁹ Dieser erweitert Abonnements noch hin zu Lizzenzen jedweder Art. An anderer Stelle hieß es im Diskussionsentwurf zudem noch optimistisch: „The right to read is the right to mine.“⁶⁰ (Im Referentenentwurf ist dieser Satz kommentarlos gestrichen, was aber durch den beibehaltenen Rekurs auf Erwä-

58 Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 18/12329, S. 41.

59 Vgl. BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 13.10.2020, 102, abrufbar unter: https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7, zuletzt abgerufen am 21.10.2020.

60 Vgl. BMJV, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 15.01.2020, 18, abrufbar unter: https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_I_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html?nn=6705022, zuletzt abgerufen am 01.07.2020.

gungsgrund 14 der DSM-RL rechtlich unerheblich ist.⁶¹⁾ Das war es aber auch schon von offizieller Seite.⁶²

Das stellt eine nicht zu unterschätzende Herausforderung gerade für die öffentlichen Gedächtnisinstitutionen dar, die eben nicht nur ihren Nutzern, sondern auch den politischen Trägern und den Rechteinhabern gegenüber für rechtmäßiges Handeln verantwortlich und entsprechend nachdrücklich hierum bemüht sind.

Insbesondere die neue Nachnutzungsoption für Anschlussforschung wird in der Praxis nur dann nachhaltig Wirkung entfalten und damit Zugang zu dieser neuen Form der digitalen Wissensgewinnung gewähren können, wenn die Gedächtnisinstitutionen sie insgesamt für belastbar und ein darauf aufbauendes Handeln für rechtssicher einstufen. Denn die Korpora bleiben für eine Nachnutzbarkeit und gegebenenfalls Weiterentwicklung eben an jene Institution (oder Institutionen bei – zulässiger – Fusion von Ursprungsmaterial in einen gemeinsamen Korpus) gebunden, die den rechtmäßigen Zugang zum Ursprungsmaterial hatte. Das ergibt sich zwingend aus der Systematik des neuen Rechts. Könnten die Korpora nach Abschluss des initialen Projekts frei in die Wissenschaftscommunity weiterwandern und nachher bei GitHub oder Zenodo stehen, würde die Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs faktisch weitgehend leerlaufen. Das wird nicht zu vertreten sein. Den Gedächtnisinstitutionen, die in den meisten Konstellationen Hüterinnen des Ursprungsmaterials sein werden, kommt an dieser Stelle also eine Schlüsselstellung zu für die weitere Forschungsentwicklung der DH in Deutschland über den mit dem UrhWissG geschaffenen Ist-Zustand hinaus. Ohne sie wird es nicht gehen.

Warum es vor diesem Hintergrund daher notwendig ist, die Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs doch stärker in den Blick zu nehmen als bislang erfolgt, sie klarer zu konturieren und gegebenenfalls hilfsweise die Verantwortlichkeit bei Verletzung abzuschichten, wird sofort klar mit Blick auf die Frage, ob die besagte Schranke denn über die genannten Fallgruppen hinaus auch wissenschaftliches TDM an illegalen Inhalten (Plagiaten, Leaks, strafbarem Content, persönlichkeitsrechtsverletzendem Content, datenschutzrechtsverletzendem Content usw.) privilegiert – allesamt völlig legitime, weit verbreitete Forschungsgegenstände quer durch alle geisteswissenschaftlichen Disziplinen. Im Rahmen eines Call for DH-Projects im Kontext unserer DH-Aktivitäten an der Deutschen Nationalbibliothek erhielten wir z.B. jüngst ein exzellentes Proposal zu vergleichender Forschung im Bereich Hate Speech.⁶³ Meine eigene Habilitationsschrift hatte eine fast vollständig illegale Musikkultur im Internet als Forschungs-

61) Vgl. BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 13.10.2020, 94, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7, zuletzt abgerufen am 21.10.2020.

62) Vgl. auch Räue, ZUM 2019, 684, 687, 690; Spindler, CR 2019, 277, 279 f.

63) Vgl. <https://www.dnb.de/dhd>.

gegenstand.⁶⁴ Persönlichkeits- und Strafrecht hier, Bearbeitungs- und Plagiatsrecht dort – das sind beides ganz typische Beispiele. Die Frage nach dem, was mit der Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs gemeint ist, wird sich also allein aus dieser Richtung kommend rasch stellen, ob es für die Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs auch auf den Rechtmäßigkeitsstatus dessen ankommt, zudem man Zugang erlangt.

