



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

**Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and
Competition on the proposed modernisation of European copyright rules.
Part B: Exceptions and Limitations. Chapter 1: Text and Data Mining
(Article 3 COM(2016) 593)**

Hilty, Reto M; Richter, Heiko

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-144818>
Published Research Report
Published Version

Originally published at:

Hilty, Reto M; Richter, Heiko (2017). Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the proposed modernisation of European copyright rules. Part B: Exceptions and Limitations. Chapter 1: Text and Data Mining (Article 3 COM(2016) 593). München: Max Planck Institute for Innovation and Competition.



**Position Statement of the
Max Planck Institute for Innovation and Competition
on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules**

PART B

Exceptions and Limitations

Chapter 1

Text and Data Mining

(Article 3 COM(2016) 593)

Version 1.1

I. Introduction

1. **Text and data mining (TDM)** refers to comparatively new analysis techniques to automatically assess large amounts of digital information by means of computers, thereby generating new knowledge (in particular by identifying correlations or trends). TDM is applied in a wide range of fields: in the social sciences, humanities and natural sciences, such as pharmaceutical and medical research, and in journalism, but also in the private sector, for example in financial industries or for the purpose of market research.
2. The Commission's intention to exempt TDM from licensing for research purposes is, **in principle, to be welcomed**. A clear legal framework avoids the complicated rights clearance between the parties involved and reduces investment risks. The innovation effect will likely be immense in view of the rapidly growing importance of data analysis techniques. It is also positive to see the European legislature taking the initiative, as this prevents a fragmentation of the law.

II. The Commission's proposal

1. Content

3. Article 3(1) of the Draft Directive provides for an exception for reproductions pursuant to Article 2 of Directive 2001/29 (InfoSoc Directive) and extractions pursuant to Article 7(1) of Directive 96/9 (Database Directive) in order to carry out TDM for the purposes of scientific research (defined in Article 2(1)). The prerequisite is that the respective research organization has lawful access to the sources searched. The exception is limited to **not-for-profit research** and research with a public interest objective. According to Article 3(2), contrary contractual provisions are unenforceable. Furthermore, rightholders shall be allowed to apply technical measures to ensure the security and integrity of networks and databases (Article 3(3)). Rightholders and research organizations should agree on good practices (Article 3(4)).
4. Similar regulation has already been enacted, inter alia, in the United Kingdom in 2014 for non-commercial research. In Germany, corresponding proposals are discussed in the context of the debate on the research exemption (*de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014; in favor of a broader scope, however, *Schack*, ZUM 2016, 266, 269; about the general legal situation of TDM *Spindler*, GRUR 2016, 1112, 1117).
5. The draft refers to reproductions (Article 2 InfoSoc Directive) and extractions (Article 7(1) Database Directive) as affected **exploitation rights**. If TDM were considered to be relevant for copyright (see, for example, *Spindler*, "Text und Data Mining – urheber- und datenschutzrechtliche Fragen", GRUR 2016, 1112; *Stamatoudi*, "Text and Data Mining", in: *Stamatoudi* (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, 253; *Triaille et al.*, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, 2014), then this would be consistent. In fact, TDM usually requires a not merely temporary reproduction, for which Article 5(1)(a) InfoSoc Directive would not apply.

2. Concerns regarding the regulatory method

6. However, the proposed rule **wrongly suggests** that carrying out TDM is per se of relevance to copyright. The explanations given in Recital 8, according to which an authorization to undertake such acts must be obtained from rightholders if no exception or limitation applies, are too sweeping. Especially in the case that a user has lawful access to contents (the user has acquired the relevant data as such or has acquired access to them on a contractual basis), the automated analysis of these contents must be permitted, just as reading by the human being does not require any separate consent by the rightholder.
7. The **illusionary protection** thus suggested has an effect, in particular, in those cases in which the contractual agreement between the rightholder and the user does not contain any express provisions on TDM. The proposed limitation would allow for the conclusion *e contrario* that TDM is a separable type of use. An omission in a contract would therefore have to be interpreted in the sense that the contractually granted right does *not* refer to TDM.
8. The **consequences** of such a wrong conclusion are far-reaching, since the proposed rule allows TDM to be carried out only by not-for-profit research organizations and research organizations acting directly in the public interest. This would force users of TDM to conclude contractual agreements with the rightholders for commercial purposes and for research not in the public interest. This lacks a substantive justification (see para. 10-12) and also leads to complex questions of demarcation in the legal practice. As a result of the different national implementations to be expected, the fragmentation of law in the internal market would be pushed even further, which is contrary to the declared objective of the Union-wide harmonization of the law.
9. In addition, the general **role model effect** of such a rule is to be viewed with skepticism regarding the development of the data-driven economy: TDM is to be considered only as a first, albeit an important, data analysis technique.

Submitting TDM to an isolated copyright rule would lead to a fragmentary and incoherent legal development in the longer run. Instead, only holistic regulatory approaches that accommodate overarching interrelations of interests can account for the societal and economic significance of data analyses.

3. Concerns regarding the content

10. The Draft Directive assumes that TDM is of particular benefit to scientific research and, in particular, creates incentives for innovation. While this is true, this must not, however, lead to the conclusion that TDM does not bear the same **high potential for innovation and discovery** for purposes beyond scientific research, e.g. for start-ups, journalists or information intermediaries.
11. Even **within the field of research**, however, the Commission intends to limit the scope of the proposed provision to not-for-profit research organizations and to those pursuing a public-interest objective recognized by a Member State. The latter raises delimitation problems and so does the specific goal to submit public-private partnerships to the provision. Although the draft aims to add contour to the rule by giving a definition (Article 2(1)), this definition uses a large number of legal terms that are vague or to be further defined, which will most likely lead to lengthy court procedures involving the CJEU as an interpreting instance.
12. Including profit-oriented – and also **purely private** – research in a provision on TDM would avoid not only the aforementioned delimitation problems. More importantly, this would strengthen the position of research-based companies in the European Union against their competitors who are not subjected to similar restrictions.

III. Alternative regulatory proposal

1. TDM as normal use

13. Against the background of these concerns, an alternative regulatory proposal is presented here. In the first place, the proposal is based on the fact that the performance of TDM as such – as described at the outset (see para. 6) – has no more relevance under copyright than any other kind of use of the work, in particular the reading and comprehension of connections by a human being. Just as reading corresponds to the normal use of analogue written works (this awareness of contents does not conflict with copyright), the **normal use of digitally stored content** lies – in the light of today’s technologies – in automatically finding and correlating the information it contains. In a sense comparable, Article 5(3) of Directive 2009/24 (Software Directive) defines the normal use of computer programs such that “[t]he person having a right to use a copy of a computer program shall be entitled, without the authorization of the rightholder, to observe, study or test the functioning of the program in order to determine the ideas and principles which underlie any element of the program“ (see also Recital 13).
14. However, the special feature of TDM is that the actual process of TDM itself is usually **preceded by a reproduction**, since the datasets involved are usually available in different formats and must therefore be normalized for the purpose of the comprehensive automated search (and, as the case may be, undergo a taxonomy). At first sight, this process is comparable to so-called “format-shifting” (for example, from an analogue to a digital carrier), which inevitably leads to a reproduction.
15. Depending on the sources on which the TDM is based, databases that are protected subject-matter under the Database Directive can also be affected. The stated normalization might constitute an **extraction**, which requires consent, and is defined as “the permanent or temporary transfer of all or a substantial

part of the contents of a database to another medium by any means or in any form” (Art. 7(2)(a) Database Directive).

