

Till Kreutzer, Henning Lahmann

# Rechtsfragen bei Open Science

Ein Leitfaden

Hamburg University Press

Kreutzer/Lahmann  
Rechtsfragen bei Open Science



Till Kreuzer, Henning Lahmann

# Rechtsfragen bei Open Science

Ein Leitfaden

Hamburg University Press

Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg  
Carl von Ossietzky

## Impressum

### BIBLIOGRAFISCHE INFORMATION DER DEUTSCHEN NATIONALBIBLIOTHEK

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de/> abrufbar.

HERAUSGEGEBEN VON UND GEFÖRDERT mit Mitteln der Behörde für Wissenschaft, Forschung und Gleichstellung (BWFG)



LIZENZ Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Das Werk steht unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0, <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de>). Ausgenommen von der oben genannten Lizenz sind Teile, Abbildungen und sonstiges Drittmaterial, wenn anders gekennzeichnet.



### ONLINE-AUSGABE

Die Online-Ausgabe dieses Werkes ist eine Open-Access-Publikation und ist auf den Verlagswebseiten frei verfügbar. Die Deutsche Nationalbibliothek hat die Online-Ausgabe archiviert. Diese ist dauerhaft auf dem Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek (<https://portal.dnb.de/>) verfügbar.

DOI <https://doi.org/10.15460/HUP195>

### ISBN

Print: 978-3-943423-66-2

EPUB: 978-3-943423-67-9

Mobi: 978-3-943423-68-6

SATZ Hamburg University Press

COVERGESTALTUNG Tobias Buck (Hamburg University Press)

SCHRIFT Alegreya. Copyright 2011: The Alegreya Project Authors (<https://github.com/huertatipografica/Alegreya>). This Font Software is licensed under the SIL Open Font License, Version 1.1. This license is also available with a FAQ at: <http://scripts.sil.org/OFL>

BILDNACHWEIS Foto Bina Engel (Seite 17)

DRUCK UND BINDUNG Hansadruck, Kiel

VERLAG Hamburg University Press, Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg  
Carl von Ossietzky, Hamburg (Deutschland), 2019  
<http://hup.sub.uni-hamburg.de>

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	14
Grußwort	17
Einleitung	19
<b>Teil 1:</b>	
<b>Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Science</b>	<b>21</b>
<hr/>	
<b>I Urheber- und Urhebervertragsrecht</b>	
<hr/>	
1. Sinn und Zweck des Urheberrechts	23
2. Geschützte Werke und Leistungen	24
3. Informationen, Ideen, Daten, Fakten: Gemeinfreiheit der Schaffensgrundlagen	25
4. Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten	26
5. Übertragung und Einräumung von Nutzungsrechten	27
6. Urheberpersönlichkeitsrechte	30
7. Urhebervertragsrecht	31
8. Nutzungsfreiheiten	32
a) Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen	32
b) Die Panoramafreiheit (§ 59 UrhG)	34
9. Exkurs: Nutzungen außerhalb der Öffentlichkeit	35
10. Schutzfrist	38
11. Nutzung von Online-Inhalten: Links und Embeds	39

## **II Recht an Forschungsdaten und Datenbanken**

---

1.	Recht an Datenbanken	42
2.	Recht an Daten und Fakten	42
3.	Vertragliche und andere Beschränkungen der Datennutzung	43
4.	Rechte an „angereicherten“ Datensätzen und Informationen	44
5.	Weitere Informationen	45

## **III OER, Open Source, Open Content, Open Data und Open Access**

---

1.	Allgemeines	47
2.	Lizenztypen	48
3.	Voraussetzungen für eine offene Lizenzierung	49
4.	Funktionsweise von offenen Lizenzen	50
5.	Nutzungsmöglichkeiten nach offenen Lizenzen	51
6.	Lizenzpflichten	52
7.	Open versus kostenlos	52
8.	Vorteile von Open Content, Open Access et cetera für Nutzer	53
9.	Vorteile von Open Content, Open Access et cetera für Rechteinhaber	54
10.	Public-Domain-Erklärungen	55

## **IV Persönlichkeitsrechte und Datenschutz**

---

1.	Einführung	57
2.	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	58
3.	Besondere Persönlichkeitsrechte	58
4.	Datenschutzrecht	59
a)	Allgemeines	59
	(1) Sachlicher Anwendungsbereich: personenbezogene oder nicht-personenbezogene Daten?	60
	(2) Anonymisierung und Pseudonymisierung von personenbezogenen Daten	62

(3) Datenschutzrechtliche Grundlagen	63
(a) Einwilligung	65
(b) Eindeutigkeit und Form der Einwilligung	67
(c) Widerruf der Einwilligung	68
(d) Einwilligung von Minderjährigen	69
(e) Transparenzpflichten und Datenschutzerklärungen	70
(f) Grundsätze der Zweckbindung und Datenminimierung	71
(g) Die Rechte der Betroffenen	72
(h) Datenschutzbeauftragte	73
b) Sonderfragen bei der wissenschaftlichen Nutzung von personenbezogenen Daten	74
(1) Problem der Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Zwecken	74
(a) Sonderproblem: Umgang mit sensiblen Daten	75
(b) Sonderproblem: Big-Data-Analysen	75
(2) Lösungsansätze für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken	77
(a) Forschungsprivileg	77
(b) Betroffenenrechte bei Datennutzungen nach dem Forschungsprivileg	80
(c) Einwilligung	80
(d) Anonymisierung	81
(3) Veröffentlichung von Daten, die für wissenschaftliche Zwecke erhoben wurden, und Open Access	82
c) Datensicherheit	83
5. Sonderfall Personenabbildungen	84
a) Vorbemerkung: das Verhältnis von KUG und Datenschutzrecht	85
b) Grundsatz der Einwilligung nach dem KUG	87
(1) Einwilligung	87
(2) Grundsatz der Zweckbindung im KUG	88
(3) Open Access	90
(4) Anonymisierung	90
(5) Einwilligung von Minderjährigen	91
(6) Widerruf der Einwilligung	91
c) Ausnahmen vom Grundsatz der Einwilligung	92
(1) Datenverarbeitung zu künstlerischen Zwecken (§ 12 HmbDSC)	92
(2) Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken (§ 11a Hmb-PresseG i.V.m. § 37 Abs. 1–3 MStV HSH)	93

(3) Ausnahmen nach dem KUG	93
(a) Bildnisse der Zeitgeschichte	93
(b) Beiwerk	95
(c) Veranstaltungsfotos	95
(d) Befristung und postmortales Persönlichkeitsrecht	97

## V Haftung und Verantwortung

---

1. Einführung	99
2. Haftung für eigene Verletzungen	100
a) Haftung für Urheberrechtsverletzungen	100
(1) Beseitigung und Unterlassung, Schadensersatz	100
(2) Strafrechtliche Sanktionen	101
b) Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen	102
(1) Beseitigung und Unterlassung, Schadensersatz, Schmerzensgeld	102
(2) Strafrechtliche Sanktionen	104
c) Haftung für Datenschutzrechtsverletzungen	105
(1) Schadensersatz und Entschädigung	105
(2) Bußgelder	105
(3) Strafrechtliche Sanktionen	106
3. Haftungen für Rechtsverletzungen Dritter	108
a) Haftung für fremde Inhalte, Störerhaftung	108
b) Haftung von Arbeitgebern und Dienstherrn für Rechtsverletzungen ihrer Mitarbeiter	109
(1) Urheberrecht	109
(2) Persönlichkeitsrechte	110
(3) Datenschutzrecht	110

**I Lizenzverträge /  
Veröffentlichungsvereinbarungen /  
Deposit Licenses**

---

- (1) Ist eine gescannte und elektronisch versandte Veröffentlichungsvereinbarung „gerichtsfest“ oder brauchen wir ein Original der Unterschrift? 115
- (2) Welche Rechte braucht man, um Dokumente (als Dienstleister) unter einer Open-Access-Lizenz publizieren zu dürfen? 116

**II Offene Lizenzen**

---

- (1) Welche Bedingungen gelten, wenn keine Lizenz angegeben ist (zum Beispiel Texte auf privaten Homepages)? 117
- (2) „Funktionieren“ die Lizenzen BSD, MIT, Creative Commons etc. ohne Einschränkungen in Deutschland? 118
- (3) Kann man eine CC BY-Publikation (im Open-Access-Verlag, Closed-Access-Verlag, Fachrepositorium, ... erschienen – jedenfalls nicht auf institutseigenem Repositorium) als „repositoriumsständige Person“ ohne Einverständnis des Urhebers auf dem institutseigenen Repositorium hochladen und bereitstellen? 119
- (4) Kann eine CC-Lizenz zurückgerufen oder befristet werden? Wie verhält es sich mit dem Umgang mit zurückgerufenen Werken „aus gewandelter Überzeugung“? 119
- (5) Können die auf dem Dissertations-Server veröffentlichten Dokumente, die alle frei über das Internet heruntergeladen werden können und für die bislang keine CC-Lizenzen vergeben worden sind, alle als Open-Access-Publikationen gekennzeichnet werden (denn es gibt unterschiedliche Definitionsansätze)? Wenn Lizenzen zur Auswahl angeboten werden, die nicht im Sinne von „Libre Open Access“ sind, sollen die betreffenden Dokumente trotzdem als Open-Access-Dokumente ausgezeichnet werden, da der Zugang ja „frei“ ist? 120
- (6) Bestimmte CC-Lizenzen sind nicht Open-Access-konform im Sinne von „Libre Open Access“ und somit auch nicht im Sinne der „Berliner Erklärung“, beispielsweise wenn die Bearbeitung nicht erlaubt wird (beim Modul Keine Bearbeitung ND) oder eingeschränkt wird auf eine nicht-kommerzielle Nutzung (Modul NC). 121