Das Problem wird noch deutlicher, wenn man danach fragt, was eigentlich passiert, wenn versehentlich illegale Inhalte in einen Korpus gelangen oder später hierzu werden, etwa durch ein Plagiatsurteil oder eine Entscheidung der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien. Denn bei TDM handelt es sich wie gesagt regelmäßig um Massenverfahren mit großen Datenmengen. Eine händische Prüfung ist regelmäßig faktisch unmöglich.⁶⁵ Das liegt in der Natur der Sache. D.h., man braucht automatisierte Verfahren.

Automatisierte Verfahren erfordern aber entweder klare, computerisierbare Kriterien wie Quantitäten oder maschinenlesbare Kennzeichnungen, die eine automatisierte Prüfung erlauben. Das ist für komplexere inhaltliche Bewertungen, wie sie die vorgenannten Fallgruppen allesamt erfordern, in hinreichendem Maße schlicht derzeit nicht gegeben.⁶⁶

64 Vgl. exemplarisch nur meine Habilitationschrift über eine zu nahezu 100 % illegale musikalische Praxis: *Döhl*, Mashup in der Musik. Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, 2016.

65 Vgl. zuletzt etwa die Diskussion hierüber auf der Tagung des IUM München am 07.02.2020, dokumentiert in: *Skupin*, ZUM 2020, 514.

66 Dass dem so ist und auch seitens des Gesetzgebers so bewertet wird, sieht man u.a. an den nun ergriffenen Schritten zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL und dem dabei vorgeschlagenen Umgang mit der berühmt-berüchtigten Uploadfilterproblematik, vgl. zu dieser: *Dreier*, GRUR 2019, 771; *Gerpott*, MMR 2019, 420; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219; *Peters/Schmidt*, GRUR-Int 2019, 1006; *Pravemann*, GRUR 2019, 783; *Specht*, GRUR 2019, 253, 256 f.; *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627; *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355; *Schwartmann/Hentsch*, MMR 2020, 207; *Stieper*, GRUR 2020, 699. § 6 UrhDaG-E soll bestimmte Quantitäten pauschal von der Notwendigkeit einer inhaltlichen Legalitätsbewertung ausnehmen, in der Hoffnung auf Handlungsfähigkeit jenseits dessen durch diese letztlich Bagatellklausel. Analog soll eine Änderung des Telemediengesetzes durch Einführung eines neuen § 10a TMG-E klarstellen, dass Filter nur bestimmte klar rechtswidrige Inhalte vorab verhindern sollen, vgl.: *Schwartmann/Hentsch*, MMR 2020, 207, 210f. Am deutlichsten ist aber § 5 UrhDaG-E, der bestimmte Nutzungen von der Pflicht zur maschinellen Überprüfung ausnimmt, weil sie „nach dem aktuellen Stand der Technik (noch) nicht maschinell überprüfbar“ sind, vgl.: BMJV, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 24.06.2020, S. 23, 34, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_II_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html, zuletzt abgerufen am 01.07.2020. Freilich ist diese Passage im RefE kommentarlos gestrichen worden, vgl. BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 13.10.2020, 34, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7, zuletzt abgerufen am 21.10.2020. Alles drei sind dem ungeachtet Reaktionen auf die besagte eingeschränkte Machbarkeit, vgl. korrespondierend hierzu zuletzt etwa die Diskussion hierüber auf der Tagung des IUM München am 07.02.2020, dokumentiert in: *Skupin*, ZUM 2020, 514.

