

# CR

## COMPUTER UND RECHT

**Heft 1**

15. Januar 2008

S. 1–68

PVSt 9892

Zeitschrift  
für die Praxis  
des Rechts  
der Informations-  
technologien

Mit  
Klausur FA  
IT-Recht

**Herausgeber:**

RA Dr. Thomas Graefe Reg. Dir. Dr. Eugen Ehmann

### Computerrecht

*Lars Lensdorf* – Der EVB-IT Systemvertrag – was lange währt, wird endlich gut? 1

*OLG Hamm* – Unzulässiger Vorbehalt bei Bundle-Lease über Systemlösung 8

### Telekommunikationsrecht

*Barry Sankol* – Überwachung von Internet-Telefonie 13

*VG Köln* – Regulierung inländischer VoIP-Verbindungen 25

### Medienrecht

*Markus Rössel/Wilhelm Kruse* – Schadensersatzhaftung bei Verletzung von Filterpflichten 35

*OLG Köln* – Zumutbarkeit von Prüfpflichten für Sharehoster-Dienst 41

*LG München I* – Störerhaftung für Rechtsverletzung durch Arbeitnehmer m. Anm. *Mantz* 49

*LG München I* – GPL-Verletzung durch Vertrieb eines VoIP-Telefons m. Anm. *Wimmers/Klett* 57

### Report

*Ellen Euler* – Web-Harvesting vs. Urheberrecht 64

### CR aktuell

  
Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

[www.computerundrecht.de](http://www.computerundrecht.de)

Ellen Euler

## Web-Harvesting vs. Urheberrecht

### Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht

*Mit dem Einsatz von Web-Harvesting zur Sammlung und Archivierung von Web-Inhalten sind nicht nur technische, sondern auch rechtliche Probleme verbunden. Der Beitrag setzt sich mit der rechtlichen Bewertung auseinander und reagiert damit auf ein dringendes, aktuelles Bedürfnis öffentlicher Einrichtungen (wie z.B. der Deutschen Nationalbibliothek), zu deren Auftrag es gehört, Web-Inhalte zu sammeln und zu archivieren, und die zur Erfüllung dieses Auftrages Web-Harvesting einsetzen.*

#### I. Technologischer Hintergrund

Unter *Web-Harvesting* ist das automatisierte Sammeln (*harvesting*, engl. das Ernten) von Inhalten aus dem World Wide Web (WWW)<sup>1</sup> zum Zwecke der Archivierung in einem digitalen Archiv zu verstehen.<sup>2</sup> Zentrales Element des Web-Harvesting ist die Software-Komponente „Web-Crawler“. Ein Web-Crawler ist ein Computerprogramm, das automatisch das Web durchsucht, Webseiten analysiert und die Ergebnisse als Archivdatei in eine definierte Zielumgebung schreibt.

#### 1. Formen des Web-Harvesting

Unterscheiden lassen sich das *zielgerichtete Web-Harvesting* (focused crawl) und das *flächige Web-Harvesting* (broad crawl). Während beim zielgerichteten Web-Harvesting der Web-Crawler nur bestimmte (in einer Liste, der sog. URL seed list) vorgegebene Web-Adressen aufsucht und in ein digitales Archiv abspeichert, durchsucht der Web-Crawler beim flächigen Web-Harvesting das Web anhand lediglich formaler Regeln, die als Auswahlgrundlage der zu archivierenden Inhalte dienen.<sup>3</sup> Grundlage des flächigen Web-Harvesting ist die Verfolgung von Hyperlinks anhand formulierter Regeln. Eine URL seed list dient hier nur als Einstieg. Sie wird automatisch dynamisch erweitert, indem die auf den zunächst aufgesuchten Webseiten enthaltenen Hyperlinks weiterverfolgt und (samt integrierten Inhalten) auf Regelkonformität überprüft werden.

#### 2. Anwender des Web-Harvesting

Web-Harvesting wird beispielsweise von professionellen Werbemaisendern („Spammern“) angewandt, um Webadressen im Web zu sammeln. Suchmaschinen nutzen Web-Harvesting, für den Service des „Content Caching“,<sup>4</sup> bei dem Momentanaufnahmen von einzelnen Webseiten gemacht und Nutzern für einen kurzen Zeitraum (maximal drei Wochen) über einen „Cache-Link“ zur Verfügung gestellt werden. Auch Bibliotheken und Archive, zu deren Sammelauftrag auch Web-Inhalte zählen, nutzen das Web-Harvesting. So nutzt beispielsweise die *Deutsche Nationalbibliothek (DNB)*, deren Sammelauftrag mit dem Gesetz über die Deutsche Nationalbi-

bliothek (DNBG)<sup>5</sup> auf die Sammlung von „Netzpublikationen“, also solche Publikationen, die ohne körperlichen Träger kommuniziert werden,<sup>6</sup> erweitert worden ist, das Web-Harvesting. Ohne Web-Harvesting könnte die DNB ihren erweiterten Sammelauftrag aufgrund der Masse an „Netzpublikationen“ nicht erfüllen.<sup>7</sup> Mithilfe von Web-Harvesting lässt sich automatisiert ein großer Bestand an Inhalten aus dem Web aufbauen, beziehungsweise ein bestimmter Bereich des Web (der Bereich .de) sammeln und als Zeugnis der menschlichen Entwicklung der Gesellschaft im „Informationszeitalter“ dokumentieren. Werden amtliche Dokumente über das Web kommuniziert, dann fallen diese in den Sammelauftrag von Archiven, die zur Erfüllung dieses Auftrages teilweise Web-Harvesting einsetzen.<sup>8</sup>