16. Neither the necessary extraction from databases nor the reproduction resulting from the required normalization allows the user an independent use, however (unlike e.g. format-shifting). Rather, these processes are **technically necessary** in order to carry out TDM at all, just as, for example, a reproduction is unavoidable for the use of software. For this reason, Article 5(1) of the Software Directive provides that a permanent or temporary reproduction of software according to Article 4(1)(a) of the same Directive “shall not require authorization by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program”. Thus, in relation to the very broad concept of reproduction in Art. 2 of the InfoSoc Directive, a specific field exemption is created that goes beyond the much narrower rationale of Art. 5(1) of the InfoSoc Directive.
17. Nothing else applies regarding TDM, as far as concerns content to which the persons performing the mining have lawful access. In other words, the **regulatory model** suggested here constitutes another specific field exemption based on the fact that the performance of TDM as such, like acts under Art. 5(3) of the Software Directive, does not require the consent of the rightholder. In order to be able to carry out TDM at all, however, reproductions are just as necessary as they are permitted to the lawful user of software pursuant to Article 5(1) of the Software Directive. This means that Art. 2 InfoSoc Directive does not cover such reproductions. The same applies with regard to certain extractions from database contents that are necessary for the purposes of TDM.
18. The proposed regulatory model does not entitle any third party to carry out TDM, but only the user to whom the rightholder has granted **access** to the sources affected by it. Just as a rightholder who allows users to use software must assume that reproductions and other actions according to Article 5(1) and (3) of the Software Directive are performed, the rightholder must assume that TDM is carried out if he allows access to sources in a manner that enables

TDM. Therefore, in principle, an “implied license” is to be assumed – comparable to the provision in the Software Directive (*Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4th edition, § 69d, para. 3 with further references).

19. Thus, the purpose of the proposed rule is primarily to determine the permissible range of **divergent contractual arrangements**, in particular those which would prohibit TDM. The rule constitutes an indispensable core of permitted acts of the intended user, as it renders contrary contractual terms void (in this sense, Article 8(2) of the Software Directive). Article 3(2) of the Commission’s Draft Directive also reflects this concern.
20. The decisive reason for the fact that those users who have legal access to the sources used must be able to carry out TDM without the consent of the rightholder lies in the fact that the rightholder does **not need to take any specific actions** to enable TDM. Rather, the user can basically perform the above-mentioned normalization himself, even if this is neither necessary nor particularly meaningful or efficient.

2. Advanced business models on a contractual basis

21. Against this background, **new business models** are available to the rightholders (such as scientific publishers), who have so far used them in rather isolated cases in relation to certain TDM-driven industries. Such industries, as well as researchers, may prefer not to undertake the normalization step themselves, but to involve a specialized third party. Should those users who are not specialized and who have lawful access to the recorded content perform the normalization themselves, this does not simply produce a dataset that is necessary to achieve optimal results of TDM. This primarily opens up the possibility for the rightholders to technically process content designated by users, who can then directly carry out TDM.
22. Such services, however, relate only to the **necessary preparatory measures**, namely to the normalization and the corresponding reproductions. In this re-

spect, the abovementioned field exemption for the benefit of legitimate users does not come into play. However, this does not alter the fact that the actual TDM does not require the consent of the rightholder, since this does not constitute a copyright-relevant use of works from the outset (on this, see para. 6). It is true that a rightholder will demand compensation for the normalization of data; but such compensation does not refer to the TDM itself. In other words, the use of the service of the rightholder simply means that the user who has lawful access to the contents covered does not make the necessary reproductions himself, but this does not change the principle that TDM in itself is permitted without the need for consent.

23. Rightholders still remain free to differentiate the **prices** for such services provided on a contractual basis. This can be justified in situations where commercial users perform TDM to increase their chances in competition and to achieve corresponding profits. Such users in particular are already working together with rightholders (for example with scientific publishers), with corresponding business models under development. Against this background as well, it is not clear why commercial users should not be included in the proposed provision. Profit-oriented users will primarily follow efficiency considerations for deciding how to carry out TDM. They will often prefer appropriate services of rightholders to their own, more complex normalizations of content, even if they have access to it.
24. Under the proposed rules, rightholders are also **not exposed to excessive competition**. Only the user who has his own lawful access to the recorded content and who wants to carry out the actual TDM himself is allowed to make the reproductions required for TDM. This excludes the possibility for third parties to offer similar services and to thus compete with the rightholders. Though third parties may gain access to a wide range of content, they do not fall under the field exemption from the general rights of reproduction and extraction proposed here as long as they do not carry out TDM themselves.

3. TDM related to non-accessible content

25. A particular problem faced by research organizations relates to TDM of content to which there is **no (lawful) access**. Smaller research organizations, in particular, with only limited access to content, are already facing the challenge of being able to compete internationally. This problem will be exacerbated by the fact that the field exemption for TDM requires lawful access, thus effectively increasing the lead of the fewer, large and financially strong research organizations.
26. **Research organizations** must therefore also be able to carry out TDM without having to acquire access to the content themselves. In fact, in practice certain providers of content already provide normalized datasets for the purpose of TDM without giving the users access to the content. Rather, the actual access to scientific content must be acquired (and paid for) separately. Indeed, the provision of normalized data solely for the purpose of TDM is a business model, especially since a rightholder will either offer this service for payment or hopes for other, indirect profit opportunities. However, this practice is far from being comprehensive, and – as far as can be seen – it has not yet been developed with research organizations in mind at all (see for a recent overview of the TDM policies of scientific research publishers *Casper/Guibault*, Baseline report of policies and barriers of TDMs in Europe, 2016, p. 84 et seq.). However, such a practice would be of particular interest and benefit, given the stated limited access to scientific research information.
27. Accordingly, the proposed provision obliges rightholders **to provide datasets** to research organizations (as defined in Article 2 of the Draft Directive) that exclusively allow them to carry out TDM. This obligation applies, of course, only to those rightholders who market content primarily for research purposes. The provision does not stipulate how this provision of datasets is to be implemented in particular. Rather, it is sufficient if the obligation creates incentives for self-regulation. The more open the provision is, the more likely it is to al-

low co-operation between rightholders of complementary content with regard to such business models.

28. Such an obligation can be justified by the fact that the rightholders are entitled to request a reasonable payment for the provision of their normalized data. What is crucial is that the normalized data provided can only serve as **a substitute for access** to the actual content to a limited extent. The mere possibility to perform TDM does not, however, replace the knowledge of a particular research discipline's current state. TDM is merely a possible research approach, which, however, is particularly important because the knowledge gained can be the subject of new publications. If this modern research approach is not to be hampered by a lack of factual availability of normalized data, it is indispensable that TDM also be made possible with respect to content that is not lawfully accessible. A residual risk may be seen in the fact that TDM-capable data sets could be used (and e.g. "converted back") in a way that would allow for the substitution of access to the content. However, this does not only require a certain amount of effort; the back-conversion would ultimately also constitute a reproduction on the part of the party to which the TDM-capable data sets have been made available. However, such a reproduction lacks not only the contractual consent of the concerned rightholders, but also a statutory authorization. A back-conversion of purely TDM-capable data sets would therefore be illegal.

4. The need and importance of technical protection measures

29. It goes without saying that access to the networks and databases of rightholders for the purpose of TDM is associated with certain risks. This applies in principle irrespective of whether the user has lawful access to the content or not, since the marketing of scientific information in particular nowadays often no longer requires permanent data transfers. Accordingly, a rightholder must be able to protect his legitimate interests by taking **certain technical measures**. However, such measures must not go beyond what is required, i.e. technical

protection measures must be precluded from making TDM unnecessarily more difficult or even *de facto* impossible.

5. Storage and accessibility

30. In so far as the rightholders themselves carry out the normalization of the data and only provide them for the purpose of the TDM, they have the power to exclude unauthorized uses of these data. If, on the other hand, normalization is carried out by those users who carry out TDM, the dataset remains under their control, provided that it is not destroyed after the TDM has been carried out. If, in principle, this is a reproduction (para. 14), for which the proposed standard provides for a field exemption for the benefit of the party that intends to carry out TDM, it follows that such datasets may not be left in the hands of third parties. Accordingly, they are to be **stored** in such a way as to prevent unauthorized uses by third parties.
31. Conversely, in both cases, a very important question for practice is whether there is any obligation to retain the corresponding datasets after TDM has been carried out. In the field of scientific research there is a particularly strong **interest in the verifiability of research results**. This may determine that the relevant datasets have to be retained and made available for the purpose of verification, unless it can be ensured that re-normalization and repeated TDM leads to identical results. If it is necessary to store the datasets used in the research, all Member States must have facilities for storing the relevant datasets in such a way as to allow any EU national without discrimination to make the necessary verifications.