Das kommt nicht von ungefähr. Das sei stellvertretend am Plagiatsrecht gezeigt, also dem Bereich unlizenziert, aber nicht erlaubnisfreier und damit rechtswidriger Bearbeitungen. Der Grund liegt hier schon darin, dass das Bearbeitungsrecht gerade nicht mit klaren, computerisierbaren Kriterien wie Quantitäten oder maschinenlesbare Kennzeichnungen operiert,⁶⁷ sondern – hierin kunstnah – seit jeher mit vergleichsweisen vagen, im Einzelfall auszuleuchtenden ästhetischen Kategorien wie „selbstständigem Werk“ (§ 24 Abs. 1 UrhG)⁶⁸ und in diesem Kontext dann Konzepten wie „Verblassen“ oder „Parodie“. All das steht aber auf keinem Werk drauf. Man muss es in einem komplexen Prozess im Vergleich bestimmen, der letztlich auf den freien Gesamteindruck des Urteilenden abzielt.⁶⁹ Algorithmische Datenanalyse ist jedoch schon auf der ungleich einfacheren Ebene des bloßen Melodievergleichs (§ 24 Abs. 2 UrhG) nicht in der Lage, Plagiatsentscheidungen verlässlich zu prognostizieren.⁷⁰

Erschwerend kommt hinzu, dass die rechtliche Interpretation besagter ästhetischer Konzepte selbst an vielen Stellen fluide und instabil ist. Die DSM-RL verpflichtet Deutschland z.B. derzeit mit Wirkung zum 7. Juni 2021 gemäß Art. 17 Abs. 7 S. 2 zur Integration der ursprünglich fakultativen Schranken von Art. 5 Abs. 3 d) und k) Info-Soc-RL in nationales Recht. Hierzu gehört die Pastiche-Schranke. Wie ich an anderer Stelle ausführlich beschrieben habe, verfügen wir aber noch nicht einmal über einen einheitlichen Rechtsbegriff, was ein Pastiche ist.⁷¹ Und nun kommt der Vorschlag des nationalen Gesetzgebers im zweiten Umsetzungsgesetz zur DSM-RL hinzu, der Pastiche nochmals völlig neu zu einem allgemeinen, konturlosen Auffangtatbestand insbesondere für User Generated Content (UGC) auszubauen versucht, hierin aber weder Unterstützung in der künstlerischen Theorie und Praxis findet noch im europäischen Rechtsdiskurs, der in Person des EuGH letztlich aber über die Begriffsauslegung entscheiden wird.⁷² Die Pastiche-Schranke ist in dieser Form also maximal ungeeignet für automatisierte Verfahren, die eine rechtssichere Bewertung ermöglichen sollen, so im Recht selbst noch strittig ist, was eigentlich ein Pastiche im Rechtssinne ausmacht – von der laut BVerfG zu beachtenden Frage nach dem Pastiche-Begriff in der künstlerischen Theorie und Praxis ganz zu schweigen. Die Problematik liegt bei anderen Kon-

⁶⁷ Der Vorschlag zum § 6 Abs. 1 UrhDatG-E im zweiten Umsetzungsgesetz zur DSM-RL enthält nun erstmals überhaupt einen Vorschlag für eine Urheber- und Leistungsschutzrechts-Schranke, die mit quantifizierten Kriterien operiert und zwar für den Bereich der Plattformnutzung. Im Angesicht der vom BVerfG geforderten kunstspezifischen Betrachtung erweitern sich diese Kriterien allerdings als nicht tragfähig, vgl. Döhl, ZUM 2020, 740.

⁶⁸ Vgl. ausführlich Döhl, Mashup in der Musik. Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, 2016, 314 ff.

⁶⁹ Vgl. ausführlich Döhl, Jahrbuch der Deutsche Gesellschaft für Musikpsychologie 2015, 19.

⁷⁰ Vgl. Deliege, *Musicæ Scientæ*, 2007, 9; Müllensiefen/Pendzich, *Musicæ Scientæ*, 2009, 257; Carson/Müllensiefen, *International Review of Law, Computers and Technology* 2012, 25; Aregood, *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2016, 116; Savage/Cronin/Müllensiefen/Atkinson, *Proceedings of the 8th International Workshop on Folk Music Analysis*, 2018, 61; Liebesman, *The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, 2018, 157.

⁷¹ Vgl. Döhl, ZGE 2020, im Erscheinen.

⁷² Vgl. Döhl, ZUM 2020, 740; ZGE 2020, im Erscheinen.

zepten wie Zitat, Karikatur oder Parodie nicht wesentlich besser. Man denke nur an die Voraussetzung beim Zitat, dass die Fremdheit des Übernommenen erkennbar sein muss, oder bei Karikatur und Parodie an das dort notwendige Erkennen einer antithetischen Aussage, was regelmäßig u.a. ein weites kulturelles Kontextwissen voraussetzt.