- (7) Sollten bestimmte CC-Lizenzen, die nicht Libre-Open-Access-konform sind, für Nutzer gar nicht zur Auswahl angeboten werden? 122
- (8) Ein oft genanntes Grundproblem sind die CC-Lizenzen, die sich eigentlich nicht auf Software und Daten beziehen – wie kann man dies lösen? 122
- (9) Wann dürfen Volltexte von frei zugänglichen/Open-Access-Publikationen indiziert/semantisch verarbeitet werden? 123
- (10) Muss die CC-Lizenz auch im Dokument selbst verankert sein, also nicht nur aus den Metadaten ersichtlich sein? 124

### III Bildrechte

---

- (1) Wie sieht es mit Bildrechten aus, wenn man zum Beispiel in einem Museum ein Bild eines Gegenstandes gemacht hat und dies in einer Publikation verwenden möchte? Ähnliches gilt für Aufnahmen von Gebäuden in der Öffentlichkeit – gilt hier die Panoramafreiheit? 125
- (2) Was mache ich, wenn ich für eine Publikation Bilder zum Beispiel von einem Museum gekauft habe, diese aber nur in der gedruckten Version der Publikation genutzt werden dürfen, muss ich dann die PDF-Version an den entsprechenden Stellen schwärzen? 126
- (3) Es stellt sich die Frage nach den Rechten an einem Bild, das ein Mitarbeiter während seiner Arbeitszeit aufnimmt. Darf er der Nutzung widersprechen, zum Beispiel nach Vertragsende? Was würde dann mit bereits publizierten Inhalten passieren? 127

### IV Zweitveröffentlichungen und Nachnutzungen

---

- (1) Darf man Preprints zum Beispiel mit dem Hinweis „Preprint. Published in ...“ ins Netz stellen? 129
- (2) Wenn für die Erstveröffentlichung einer Publikation die Rechte an einen Verlag abgegeben wurden: Im Wissenschaftsbetrieb ist es gängige Praxis, sich Artikel, die hinter einer Paywall liegen, von Kollegen zu erbitten. Ist das kollegiale Teilen der eigenen Artikelkopie als Preprint oder Postprint legal? 130
- (3) Inwiefern können Printpublikationen, die veröffentlicht worden sind, als es noch keine elektronischen Zugänge gab, als Open Access publiziert werden? 130

- (4) Was kann man machen, wenn man Vertragsabschlüsse mit einem Verlag nicht mehr besitzt und die Publikation gerne Open Access publizieren würde – bei aktuellen und älteren Publikationen (vor 5 bis 15 Jahren publiziert)? 131
- (5) Wird davon abgeraten, ältere Publikationen im Open Access zu publizieren, wenn der Vertrag nicht mehr auffindbar ist? Wäre es hilfreich, den Verlag zu kontaktieren? 131
- (6) Was könnte im schlimmsten Fall passieren (rechtstechnisch), wenn man die älteren Publikationen zum Beispiel als PDF auf einem Repositorium als Open-Access-Publikation hochladen würde? 131
- (7) Wenn für die Erstveröffentlichung einer Publikation die Rechte an einen Verlag abgegeben wurden: Die Auslegung von § 38 Abs. 4 UrhG [Regelung zum Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Publikationen], insbesondere der Punkt zu „öffentlich gefördert“, scheint strittig zu sein (bezieht er sich nur auf öffentliche Drittmittel oder doch auch auf grundfinanzierte Projekte, da das Personal dafür ja auch aus öffentlichen Geldern, den Steuermitteln, mindestens zu fünfzig Prozent finanziert ist). Können wir Wissenschaftlern raten, sich auf diesen strittigen Punkt zu berufen? Oder sollten wir, um rechtlich auf der sicheren Seite zu sein, allen, die nicht über öffentliche Drittmittel gefördert sind, davon abraten, ohne Zustimmung des Verlags von dem Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch zu machen? 132
- (8) Wenn Teile aus einer Dissertation vorab veröffentlicht werden (müssen) und diese (teilweise) in einem Closed-Access-Verlag erscheinen, inwiefern kann die vollständige Dissertation am Ende noch Open Access publiziert werden (beispielsweise bei einem anderen Verlag oder auf einem institutionellen Repositorium)? Wie ist die Rechtslage bei kumulativen Dissertationen? 133
- (9) Was gilt es zu beachten (vor und nach der Veröffentlichung der Teile aus der Dissertation, bei der Veröffentlichung der kompletten Dissertation)? 134
- (10) Was ist zu beachten, wenn kumulative Arbeiten (mit Artikeln aus verschiedenen kommerziellen Journals) auf unserem Server publiziert werden sollen? Welche Pflichten der Rechteprüfung haben wir dabei? Auch die Auswahl einer CC-Lizenz ist unter Umständen rechtlich nicht möglich. Wie kann das gesteuert werden? 134

## V Software

---

- (1) Ist es erlaubt, kommerziell-lizenzierte (proprietäre) Software mit stark eingeschränkten Zugriffsmöglichkeiten zu archivieren? 135
- (2) Was ist rechtlich notwendig, damit Open-Source-Software über ein Forschungsdaten-Repositorium veröffentlicht werden kann? 136
- (3) In einem Projekt wurde von einem Mitarbeiter Software für das Projekt entwickelt: 137
  - (3.1) Wem gehören eigentlich die Rechte an dieser Software – dem Arbeitgeber oder dem Mitarbeiter? 137
  - (3.2) Worauf muss geachtet werden, wenn zum Beispiel andere Komponenten genutzt wurden (Software-Bibliotheken)? 137
  - (3.3) Kann man eine eigene Software als Open Source bereitstellen, wenn solche Fremdkomponenten vorhanden sind? 138

## VI Forschungsdaten

---

- (1) Werden frei zugängliche Forschungsdaten genauso durch das deutsche Urheberrechtsgesetz geschützt wie andere Werke? 139
- (2) Wenn Daten keinen Rechtsschutz genießen: 140
  - (2.1) Genießt derjenige nicht in irgendeiner Weise Wertschätzung für das erstmalige Erheben der Daten, beispielsweise in Form eines Urheberrechts oder Ähnliches? 140
  - (2.2) Wenn Daten tatsächlich in keiner Weise irgendeinen Rechtsanspruch genießen, macht es überhaupt Sinn, diese zu lizenzieren, beispielsweise unter einer Lizenz wie CC BY? 140
- (3) Wer hat welche Rechte an den von mir erzeugten Forschungsdaten? 141
- (4) Darf ich meine Forschungsdaten einfach so veröffentlichen? 141
- (5) Sind Forschungsdaten Eigentum des Forschenden? Die UHH ist der Ansicht, dass diese Daten im Rahmen eines Dienstverhältnisses erhoben wurden und deshalb Eigentum des Dienstherrn sind. 142
- (6) Was muss ich beachten, wenn ich Forschungsdaten nachnutze, die von anderen Personen erzeugt wurden? 142
- (7) Ich möchte meine Forschungsdaten Dritten zur Nachnutzung zur Verfügung stellen. Wie mache ich das? 143
- (8) In unserem Institut sind Altdaten gespeichert, bei denen nicht mehr zu ermitteln ist, wer sie erzeugt hat. Darf ich diese Daten veröffentlichen? 143

## VII Haftung

---

- (1) Das zumeist größte Problem sind temporäre oder von den Autoren gar nicht gesichert eingeholte Bildrechte in den Publikationen. In welcher Pflicht steht die Bibliothek hier? Was muss ein Autor beachten? 145
- (2) Welches Risiko gehen wir eigentlich grundsätzlich ein, wenn zum Beispiel aus Versehen oder durch eine technische Panne eigentlich noch geschützte Publikationen/Daten doch frei verfügbar sind? Gibt es dann unmittelbar eine Haftung oder hat man die Chance, dies zunächst abzustellen? 146
- (3) Kann man sich rechtlich auf die Angaben in SHERPA/RoMEO verlassen? Was würde passieren, wenn die Angabe unrichtig ist? 147