IV. Proposal

Article 3

Text and data mining

(1) ¹A person is allowed, without the rightholder's consent, to carry out text and data mining related to works or other subject-matter to which this person has lawful access. ²This includes, for the sole purpose of text and data mining, the permission to extract contents of databases and to make reproductions.

(2) ¹Rightholders who market works or other subject-matter primarily for research purposes are obliged to provide research organizations not having lawful access with datasets that enable them to carry out text and data mining only. ²These rightholders may request a reasonable payment.

(3) Any contractual provision contrary to the rights and obligations provided for in paragraph 1 or paragraph 2 shall be unenforceable.

(4) ¹Rightholders shall be allowed to apply measures necessary to ensure the security and integrity of the networks and databases. ²Such measures shall not unnecessarily hamper text and data mining.

(5) The Member States shall designate a facility to safely store datasets used for text and data mining and to make them accessible for verification purposes only.

Munich, February 22, 2017

Authors: Prof. Dr. Reto M. Hilty
Heiko Richter, LL.M.

Annex: Synopsis German – English

	Text und Data-Mining <u>Stellungnahme</u>	Text and data mining <u>Position Paper</u>
1	<p>I. Einführung</p> <p>Text- und Data-Mining (TDM) bezeichnet vergleichsweise neue Analysetechniken, große Mengen digitaler Informationen automatisiert mit Hilfe von Computern auszuwerten, um dadurch neues Wissen (insbesondere durch die Identifikation von Zusammenhängen oder Trends) zu erzeugen. TDM findet Anwendung in verschiedensten Feldern: in den Sozial-, Geistes- und Naturwissenschaften, so etwa in der pharmazeutischen und medizinischen Forschung, im Journalismus, aber auch in der Privatwirtschaft, etwa im Finanzsektor oder zu Zwecken der Marktforschung.</p>	<p>I. Introduction</p> <p>Text and data mining (TDM) refers to comparatively new analysis techniques to automatically assess large amounts of digital information by means of computers, thereby generating new knowledge (in particular by identifying correlations or trends). TDM is applied in a wide range of fields: in the social sciences, humanities and natural sciences, such as pharmaceutical and medical research, and in journalism, but also in the private sector, for example in financial industries or for the purpose of market research.</p>
2	<p>Das Anliegen der Kommission, TDM zu Forschungszwecken lizenzfrei zu stellen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Ein eindeutiger Rechtsrahmen erspart eine komplizierte Rechtklärung zwischen den beteiligten Akteuren und reduziert Investitionsunsicherheit. Der Innovationseffekt dürfte angesichts der rapide wachsenden Bedeutung von Daten-Analysetechniken als immens einzustufen sein. Ebenfalls ist begrüßenswert, dass gerade der europäische Gesetzgeber die Initiative ergreift, was einer Rechtszersplitterung vorbeugt.</p>	<p>The Commission's intention to exempt TDM from licensing for research purposes is, in principle, to be welcomed. A clear legal framework avoids the complicated rights clearance between the parties involved and reduces investment risks. The innovation effect will likely be immense in view of the rapidly growing importance of data analysis techniques. It is also positive to see the European legislature taking the initiative, as this prevents a fragmentation of the law.</p>
3	<p>II. Zum Vorschlag der Kommission</p> <p>1. Inhalt</p> <p>Art. 3 Abs. 1 RL-Entwurf verlangt eine Ausnahme für Vervielfältigungen nach Art. 2 der RL 2001/29 (InfoSoc-RL) sowie Entnahmen nach Art. 7 Abs. 1 der RL 96/9 (Datenbank-RL) sofern dies im Rahmen von TDM erfolgt, das zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung eingesetzt wird</p>	<p>II. The Commission's proposal</p> <p>1. Content</p> <p>Article 3(1) of the Draft Directive provides for an exception for reproductions pursuant to Article 2 of Directive 2001/29 (InfoSoc Directive) and extractions pursuant to Article 7(1) of Directive 96/9 (Database Directive) in order to carry out TDM for the purposes of scientific research (defined in</p>

	<p>(definiert in Art. 2 Abs. 1). Voraussetzung ist, dass die jeweilige Forschungsorganisation rechtmäßig Zugang zu den durchsuchten Quellen hat. Die Ausnahme beschränkt sich auf nicht-gewinnorientierte Forschung und auf solche, die der Erfüllung eines staatlich anerkannten Auftrages dient. Entgegenstehende Vertragsbestimmungen sind nach Art. 3 Abs. 2 unwirksam. Ferner ist die Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen durch die Rechteinhaber möglich, welche die Sicherheit und Integrität der Netze und Datenbanken gewährleisten (Art. 3 Abs. 3). Hier sollen sich Rechteinhaber und Forschungsorganisationen auf bewährte Verfahren einigen (Art. 3 Abs. 4).</p>	<p>Article 2(1)). The prerequisite is that the respective research organization has lawful access to the sources searched. The exception is limited to not-for-profit research and research with a public interest objective. According to Article 3(2), contrary contractual provisions are unenforceable. Furthermore, rightholders shall be allowed to apply technical measures to ensure the security and integrity of networks and databases (Article 3(3)). Rightholders and research organizations should agree on good practices (Article 3(4)).</p>
<p>4</p>	<p>Eine ähnliche Regelung wurde bereits u.a. im Vereinigten Königreich im Jahr 2014 für nicht-kommerzielle Forschung umgesetzt. In Deutschland werden im Rahmen der Debatte über die Wissenschaftsschranke entsprechende Vorschläge diskutiert (<i>de la Durantaye</i>, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014; für einen weitergehenden Anwendungsbereich indes <i>Schack</i>, ZUM 2016, 266, 269; über die Rechtslage zu TDM insgesamt <i>Spindler</i>, GRUR 2016, 1112, 1117).</p>	<p>Similar regulation has already been enacted, inter alia, in the United Kingdom in 2014 for non-commercial research. In Germany, corresponding proposals are discussed in the context of the debate on the research exemption (<i>de la Durantaye</i>, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014; in favor of a broader scope, however, <i>Schack</i>, ZUM 2016, 266, 269; about the general legal situation of TDM <i>Spindler</i>, GRUR 2016, 1112, 1117).</p>
<p>5</p>	<p>Der Entwurf knüpft an Vervielfältigungen (Art. 2 Info-Soc-RL) und Entnahmen (Art. 7 Abs. 1 Datenbank-RL) als betroffene Verwertungsrechte an. Würde man TDM als urheberrechtlich relevant erachten (vgl. hierzu etwa <i>Spindler</i>, „Text und Data Mining – urheber- und datenschutzrechtliche Fragen“, GRUR 2016, 1112; <i>Stamatouidi</i>, „Text and Data Mining“, in: Stamatouidi (Hrsg.), New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, 253; <i>Triaille</i> et al., Study on the legal framework of text and data mining (TDM), 2014), so wäre dies konsequent. Tatsächlich erfordert TDM in der Regel eine nicht lediglich temporäre Vervielfältigung, für welche Art. 5</p>	<p>The draft refers to reproductions (Article 2 InfoSoc Directive) and extractions (Article 7(1) Database Directive) as affected exploitation rights. If TDM were considered to be relevant for copyright (see, for example, <i>Spindler</i>, „Text und Data Mining – urheber- und datenschutzrechtliche Fragen“, GRUR 2016, 1112; <i>Stamatouidi</i>, „Text and Data Mining“, in: Stamatouidi (ed.), New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, 253; <i>Triaille</i> et al., Study on the legal framework of text and data mining (TDM), 2014), then this would be consistent. In fact, TDM usually requires a not merely temporary reproduction, for which Article 5(1)(a) InfoSoc Directive would not</p>