Und wäre dem nicht genug, ändert sich das Bearbeitungsrecht fortwährend. Wie ich an anderer Stelle ausführlich ausgeführt habe, stehen wir im neuen Bearbeitungsrecht nach dem Urteil *Metall auf Metall IV* des Bundesgerichtshofs vom 30. April 2020 vor der Situation, dass die flexible, jenseits des Sonderfalls Musik tendenziell großzügige freie Benutzung alter Prägung (§ 24 Abs. 1 UrhG) nur noch bis 21. Dezember 2002 gilt und hiernach ein neues Bearbeitungsrecht.⁷³ Dieses neue Bearbeitungsrecht stellt einen Systemwechsel dar, es kennt nur noch rigide Fallgruppen: Unkenntlichmachung der Übernahme, Zitat (§ 51 UrhG) sowie Karikatur und Parodie (EU-rechtskonforme Reduktion von § 24 Abs. 1 UrhG auf die Fallgruppen von Art. 5 Abs. 3 lit. k Alt. 1 und Alt. 2 InfoSoc-RL hin). Wäre dem nicht genug, plant der nationale Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL wie gesehen eine erneute Anpassung des Bearbeitungsrechts zum 7. Juni 2021, anlässlich derer u.a. eben die Pastiche-Schranke eingeführt wird.⁷⁴ Diese Anpassung soll freilich nicht nur die Vorgaben der DSM-RL umsetzen, sondern einerseits der *Metall-auf-Metall*-Rechtsprechung Rechnung tragen, andererseits den Bereich des UGC stärken. D.h., automatisierte Verfahren stünden nicht nur inhaltlich gesehen derzeit vor nicht verlässlich überwindbaren Hürden. Ihnen würde auch auferlegt, nach rechtlichen Regimen zu differenzieren, die substantiell verschieden funktionieren;⁷⁵ und deren jeweilige Anwendung überdies nicht am Werk selbst, sondern am Zeitpunkt seiner Verwertung hängt.

Durch die besagten Änderungen im Bearbeitungsrecht hat sich zugleich der Druck enorm erhöht, die Frage eben umfassend zu klären, was rechtmäßiger Zugang als Voraussetzung der TDM-Schranke meint und wie weit die Anforderungen gehen für denjenigen, der sich darauf und damit die Schranke beruft. Denn jedenfalls der derzeitige Spielraum für unlizenzierte, aber zulässige Bearbeitung hat sich im Gefolge der *Metall-auf-Metall*-Rechtsprechung spürbar verengt, während sich zugleich die Chancen erheblich verkürzt haben, sich im Falle zufälliger oder unbewusster Ähnlichkeiten oberhalb der sehr niedrig angesetzten Schöpfungshöhe zu exkulpieren.⁷⁶ Und dies rückwärts gerechnet ab dem Stichtag 22. Dezember 2002, dem Tag nach Ablauf der Umsetzungsfrist der InfoSoc-RL 2001/29/EG. Sprich: Es gibt nun deutlich mehr Plagiate im Rechtssinne als vorher. Und damit Rechteinhaber, die sich potentiell um Nichtnutzung dieser als Plagiat zu bewertenden Ursprungsmaterialien im Kontext von TDM bemühen könnten – sofern es denn dort auf den Rechtmäßigkeitsstatus des verarbeiteten Ursprungsmaterials ankäme.

73 Vgl. Döhl, UFITA 2020, 232.

74 Vgl. Döhl, ZUM 2020, 740; Döhl, ZGE 2020, im Erscheinen.

75 Vgl. Döhl, UFITA 2020, 232; Döhl, ZUM 2020, 740.

76 Vgl. Döhl, Mashup in der Musik. Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, 2016.

Das Beispiel Plagiat dürfte also klar machen: Käme es für die Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs auch auf den Rechtmäßigkeitsstatus dessen an, zudem man Zugang erlangt, verbunden mit einem weitgehenden Prüfungsmaßstab und -anspruch, wie ihn z.B. der EuGH in seiner Entscheidung *GS Media* (C-160/15) für das Setzen von Hyperlinks formuliert hat,⁷⁷ werden die öffentlichen Gedächtnisinstitutionen im Bereich der TDM-Massenverfahren nicht von der jetzigen und erst recht nicht von der erweiterten neuen TDM-Schranke gebrauchen machen, bis wir Computersoftware haben, die verlässlich Rechtsverletzungen erkennt und entsprechend automatisiert aus einem Korpus ausschließen kann. Derartige verlässliche automatisierte Verfahren sind nicht in Sicht.