## VIII Datenschutz, Persönlichkeitsrecht und Einwilligung

---

- (1) Gilt für mich als in Deutschland handelnder Wissenschaftler immer ausschließlich das deutsche Recht beim Umgang mit Daten? 149
- (2) Falls nein, welche Jurisdiktionen müssen bei im Internet erhältlichen Daten berücksichtigt werden? 150
- (3) Inwiefern können personenbezogene Daten digital archiviert werden? 150
- (4) Daten aus dem medizinischen Bereich müssen, selbst wenn sie keiner Person zugeordnet werden können, nach meiner Kenntnis immer auf separaten Speichern gespeichert werden. Stimmt dies überhaupt? Welche Anonymisierung reicht in solchen Fällen? 151
- (5) Abgebildete Personen, die zufällig auf einem Bild erscheinen: Was wird noch als Beiwerk angesehen, wo verletzt man die Persönlichkeitsrechte? Wie verhält es sich mit der Einverständniserklärung? 151
- (6) Wie geht man mit dem Widerruf von Einverständniserklärungen um beispielsweise bei einem Gruppenbild (Lernsituation, Schulklasse), wo von jeder abgebildeten Person beziehungsweise den Eltern eine Zustimmung vorliegt, dass dieses Bild publiziert werden darf. Nun widerruft eine Person diese Zustimmung nach Jahren. Die Publikation kann ja nicht zurückgezogen werden. Gibt es eine Art Bestandsschutz? 152

**Literatur** 153

**Über die Verfasser** 155

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Bundestag
CC BY	CC-Lizenz Namensnennung
CC BY-NC	CC-Lizenz Namensnennung-Nicht kommerziell
CC BY-ND	CC-Lizenz Namensnennung-Keine Bearbeitung
CC-Lizenz	Creative Commons Lizenz
Drucks.	Drucksache
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union
ErwG	Erwägungsgrund
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EULA	End User License Agreement/ Endbenutzer-Lizenzvertrag
FOSS	Freie und Open-Source-Software
GG	Grundgesetz
GNU-Lizenzen	GNU-Lizenz für freie Dokumentation (oft auch GNU Freie Dokumentationslizenz genannt; englische Originalbezeichnung GNU Free Documentation License; Abkürzungen GNU FDL, GFDL)
GPL	General Public Licence
HmbDSG-Neu	Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) vom 18.05.2018
HmbPresseG	Hamburgisches Pressegesetz
IP-Adresse	Internetprotokoll-Adresse
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	littera (Buchstabe)

MedienstaatsV HSH	Gesetz zum Staatsvertrag über das Medienrecht in Hamburg und Schleswig-Holstein (Medienstaatsvertrag HSH) vom 06.02.2007
NC	Non-Commercial
ND	No Derivatives
OA	Open Access
ODbL	Open Database License
OER	Open Educational Resources
PDM	Public Domain Mark
RoMEO	Rights Metadata for Open Archiving
SHERPA	Securing a Hybrid Environment for Research Preservation and Access
S.	Satz (im Kontext von Rechtstexten)
StGB	Strafgesetzbuch
TDM	Text- und Data-Mining
TOM	technisch-organisatorische Maßnahmen
UHH	Universität Hamburg
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UVE	Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung





## Grußwort

„Frei soll die Lehre sein und frei das Lernen!“ Dieser Forderung aus der Gründungszeit der Universität Hamburg vor hundert Jahren fühlen wir uns auch heute verpflichtet, hinsichtlich des gesamten Wissenschaftsstandortes. Emil Krause, Bürgerschaftsmitglied und späterer Senator, hatte damit eines der Motive auf den Punkt gebracht, das damals nach langem Ringen zur Gründung der ersten Universität in der Freien und Hansestadt führte: dass Wissenschaft und Bildung der Schlüssel sind für die gesellschaftliche Entwicklung und daher offen für alle Bürgerinnen und Bürger sein sollten.

Das bezieht sich ausdrücklich auch auf die Forschung: Mit dem Programm Hamburg Open Science (HOS) ermöglichen wir es, Erkenntnisse aus öffentlich finanzierter Forschung frei zu publizieren, frei zugänglich und einfach auffindbar zu machen – für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, aber auch für die interessierte Öffentlichkeit. Damit ist Hamburg im Vergleich mit anderen Ländern Vorreiter.

Open Science bietet gerade dem wissenschaftlichen Nachwuchs große Chancen, Forschungsergebnisse und -daten rasch zu veröffentlichen und allgemein zur Verfügung zu stellen. Allerdings gibt es auch rechtliche Herausforderungen: Fragen zum Urheberrecht, zu Lizenzarten, zu Persönlichkeitsrechten und Datenschutz beispielsweise. Um all dies geht es in dem vorliegenden Kompendium. Es soll ein praktischer Beitrag sein, um offene Publikationen aktiv zu unterstützen. Gleichzeitig ist es selbst ein Prototyp dafür, wie eine Publikation ohne kommerzielle Verlagsinteressen und als offener Inhalt verbreitet

werden kann. Der Band wird sowohl als konventioneller Druck über Hamburg University Press verteilt als auch digital und kann frei verwendet werden.

Dieses Rechtskompodium ist ein wesentliches erstes Ergebnis von HOS und ein Beispiel für den Kulturwandel, den die Digitalisierung und Open Science in der Wissenschaft eingeläutet haben: von „closed to open“; von der exklusiven Vermarktung wissenschaftlicher Ergebnisse hin zum offenen Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen und Materialien.

Ich danke den beteiligten Universitäten und Hochschulen für die konstruktive Zusammenarbeit für Hamburg Open Science! Mein Dank gilt außerdem den Autoren Dr. Till Kreuzer und Henning Lahmann sowie der Staats- und Universitätsbibliothek Carl von Ossietzky und Frau Prof. Beger für die inhaltliche Abnahme und fachliche Unterstützung.



Dr. Eva Gumbel

Staatsrätin in der Behörde für Wissenschaft, Forschung und Gleichstellung Hamburg

# Einleitung

Open-Science-Strategien wie das Programm „Hamburg Open Science“ (HOS) dienen dazu, die Potenziale der Digitalisierung in der Wissenschaft konsequent zu nutzen. Um dies zu erreichen, sollen Sichtbarkeit und Nutzbarkeit von wissenschaftlichen Erkenntnissen und Inhalten gesteigert werden, indem sie möglichst offen und frei zugänglich gemacht werden. „Offen und frei“ bezieht sich in diesem Kontext nicht nur auf die Verfügbarkeit und Nutzbarkeit innerhalb der Wissenschaft, sondern darüber hinaus für die generelle Öffentlichkeit. Hierdurch soll Wissenschaft auch für die Bevölkerung greifbarer, transparenter und verständlicher werden (vgl. die Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Drucks. 21/10485 vom 26.09.2017, S. 1–2, zur Erläuterung des Programms Hamburg Open Science).

Solche Unterfangen sind rechtlich nicht trivial. Schon die allgemeinen Rechtsfragen, etwa beim Umgang mit Forschungsdaten oder urheberrechtlich geschützten Texten und Bildern zu wissenschaftlichen Zwecken sind häufig komplex. Hinzu kommt, dass „Open-Strategien“ in vielerlei Hinsicht besonderen rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen. Urheber- oder persönlichkeitsrechtlich macht es beispielsweise oft einen Unterschied, ob Inhalte nur speziellen Nutzergruppen und einer eingeschränkten Öffentlichkeit verfügbar gemacht werden. Werden Daten und Inhalte nach Open-Access-Kriterien öffentlich zugänglich gemacht und zur Nachnutzung freigegeben, stellen sich weitere, teils sehr spezifische und wenig geklärte Rechtsfragen.

Über viele der speziellen Rechtsfragen von „Open-Strategien“ haben Gerichte bis heute nicht entschieden. Obgleich die erste

„Open-Bewegung“, die der Freien und Open Source Software (FOSS), mittlerweile schon etwa dreißig Jahre alt ist, gelten die diesbezüglichen Rechtsfragen unter Juristen noch immer als exotische Materie.

Dieses Leitfadens soll dazu dienen, einen Überblick über eine Auswahl von bei Open-Science-Programmen und -Projekten relevanten Rechtsfragen zu geben (Teil 1 des Leitfadens). Teil 2 der Darstellung enthält eine Liste von regelmäßig bei Open Science auftretenden Fragen aus den ausgewählten Rechtsgebieten. Die Inhalte des Leitfadens wurden in enger Zusammenarbeit mit den am HOS-Programm beteiligten Akteuren bestimmt. Sie sollten repräsentativ für Open-Science-Projekte und damit auch für andere Vorhaben dieser Art nützlich sein. Die Darstellung richtet sich vor allem an Praktiker, die in Open-Science-Programmen tätig sind, sollte aber auch für Einsteiger in die Thematik geeignet sein. Das Kompendium ist damit ausdrücklich nicht als – von Juristen für Juristen gedachtes – Rechtsgutachten konzipiert, sondern soll als Erkenntnisgrundlage und Wissensressource für eine breite Zielgruppe dienen.