	Abs. 1 a) InfoSoc-RL nicht greifen würde.	apply.
6	<p>2. Regelungstechnische Bedenken</p> <p>Die vorgeschlagene Regelung suggeriert allerdings zu Unrecht, dass die Handlung des TDM an sich urheberrechtlich relevant ist. Zu pauschal sind die Ausführungen in ErwGr. 8, wonach mangels Geltendmachung von Ausnahmen oder Beschränkungen eine Genehmigung vom Rechteinhaber für TDM eingeholt werden müsse. Denn gerade dann, wenn der Nutzer auf Inhalte bereits rechtmäßig zugreifen kann (er die betreffenden Daten also als solche oder Zugang zu ihnen vertraglich erworben hat), muss das automatisierte Auswerten dieser Inhalte ebenso erlaubt sein, wie das Lesen durch den Menschen keiner gesonderten Erlaubnis des Rechteinhabers bedarf.</p>	<p>2. Concerns regarding the regulatory method</p> <p>However, the proposed rule wrongly suggests that carrying out TDM is per se of relevance to copyright. The explanations given in Recital 8, according to which an authorization to undertake such acts must be obtained from rightholders if no exception or limitation applies, are too sweeping. Especially in the case that a user has lawful access to contents (the user has acquired the relevant data as such or has acquired access to them on a contractual basis), the automated analysis of these contents must be permitted, just as reading by the human being does not require any separate consent by the rightholder.</p>
7	<p>Der damit suggerierte illusionäre Schutz wirkt sich insbesondere in denjenigen Fällen aus, in denen die Vertragsvereinbarung zwischen Rechteinhaber und Nutzer keine ausdrücklichen Bestimmungen zu TDM enthalten. Denn die vorgeschlagene Schrankenregelung ließe den Umkehrschluss zu, dass TDM eine aufspaltbare Nutzungsart darstellt. Ein Schweigen im Vertrag wäre folglich dahingehend zu interpretieren, dass sich die vertragliche Berechtigung eben <i>nicht</i> auf TDM bezöge.</p>	<p>The illusionary protection thus suggested has an effect, in particular, in those cases in which the contractual agreement between the rightholder and the user does not contain any express provisions on TDM. The proposed limitation would allow for the conclusion <i>e contrario</i> that TDM is a separable type of use. An omission in a contract would therefore have to be interpreted in the sense that the contractually granted right does <i>not</i> refer to TDM.</p>
8	<p>Die Folgen eines solchen Fehlschlusses reichen deswegen weit, weil die vorgeschlagene Regelung TDM nur nicht gewinnorientierten bzw. im unmittelbaren öffentlichen Interesse tätigen Forschungsorganisationen gestatten soll. Damit würden Nutzer von TDM für kommerzielle bzw. nicht im öffentlichen Interesse liegende Forschung zum Abschluss vertraglicher Vereinbarungen mit den Rechteinhabern gezwungen. Dies entbehrt einer sachlichen Rechtfertigung (dazu Ziff. 10-12) und führt darüber hinaus zu komplexen Abgrenzungs-</p>	<p>The consequences of such a wrong conclusion are far-reaching, since the proposed rule allows TDM to be carried out only by not-for-profit research organizations and research organizations acting directly in the public interest. This would force users of TDM to conclude contractual agreements with the rightholders for commercial purposes and for research not in the public interest. This lacks a substantive justification (see para. 10-12) and also leads to complex questions of demarcation in the legal practice. As a result of the different national im-</p>

	fragen in der Rechtspraxis. Durch zu erwartende Unterschiede in der nationalen Umsetzung würde die Rechtszersplitterung im Binnenmarkt gegenüber heute noch forciert, was dem erklärten Ziel der unionsweiten Rechtsharmonisierung zuwiderliefe.	plementations to be expected, the fragmentation of law in the internal market would be pushed even further, which is contrary to the declared objective of the Union-wide harmonization of the law.
9	Mit Skepsis zu betrachten ist darüber hinaus die generelle Vorbildwirkung einer solchen Regelung für die Entwicklung der datengetriebenen Wirtschaft: Bei TDM dürfte es sich lediglich um eine erste, wenn auch wichtige Datenanalysetechnik handeln. Diese isoliert einer urheberrechtlichen Regelung zu unterwerfen, führte zu einer bruchstückhaften und längerfristig inkohärenten Rechtsfortentwicklung. Stattdessen vermögen nur ganzheitliche, übergeordnete Interessenzusammenhänge berücksichtigende Regulierungsansätze der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung von Datenanalysen Rechnung zu tragen.	In addition, the general role model effect of such a rule is to be viewed with skepticism regarding the development of the data-driven economy: TDM is to be considered only as a first, albeit an important, data analysis technique. Submitting TDM to an isolated copyright rule would lead to a fragmentary and incoherent legal development in the longer run. Instead, only holistic regulatory approaches that accommodate overarching interrelations of interests can account for the societal and economic significance of data analyses.
10	3. Inhaltliche Bedenken Der RL-Entwurf geht davon aus, dass TDM für die wissenschaftliche Forschung von besonderem Nutzen ist und namentlich Innovationsanreize schafft. Dies trifft zu, darf aber nicht zu dem Schluss führen, dass TDM für Zwecke jenseits der wissenschaftlichen Forschung nicht ebenso hohes Innovations- und Entdeckungspotential birgt, etwa für Startups, Journalisten oder Informationsintermediäre.	3. Concerns regarding the content The Draft Directive assumes that TDM is of particular benefit to scientific research and, in particular, creates incentives for innovation. While this is true, this must not, however, lead to the conclusion that TDM does not bear the same high potential for innovation and discovery for purposes beyond scientific research, e.g. for start-ups, journalists or information intermediaries.
11	Selbst innerhalb der Forschung will die Kommission die Reichweite der vorgeschlagenen Regelung jedoch auf nicht-gewinnorientierte Forschungsorganisationen sowie auf solche beschränken, die in staatlich anerkanntem Auftrag im öffentlichen Interesse handeln. Letzteres wirft ebenso Abgrenzungsprobleme auf wie das spezifische Anliegen, auch Public Private Partnerships der Regelung zu unterstellen.	Even within the field of research , however, the Commission intends to limit the scope of the proposed provision to not-for-profit research organizations and to those pursuing a public-interest objective recognized by a Member State. The latter raises delimitation problems and so does the specific goal to submit public-private partnerships to the provision. Although the draft aims to add contour to the rule by giving a definition

	<p>Der Entwurf ist zwar um eine Konturierung durch Definition bemüht (Art. 2 Abs. 1); diese verwendet allerdings eine Vielzahl unbestimmter bzw. konkretisierungsbedürftiger Rechtsbegriffe, was langwierige Prozesse unter Involvierung des EuGH als Auslegungsinstanz erwarten lässt.</p>	<p>(Article 2(1)), this definition uses a large number of legal terms that are vague or to be further defined, which will most likely lead to lengthy court procedures involving the CJEU as an interpreting instance.</p>
12	<p>Ein Einbezug auch gewinnorientierter – und auch rein privatwirtschaftlicher – Forschung in eine Regelung zu TDM vermeidet nicht nur die besagten Abgrenzungsprobleme. Noch viel wichtiger ist, dass dies die Position forschender Unternehmen in der Europäischen Union gegenüber Wettbewerbern stärken wird, die entsprechenden Restriktionen nicht unterworfen sind.</p>	<p>Including profit-oriented – and also purely private – research in a provision on TDM would avoid not only the aforementioned delimitation problems. More importantly, this would strengthen the position of research-based companies in the European Union against their competitors who are not subjected to similar restrictions.</p>
13	<p>III. Alternativer Regelungsvorschlag</p> <p>1. TDM als bestimmungsgemäßer Gebrauch</p> <p>Vor dem Hintergrund dieser Bedenken wird hier ein alternativer Regelungsvorschlag unterbreitet. Dieser beruht zunächst darauf, dass die Durchführung von TDM an sich – wie eingangs beschrieben (Ziff. 6) – ebenso wenig eine urheberrechtliche Relevanz entfaltet wie ein sonstiger, irgendwie gearteter Werkgenuss, namentlich das Lesen und Erfassen von Zusammenhängen durch einen Menschen. Genauso wie die Lektüre dem bestimmungsgemäßen Gebrauch analoger Schriftwerke entspricht, das Urheberrecht der Kenntnisnahme von Inhalten also nicht entgegensteht, liegt der bestimmungsgemäße Gebrauch digital gespeicherter Inhalte im Lichte der heutigen Technologien darin, enthaltene Informationen automatisiert aufzufinden und in eine Korrelation zu stellen. In gewissem Sinne vergleichbar definiert etwa Art. 5 Abs. 3 der RL 2009/24 (Software-RL) den bestimmungsgemäßen Gebrauch von Computerprogrammen dahingehend, dass die zur Nutzung berechtigten Person eine Programmkopie „ohne die Genehmigung des Rechts-</p>	<p>III. Alternative regulatory proposal</p> <p>1. TDM as normal use</p> <p>Against the background of these concerns, an alternative regulatory proposal is presented here. In the first place, the proposal is based on the fact that the performance of TDM as such – as described at the outset (see para. 6) – has no more relevance under copyright than any other kind of use of the work, in particular the reading and comprehension of connections by a human being. Just as reading corresponds to the normal use of analogue written works (this awareness of contents does not conflict with copyright), the normal use of digitally stored content lies – in the light of today’s technologies – in automatically finding and correlating the information it contains. In a sense comparable, Article 5(3) of Directive 2009/24 (Software Directive) defines the normal use of computer programs such that “[t]he person having a right to use a copy of a computer program shall be entitled, without the authorization of the rightholder, to observe, study or test the functioning of the program in order to determine the ideas and principles which underlie any element of the program“ (see also Recital 13).</p>