#### 3. Archivierungstiefe des Web-Harvesting

Die derzeit auf dem Markt erhältlichen Produkte, mit denen sich Web-Harvesting zur Archivierung bestimmter Bereiche des Web einsetzen lässt, sind mit zahlreichen

▷ Ellen Euler, LL.M., Stipendiatin der Heinrich-Böll-Stiftung e.V., ist Mitarbeiterin am Institut für Informationsrecht bei Prof. Dr. jur. Th. Dreier in Karlsruhe. Im Rahmen einer Promotion beschäftigt sie sich mit dem, von den Gedächtnisinstitutionen bei Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und (kommunikativer sowie kommerzieller) Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen über digitale und vernetzte Medien zu beachtenden Rechtsrahmen.

1 Das World Wide Web ist ein über das Internet abrufbares Hypertext-System und wird häufig synonym zum Begriff Internet verwendet, ist jedoch nur einer von vielen Diensten des Internets.

2 H. Liegmann in Hoen, Planungen, Projekte, Perspektiven. Zum Stand der Archivierung elektronischer Unterlagen, Veröffentlichungen des Landesarchivs Nordrhein-Westfalen Bd. 10, Düsseldorf 2006, S. 57.

3 H. Liegmann in Hoen, Planungen, Projekte, Perspektiven. Zum Stand der Archivierung elektronischer Unterlagen, Veröffentlichungen des Landesarchivs Nordrhein-Westfalen Bd. 10, Düsseldorf 2006, S. 57 f.

4 Vgl. zur Technik des Cache: M. Bahr, The Wayback Machine und Google Cache – eine Verletzung deutschen Urheberrechts?, in JurPC Web-Dok. 29/2002, Abs. 2; St. Ott, Der Google Cache – eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung? in MIR 2007, Dok. 195, Rz. 2.

5 Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek vom 22.6.2006, BGBl. I 2006, 1338.

6 Der Begriff „Netzpublikation“ steht nicht im DNBG, ist aber in der Definition zum Begriff „Medienwerk“ aus § 3 Abs. 1 DNBG enthalten. Netzpublikationen sind diejenigen Medienwerke, die „über Netze un-körperlich der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“.

7 Siehe Pressemitteilung der DNB vom 29.6.2006, „Deutsche Nationalbibliothek mit erweitertem Sammelauftrag“. Durch automatisierte Web-Archivierung kann ein großes Datenvolumen aufgenommen werden, gleichzeitig ist der Personalaufwand wesentlich geringer und wächst nicht proportional zur Größe der Sammlung, wie das bei manuellen Methoden der Fall ist. Doch auch mithilfe des Web-Harvesting, egal ob flächig oder fokussiert, lässt sich nicht jeder Inhalt aus dem Web zu jedem Zeitpunkt sichern und erschließen. Vielmehr wird (beispielsweise zweimal jährlich) eine Momentanaufnahme der Inhalte von bestimmten Bereichen des Web (z.B. der Domain „.de“) gemacht.

8 So z.B. das Landesarchiv von Baden-Württemberg, s. das Baden-Württembergische Online-Archiv BOA: <http://la.boa-bw.de/menu.do?index>.

## Web-Harvesting vs. Urheberrecht

technischen Defiziten behaftet.<sup>9</sup> So können Inhalte des sog. „deep web“<sup>10</sup> beim flächigen Harvesting ebenso wenig erfasst werden, wie gut verborgene Hyperlinks (deep-links). Dynamische Elemente als Teile von Webseiten können Endlosschleifen (crawler traps) verursachen, in denen sich der Web-Crawler verfängt.<sup>11</sup> Oft sind Webseiten nicht ihren jeweiligen Spezifikationen entsprechend programmiert,<sup>12</sup> und während moderne Web-Browser kulant über solche HTML-Fehler hinwegsehen, können die gegenwärtigen Web-Crawler fehlerhafte Dokumente nicht angemessen verarbeiten.

## II. Urheberrechtliche Zulässigkeit von Web-Harvesting

In Bezug auf urheberrechtlich geschützte Werke im Web stellt die mit dem Abspeichervorgang beim Web-Harvesting verbundene Vervielfältigung eine (in Deutschland nach § 16 UrhG) relevante Handlung dar und bedarf als solche entweder der Einwilligung des Urhebers (beziehungsweise Rechteinhabers),<sup>13</sup> oder einer gesetzlichen Grundlage.

Wird das Web-Harvesting nicht auf eine nationale Länderkennung (z.B. den Bereich .de) beschränkt, dann stellen sich grenzüberschreitende Urheberrechtsfragen. Ein einheitliches weltweites Urheberrecht gibt es ebenso wenig, wie ein einheitliches Gemeinschaftsurheberrecht der EU. Aus diesem Grund ist im Einzelfall zu klären, welches nationale materielle Urheberrecht zur Anwendung kommt. Nach dem im Urheberrecht geltenden Schutzlandprinzip, ist an das Recht des Schutzlandes anzuknüpfen, also desjenigen Landes, für das Schutz beansprucht wird.<sup>14</sup> Das heißt, deutsches Recht ist dann anzuwenden, wenn die Verletzung deutscher Urheberrechte geltend gemacht wird. Aus Platzgründen muss sich der Beitrag auf die Konfliktsituationen mit dem deutschen Urheberrecht beschränken.