Zur besseren Lesbarkeit werden in diesem Text personenbezogene Bezeichnungen, die sich zugleich auf Frauen und Männer beziehen, generell nur in der männlichen Form angeführt. Gemeint sind selbstverständlich stets alle Geschlechter gleichermaßen.

**Teil 1:**



**Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Science**



# I Urheber- und Urhebervertragsrecht

## 1. Sinn und Zweck des Urheberrechts

Das Urheberrecht schützt die Leistungen von Kreativschaffenden und der Kreativwirtschaft. Zu diesem Zweck gewährt die Rechtsordnung einerseits das Urheberrecht selbst und andererseits sogenannte Leistungsschutzrechte (auch „verwandte Schutzrechte“ genannt). Bei Letzteren handelt es sich um – dem Urheberrecht ähnliche – Schutzrechte für Fotografen, Interpreten oder Vermittler von Inhalten (zum Beispiel Tonträger- oder Datenbankherstellern). Urheber- und Leistungsschutzrechte basieren auf der Annahme, dass eine florierende Produktion und Verbreitung hochwertiger Werke, wie Texte, Filme, Fotos oder Computerprogramme, nur entsteht, wenn diese durch starke Schutzrechte gesichert werden. Den Autoren, Wissenschaftlern, Journalisten, Filmemachern und Komponisten (unter anderem) soll die ausschließliche Befugnis zustehen, darüber zu entscheiden, ob

und wie ihre Werke genutzt werden. Zudem sollen sie an wirtschaftlich relevanten Nutzungen ihres Werkes finanziell beteiligt werden.

## 2. Geschützte Werke und Leistungen

Das Urheberrecht schützt „Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst“ (§ 2 Abs. 1 UrhG). Diese Aufzählung ist weder qualitativ noch abschließend zu verstehen. Auch Alltagsschöpfungen wie Studienarbeiten, Agenturmeldungen oder Werbegrafiken können urheberrechtlich geschützt sein. Die Anforderungen an den Urheberrechtsschutz, die sogenannte Schöpfungshöhe, sind gering. In der Regel genügt es, dass eine geistige Leistung erbracht wurde, die sich in einer konkreten Schöpfung manifestiert hat, die gewisse individuelle Züge aufweist. Nur völlig banale, durchschnittliche Gestaltungen, sehr einfache Texte, Musik oder Computerprogramme genießen keinen Urheberrechtsschutz. Die Frage der Schutzfähigkeit hängt vom Einzelfall ab und kann nicht abstrakt beantwortet werden. Keine Rolle spielt hierbei, wie viel Arbeit eine kreative Leistung erfordert hat oder wie viel Geld in ihre Erbringung investiert werden musste (siehe hierzu auch Abschnitt Teil 1, II. 1 und 2).

Die Entstehung von Leistungsschutzrechten unterliegt in der Regel gar keinen qualitativen Anforderungen. Die einzige Voraussetzung für den Leistungsschutz an einfachen Lichtbildern ist beispielsweise, dass ein Mensch den Auslöser einer Kamera betätigt hat. Ob das Foto originell oder besonders ist, spielt – anders als für den Urheberrechtsschutz an „Lichtbildwerken“ – keine Rolle. Gleiches gilt für den Hersteller/Produzent von Tonaufnahmen. Er erhält Rechte unabhängig vom Umfang oder von der Qualität der Aufnahme oder gar der aufgenommenen Musik. Allein das Datenbankherstellerrecht, das Investitionen in Datenbanken schützen soll, unterliegt einer nennenswerten Schutzvoraussetzung. Hierfür ist es erforderlich, dass eine *wesentliche* Investition erbracht wurde.

### 3. Informationen, Ideen, Daten, Fakten: Gemeinfreiheit der Schaffensgrundlagen

Das Urheberrecht schützt nur konkrete schöpferische Gestaltungen. Nicht geschützt sind dagegen Ideen, Informationen oder andere abstrakte Ressourcen. Hierbei handelt es sich nicht um Werke, sondern um die Grundlagen auf deren Basis sie geschaffen werden. Diese sind und können nicht schutzfähig sein.

Beispiele: Die deutsche Sprache ist kein Werk. Ein Werk kann nur ein mit ihren Worten ausgedrückter Text sein. Die Idee für ein Computerprogramm, dessen Ablauf, Funktionen und Algorithmen sind nicht geschützt, sondern nur der unter konkreter Anwendung dieser Ideen und Schaffensgrundlagen entstandene Programmcode. Der Aufbau und das didaktische Konzept einer Lehrveranstaltung sind nicht geschützt, sondern allenfalls ein diese in Worte fassender Text.

Auch Forschungsergebnisse, wissenschaftliche Erkenntnisse oder andere Entdeckungen sind als solche nicht urheberrechtlich geschützt. Die Relativitätstheorie selbst ist kein Werk. Ein diesbezügliches Werk wäre ein Text, in dem sie beschrieben wird. Geschützt wären auch hierbei nur die Formulierungen des Textes, nicht aber dessen Inhalt.

Diese Beispiele beschreiben einen elementaren Grundsatz des Urheberrechts: Die Freiheit von Inhalten, Fakten, Daten und Informationen ist notwendige Voraussetzung für kulturelles Schaffen, Wissenschaft, Kommunikation, Meinungsfreiheit und vieles mehr. Sie stellt beispielsweise sicher, dass jeder über wissenschaftliche Erkenntnisse publizieren und kommunizieren darf. Dies wäre unmöglich, wenn sie durch Urheberrechte einem rechtlichen Monopol unterworfen würden. Die Urheberrechtswissenschaft beschreibt diesen fundamentalen Grundpfeiler des Urheberrechts als „Dichotomie von Inhalt und Form“. Nur die Form – zum Beispiel der Text über die Relativitätstheorie, nicht aber die Theorie selbst oder deren Inhalt – können urheberrechtlich geschützt sein.

Ebenfalls nicht schutzfähig sind ganz generell Fakten und Informationen (dies gilt auch für Forschungsdaten, siehe konkret hierzu Abschnitt Teil 1, II. 2). Die Information beispielsweise, dass ein

politisches Ereignis stattgefunden hat („Kim trifft Trump“), ist Gemeingut. Jeder darf sie kommunizieren, hierüber schreiben, sie beliebig weiterverbreiten. Ob eine Information oder Erkenntnis besonders aufwendig recherchiert oder in unzähligen Stunden der Forschung erarbeitet werden musste oder nicht, spielt keine Rolle.

Auch Ideen, zum Beispiel für den Inhalt oder Aufbau eines Papers oder Romans, für die Komposition eines Musikstücks oder die Ausleuchtung eines Filmsets, sind urheberrechtlich nicht geschützt. Im Übrigen werden auch geschützte Werke mit Ablauf der Schutzdauer gemeinfrei. Hierauf wird in Abschnitt Teil 1, I. 10 eingegangen.

#### **4. Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten**

Das Urheberrecht steht zunächst immer dem Urheber zu. Leistungsschutzrechte demjenigen, der die jeweils geschützte Leistung erbracht hat (zum Beispiel dem Datenbankhersteller, der die wesentlichen Investitionen getätigt hat).

Waren mehrere Urheber an der Erstellung eines Werkes beteiligt, steht ihnen das Urheberrecht gemeinsam zu (Miturheberschaft, § 8 UrhG). Co-Autoren eines Textes müssen nach dieser gesetzlichen Regelung beispielsweise gemeinsam über die Veröffentlichung entscheiden. Durch einvernehmliche Vereinbarungen können sie hiervon jedoch abweichen, indem sie zum Beispiel diese Befugnis durch eine Vollmacht an einen der Miturheber oder einen Dritten delegieren.

Die einzige Abweichung vom Grundsatz der originären Rechtershaberschaft des Urhebers gilt bei Software. Die Rechte an von angestellten Programmierern entwickelten Computerprogrammen stehen vollumfänglich und exklusiv dem Arbeitgeber oder Dienstherrn zu (§ 69b UrhG). Diese Regelung gilt EU-weit, sie basiert auf einer EU-Richtlinie aus dem Jahr 1991.

## 5. Übertragung und Einräumung von Nutzungsrechten

Anders als Leistungsschutzrechte können Urheberrechte als solche nicht übertragen werden. Der Urheber kann einem anderen, zum Beispiel dem Arbeitgeber oder einem Verlag, lediglich die Nutzung seines Werks erlauben. Man spricht dann davon, dass der Urheber Nutzungs- oder Verwertungsrechte einräumt/überträgt.