	<p>inhabers ... das Funktionieren dieses Programms beobachten, untersuchen oder testen [darf], um die einem Programmelement zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln“ (s.a. ErwGr. 13).</p>	
14	<p>Das Besondere an TDM liegt allerdings darin, dass dem eigentlichen Vorgang an sich regelmäßig ein Vervielfältigungsprozess vorgeschaltet werden muss, da die einbezogenen Datensätze üblicherweise in unterschiedlichen Formaten vorliegen und daher zum Zwecke des übergreifenden automatisierten Durchsuchens zuerst normalisiert werden müssen (und je nachdem auch einer Taxonomie zu unterziehen sind). Dieser Vorgang ist auf den ersten Blick vergleichbar mit dem sog. „format-shifting“ (etwa von einem analogen auf einen digitalen Träger), welches unweigerlich zu einer Vervielfältigung führt.</p>	<p>However, the special feature of TDM is that the actual process of TDM itself is usually preceded by a reproduction, since the datasets involved are usually available in different formats and must therefore be normalized for the purpose of the comprehensive automated search (and, as the case may be, undergo a taxonomy). At first sight, this process is comparable to so-called “format-shifting” (for example, from an analogue to a digital carrier), which inevitably leads to a reproduction.</p>
15	<p>Je nachdem, auf welche Quellen das TDM zurückgreift, können darüber hinaus durch die Datenbank-RL geschützte Datenbanken betroffen sein. Mit der erwähnten Normalisierung kann je nachdem eine zustimmungsbedürftige Entnahme einhergehen, die Art. 7 Abs. 2 a) der Datenbank-RL definiert als „ständige oder vorübergehende Übertragung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils des Inhalts einer Datenbank auf einen anderen Datenträger, ungeachtet der dafür verwendeten Mittel und der Form der Entnahme“.</p>	<p>Depending on the sources on which the TDM is based, databases that are protected subject-matter under the Database Directive can also be affected. The stated normalization might constitute an extraction, which requires consent, and is defined as “the permanent or temporary transfer of all or a substantial part of the contents of a database to another medium by any means or in any form” (Art. 7(2)(a) Database Directive).</p>
16	<p>Weder die erforderliche Entnahme aus Datenbanken noch die im Rahmen der erforderlichen Normalisierung entstehende Vervielfältigung eröffnet dem Nutzer jedoch – anders als z.B. beim „format-shifting“ – eine eigenständige Nutzungsmöglichkeit. Vielmehr sind diese Vorgänge technisch notwendig, um TDM überhaupt durchzuführen, wie auch etwa für die Nutzung von Software eine Vervielfältigung unausweichlich ist. Aus diesem Grunde bestimmt Art. 5 Abs. 1 der Software-RL, dass für eine dau-</p>	<p>Neither the necessary extraction from databases nor the reproduction resulting from the required normalization allows the user an independent use, however (unlike e.g. format-shifting). Rather, these processes are technically necessary in order to carry out TDM at all, just as, for example, a reproduction is unavoidable for the use of software. For this reason, Article 5(1) of the Software Directive provides that a permanent or temporary reproduction of software according to Article 4(1)(a) of the same Directive “shall</p>



	<p>erhafte oder vorübergehende Vervielfältigung von Software i.S.v. Art. 4 Abs. 1 a) derselben RL „nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers [bedarf], wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms ... notwendig sind“. Damit wird im Verhältnis zum sehr weit gefassten Vervielfältigungsbegriff in Art. 2 der InfoSoc-RL eine spezifische Bereichsausnahme geschaffen, die über den von seinem Zweck her sehr viel engeren Art. 5 Abs. 1 der InfoSoc-RL hinausgeht.</p>	<p>not require authorization by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program”. Thus, in relation to the very broad concept of reproduction in Art. 2 of the InfoSoc Directive, a specific field exemption is created that goes beyond the much narrower rationale of Art. 5(1) of the InfoSoc Directive.</p>
17	<p>Bezogen auf TDM gilt nichts anderes, soweit es sich um Inhalte handelt, zu denen die durchführenden Personen rechtmäßigen Zugang haben. Das hier vorgeschlagene Regelungsmodell läuft m.a.W. auf eine weitere, spezifische Bereichsausnahme hinaus, die daran anknüpft, dass das Durchführen von TDM als solches der Zustimmung des Rechteinhabers ebenso wenig bedarf wie Handlungen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 der Software-RL. Um TDM überhaupt vornehmen zu können, sind indessen ebenso Vervielfältigungen notwendig, wie sie dem rechtmäßigen Nutzer von Software nach Art. 5 Abs. 1 der Software-RL erlaubt sind. Das bedeutet, dass Art. 2 der InfoSoc-RL solche Vervielfältigungen nicht erfasst. Gleiches gilt mit Bezug auf gewisse Entnahmen von Datenbankinhalten, die zum Zwecke des TDM erforderlich sind.</p>	<p>Nothing else applies regarding TDM, as far as concerns content to which the persons performing the mining have lawful access. In other words, the regulatory model suggested here constitutes another specific field exemption based on the fact that the performance of TDM as such, like acts under Art. 5(3) of the Software Directive, does not require the consent of the rightholder. In order to be able to carry out TDM at all, however, reproductions are just as necessary as they are permitted to the lawful user of software pursuant to Article 5(1) of the Software Directive. This means that Art. 2 InfoSoc Directive does not cover such reproductions. The same applies with regard to certain extractions from database contents that are necessary for the purposes of TDM.</p>
18	<p>Das vorgeschlagene Regelungsmodell ermächtigt nicht jeden Dritten zu TDM, sondern allein jenen Nutzer, dem der Rechteinhaber selbst Zugang zu den davon erfassten Quellen gewährt hat. Genauso wie ein Rechteinhaber, der Nutzern Software zum Gebrauch überlässt, davon ausgehen muss, dass anlässlich der Nutzung Vervielfältigungen und Handlungen i.S.v. Art. 5 Abs. 1 bzw. Abs. 3 der Software-RL erfolgen, muss der Rechteinhaber dann von der Durchführung von TDM ausgehen, wenn er dergestalt den Zugang zu Quellen ermög-</p>	<p>The proposed regulatory model does not entitle any third party to carry out TDM, but only the user to whom the rightholder has granted access to the sources affected by it. Just as a rightholder who allows users to use software must assume that reproductions and other actions according to Article 5(1) and (3) of the Software Directive are performed, the rightholder must assume that TDM is carried out if he allows access to sources in a manner that enables TDM. Therefore, in principle, an “implied license” is to be assumed – comparable to the provi-</p>