## 1. Zulässigkeit zielgerichteten Web-Harvestings

Wenn beim *zielgerichteten* Web-Harvesting die Sammlung von Web-Inhalten dahingehend beschränkt wird, dass nur eigene Inhalte aus dem Web geharvestet werden, also solche Inhalte, die von der eigenen Institution im Web kommuniziert werden, ergeben sich rechtlich keine Probleme. Landesarchive,<sup>15</sup> Parteienarchive,<sup>16</sup> oder etwa das Bundestagsarchiv<sup>17</sup> beschränken sich auf solche Inhalte und kommen daher nicht in rechtliche Bedrängnis.

Wenn beim *zielgerichteten* Web-Harvesting die Sammlung von Inhalten dahingehend beschränkt wird, dass nur solche Inhalte aus dem Web gesammelt werden, bei denen der Urheber beziehungsweise Rechteinhaber in die Sammlung eingewilligt hat, dann bestehen aufgrund des Einverständnisses in die urheberrechtlich relevante Handlung ebenfalls rechtlich keine Probleme.<sup>18</sup>

Unter das rechtlich als unproblematisch einzustufende „zielgerichtete Web-Harvesting mit Einwilligung“ fällt auch die mithilfe des „Open Archives Initiative (OAI)“<sup>19</sup>-Harvesting“ betriebene Sammlung. Im Fall des OAI-Harvesting bietet ein Informationsdienstleister einen Dokumentenserver (OAI-Repository) an,<sup>20</sup> über den die Metadaten der auf diesem Server befindlichen Inhalte such- und auffindbar sind, sodass sich ein Informationsdienstleister (nicht nur Bibliotheken und Archive) automatisch über neue Inhalte informieren kann. Falls es solche gibt, können über die OAI-Schnittstelle alle für die Verarbeitung notwendigen Metadaten abgeholt werden. Eine manuelle Interaktion ist hierfür nicht mehr erforderlich.<sup>21</sup> OAI-Harvesting geschieht mit dem ausdrücklichen Einverständnis der die Inhalte auf dem Server hinterlegenden Urheber.

Insbesondere die DNB nutzt das OAI-Harvesting zur Erfüllung ihres Sammelauftrages und kommt damit auch den nach § 15 DNBG Ablieferungspflichtigen entgegen,<sup>22</sup> die Ihre sich aus § 14 DNBG ergebende Ablieferungspflicht nach § 16 Satz 2 DNBG auch durch Bereitstellung der dem Sammelauftrag der DNB unterfallenden Werke nach Maßgaben der Bibliothek erfüllen können.<sup>23</sup>

9 Das kommerzielle, Freeware-, und Open-Source- Angebot ist vorrangig auf die Bedürfnisse des *selektiven Web-Harvesting* ausgerichtet und genügt überwiegend den Anforderungen an Archivierungswürdigkeit nicht. Siehe hierzu: H. Liegmann in Hoen, Planungen, Projekte, Perspektiven. Zum Stand der Archivierung elektronischer Unterlagen, Veröffentlichungen des Landesarchivs Nordrhein-Westfalen Bd. 10, Düsseldorf 2006, S. 58 f.

10 Unter dem Begriff „deep web“ versteht man denjenigen Teil des World Wide Web, der von Suchmaschinen nicht erfasst wird und deshalb bei einer Recherche nicht über übliche Suchmaschinen auffindbar ist. Dazu zählen einerseits die Inhalte, die erst nach einer Authentifikation zugänglich sind (z.B. passwortgeschützte Daten, Intranet) und andererseits Inhalte, die aus technischen Gründen nicht erfassbar sind, wie z.B. Dokumente, die nicht als statische Seiten existieren, sondern erst auf Anfrage von einem Web-Dienst generiert werden (z.B. aus einer Datenbank).

11 Zu den technischen Problemen s. ausführlich: H. Liegmann in Hoen, Planungen, Projekte, Perspektiven. Zum Stand der Archivierung elektronischer Unterlagen, Veröffentlichungen des Landesarchivs Nordrhein-Westfalen Bd. 10, Düsseldorf 2006, S. 58 f.

12 Vgl. den HTML/XHTML-Prüfdienst unter <http://validator.w3.org>.

13 Welche vorab (und für das Web-Harvesting bedeutsam ggf. sogar maschinenlesbar) in einer sog. „Copyleft“-Lizenz (Creative Commons u.a.) erklärt werden kann. Die Möglichkeit zur Einräumung unbeschränkter einfacher Nutzungsrechte ergibt sich aus den §§ 29 Abs. 2, 31 Abs. 1, 2 UrhG.

14 Th. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, 2. Aufl. 2006, Vor §§ 120 ff. Rz. 28.

15 Wie z.B. das Baden-Württembergische Online-Archiv BOA, s. <http://la.boa-bw.de/memu.do?index>.

16 Vgl. die kooperativen Aktivitäten einiger deutscher Parteienarchive unter [www.fes.de/archiv/spiegelungsprojekt.htm](http://www.fes.de/archiv/spiegelungsprojekt.htm) (zuletzt aufgerufen am 15.11.2007).