Solche Rechteeinräumungen können sehr weit gehen. Exklusivnutzungsverträge mit Einmalvergütung (*total buy out*) sind möglich und in vielen Branchen gängige Praxis. Diese haben den Effekt, dass sie den Urheber selbst sehr weitgehend von der Nutzung seines eigenen Werkes ausschließen. Ein wissenschaftlicher Autor, der einem Verlag das ausschließliche Recht übertragen hat, seinen Beitrag abzdrukken, online zu stellen und zu verbreiten, darf diese Handlungen selbst nicht mehr ohne Erlaubnis des Verlags vornehmen. Publiziert er den Beitrag beispielsweise an anderer Stelle erneut, etwa auf der Institutswebseite, in seinem eigenen Blog oder bei einem anderen Verlag, begeht er eine Rechtsverletzung (mitunter als „Selbstplagiat“ bezeichnet). Solche Handlungen wären ihm nur gestattet, wenn sie von einer gesetzlichen Regelung gedeckt wären (hier zum Beispiel vom sogenannten Zweitveröffentlichungsrecht, siehe hierzu Abschnitt Teil 1, I. 7).

Die Übertragung von Nutzungsrechten erfolgt üblicherweise durch einen Vertrag, zumeist einen Lizenzvertrag, mitunter aber auch in anderer Form, etwa durch Arbeits-, Dienst- oder Werkverträge. Auch Open-Content-Lizenzen sind (Lizenz-)Verträge. Verträge über die Einräumung von Nutzungsrechten müssen nicht zwingend schriftlich, sondern können auch mündlich oder implizit („konkludent“) geschlossen werden. Das ist auch weit verbreitet. Häufig ist den Parteien in der Realität der Umstand, dass Rechte übergehen oder (durch konkludentes Verhalten) ein Vertrag geschlossen wurde, nicht einmal bewusst.

So erhalten beispielsweise Dienstherrn oder Arbeitgeber in der Regel Nutzungsrechte an den Werken ihrer Mitarbeiter, soweit diese für ihre schöpferische Tätigkeit beschäftigt und bezahlt werden (§ 43 UrhG). Der Rechteübergang erfolgt hier in der Regel unmerklich, ohne formalen Akt. Auch wird es häufig vergessen, mit Mitarbeitern

generelle Vereinbarungen über Nutzungsrechte zu treffen. Auch wenn keine vertraglichen Vereinbarungen geschlossen werden oder auch nur jemals darüber gesprochen wurde, können Rechte übertragen werden.

Implizite Vertragsschlüsse haben jedoch erhebliche Nachteile. Werden keine konkreten Vereinbarungen getroffen, zumindest per E-Mail oder in protokollierten Gesprächen, ist es schwierig, den Umfang der Rechteübertragung einzuschätzen oder gar zu beweisen. Ganz entscheidende Fragen wie etwa „Sind exklusive oder nur nicht-exklusive Rechte übergegangen?“, „Welche Rechte sind übergegangen?“, „Wer genau hat die Rechte erhalten?“, „Für wie lange wurden die Rechte eingeräumt?“, „Fallen die Rechte zurück, wenn der Mitarbeiter kündigt?“ bleiben so unbeantwortet und unausgesprochen. Orientieren kann man sich in solchen Fällen nur an objektivierbaren Indizien oder an – meist schwer nachweisbaren und nachvollziehbaren – sonstigen Umständen. Diese müssen jeweils im Einzelfall untersucht und bewertet werden.

Gerade im Hochschulkontext werden erfahrungsgemäß sehr oft keine konkreten vertraglichen Vereinbarungen über Nutzungsrechte geschlossen. Hierdurch entstehen für Open-Science-Programme unter Umständen schwer lösbare Fragen zum Beispiel in Bezug auf Veröffentlichungsbefugnisse an bereits bestehenden Materialien. Hat die Hochschule beispielsweise die Nutzungsrechte an Vorlesungsskripten, die Lehrstuhlmitarbeiter erstellt haben, oder kann/muss über deren Veröffentlichung auf einem Open-Science- oder Open-Access-Portal der jeweilige Autor entscheiden? Haben Hochschulen Rechte an wissenschaftlichen Beiträgen oder an Studien- und Forschungsarbeiten der Studierenden? Fallen Rechte bei einem Wechsel des Urhebers zu einer anderen Hochschule oder zu einem anderen Arbeitgeber wieder zu ihm zurück? Ohne Vereinbarungen, in denen solche Aspekte geregelt sind, gibt es in aller Regel nur vage Antworten und Einschätzungen in Bezug auf derlei Fragen. Hierdurch entsteht Rechtsunsicherheit. Daher ist es stets ratsam, klare Absprachen zu treffen und zumindest zu dokumentieren, zum Beispiel schriftlich oder elektronisch (per E-Mail).

Allgemeine Wahrheiten sind bei solchen Fragen eine seltene Ausnahme. So ist für Hochschullehrer, also ordentliche und Honorarprofessoren,

Hochschuldozenten sowie Lehrbeauftragte, anerkannt, dass sie in aller Regel selbst Inhaber der Rechte an ihren Forschungs- und Lehrinhalten sind. Begründet wird dieses sogenannte Hochschullehrerprivileg damit, dass Hochschullehrer aufgrund ihrer weisungsfreien Forschungstätigkeit, anders als andere Arbeit- oder Dienstnehmer, nicht verpflichtet seien, ihre Rechte an den Dienstherrn (Universität, Forschungsinstitut) abzutreten. Auch die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit von Wissenschaft und Forschung wird hierfür angeführt.

Entwickelt also ein Hochschullehrer im Rahmen seiner allgemeinen Lehr- und Forschungstätigkeit Forschungs- und Lehrmaterial, kann er über deren Veröffentlichung und sonstige Nutzung frei verfügen. Will die Hochschule seine Werke beispielsweise in eine Open-Science-Plattform oder ein Open-Access-Repository einstellen, bräuchte sie die Zustimmung des Autors.

Bei Auftragsforschung oder Drittmittelprojekten wird das Hochschullehrerprivileg dagegen – aufgrund von entgegenstehenden vertraglichen Bedingungen – häufig keine Anwendung finden. Zuwendungsbescheide oder andere Förderbedingungen, vertragliche Vereinbarungen oder ähnliches können und werden häufig anderslautende Regelungen enthalten. Auch aus den Umständen kann sich in solchen Kontexten ergeben, dass Rechte nicht bei den Forschenden, sondern bei den Mittel- oder Auftraggebern liegen.

Für andere Hochschulangehörige, wie vor allem wissenschaftliche oder studentische Mitarbeiter, gilt das Hochschullehrerprivileg grundsätzlich nicht. Denn sie, so das pauschale Argument, handeln weisungsabhängig (in der Regel auf Anweisung ihres Vorgesetzten), woraus gefolgert wird, dass sie über ihre Rechte an den im Rahmen ihrer dienstlichen Pflichten geschaffenen Werken nicht frei verfügen dürfen. Sie sind damit wie normale Arbeit- und Dienstnehmer gestellt und müssen ihre Rechte auf den Arbeitgeber oder Dienstherrn (also die Universität, nicht den Professor!) übertragen. Gibt es hierüber keine ausdrückliche Vereinbarung, gehen zumindest manche Rechte automatisch auf den Dienstherrn über.

Schaffen sie jedoch Werke außerhalb ihrer weisungsgebundenen Aufgaben, etwa im Rahmen eigenständiger Forschung (zum Beispiel Diplom-, Magister- oder Doktorarbeiten) oder bei Studienarbeiten

und Klausuren, gilt dies wiederum nicht. Über deren Veröffentlichung und Verwertung kann jeder Student oder Assistent selbst entscheiden.

Die Abgrenzung zwischen „Arbeitnehmerwerken“ und solchen, die nicht in Erfüllung dienstlicher Pflichten geschaffen werden, ist häufig schwierig. In Dienstverhältnissen, vor allem gegenüber Beamten ergeben sich die Dienstpflichten aus dem dienstrechtlichen Aufgabenbereich. Dessen Inhalt und Reichweite leitet sich aus dem übertragenen Amt, der zugewiesenen Funktion, dem behördeninternen Geschäftsverteilungsplan oder auch den Anweisungen von Vorgesetzten ab. Ob das Werk während der Arbeitszeit, am Arbeitsort oder mit den Betriebsmitteln des Arbeitgebers oder Dienstherrn geschaffen wurde, ist dagegen allenfalls ein (eher schwaches) Indiz.

Lässt sich die Frage nach der urheberrechtlichen Nutzungsbefugnis nicht klären, gilt die Regel: „Im Zweifel für den Urheber“. Will ein Dritter das Werk eines Urhebers nutzen, also ein Verwerter/Nutzer, trägt er die Beweislast für seine Rechtsposition. Kann der Beweis (etwa für einzelne, alle Nutzungsrechte, ob exklusive oder nicht-exklusive Rechte übertragen wurden) nicht geführt werden, wird vermutet, dass die Rechte beim Urheber verblieben sind. Unsicherheiten gehen also eher zulasten des Nutzers, sodass es vor allem aus dessen Perspektive bei Fällen mit einiger Bedeutung unbedingt ratsam ist, schriftliche oder ansonsten leicht nachweisbare Vereinbarungen zu treffen.