Dabei ist nicht einmal entscheidend, dass es so ist. Dass es also auch auf den Rechtmäßigkeitsstatus dessen ankommt, zudem man Zugang erlangt. Erwägungsgrund 14 der DSM-RL scheint z.B. dagegen zu sprechen.⁷⁸ Andere Stimmen argumentieren an dieser Stelle in dieselbe Richtung, nur mit grundrechtskonformer Auslegung.⁷⁹ Aber es dürfte eben schon genügen, dass man die TDM-Schranke insoweit so lesen kann, dass es auch auf den Rechtmäßigkeitsstatus dessen ankommt, zudem man Zugang erlangt. Denn ob dergleichen in dieser begründungsaufwendigen Form – Erwägungsgrundauslegung, grundrechtskonforme Auslegung – den Entscheidern in den Gedächtnisinstitutionen bereits als Rechtssicherheit reicht, wenn sie seitens von Rechteinhabern unter Druck geraten sollten, scheint zumindest zweifelhaft. Man muss bedenken, dass hier in einem Raum ohne nennenswerte Rechtsprechung gearbeitet wird, der zusätzliche Orientierung geben könnte. Und man muss sich dabei klar machen, wie regelmäßig überschaubar, ohnehin schon ausgelastet und meist nicht auf das Urheberrecht spezialisiert Rechtsabteilungen selbst in den großen Gedächtnisinstitutionen sind. Und wie hoch zugleich die notwendigen Investments in Personal, Technik, Arbeitsprozess usw. ausfallen, um von der TDM-Schranke überhaupt wissenschaftlich produktiv Gebrauch machen zu können. Das trifft schon jetzt zu, wird aber erst recht gelten, wenn es um die Nachnutzung und Weiterentwicklung von Korpora mittels Anschlussforschung und damit eine kontinuierliche Arbeit an Korpora weit über ein gelegentliches, zeitlich begrenztes, durch Drittmittel finanziertes, mit temporär Beschäftigten durchgeführtes Einzelprojekt hinaus geht.

Im Zweifel wird die neue, erweiterte TDM-Schranke dann nicht genutzt werden. Das kann nicht gewollt sein, wenn man sich in Summe die skizzierten Maßnahmen anschaut, die der Richtliniengeber nun zur TDM-Förderung ergriffen hat.

⁷⁷ Vgl. Fromm/Nordemann-*Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15, Rn. 42.

⁷⁸ Vgl. Spindler, CR 2019, 277, 280.

⁷⁹ Vgl. Raue, ZUM 2019, 684, 690. Eine solche Position wurde nach Annahme dieses Beitrags durch die RuZ nun auch vertreten von NFDI4Culture im Stellungannahmeverfahren zum zweiten Umsetzungsgesetz zur DSM-RL, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_NFDI4Culture_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 8, zuletzt abgerufen am 20.08.2020.

D.h. aber, es braucht eine herrschende Meinung oder besser noch eine Klarstellung des nationalen Gesetzgebers, dass die Frage des rechtmäßigen Zugangs eben nicht den Status dessen erfasst, zu dem man Zugang erlangt, sondern ‚nur‘ die Rechtmäßigkeit des Zugangsakts. Und sich die Darlegungs- und Beweislast desjenigen, der sich auf § 60d UrhG-E beruft, hierauf beschränkt. Nur dann hat das anstehende neue TDM-Recht eine Chance, die forschungsfördernde und die Gedächtnisinstitution stärker einbeziehende Wirkung zu entfalten, die in ihm angelegt ist. Aus den genannten Gründen wird hier eine richtlinienkonforme Auslegung von § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG-E in eben diesem Sinne vertreten.