17 Auch der Deutsche Bundestag hat ein digitales Archiv, in dem eigene digitale Inhalte archiviert werden.

18 So verfährt beispielsweise das wohl bekannteste Projekt aus dem Ausland, das von der Nationalbibliothek Australiens betriebene Web-Archiv PANDORA (Preserving and Accessing Networked Documentary Resources of Australia), ein Archiv das aus ausgewählten australischen Online-Publikationen besteht.

19 Die Open Archives Initiative ist eine Initiative von Betreibern von Preprint-Servern und anderen Dokumentenservern, um die auf diesen Servern abgelegten elektronischen Publikationen im Web besser auffindbar und nutzbar zu machen. Dazu werden verschiedene einfache Techniken entwickelt und bereitgestellt, insbesondere das OAI Protocol for Metadata Harvesting (OAI-PMH) zum Einsammeln und Weiterverarbeiten von Metadaten.

20 Z.B. die Digital Peer Publishing NRW: [www.dipp.nrw.de/ueberdipp/](http://www.dipp.nrw.de/ueberdipp/) (zuletzt aufgerufen am 16.11.2007).

21 Unterstützt werden derzeit das Datenformat ONIX sowie die Ressourcen-Formate text, application/pdf und die Archivformate application/zip, application/gzip, application/gzip-compressed. Zukünftig soll die Übertragung von Metadaten in weiteren Datenformaten möglich sein.

22 Das OAI-Harvesting als „Abholungsverfahren“ ist vor allem hilfreich für Ablieferer, die große Mengen digitaler sammlungsrelevanter Werke anbieten und für die das „Ablieferungsverfahren“ über Anmeldeformular daher nicht realisierbar ist.

23 Auf Nachfrage bei der DNB hat N. Stephan von der DNB zu den Maßgaben der Bibliothek am 22.10.2007 folgende Auskunft gegeben: „Die „Maßgaben der Bibliothek“ sind ... (noch) nicht konkret festgelegt; es können daher Einzelabsprachen getroffen werden. Wichtig ist, dass eine Schnittstelle vorhanden sein muss, die es der Deutschen Nationalbibliothek ermöglicht, evtl. vorhandene Metadaten sowie die Internetveröffentlichung selbst abzuholen.“

## Web-Harvesting vs. Urheberrecht

### 2. Zulässigkeit flächigen Web-Harvestings

Beim *flächigen* Web-Harvesting wird nicht zwischen rechtlich geschützten und ungeschützten Inhalten unterschieden und es wird diese Unterscheidung auch nicht zuvor in einer URL seed list getroffen. Es werden auch solche Inhalte gesammelt, die nicht zur Sammlung bestimmt sind und bewusst zur Abfrage eines Informationsdienstleisters über OAI-Repositoryys bereitgehalten werden. Die geharvesteten Informationen werden nicht, wie beim OAI-Harvesting zur Erfüllung einer Ablieferungsverpflichtung, oder aus sonstigen Motiven, zur Sammlung „angeboten“,<sup>24</sup> sondern ohne Zutun (und gegebenenfalls Einwilligung) der Urheber gesammelt.<sup>25</sup> Beim flächigen Web-Harvesting lässt sich nicht verhindern, dass fremdes, urheberrechtlich geschütztes Material ohne die erforderliche Einwilligung archiviert wird. Die mit der Archivierung verbundene Vervielfältigung bedarf dann, wenn keine Einwilligung des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers vorliegt, einer gesetzlichen Grundlage.

Bei der Suche nach einer gesetzlichen Grundlage ist einzig darauf abzustellen, ob das Urheberrecht in den §§ 44a ff. UrhG (eine) Ausnahmeregelung(en) zugunsten der Bibliotheken und Archive für den Einsatz von flächigem Web-Harvesting enthält.<sup>26</sup> Dies gilt uneingeschränkt auch für *Pflichtexemplarbibliotheken*. Zwar korrespondiert im Falle von Pflichtexemplarbibliotheken die Sammlung mit Pflichtabgabevorschriften, diese können jedoch nicht die gesetzliche Grundlage für urheberrechtlich relevante Handlungen sein. Für die Landespflichtexemplarbibliotheken gilt dies schon aufgrund der Normenhierarchie. Das UrhG als Bundesrecht bricht das Landespflichtexemplarrecht. Aber auch das DNBG begründet nur die Sammlungskompetenz der DNB, die sich in Bezug auf die mit ihrer Sammlungstätigkeit verbundenen urheberrechtlich relevanten Handlungen im Übrigen an geltendes Urheberrecht halten muss.

Gegenwärtig existiert keine spezifisch auf den Einsatz von Web-Harvesting zugeschnittene Urheberrechtsschranke.<sup>27</sup> Da die Bibliotheken und Archive beim Web-Harvesting digitale Archive anlegen, liegt ein Rückgriff auf das Archivprivileg aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG nahe. Dieses gestattet unter bestimmten Voraussetzungen das Anlegen digitaler Archive.<sup>28</sup>

#### a) Das urheberrechtliche Archivprivileg

Im Folgenden ist zu prüfen, ob § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG tatsächlich als Grundlage für flächiges Web-Harvesting herangezogen werden kann.