## 6. Urheberpersönlichkeitsrechte

Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist neben den Verwertungsrechten die zweite Säule des Urheberrechts. Es schützt die ideellen Interessen am Werk. Der Urheber hat hiernach zum Beispiel das ausschließliche Recht, sein Werk erstzuveröffentlichen, es zu verändern, oder einen Anspruch auf Namensnennung bei der Nutzung. Urheberpersönlichkeitsrechte können – aufgrund ihrer zum Teil höchstpersönlichen oder gar zwingenden Natur – nur bedingt vertraglich übertragen, beschränkt oder ausgeschlossen werden.

## 7. Urhebervertragsrecht

Das deutsche Urheberrecht sieht eine Reihe von Regelungen vor, die den Urheber vor unfreiwilligen, nachteiligen oder unbedarften vertraglichen Vereinbarungen schützt. Ihr Hintergrund liegt in der Tatsache, dass viele Urheber gegenüber ihren Vertragspartnern, wie Verlagen, Auftrag- oder Arbeitgebern oder Plattenfirmen, sowohl eine schlechte Verhandlungsposition als auch ein Wissensdefizit haben. Nur wenige Urheber haben wirkliche Verhandlungsmacht in Bezug auf die Nutzungsrechtsverträge, die sie unterschreiben. In der Regel haben sie zudem wenig konkrete Kenntnisse über ihre Rechtsposition als Urheber, Vertragsrecht und andere rechtliche Umstände. Deshalb behandelt das deutsche Urheberrecht sie als schützenswerte Marktteilnehmer.

Um den bei Machtgefällen entstehenden Effekt, das Recht des Stärkeren, abzumildern, enthalten die §§ 31–44 UrhG eine Vielzahl von vertragsrechtlich ausgerichteten Schutznormen für Urheber. Diese sind nach der wohl herrschenden Meinung in der Rechtsliteratur in aller Regel auch auf Verträge mit ausländischen Verwertern anzuwenden (§ 32b UrhG).

Das Urhebervertragsrecht gewährt den Urhebern beispielsweise einen unabtretbaren und unverzichtbaren „Anspruch auf eine angemessene Vergütung“ (§ 32 UrhG). Diese Regelung verbietet es grundsätzlich, dem Urheber für die Nutzung und Verwertung seines Werks keine Vergütung zu bezahlen. Es gibt Ausnahmen, zum Beispiel für Nutzungen von Open-Access-Publikationen und allgemein für Open Content und Open-Source-Software. Hier kann (und wird faktisch) auf den Anspruch auf angemessene Vergütung gegenüber den Lizenznehmern verzichtet werden.

Eine Art Zweitveröffentlichungsrecht regelt § 40a UrhG: das „Recht zur anderweitigen Verwertung“. Es ermöglicht dem Urheber, sein Werk nach zehn Jahren anderweitig zu verwerten, auch wenn er einen zeitlich unbegrenzten Exklusivvertrag geschlossen hat. Wissenschaftliche Autoren dürfen zudem, auch wenn dies vertraglich nicht vorgesehen oder gar ausdrücklich ausgeschlossen wurde, Pre-Print-Fassungen von in Periodika erschienenen Beiträgen zwölf Monate nach

der Erstveröffentlichung anderweitig zugänglich machen (§ 38 Abs. 4 UrhG). Diese Zweitverwertung darf keinen gewerblichen Zwecken dienen. Beide Regelungen unterliegen einer Reihe von Voraussetzungen, die im Einzelfall zu prüfen sind.

## 8. Nutzungsfreiheiten

### a) Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen

Das Urheberrecht unterliegt zahlreichen Beschränkungen. Die „Schrankenbestimmungen“ (also: Beschränkungen des Urheberrechts) sind im deutschen Urheberrechtsgesetz im 6. Abschnitt (§§ 44a–63a UrhG) geregelt. Zudem gibt es Spezialvorschriften für Computerprogramme und Datenbanken.

Manche Schranken dienen dazu, den Gebrauch von geschütztem Material in Wissenschaft und Lehre zu vereinfachen. Sie sollen vor allem die Nutzung erleichtern, indem sie den Nutzer von der Notwendigkeit entheben, Rechte einzuholen. Nutzungen, die unter solche Regeln fallen, werden durch das Gesetz gestattet. Es bedarf daher keiner Lizenzvereinbarung oder sonstigen Zustimmung durch den Rechteinhaber. Schrankenbestimmungen werden dementsprechend auch „gesetzliche Lizenzen“ genannt.

Die Schrankenregelungen dienen dazu, entgegenstehende Interessen auszubalancieren. Beispielsweise liegt es im öffentlichen Interesse, dass aus geschützten Werken zitiert werden darf, ohne dass hierfür eine Erlaubnis vom Rechteinhaber eingeholt werden muss. Dieses Interesse wird durch die Zitatschranke rechtlich umgesetzt. Sie bringt zum Ausdruck, dass das öffentliche Interesse an der Zitierfreiheit einem etwaigen Interesse von Urhebern und Verwertern, Zitate verbieten oder hierfür Nutzungsentgelte verlangen zu können, überwiegt.

Eine ausführlichere Darstellung des Zitatrechts und der urheberrechtlichen Freiheiten für Bildung und Forschung würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen. Daher soll hier diesbezüglich auf folgende Publikation verwiesen werden (dort S. 47 ff.): Kreutzer/Hirche: „Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre“. An dieser Stelle

soll nur kurz auf einige generelle Aspekte sowie auf die sogenannte Panoramafreiheit eingegangen werden, die in jenem Leitfaden nicht behandelt wird.

Die für Wissenschaft und Lehre relevanten Schrankenbestimmungen wurden mit Wirkung zum 1. März 2018 zuletzt reformiert. Sie finden sich nunmehr in einem eigenen Unterabschnitt, §§ 60a–60h UrhG. Daneben können in solchen Kontexten auch andere Bestimmungen relevant sein, allen voran das in § 51 UrhG enthaltene Zitatrecht und die in § 59 UrhG geregelte sogenannte Panoramafreiheit.

Nach den Speziialschranken für Wissenschaft und Bildung sind unter anderem Nutzungen im Unterricht an Hochschulen, Schulen oder anderen Bildungseinrichtungen gestattet. Teile von Werken (generell bis zu 15 Prozent) dürfen zu Unterrichtszwecken beispielsweise fotografiert und ausgeteilt, digital in virtuelle Lernräume eingestellt oder vorgeführt werden (§ 60a UrhG). Eine ähnliche Bestimmung, die teils noch über die Unterrichtsschranke hinausgeht, gilt für wissenschaftliche Nutzungen (§ 60c UrhG). Überdies enthalten die neuen Regelungen Befugnisse für Kultur- und Gedächtniseinrichtungen (§ 60f UrhG) und Text- und Data-Mining (§ 60d UrhG).

Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen gestatten es mit wenigen Ausnahmen nicht, hiernach genutztes Material einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Umso weniger ermöglichen es die Schrankenbestimmungen, Fremdmaterial nach Open-Access-Kriterien unter Open-Content-Lizenzen ins Internet zu stellen und zur Nachnutzung freizugeben. Abgesehen vom Zitatrecht und der Panoramafreiheit, die hinsichtlich der Weiterverwendung des Materials keine Beschränkungen enthalten, sind alle vorliegend relevanten Schrankenbestimmungen mit mehr oder weniger weitgehenden Restriktionen in Bezug auf Zweck und Reichweite der Nachnutzung versehen. Bildungs- und Wissenschaftsschranken beispielsweise gestatten die Nutzung nur in eingeschränkten Öffentlichkeiten, etwa gegenüber den Teilnehmern von bestimmten Lehrveranstaltungen oder innerhalb von Forscherzirkeln.

## b) Die Panoramafreiheit (§ 59 UrhG)

Nach der sogenannten Panoramafreiheit ist es zulässig, Werke, „die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Grafik, durch Lichtbild oder durch Film zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben“. Vereinfacht ausgedrückt erlaubt es die Panoramafreiheit, insbesondere Gebäude (soweit urheberrechtlich geschützt), Werke der bildenden Kunst wie Denkmäler, Brunnen, Skulpturen oder ähnliches zu fotografieren, zu zeichnen oder zu filmen und die so entstehenden Abbildungen wiederum zu veröffentlichen und zu verwerten. Beispielsweise dürfen solche Fotos auf Postkarten gedruckt und diese dann verkauft werden. Auch könnten Videos von Straßenansichten als Open Access auf Open-Science-Plattformen eingestellt werden, ohne hierfür die Nutzungsrechte von etwaig urheberrechtlich geschützten Fassaden klären zu müssen.