	<p>licht, dass TDM möglich ist. Mithin ist – vergleichbar mit der Regelung in der Software-RL – im Prinzip von einer „implied license“ auszugehen (<i>Grützmacher</i>, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl., § 69d, Rn. 3 m.w.N.).</p>	<p>sion in the Software Directive (<i>Grützmacher</i>, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4th edition, § 69d, para. 3 with further references).</p>
19	<p>Damit liegt der Sinn der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung in erster Linie darin, die zulässige Reichweite abweichender vertraglicher Absprachen – namentlich solcher, die TDM verbieten würden – zu bestimmen. Aus der Regelung folgt ein unabdingbarer Kern zulässiger Handlungen des bestimmungsgemäßen Nutzers, indem entgegenstehende Vertragsbestimmungen unwirksam sein müssen (in diesem Sinne schon Art. 8 Abs. 2 der Software-RL). Genau dieses Anliegen spiegelt sich auch in Art. 3 Abs. 2 des RL-Entwurfs der Kommission.</p>	<p>Thus, the purpose of the proposed rule is primarily to determine the permissible range of divergent contractual arrangements, in particular those which would prohibit TDM. The rule constitutes an indispensable core of permitted acts of the intended user, as it renders contrary contractual terms void (in this sense, Article 8(2) of the Software Directive). Article 3(2) of the Commission’s Draft Directive also reflects this concern.</p>
20	<p>Entscheidender Grund dafür, dass jene Nutzer, die rechtmäßigen Zugang zu den verwendeten Quellen haben, TDM ohne Zustimmung des Rechteinhabers durchführen können müssen, ist der Umstand, dass von dessen Seite keine spezifischen Vorkehrungen erforderlich sind, um TDM zu ermöglichen. Vielmehr kann der Nutzer die vorstehend genannte Normalisierung grundsätzlich selbst durchführen, auch wenn dies weder zwingend ist noch unbedingt sinnvoll bzw. effizient erscheint.</p>	<p>The decisive reason for the fact that those users who have legal access to the sources used must be able to carry out TDM without the consent of the rightholder lies in the fact that the rightholder does not need to take any specific actions to enable TDM. Rather, the user can basically perform the above-mentioned normalization himself, even if this is neither necessary nor particularly meaningful or efficient.</p>
21	<p>2. Weitführende Geschäftsmodelle auf vertraglicher Basis</p> <p>Rechteinhabern (wie z.B. Wissenschaftsverlegern) stehen gerade vor diesem Hintergrund neue Geschäftsmodelle offen, die sie bislang eher vereinzelt im Verhältnis zu gewissen, TDM betreibenden Industrien nutzen. Für diese wie auch für Forscher kann es von Interesse sein, den vorgelagerten Schritt der Normalisierung nicht selbst vorzunehmen, sondern einen spezialisierten</p>	<p>2. Advanced business models on a contractual basis</p> <p>Against this background, new business models are available to the rightholders (such as scientific publishers), who have so far used them in rather isolated cases in relation to certain TDM-driven industries. Such industries, as well as researchers, may prefer not to undertake the normalization step themselves, but to involve a specialized third party. Should those users who are not</p>

	<p>Dritten hinzuzuziehen. Denn versuchen es jene nicht darauf spezialisierten Nutzer selbst, die rechtmäßigen Zugang zu den erfassten Inhalten haben, führt dies keineswegs ohne weiteres zu einem Datensatz, der erforderlich ist, um optimale Ergebnisse des TDM zu erzielen. Dies eröffnet in erster Linie den Rechteinhabern selbst die Möglichkeit, von Nutzern bezeichnete Inhalte technisch so aufzubereiten, dass das TDM von diesen dann ohne weiteres unmittelbar durchgeführt werden kann.</p>	<p>specialized and who have lawful access to the recorded content perform the normalization themselves, this does not simply produce a dataset that is necessary to achieve optimal results of TDM. This primarily opens up the possibility for the rightholders to technically process content designated by users, who can then directly carry out TDM.</p>
<p>22</p>	<p>Solche Dienstleistungen beziehen sich aber nur auf die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen, d.h. auf die Normalisierung und die damit einhergehenden Vervielfältigungen. Insoweit kommt die vorstehend genannte Bereichsausnahme zugunsten der rechtmäßigen Nutzer zwar nicht zum Zug. Dies ändert aber nichts daran, dass das eigentliche TDM keiner Einwilligung des Rechteinhabers bedarf, weil dieses von vornherein keine urheberrechtlich relevante Nutzung von Werken darstellt (dazu vorstehend Ziff. 6). Wohl wird ein Rechteinhaber für die Normalisierung von Daten eine Vergütung verlangen; diese bezieht sich aber nicht etwa auf das TDM an sich. Mit andern Worten bedeutet die Inanspruchnahme der Dienstleistung des Rechteinhabers lediglich, dass der Nutzer, der rechtmäßig Zugang zu den erfassten Inhalten hat, darauf verzichtet, die erforderlichen Vervielfältigungen selbst vorzunehmen, ohne dass sich am Grundsatz, dass TDM an sich zustimmungsfrei erlaubt ist, etwas ändert.</p>	<p>Such services, however, relate only to the necessary preparatory measures, namely to the normalization and the corresponding reproductions. In this respect, the above-mentioned field exemption for the benefit of legitimate users does not come into play. However, this does not alter the fact that the actual TDM does not require the consent of the rightholder, since this does not constitute a copyright-relevant use of works from the outset (on this, see para. 6). It is true that a rightholder will demand compensation for the normalization of data; but such compensation does not refer to the TDM itself. In other words, the use of the service of the rightholder simply means that the user who has lawful access to the contents covered does not make the necessary reproductions himself, but this does not change the principle that TDM in itself is permitted without the need for consent.</p>
<p>23</p>	<p>Rechteinhabern bleibt es unbenommen, die Preise für solche auf vertraglicher Basis erbrachte Dienstleistungen zu differenzieren. Dies kann sich dann rechtfertigen, wenn TDM von kommerziellen Nutzern dazu eingesetzt wird, Wettbewerbschancen zu erhöhen und damit entsprechende Ge-</p>	<p>Rightholders still remain free to differentiate the prices for such services provided on a contractual basis. This can be justified in situations where commercial users perform TDM to increase their chances in competition and to achieve corresponding profits. Such users in particular are already working</p>