##### aa) Anwendbarkeit

Das Archivprivileg aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG, welches grundsätzlich sowohl die bei der Digitalisierung eines analogen Werkstücks als auch die bei der Kopie eines digitalen Werkstücks anfallende Vervielfältigungshandlung erfasst, ist nicht auf alle Werkkategorien anwendbar. Bestimmte Werkkategorien lassen sich nicht gestützt auf § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG vervielfältigen. Dies gilt namentlich für Computerprogramme<sup>29</sup> und Datenbanken.<sup>30</sup>

Der Anwendbarkeit von § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG könnte entgegenstehen, dass die beim Web-Harvesting gesammelten Webseiten, oder in diese integrierten Werke, zu diesen Werkkategorien zählen.

Webseiten an sich können einen Schutz als Computerprogramm, Datenbank(werk) oder Werk der bildenden Kunst genießen.<sup>31</sup> Die einzelnen, in die Webseite integrierten, Werke können einen Schutz als Filmwerk und filmähnliches Werk, Sprachwerk, Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art, oder Lichtbildwerk genießen.<sup>32</sup>

Auf der Grundlage von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 Nr. 3 UrhG lassen sich nur diejenigen Webseiten, oder in eine Webseite integrierten Werke sammeln, welche keinen zusätzlichen Schutz gem. §§ 4, 69d, 87c UrhG genießen.

##### bb) Privilegierte Einrichtungen

Privilegiert werden nur Archive, die (so § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UrhG) im öffentlichen Interesse tätig sind,<sup>33</sup> und die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbzweck verfolgen. Unter den Begriff Archiv fallen auch Archivbibliotheken. Archivbibliotheken sind in der Regel im öffentlichen Interesse tätig und sie verfolgen in der Regel (zumindest bis jetzt, was die zukünftige Entwicklung angeht ist bereits die kommerzielle Verwertung kultureller Äußerungen angedacht)<sup>34</sup> keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbzweck. Privilegiert sind ferner die Archive von Einrichtungen, die im öffentlichen Interesse der Lehre und Forschung dienen (z.B. Institutsarchive).<sup>35</sup> Damit wird der vom europäischen Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 2 lit. a und Art. 5 Abs. 3 lit. a der Urheberrechtsharmo-

24 Das Anbieten zur Sammlung setzt ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein voraus, welches nicht einfach unterstellt werden kann. Die DNB kann sich zur vollständigen Sammlung aller im Web „angebotenen“ Inhalte daher nicht etwa auf eine vorhandene Einwilligung in die mit der Sammlung verbundene Vervielfältigung berufen.

25 In diesem Zusammenhang wird auch vom „Selbstbedienungsverfahren“ gesprochen, vgl. H. Liegmann, Selbstbedienung oder Lieferung frei Haus? in Dialog mit Bibliotheken 14, 2002, 15 ff.

26 Die wiederum nach den Grundsätzen des Regel-/Ausnahmeprinzips restriktiv auszulegen ist, vgl. J. W. Goebell, Scheller/W. Zimmermann, Digitale Langzeitarchivierung und Recht, 2004, S. 40 ff.

27 Eine spezifische das Web-Harvesting erlaubende Schrankenbestimmung wird in der wissenschaftlichen Literatur für das diese Technologie verwendende Content-Caching von Suchmaschinen gefordert. So: St. Ott, Der Google Cache – Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung?, in MIR 2007, Dok. 195, Rz. 1–20, Rz. 9. Permanenter Link: [http://medien-internet-und-recht.delvolltext.php?mir\\_dok\\_id=697](http://medien-internet-und-recht.delvolltext.php?mir_dok_id=697).

28 Die Gesetzesbegründung zum DNBG beruft sich in § 2 (Aufgaben und Methoden) Nr. 1 letzter Teilsatz auch für den Einsatz von flächigen Web-Harvesting auf § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG.

29 Th. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 69d Rz. 3: Computerprogramme dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 69d UrhG vervielfältigt werden, welcher den § 44a ff. UrhG als lex specialis vorgeht. Durch § 69d UrhG ausgeschlossen ist insbesondere § 53 UrhG.

30 Th. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 87c UrhG Rz. 1: Datenbanken dürfen nur unter den Voraussetzungen von § 87c UrhG, der als abschließende Sonderregelung den §§ 44a ff. UrhG vorgeht, vervielfältigt werden. Datenbankwerke werden gem. § 53 Abs. 5 Satz 1 UrhG von der Privilegierung aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UrhG ausdrücklich ausgenommen.

31 Zur Einordnung einer Webseite in die bestehenden Werkkategorien ausführlich: St. Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, 2004, S. 241 ff.

32 M.C.G. Marquadt in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 4 Rz. 13.

33 Diese mit dem zweiten Korb eingeführte Änderung beschränkt den Kreis der nach § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG Privilegierten zusätzlich.

34 Vgl. die vom Fraunhofer Institut für Intelligente Analyse- und Informationssysteme Karlsruhe angefertigte und vom BKM herausgegebene „Bestandsaufnahme zur Digitalisierung von Kulturgut und Handlungsfelder“ von 2006, abrufbar unter: [www.imk.fraunhofer.de/BKM-Studie/BKM\\_End\\_55.pdf](http://www.imk.fraunhofer.de/BKM-Studie/BKM_End_55.pdf), zuletzt aufgerufen am 12.11.2007, S. 111 ff.