Die Panoramafreiheit enthält eine Vielzahl von Einschränkungen, die in der Regel im Einzelfall beurteilt werden müssen. So bezieht sich die Nutzungsfreiheit bei Gebäuden nur auf Abbildungen der Außenansicht. Zudem betrifft die Regelung nur Werke, die sich an Orten befinden, die für jeden frei zugänglich sind und die im Gemeingebrauch stehen. Das betrifft in erster Linie alle Grundstücke, Straßen und Wege des öffentlichen Raums. Wenn Privatwege oder Passagen oder anderer im Privateigentum befindlicher Grundbesitz öffentlich zugänglich sind, können auch solche Bereiche gemeint sein. Keine öffentlichen Orte in diesem Sinne sind dagegen zum Beispiel Innen- und Hinterhöfe.

An öffentlichen Orten schließt Werke ein, die zwar nicht *auf* öffentlichem Grund stehen, aber von einem solchen ohne Hilfsmittel sichtbar sind. Eine Statue beispielsweise, die sich zwar auf einem Privatgrundstück befindet, jedoch von einem öffentlichen Platz frei einsehbar ist, darf nach der Panoramafreiheit fotografiert und die Fotos dürfen auch veröffentlicht werden. Stünde sie dagegen hinter einem Zaun oder einer Hecke und bräuchte man eine Leiter, um das Foto zu machen, greift die Regelung nicht. Gleiches gilt für Fotos, die aus einem privaten Raum, beispielsweise einem Gebäude, das aus einer

Privatwohnung gegenüber oder aus der Luft abgelichtet wird. Vor diesem Hintergrund dürften Drohnenvideos, sofern sie nicht nur das abbilden, was man auch „aus der Hand“ hätte fotografieren können, in der Regel nicht unter die Panoramafreiheit fallen.

Schließlich müssen sich die Werke „bleibend“ im öffentlichen Raum befinden. War von vorn herein nur eine temporäre Aufstellung im öffentlichen Raum geplant – wie bei einer Sonderausstellung –, greift die Panoramafreiheit nicht.

Hinzuzufügen ist, dass es nicht in jedem Land eine Panoramafreiheit gibt. Selbst in Europa ist sie nicht einheitlich geregelt (siehe hierzu Janetzki/Weitzmann: „Report on the Freedom of Panorama in Europe“).

## 9. Exkurs: Nutzungen außerhalb der Öffentlichkeit

Ein Grundprinzip des Urheberrechts ist, dass „unkörperliche Nutzungen“ nur dann relevant (und damit zustimmungspflichtig) sind, wenn sie in der Öffentlichkeit stattfinden. Unkörperliche Nutzungen sind – untechnisch ausgedrückt – solche, bei denen das Werk lediglich vorgeführt, übermittelt oder dargestellt wird, ohne dass hierbei weitere Kopien entstehen. Unkörperliche Nutzungen sind zum Beispiel Fernseh- oder Radioübertragungen, die Zugänglichmachung über ein Datennetz, Aufführungen von Theaterstücken oder auch die Vorführung von Musik, Filmen oder anderen Inhalten bei Hochschul- oder Schulveranstaltungen. All diese Handlungen dürfen ohne Zustimmung oder Vergütungsverpflichtung vorgenommen werden, wenn die Nutzung außerhalb der Öffentlichkeit stattfindet.

Diese Grundregel hat für die Lehre unter anderem erhebliche Relevanz. Wenn zum Beispiel eine Seminarveranstaltung als nicht öffentlich zu qualifizieren wäre, könnten hier beispielsweise Filme vorgeführt oder Bücher vorgelesen werden, ohne dass Urheberrechte zu beachten wären. Nicht relevant wäre § 60a UrhG mit all seinen Einschränkungen und Voraussetzungen, einschließlich der Vergütungspflicht, weil es keiner gesetzlichen Erlaubnis durch eine

Schrankenbestimmung bedarf. Die Nutzung wäre ohne Weiteres zulässig. Wäre das Seminar dagegen als öffentlich anzusehen, müssten beispielsweise für die Vorführung einer (vollständigen) Fernsehsendung Nutzungsrechte erworben werden. Die gleiche Frage stellt sich in unzähligen anderen Situationen. Fraglich ist etwa, ob (und unter welchen Umständen) die Nutzung von Messenger-Diensten als öffentlich anzusehen ist: Ist eine WhatsApp-Gruppe als nicht öffentlich anzusehen, können hier Videos, Fotos und andere geschützte Inhalte ohne Weiteres geteilt werden, auch wenn man hieran keine Rechte besitzt. Auf die Anforderungen von § 60a UrhG oder anderen Schrankenbestimmungen käme es nicht an. Ist die Gruppe dagegen öffentlich, darf geschütztes Material nur mit Zustimmung des Rechteinhabers geteilt werden oder wenn hierfür ausnahmsweise eine Ausnahmeregelung greift (zum Beispiel das Zitatrecht).

Entscheidend für die Einordnung ist die Frage, was „Öffentlichkeit“ im urheberrechtlichen Sinn bedeutet. Der Begriff wird in § 15 Abs. 3 UrhG wie folgt definiert (Hervorhebung nur hier):

Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch *persönliche Beziehungen verbunden* ist.

Wie dies genau zu verstehen ist, darüber existiert eine Unmenge Rechtsprechung. In letzter Zeit hat sich auch und vor allem der Europäische Gerichtshof (EuGH) verschiedentlich hiermit auseinandergesetzt. Dieser hat die folgenden grundlegenden Interpretationsregeln aufgestellt (nach unserer Lesart):

- „Öffentlich“ bedeutet, die „Zugänglichmachung eines Werkes [...] in geeigneter Weise für Personen allgemein, also nicht auf besondere Personen beschränkt, die einer privaten Gruppe angehören“. Wenn also nur Personen zugegen sind, die miteinander und/oder mit demjenigen, der das Werk wiedergibt, persönlich verbunden sind, handelt es sich nicht um eine öffentliche Wiedergabe.

- Der Ausdruck „öffentlich“ impliziert, dass sich die Kommunikation oder Bereitstellung von Werken an eine relativ große Zahl von Personen richtet. Die relevante Größe kann auch kumulativ erreicht werden, etwa indem eine letztlich große Zahl Personen nacheinander durch die Wiedergabe erreicht wird.
- Es ist zu berücksichtigen, ob der Nutzer finanziell von der Nutzung profitiert.
- Es ist wichtig, ob sich die Kommunikation oder die Bereitstellung bewusst an eine öffentliche Gruppe richtete. Eine zufällige, nicht intendierte Anwesenheit von Nicht-Gruppenmitgliedern führt daher für sich genommen nicht zur Annahme einer Öffentlichkeit.
- Bei online verfügbaren Werken erfordert eine „Bereitstellung an die Öffentlichkeit“ das Ansprechen einer „neuen Öffentlichkeit“, das heißt „ein Publikum, das die Inhaber des Urheberrechts nicht hatten erfassen wollen, als sie die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubten“. Vereinfacht ausgedrückt: Was schon mit dem Willen des Rechteinhabers für eine unbegrenzte Zielgruppe öffentlich zugänglich gemacht wurde, kann nicht noch einmal öffentlich gemacht werden. Das hat etwa zur Folge, dass Hyperlinks zu Werken, die der allgemeinen Öffentlichkeit bereits online (ohne technische Einschränkung) zur Verfügung gestellt wurden, nicht als Zugänglichmachung oder als „Bereitstellung“ an die Öffentlichkeit betrachtet werden können. Überträgt man dieses Argument auf Nutzungen von öffentlich zugänglichem Material im Unterricht – beispielsweise das Vorführen von YouTube-Videos – wäre auch dies stets zulässig. Denn dadurch, dass das Video ohnehin jedem Teilnehmer zugänglich ist, kann es nicht erneut „öffentlich“ zugänglich gemacht werden. Eine neue Öffentlichkeit wird dagegen nach einer neuen Entscheidung des EuGHs erreicht, wenn ein Foto, das auf einer Webseite veröffentlicht wurde, ungefragt auf einer anderen Webseite veröffentlicht wird. Hier sei die Situation anders als Hyperlinks, weil weitere Online-Quellen geschaffen werden, über die der Rechteinhaber keine Kontrolle hat.

Abgesehen von den genannten Aspekten lässt die Rechtsprechung bislang noch eine Vielzahl von Detailfragen offen. Auch müssen die genannten Faktoren generell im Einzelfall beurteilt und bewertet werden. Zudem hat die, erst in den letzten Jahren entstandene, EuGH-Rechtsprechung im Detail noch zum Teil unbekannte Auswirkungen auf die über viele Jahre entstandene Rechtsprechung der deutschen Gerichte. Die Rechtslage ist hier – wie bei so vielen Sachverhalten, die Nutzungen im Online-Bereich betreffen – noch im Fluss.

Allerdings sollte klar sein: Ohne Weiteres als öffentlich einzustufen sind Online-Umgebungen, auf die eine große, im Grundsatz unbegrenzte Zahl von Personen Zugriff hat. Das gilt in jedem Fall für Open-Access-Repositoryen oder Lern-Management-Systeme von Universitäten. Nicht öffentlich können dagegen einzelne, nur für kleine Teilnehmergruppen zugängliche Lernräume innerhalb dieser Systeme sein.