	<p>winne zu erzielen. Gerade solche Nutzer arbeiten teilweise heute schon mit Rechteinhabern (z.B. mit Wissenschaftsverlagen) zusammen, womit entsprechende Geschäftsmodelle in der Entwicklung begriffen sind. Auch vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, wieso kommerzielle Nutzer nicht ebenfalls in die vorgeschlagene Regelung einzubeziehen sein sollen. Gewinnorientierte Nutzer werden primär nach Effizienz Gesichtspunkten entscheiden, wie sie TDM durchführen. Oft werden sie angemessenen Angeboten von Rechteinhabern gegenüber aufwendigeren eigenen Normalisierungen von Inhalten – auch wenn sie selbst Zugang zu diesen hätten – oft den Vorzug geben.</p>	<p>together with rightholders (for example with scientific publishers), with corresponding business models under development. Against this background as well, it is not clear why commercial users should not be included in the proposed provision. Profit-oriented users will primarily follow efficiency considerations for deciding how to carry out TDM. They will often prefer appropriate services of rightholders to their own, more complex normalizations of content, even if they have access to it.</p>
<p>24</p>	<p>Rechteinhaber sind nach der vorgeschlagenen Regelung auch nicht übermäßiger Konkurrenz ausgeliefert. Die für das TDM erforderlichen Vervielfältigungen sind nämlich nur jenem Nutzer erlaubt, der eigenen rechtmäßigen Zugang zu den erfassten Inhalten hat und das eigentliche TDM selbst durchführen will. Dies schließt aus, dass Dritte entsprechende Dienstleistungen anbieten und insoweit in einen Wettbewerb mit den Rechteinhabern eintreten könnten. Wohl mögen Dritte ihrerseits Zugang zu einer breiten Palette von Inhalten erlangen, doch ohne anschließendes eigenes TDM fallen sie nicht unter die hier vorgeschlagene Bereichsausnahme zum allgemeinen Vervielfältigungs- und Entnahmerecht.</p>	<p>Under the proposed rules, rightholders are also not exposed to excessive competition. Only the user who has his own lawful access to the recorded content and who wants to carry out the actual TDM himself is allowed to make the reproductions required for TDM. This excludes the possibility for third parties to offer similar services and to thus compete with the rightholders. Though third parties may gain access to a wide range of content, they do not fall under the field exemption from the general rights of reproduction and extraction proposed here as long as they do not carry out TDM themselves.</p>
<p>25</p>	<p>3. TDM bezogen auf Inhalte, zu denen kein Zugang besteht</p> <p>Ein Problem, mit dem sich insbesondere Forschungsorganisationen konfrontiert sehen, besteht in Bezug auf TDM über Inhalte, zu denen kein (rechtmäßiger) Zugang besteht. Gerade kleinere Forschungsorganisationen, die kostenbedingt nur eingeschränkten Zugang zu Inhalten haben, ste-</p>	<p>3. TDM related to non-accessible content</p> <p>A particular problem faced by research organizations relates to TDM of content to which there is no (lawful) access. Smaller research organizations, in particular, with only limited access to content, are already facing the challenge of being able to compete internationally. This problem will be exacerbated by the fact that the field exemp-</p>

	<p>hen bereits heute vor der Herausforderung, im internationalen Wettbewerb mithalten zu können. Dieses Problem wird sich noch dadurch verschärfen, dass die Bereichsausnahme für TDM rechtmäßigen Zugang voraussetzt und somit den Vorsprung der wenigen, großen, finanzkräftigen Forschungsorganisationen effektiv noch vergrößern würde.</p>	<p>tion for TDM requires lawful access, thus effectively increasing the lead of the fewer, large and financially strong research organizations.</p>
26	<p>Forschungsorganisationen muss es daher möglich sein, TDM auch durchführen zu können, ohne Zugang zu den Inhalten selbst erwerben zu müssen. Tatsächlich besteht seitens gewisser Anbieter von Inhalten bereits heute die Praxis, auf den Zweck des TDM normalisierte Datensätzen bereitzustellen, ohne dass den Nutzern damit gleichzeitig Zugang zu den einbezogenen Inhalten gewährt wird. Vielmehr muss der eigentliche Zugang zu wissenschaftlichen Inhalten gegebenenfalls separat (kostenpflichtig) erworben werden. Dabei stellt die Bereitstellung normalisierter Daten allein zum Zwecke des TDM durchaus ein Geschäftsmodell dar, zumal ein Rechteinhaber diese Dienstleistung naturgemäß entweder gegen Entgelt anbieten wird oder sich andere, indirekte Gewinnchancen daraus erhofft. Flächendeckend existiert diese Praxis indessen keineswegs, und zugunsten von Forschungsorganisationen ist sie, soweit ersichtlich, überhaupt noch nicht entwickelt (vgl. für eine aktuelle Übersicht der TDM-Politiken von Wissenschaftsverlagen <i>Caspers/Guibault</i>, Baseline report of policies and barriers of TDM in Europe, 2016, S. 84 ff.). Gerade hier wäre sie aufgrund des genannten beschränkten Zugangs zu wissenschaftlicher Information aber von besonderem Interesse und Nutzen.</p>	<p>Research organizations must therefore also be able to carry out TDM without having to acquire access to the content themselves. In fact, in practice certain providers of content already provide normalized datasets for the purpose of TDM without giving the users access to the content. Rather, the actual access to scientific content must be acquired (and paid for) separately. Indeed, the provision of normalized data solely for the purpose of TDM is a business model, especially since a rightholder will either offer this service for payment or hopes for other, indirect profit opportunities. However, this practice is far from being comprehensive, and – as far as can be seen – it has not yet been developed with research organizations in mind at all (see for a recent overview of the TDM policies of scientific research publishers <i>Casper/Guibault</i>, Baseline report of policies and barriers of TDMs in Europe, 2016, p. 84 et seq.). However, such a practice would be of particular interest and benefit, given the stated limited access to scientific research information.</p>
27	<p>Entsprechend verpflichtet die hier vorgeschlagene Regelung Rechteinhaber, Forschungsorganisationen (wie sie Art. 2 des RL-Entwurfs bereits definiert) Datensätze</p>	<p>Accordingly, the proposed provision obliges rightholders to provide datasets to research organizations (as defined in Article 2 of the Draft Directive) that exclusively allow them</p>

	<p>bereitzustellen, die ihnen ausschließlich TDM ermöglichen. Diese Pflicht trifft freilich nur solche Rechteinhaber, die Inhalte überwiegend zu Forschungszwecken vermarkten. Dabei schreibt die Norm nicht vor, wie genau diese Bereitstellung zu verwirklichen ist. Vielmehr reicht es, wenn durch die Verpflichtung Anreize zur Selbstregulierung geschaffen werden. Je offener die Norm ist, desto eher ermöglicht sie auch Kooperationen zwischen Rechteinhabern komplementärer Inhalte mit Bezug auf derartige Geschäftsmodelle.</p>	<p>to carry out TDM. This obligation applies, of course, only to those rightholders who market content primarily for research purposes. The provision does not stipulate how this provision of datasets is to be implemented in particular. Rather, it is sufficient if the obligation creates incentives for self-regulation. The more open the provision is, the more likely it is to allow co-operation between rightholders of complementary content with regard to such business models.</p>
28	<p>Rechtfertigen lässt sich eine solche Verpflichtung nicht nur dadurch, dass die Rechteinhaber für die Bereitstellung ihrer normalisierten Daten ein angemessenes Entgelt verlangen können. Entscheidend ist vielmehr, dass bereitgestellte normalisierte Daten nur beschränkt als Substitute für den Zugang zu den eigentlich Inhalten dienen können. Die bloße Möglichkeit des TDM ersetzt die Kenntnisse über den Forschungsstand einer bestimmten Disziplin aber nicht. TDM stellt lediglich einen möglichen Forschungsansatz dar, der allerdings deswegen besonders wichtig ist, weil die daraus gewonnen Erkenntnisse ihrerseits Gegenstand neuer Publikationen sein können. Soll dieser zeitgemäße Forschungsansatz nicht durch fehlende faktische Verfügbarkeit normalisierter Daten behindert werden, ist eine Pflicht zur Bereitstellung dahingehend unumgänglich, dass TDM auch mit Bezug auf Inhalte ermöglicht wird, zu denen kein rechtmäßiger Zugang besteht. Zwar mag man ein Restrisiko darin sehen, dass TDM-fähige Datensätze so verwendet (und z.B. „rückkonvertiert“) werden könnten, dass sich damit der Zugang zu den Inhalten substituieren ließe. Dies setzt allerdings nicht nur einen gewissen Aufwand voraus; mit einer Rückkonvertierung verbunden wäre letztlich auch wiederum eine Vervielfältigung seitens jener Partei, der</p>	<p>Such an obligation can be justified by the fact that the rightholders are entitled to request a reasonable payment for the provision of their normalized data. What is crucial is that the normalized data provided can only serve as a substitute for access to the actual content to a limited extent. The mere possibility to perform TDM does not, however, replace the knowledge of a particular research discipline’s current state. TDM is merely a possible research approach, which, however, is particularly important because the knowledge gained can be the subject of new publications. If this modern research approach is not to be hampered by a lack of factual availability of normalized data, it is indispensable that TDM also be made possible with respect to content that is not lawfully accessible. A residual risk may be seen in the fact that TDM-capable data sets could be used (and e.g. “converted back”) in a way that would allow for the substitution of access to the content. However, this does not only require a certain amount of effort; the back-conversion would ultimately also constitute a reproduction on the part of the party to which the TDM-capable data sets have been made available. However, such a reproduction lacks not only the contractual consent of the concerned rightholders, but also a statutory authorization. A back-conversion of purely TDM-capable data sets</p>