35 Th. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 53 Rz. 27 f.

## Web-Harvesting vs. Urheberrecht

nisierungsrichtlinie<sup>36</sup> gelassene Spielraum voll ausgeschöpft.

## cc) Aufnahme in ein „eigenes“ Archiv

Weitere Voraussetzung für die nach § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG privilegierte Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke ist, dass die Vervielfältigungsstücke eines Werkes zur Aufnahme in ein *eigenes* Archiv hergestellt werden. Dieses Adjektiv wird nach herrschender Ansicht verstanden als ein lediglich zur internen Nutzung bestimmtes Archiv.<sup>37</sup> Diese Auslegung deckt sich mit dem Archivierungszweck, kann allerdings nicht mehr getrennt von diesem betrachtet werden und verliert eine eigenständige prüfungsrelevante Bedeutung. Daher sprechen gute Gründe dafür, das Adjektiv „eigenes“, als „zu Eigentum gehörendes“ aufzufassen. Einer solchen Auslegung steht insbesondere nicht der Archivierungszweck entgegen, der als weitere Voraussetzung gegeben sein muss. Bibliotheken und Archive nutzen Web-Harvesting um ihren „zu Eigentum gehörenden“ Bestand auszubauen.

## dd) Zweck der Archivierung

Außerdem setzt § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG voraus, dass die Aufnahme eines Werkes in ein eigenes Archiv *geboten* sein muss und die Aufnahme selbst *keinen gewerblichen Zwecken dient*. Mit dem Ausschluss, dass die Aufnahme in ein digitales Archiv keinen gewerblichen Zwecken dienen darf, soll klargestellt werden, dass die zunehmend als attraktiv erkannte Vermarktung der Archivierungsleistung als solche<sup>38</sup> nicht vom Privileg des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG gedeckt wird.<sup>39</sup> Mit dem „Archivierungszweck“ vereinbar ist nur die „Bestandssicherung“, nicht mit dem Archivierungsprivileg vereinbar ist dagegen der „Bestandsaufbau“.<sup>40</sup> Grund für die Privilegierung der Aufnahme von Vervielfältigungen in ein eigenes Archiv ist, dass die Archivierung insbesondere in Bibliotheken erleichtert werden soll.<sup>41</sup> Der Archivierungszweck besteht in der *Sicherung* und *internen Nutzung* des *vorhandenen Bestandes* an geschützten Werken; bei Bibliotheken etwa darin, Raum zu sparen, oder den Bestand sicher zu lagern, ohne dass dadurch eine zusätzliche Verwertung des Werkes vorliegt, durch welche der Urheber betroffen wird. Die Anfertigung eines digitalen Archivs nach § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 Nr. 3 UrhG darf also nur darauf abzielen, durch digitale „Sicherungskopien“ bereits gegebene, mit bestehenden (Leistungsschutz- und Urheber-) Rechten in Einklang stehende Nutzungsmöglichkeiten zu sichern und zu konservieren.

Ungeachtet von § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG, nach dem privilegiert hergestellte Vervielfältigungsstücke weder verbreitet, noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden dürfen,<sup>42</sup> ist es den Bibliotheken und Archiven schon aufgrund des von § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG geforderten *Archivierungszwecks* verwehrt, ihre Archive für externe Dritte zu öffnen.<sup>43</sup> § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG privilegiert nur zur Erfüllung des Archivzwecks, keineswegs jedoch dazu (leistungsschutz- oder urheber-) rechtlich geschützte Werke durch möglichst leichte und kostengünstige Vervielfältigung einer breiten Öffentlichkeit zu vermitteln.<sup>44</sup>

Die Grenzen des privilegierten internen Gebrauchs sind überschritten, wenn das Archiv auch zur Verwendung durch außenstehende Dritte bestimmt ist.<sup>45</sup> Ein Archiv i.S.v. § 53 Abs. 2 S 1 Nr. 2 UrhG dient allein der Bestandssicherung und Bewahrung von kulturellen Äußerungen, sein Zweck ist es nicht, archivierte Vervielfältigungsstücke einer Nutzung durch Dritte zugänglich zu machen.<sup>46</sup> Externen Dritten dürfen aufgrund von § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 Nr. 3 UrhG nur diejenigen „Sicherungskopien“ zugänglich gemacht werden, durch die ein ihnen im Einklang mit bestehenden Urheberrechten bereits zugänglicher, aber beschädigter Bestand wiederhergestellt wird.

Zwar wird beim Einsatz von Web-Harvesting durch Archive und Bibliotheken kein gewerblicher Zweck, im Sinne der Vermarktung einer Archivleistung verfolgt, jedoch ist nicht die Bestandssicherung oder Bestandswiederherstellung, sondern der Bestandsaufbau im Hinblick auf Netzpublikationen intendiert. Dieser soll weitergehend auch der breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Digitale Web-Inhalte sollen nicht im Hinblick auf ihre möglicherweise irgendwann bestehende Verwertbarkeit archiviert werden, sondern mit der Intention sie sofort vermitteln zu können. Beim flächigen Web-Harvesting werden Inhalte aus dem WWW zu dem Zweck vervielfältigt und archiviert, die archivierten Vervielfältigungen zumindest den Bibliotheksbenutzern, also externen Dritten, dauerhaft zugänglich zu machen.