Sollte das vom nationalen Gesetzgeber nicht umfassend in diesem Sinne gewollt und anders gelesen werden, wäre hilfsweise angesichts der skizzierten Intentionen des Richtliniengebers hinsichtlich des Gebots rechtmäßigen Zugangs zumindest eine entlastende Beweislastverteilung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der für und im TDM verarbeiteten Inhalte vorzunehmen, die jedenfalls den gutgläubigen TDM-Nutzer entlastet.⁸⁰ Die derzeitige Darlegungs- und Beweislast, die pauschal bei demjenigen liegt, der sich auf die TDM-Schranke des § 60d UrhG beruft,⁸¹ wäre an dieser Stelle des rechtmäßigen Zugangs mit dem intendierten Ziel der DSM-RL nicht mehr vereinbar, nämlich möglichst umfassend die Hemmnisse für wissenschaftliches TDM abzubauen, sollte diese Tatbestandsvoraussetzung auch den Status dessen einschließen, zu dem man Zugang erlangt. Ein angemessener Orientierungspunkt dafür, wann der Korpussteller in dieser Konstellation dann allenfalls vorher aktiv werden müsste, wäre einerseits die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit des Ursprungsmaterials, wie es etwa als Maßstab für die Privatkopie gilt, ein Gedanke, der sich auf das Ursprungsmaterial beim TDM übertragen lässt.⁸² Andererseits ein hinreichend begründeter Hinweis von Rechteinhabern auf eine Urheber- und/oder Leistungsschutzrechtsverletzung analog zur Plattformbetreiberhaftung in Art. 17 Abs. 4 Buchst. c DSM-RL⁸³ – ähnlich dem Verfahren, nach dem die Deutsche Nationalbibliothek z.B. Bücher als Plagiat kennzeichnet und gegebenenfalls sperrt, sobald sie von einer entsprechenden rechtsverbindlichen Feststellung Kenntnis erlangt; aber eben eingehende Werke nicht vorher selbst auf Plagiate und insoweit auf Rechtmäßigkeit hin prüft. Mit einem solchen Verantwortungsmaßstab könnten die Gedächtnisinstitutionen hilfsweise ebenfalls arbeiten: Die Ursprungsmaterialien der TDM-Korpora dürften nicht offensichtlich rechtswidrig

80 Eine solche Position wurde nach Annahme dieses Beitrags durch die RuZ nun auch vertreten von NFDI4Culture im Stellungnahmeverfahren zum zweiten Umsetzungsgesetz zur DSM-RL, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_NFDI4Culture_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 8, zuletzt abgerufen am 20.08.2020.

81 Vgl. Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 60d Rn. 13.

82 Vgl. Fromm/Nordemann-Wirtz, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 53 Rn. 20.

83 Vgl. hierzu BMWi, Referentenentwurf viertes Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und zur Änderung weiterer Gesetze, vom 22.07.2019, 12f., abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/referentenentwurf-viertes-gesetz-zur-aenderung-des-telemediengesetzes-und-zur-aenderung-weiterer-gesetze.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 01.07.2020; Schwartmann/Hentsch, MMR 2020, 207, 210f.

sein. Bei nicht offensichtlich rechtswidrigen Materialien dürfen begründete Hinweise auf Rechtswidrigkeit, z.B. ein bestandskräftiges Gerichtsurteil, nicht ignoriert werden, sondern sind aus dem jeweiligen Korpus zu entfernen. Jenseits dessen gäbe es aber keine Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit des Inhalts eines TDM-Korpus, nur für den rechtmäßigem Zugang zu dem Ursprungsmaterial, aus dem sich dieser TDM-Korpus zusammensetzt.

So oder so wäre es förderlich, würde der Gesetzgeber in seine Gesetzesbegründung des ersten Umsetzungsgesetzes entsprechende Klarstellungen aufnehmen, möchte er die Intention des Richtlinienebers unterstützen,⁸⁴ die wissenschaftliche TDM-Arbeit in und durch Gedächtnisinstitutionen hierzulande zu stärken – insbesondere hinsichtlich der neuen Nachnutzungs- und Weiterentwicklungsoption für Korpora. Sowohl im Diskussionsentwurf vom 15. Januar 2020 als auch im Referentenentwurf vom 13. Oktober 2020 ist dies bislang nur exemplarisch, nicht aber systematisch geleistet.

⁸⁴ Vgl. zur Kategorie des rechtmäßigen Zugangs auf Unionsebene: *Ducato/Strowel*, IIC 2019, 649; *Rosati*, Asia Pacific Law Review 2019, 198; *Meys*, GRUR Int. 2020, 457; *Synodinou*, EU Internet Law in the Digital Era 2020, 27.