	<p>rein TDM-fähige Datensätze zur Verfügung gestellt werden. Für eine solche Vervielfältigung fehlte aber nicht nur naturgemäß die vertragliche Zustimmung der betroffenen Rechteinhaber, sondern auch eine gesetzliche Ermächtigung. Eine Rückkonvertierung von rein TDM-fähigen Datensätzen wäre mithin illegal.</p>	<p>would therefore be illegal.</p>
29	<p>4. Notwendigkeit und Bedeutung technischer Schutzmaßnahmen</p> <p>Es versteht sich von selbst, dass ein Zugriff zum Zwecke des TDM auf Netze und Datenbanken von Rechteinhabern mit gewissen Gefahren verbunden ist. Dies gilt im Prinzip unabhängig davon, ob der Nutzer rechtmäßigen Zugang zu den Inhalten hat oder nicht, denn die Vermarktung gerade wissenschaftlicher Information erfolgt heute ohnehin oft nicht mehr dadurch, dass Daten dauerhaft transferiert werden. Entsprechend muss es einem Rechteinhaber möglich sein, seine berechtigten Interessen dadurch zu schützen, dass er gewisse technische Maßnahmen ergreift. Allerdings dürfen diese nicht weiter reichen als erforderlich, d.h. es ist zu vermeiden, dass technische Schutzvorkehrungen TDM unnötig erschweren oder gar <i>de facto</i> unmöglich machen.</p>	<p>4. The need and importance of technical protection measures</p> <p>It goes without saying that access to the networks and databases of rightholders for the purpose of TDM is associated with certain risks. This applies in principle irrespective of whether the user has lawful access to the content or not, since the marketing of scientific information in particular nowadays often no longer requires permanent data transfers. Accordingly, a rightholder must be able to protect his legitimate interests by taking certain technical measures. However, such measures must not go beyond what is required, i.e. technical protection measures must be precluded from making TDM unnecessarily more difficult or even <i>de facto</i> impossible.</p>
30	<p>5. Aufbewahrung und Zugänglichmachung</p> <p>Soweit die Rechteinhaber selbst die Normalisierung der Daten vornehmen und diese lediglich zum Zwecke des TDM bereitstellen, haben sie es in der Hand, nicht autorisierte Verwendungen dieser Daten auszuschließen. Erfolgt die Normalisierung hingegen durch jene, die TDM durchführen, bleibt der betreffende Datensatz – soweit er nach erfolgtem TDM nicht vernichtet wird – unter deren Kontrolle. Handelt es sich dabei im Prinzip um eine Vervielfältigung (Ziff. 14), für welche die vorgeschlagene</p>	<p>5. Storage and accessibility</p> <p>In so far as the rightholders themselves carry out the normalization of the data and only provide them for the purpose of the TDM, they have the power to exclude unauthorized uses of these data. If, on the other hand, normalization is carried out by those users who carry out TDM, the dataset remains under their control, provided that it is not destroyed after the TDM has been carried out. If, in principle, this is a reproduction (para. 14), for which the proposed standard provides for a field exemption for the benefit of the party that intends to carry out</p>

	<p>Norm zugunsten jener Partei, die TDM selbst durchführen will, eine Bereichsausnahme vorsieht, so folgt daraus, dass solche Datensätze nicht Dritten überlassen werden dürfen. Entsprechend sind sie so aufzubewahren, dass unautorisierte Nutzungen durch Dritte verhindert werden.</p>	<p>TDM, it follows that such datasets may not be left in the hands of third parties. Accordingly, they are to be stored in such a way as to prevent unauthorized uses by third parties.</p>
<p>31</p>	<p>Umgekehrt stellt sich in beiden Fällen die für die Praxis sehr wichtige Frage, inwieweit überhaupt eine Verpflichtung besteht, entsprechende Datensätze aufzubewahren, nachdem das TDM durchgeführt worden ist. Gerade im Bereich der Forschung besteht ein gesteigertes Interesse an der Verifizierbarkeit von Forschungsergebnissen. Diese kann bedingen, dass die betreffenden Datensätze erhalten bleiben und für Zwecke der Nachprüfung verfügbar gemacht werden können, soweit nicht sichergestellt ist, dass eine erneute Normalisierung und wiederholtes TDM zu identischen Ergebnissen führt. Folgt daraus die Notwendigkeit einer Aufbewahrung verwendeter Datensätze, müssen in allen Mitgliedstaaten Einrichtungen bestehen, bei denen die betreffenden Datensätze dergestalt hinterlegt werden können, dass jedem Angehörigen der EU diskriminierungsfrei die erforderlichen Verifizierungen möglich sind.</p>	<p>Conversely, in both cases, a very important question for practice is whether there is any obligation to retain the corresponding datasets after TDM has been carried out. In the field of scientific research there is a particularly strong interest in the verifiability of research results. This may determine that the relevant datasets have to be retained and made available for the purpose of verification, unless it can be ensured that re-normalization and repeated TDM leads to identical results. If it is necessary to store the datasets used in the research, all Member States must have facilities for storing the relevant datasets in such a way as to allow any EU national without discrimination to make the necessary verifications.</p>
	<p>IV. Formulierungsvorschlag</p> <p style="text-align: center;"><i>Artikel 3</i> <i>Text- und Data-Mining</i></p> <p>(1) ¹Wer rechtmäßig Zugang zu Werken oder sonstigen Schutzgegenständen hat, darf ohne Zustimmung des Rechteinhabers Text- und Data-Mining vornehmen. ²Das schließt die Befugnis mit ein, ausschließlich zum Zweck des Text und Data-Mining Inhalte aus Datenbanken zu entnehmen sowie Vervielfältigungen vorzunehmen.</p>	<p>IV. Proposal</p> <p style="text-align: center;"><i>Article 3</i> <i>Text and data mining</i></p> <p>(1) ¹A person is allowed, without the rightholder’s consent, to carry out text and data mining related to works or other subject-matter to which this person has lawful access. ²This includes, for the sole purpose of text and data mining, the permission to extract contents of databases and to make reproductions.</p>

<p>(2) ¹Rechteinhaber, die Werke und sonstige Schutzgegenstände überwiegend zu Forschungszwecken vermarkten, sind gegenüber Forschungsorganisationen, die dazu keinen rechtmäßigen Zugang haben, verpflichtet, Datensätze bereit zu stellen, die ihnen ausschließlich Text- und Data-Mining ermöglichen. ²Sie können ein angemessenes Entgelt verlangen.</p> <p>(3) Vertragliche Bestimmungen, die im Widerspruch zu Absatz 1 oder Absatz 2 stehen, sind unwirksam.</p> <p>(4) ¹Rechteinhaber sind berechtigt, die für die Gewährleistung der Sicherheit und Integrität der Netze und Datenbanken notwendigen Maßnahmen zu ergreifen. ²Solche Maßnahmen dürfen Text- und Data-Mining nicht unnötig erschweren.</p> <p>(5) Die Mitgliedstaaten bezeichnen eine Einrichtung, welche die für Text- und Data-Mining verwendeten Datensätze sicher und ausschließlich für Zwecke der Nachprüfung zugänglich aufbewahren kann.</p>	<p>(2) ¹Rightholders who market works or other subject-matter primarily for research purposes are obliged to provide research organizations not having lawful access with datasets that enable them to carry out text and data mining only. ²These rightholders may request a reasonable payment.</p> <p>(3) Any contractual provision contrary to the rights and obligations provided for in paragraph 1 or paragraph 2 shall be unenforceable.</p> <p>(4) ¹Rightholders shall be allowed to apply measures necessary to ensure the security and integrity of the networks and databases. ²Such measures shall not unnecessarily hamper text and data mining.</p> <p>(5) The Member States shall designate a facility to safely store datasets used for text and data mining and to make them accessible for verification purposes only.</p>
--	---