Daran ändert im Übrigen auch der mit dem zweiten Gesetz zur Änderung des Urheberrechts neu geschaffene § 52b UrhG nichts, selbst wenn er dann weitgehend leerläuft. § 52b UrhG erlaubt bestimmten Einrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen die Zugänglichmachung ihres analogen Bestandes an elektronischen Leseplätzen, enthält aber kein Recht zur Annex-Vervielfältigung.<sup>47</sup> Damit fehlt eine Regelung, wie die privilegierten Einrichtungen zu einem für die öffentliche Zugänglichmachung auf den Leseplätzen erforderlichen digitalen Werkexemplar kommen können.<sup>48</sup> Dieses Manko lässt sich nicht durch eine nunmehr weite Auslegung des Archivprivilegs beheben sondern nur, indem noch eine dem § 52a Abs. 3 UrhG vergleichbare Annex-Vervielfältigungskompetenz geschaffen wird.

## ee) Vervielfältigung eigener Archivstücke

Zuletzt setzt § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG voraus, dass als Vorlage für die Vervielfältigung ein *eigenes* Archivstück verwendet wird. Damit wird die gegebene Auslegung des Archivzwecks und die Absicht des Gesetzgebers zu verhindern, dass durch die Archivschranke zusätzliche Verwertungen urheberrechtlich geschützter Werke möglich werden, bestätigt. Weder dürfen die privilegierten Einrichtungen gestützt auf § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG ihren Bestand durch Vervielfältigungen/Kopien eigener Werkstücke erweitern, noch dürfen sie

36 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG.

37 H. Schack, AfP 2003, 1 ff. (2).

38 Vgl. H. Schack, AfP 2003, 1 ff. (2).

39 Der Hinweis darauf, dass mit der Archivierung keine gewerblichen Zwecke verfolgt werden dürfen, dient lediglich der Klarstellung, versteht sich im Übrigen von selbst, so der RegE eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 15.6.2006, BT-Drucks. 16/1828, 26.

40 Vgl. die amtliche Begründung der BT-Drucks. IV/270, 73.

41 Th. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 53 Rz. 27.

42 BGH v. 16.1.1997 – I ZR 9/95, BGHZ 134, 250 ff. (259 f.) = CR 1997, 403 m. Anm. Loewenheim = MDR 1997, 870.

43 H. Schack, AfP 2003, 1 ff. (2).

44 H. Schack, AfP 2003, 1 ff. (2).

45 BGH v. 16.1.1997 – I ZR 9/95, BGHZ 134, 250 ff. (258) = CR 1997, 403 m. Anm. Loewenheim = MDR 1997, 870; U. Loewenheim, AfP 1993, 613 ff. (618).

46 N.P. Flechsig/M. Fischer, ZUM 1996, 833 ff. (846).

47 Zu diesem Begriff: Th. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 52a Rz. 16.

48 Ch. Berger, GRUR 2007, 754 ff., (756).

## Web-Harvesting vs. Urheberrecht

fremde Werkstücke vervielfältigen, um den eigenen Bestand auszubauen.

Beim Web-Harvesting werden „fremde“ Werke eingesammelt (geharvestet). Auch dann wenn Pflichtexemplarbibliotheken solche Netzpublikationen, bei denen eine Ablieferungspflicht besteht, harvesten, sind diese zunächst „fremd“. Das Web-Harvesting stellt eine vorweggenommene unrechtmäßige Ersatz-Beschaffungsmaßnahme dar, die jeglicher (rechtlicher) Grundlage entbehrt.<sup>49</sup>

### b) Konkludente Einwilligung

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die mit Web-Harvesting verbundenen Eingriffe in Urheberrechte sich gegebenenfalls durch eine konkludente Einwilligung rechtfertigen lassen. Die Annahme einer konkludenten Einwilligung in eine Verwertungshandlung birgt die Gefahr in sich, die Balance der Interessen zwischen Urheberrechtsinhaber und Werkverwender zu verschieben und ist daher streng zu handhaben.<sup>50</sup>

Anders als beim „Content-Caching“, bei dem Suchmaschinen Momentanaufnahmen von Webseiten herstellen und Nutzern über einen Cache-Link zur Verfügung stellen und bei dem eine konkludente Einwilligung des Urhebers auch für den Cache-Link für möglich gehalten wird,<sup>51</sup> scheitert die Annahme einer konkludenten Einwilligung beim Web-Harvesting schon an der von den Bibliotheken und Archiven angestrebten *langfristigen* Verfügbarkeit der gewonnen digitalen Archive. Denn beim Content-Caching ist die nur vorübergehende *kurzfristige* Verfügbarkeit der betroffenen Seiten entscheidend für die Unterstellung, dass es sich hierbei in Parallele zur Proxy-Server-Problematik, um eine dem Web inhärente Technologie handele,<sup>52</sup> während beim Web-Harvesting eine derartige technologische Inhärenz nicht gegeben ist.

Selbst wenn man eine konkludente Einwilligung für das Speichern (und Nutzen) von Webseiten im Sinne eines dem Urheberrechtssystem fremden „*Opt-Out-Systems*“<sup>53</sup> gleichwohl für möglich hält,<sup>54</sup> liegen die dafür erforderlichen Voraussetzungen jedenfalls nicht vor, denn (1.) gibt es beim Web-Harvesting formal keine Möglichkeit, der Werkverwendung ausdrücklich zu widersprechen,<sup>55</sup> weil es beim *flächigen* Web-Harvesting gerade um eine vollständige und lückenlose Sammlung bestimmter Bereiche des Web geht. Dabei beschränkt sich (2.) die Archivierung von Webseiten durch Bibliotheken und Archive gerade nicht auf den absolut notwendigen Umfang. Zudem kann (3.) nicht generell unterstellt werden, dass jeder Anbieter urheberrechtlich geschützter Inhalte im Web ein Interesse am dauerhaften Vorhandensein seines Angebots hat.

### III. Fazit

Nach geltender Rechtslage gibt es keine sichere Rechtsgrundlage für den Einsatz von flächigem Web-Harvesting. Beim *flächigen* Web-Harvesting besteht die technisch nicht auszuschließende *Möglichkeit* einer Urheberrechtsverletzung. Denn bei der Sammlung und Archivierung mittels Web-Harvesting werden auch solche urhe-

berrechtlich geschützten Webseiten oder in diese integrierten Teile vervielfältigt, die sich nicht auf der Grundlage von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG vervielfältigen lassen und in deren Vervielfältigung nicht eingewilligt wurde.

Auch wenn ein Schaden beim Urheber schwer vorstellbar erscheint, wenn Bibliotheken und Archive, welche „keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen und im öffentlichen Interesse tätig sind,“ urheberrechtlich geschützte Webseiten oder Teile von Webseiten mittels Web-Harvesting archivieren,<sup>56</sup> jedoch können sich die Bibliotheken und Archive im europäischen Raum hierauf – anders als die Bibliotheken und Archive im angloamerikanischen Raum wo immer ein Rückgriff auf die generalklauselartige Fair-Use-Schranke möglich ist – nicht berufen.<sup>57</sup>

Angesichts der Bedeutung der Arbeit der Bibliotheken und Archive und der Wichtigkeit der dauerhaften Kommunikation kultureller Äußerungen über alle (auch digitale und vernetzte) Medien, ist eine Rechtssicherheit schaffende Ergänzung des UrhG vorzunehmen. Um dies zu gewährleisten sollten sich die Bibliotheken und Archive stärker als bisher in die urheberrechtlichen Diskussionen miteinbringen.<sup>58</sup>

49 Das wird in der Gesetzesbegründung zum DNBG (Begründung DNBG zu § 2 (Aufgaben und Methoden) Nr. 1 letzter Teilsatz) wohl übersehen, wenn es dort heißt: „Die Bibliothek muss zur Erfüllung ihrer Aufgaben Kopien fertigen, insbesondere im Rahmen der Sammlung elektronischer Daten im Internet oder deren Überführung in andere Formate zum Erhalt einer zeitgemäßen Zugriffsmöglichkeit. Die urheberrechtliche Befugnis der Bibliothek zum Erstellen dieser Kopien ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG und bedarf keiner erneuten Regelung in diesem Gesetz. Große Datenmengen in elektronischer Form – etwa aus dem Internet, aber auch aus internen Datenbanken – können nur in automatisierten Verfahren kopiert werden.“ Richtig ist lediglich, die aus dieser Aussage zu gewinnende Feststellung, dass die Schranken für die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter kultureller Äußerungen (Werke) sich lediglich aus dem UrhG ergeben können und nicht etwa aus dem DNBG. Insoweit sich Erlaubnisatbestände nur aus dem UrhG ergeben können, ist ihre Formulierung im DNBG eine bloße Wiederholung und als solche überflüssig (kann aber der Verständlichkeit dienen).

50 St. Ott, Der Google Cache – Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung? in MIR 2007, Dok. 195, Rz. 5.

51 M. Bahr, The Wayback Machine und Google Cache – eine Verletzung deutschen Urheberrechts?, in JurPC Web-Dok. 29/2002, Abs. 9.

52 M. Bahr, The Wayback Machine und Google Cache – eine Verletzung deutschen Urheberrechts?, in JurPC Web-Dok. 29/2002, Abs. 8 f.

53 Der Annahme der Zulässigkeit einer urheberrechtlich relevanten Handlung, solange der Urheberrechtsinhaber ihr nicht widerspricht. Den Gegensatz bildet das geltende „*Opt-In-System*“, also die Annahme, dass eine urheberrechtlich relevante Handlung nur mit Einwilligung des Urhebers, beziehungsweise bei Vorliegen einer Ausnahmebestimmung, zulässig ist.

54 St. Ott, Der Google Cache – Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung? in MIR 2007, Dok. 195, Rz. 5 ff.; St. Ott, ZUM 2007, 119 ff., (126 f.).

55 Der Abspeicherung von Webseiten lässt sich bspw. durch META-Tags oder Robots.txt im Code einer Webseite widersprechen.

56 Bestimmungen aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Satz 2 Nr. 3 UrhG, dessen Voraussetzungen mindestens erfüllt sein müssen.

57 Zum Vorliegen der Voraussetzungen der generalklauselartigen Fair-Use-Schranke beim Content-Caching s.: St. Ott, Der Google Cache – Eine milliardenfache Urheberrechtsverletzung? in MIR 2007, Dok. 195, Rz. 11 ff.

58 Bisherige Bemühungen im zweiten Korb scheinen ungehört verhallt zu sein, was sicher mit dem schon zuvor gesteckten Rahmen des zweiten Korbes zu tun hatte.