## 10. Schutzfrist

Eine wichtige Beschränkung des Urheberrechts liegt in der zeitlichen Befristung. Das Urheberrecht erlischt sieben Jahre nach dem Tod des Urhebers (§ 64 UrhG). Auch diese Regel gilt zumindest im Grundsatz EU-weit, da sie auf einer EU-Richtlinie basiert. Die Schutzdauer muss für jedes Werk, das Urheberrechtsschutz genießt, gesondert beurteilt werden. Enthält beispielsweise ein Sammelband mehrere Beiträge verschiedener Autoren, ist die Schutzdauer für jeden Beitrag zu berechnen. Wurde ein Werk bearbeitet, beispielsweise ein Text übersetzt und ist an der bearbeiteten Fassung ein (Bearbeiter-)Urheberrecht entstanden, muss die Schutzdauer für die ursprüngliche und die bearbeitete Version gesondert beurteilt werden.

Die Dauer von Leistungsschutzrechten wird nach anderen Kriterien berechnet als die des Urheberrechts. Sie sind nicht an die Lebenszeit von Personen gebunden, sondern an das Entstehungs- oder Veröffentlichungsdatum der jeweils geschützten Leistung. So erlischt das Lichtbildrecht an einfachen Fotos entweder fünfzig Jahre nach dessen „Erscheinen“ (vereinfacht ausgedrückt: Veröffentlichung) oder – wenn

es nicht „erschienen“ ist – nach der Herstellung des Bildes (§ 72 Abs. 3 UrhG). Die Rechte an Datenbanken erlöschen 15 Jahre nach deren Veröffentlichung oder – wenn keine Veröffentlichung erfolgt ist – nach Herstellung (§ 87d UrhG).

## 11. Nutzung von Online-Inhalten: Links und Embeds

Verweise auf Online-Inhalte in Form von Hyper- oder Deeplinks sind – in aller Regel – urheberrechtlich unproblematisch. Verlinken ist schon keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung, daher bedarfes hierfür auch keiner Lizenz oder Schrankenbestimmung. Eine Einschränkung der Linkfreiheit gilt für Inhalte, die ohne Zustimmung des Rechteinhabers, also rechtswidrig, ins Internet gestellt wurden. Weiß der Linksetzende, dass der Inhalt, auf den er verlinkt, illegal ins Netz gelangt ist, haftet er hierfür urheberrechtlich. Dies wird in aller Regel jedoch allenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Verlinkung zu kommerziellen Zwecken erfolgt (so der EuGH).

Gleiches gilt, ebenfalls nach der Rechtsprechung des EuGHs, grundsätzlich für Embeds. Einen Inhalt (wie vor allem ein Video) auf einer anderen Webseite einzubetten, ist hiernach im Regelfall keine urheberrechtlich relevante Handlung. Auch dies kann anders sein, wenn rechtswidrig online gestellte Inhalte eingebettet werden. Die Rechtsprechung ist diesbezüglich derzeit noch immer im Fluss und teilweise auch nicht eindeutig.



## II Recht an Forschungsdaten und Datenbanken

Eine häufig auftretende Frage ist, ob Forschungsdaten als solche urheberrechtlich (oder durch andere Rechte) geschützt sind. Sind sie geschützt, müssen hierfür Nutzungsrechte eingeholt werden, wenn ein Dritter sie verwenden will. Die „Urheber“ der Daten müssten genannt werden und sie hätten (neben vielen anderen Rechten) Ansprüche auf eine angemessene Vergütung gegenüber Nachnutzern. Auch der Einsatz von Open-Content- oder Open-Data-Lizenzen für Forschungsdaten (und gleichermaßen jede Art von Fakten und Informationen) ergibt nur Sinn, wenn diese einem Schutzrecht unterliegen. Denn solche Lizenzen dienen dazu, Rechte zur Nutzung von geschützten Inhalten einzuräumen. Für gemeinfreie Inhalte sind solche Lizenzen dagegen nicht erforderlich, weil sie ohnehin ohne jede Einschränkung und Verpflichtung genutzt werden dürfen (das genau ist die Definition von Gemeinfreiheit). Gemeinfreie Daten unter Open-Content-Lizenzen zu stellen (die immer auch Nutzungsrestriktionen und/oder

Rechtspflichten auferlegen), würde dem Nutzer mehr Rechte aufbürden als einräumen (siehe hierzu näher Abschnitt Teil 1, III). Dies wird daher auch als Copyfraud bezeichnet.

## 1. Recht an Datenbanken

In Bezug auf ihre rechtliche Schutzfähigkeit ist zwischen Daten und Datenbanken grundsätzlich zu unterscheiden. Während Daten als solche nicht schutzfähig sind (zu Einzelheiten siehe im nächsten Abschnitt), sehen das EU- und deutsche Urheberrecht einen Schutz von Datenbanken vor. Schutzvoraussetzung ist, dass deren Erzeugung eine wesentliche Investition erfordert hat (§ 87a UrhG). Eine Datenbank, die dieses Kriterium erfüllt, ist davor geschützt, dass „wesentliche Teile“ der hierin enthaltenen Daten von Dritten entnommen (zum Beispiel kopiert) werden, ohne dass hierfür eine Erlaubnis erteilt wurde. Das Recht steht dem Hersteller der Datenbank zu, also demjenigen (zumeist einem Unternehmen oder einer Institution), der die Investitionen getätigt hat.

Das Datenbankherstellerrecht schützt nicht etwa die Daten selbst, sondern deren Zusammenstellung, Verknüpfung und so weiter in einer Datenbank. Einzelne Daten aus einer Datenbank können – soweit sie nicht zusammengenommen einen „wesentlichen Teil der Datenbank“ ausmachen oder selbst geschützt sind – weiterhin frei verwendet werden.

## 2. Recht an Daten und Fakten

Daten an sich sind frei von jeglichen Rechten (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, I. 3). Es gibt kein Eigentum an Daten, weder an Forschungsdaten, personenbezogenen Daten, bibliografischen Angaben, Wetter- oder Geodaten. Daten, zum Beispiel die Reaktionen von Probanden auf einen Medikamentenversuch, sind keine Werke. Geschützt sein kann – von vertraglichen oder anderweitigen Beschränkungen abseits des Urheberrechts abgesehen (siehe im nächsten Abschnitt) – daher

allenfalls ein Text oder eine andere Darstellung, in der die Forschungsergebnisse unter Verwendung der Daten beschrieben oder beispielsweise visualisiert werden.

Diese Tatsache gilt universell für jede Art Daten, unabhängig vom Kostenaufwand, den die Datenerzeugung unter Umständen erfordert hat oder davon, wer sie für welche Zwecke nutzen will. Versteht man unter „Daten“ allerdings Inhalte, wie zum Beispiel Datensätze, die Bilder oder Beschreibungen in Prosa enthalten und damit über reine Informationen hinausgehen, können wiederum Schutzrechte bestehen (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, II. 4).

Die Freiheit von Fakten und Informationen ist ein ganz wesentlicher Grundsatz des Urheberrechts. Wären solche urheberrechtlich geschützt, würden sie einem rechtlichen Monopol und den weitreichenden Restriktionen des Urheberrechts unterliegen. Ihre Nachnutzung würde von der Zustimmung und den Konditionen des Rechteinhabers abhängen (ein isoliertes Recht, den „Entdecker“ eines Faktums oder einer Erkenntnis namentlich zu nennen, kennt das Urheberrecht nicht). Hierdurch würde die Freiheit von Wissenschaft und Forschung, die Bildung, kulturelle Entwicklung und vieles mehr, erheblich eingeschränkt und behindert.

### **3. Vertragliche und andere Beschränkungen der Datennutzung**

Trotz ihrer allgemeinen urheberrechtlichen Schutzlosigkeit kann die Nutzung von Daten anderen Restriktionen unterliegen. Das gilt einerseits für personenbezogene Daten, für die das Datenschutzrecht gilt. Andererseits können Daten zum Beispiel Geschäftsgeheimnisse enthalten, für deren Verwendung ebenfalls rechtliche Beschränkungen gelten können.

Vor allem werden Datenbestände häufig auch unter vertraglichen Bedingungen verfügbar gemacht (was häufig fälschlich als „Lizenzierung“ bezeichnet wird). Dies ist nicht nur bei Adress-, sondern auch bei Forschungsdaten und anderen Informationen durchaus üblich. Vertragliche Restriktionen sind zu unterscheiden von Schutzrechten.

Sie sind zwar rechtlich verbindlich, aber nur gegenüber demjenigen, der den Vertrag abgeschlossen hat. Schutzrechte wie das Urheberrecht gelten dagegen universell, also gegenüber jedermann. Es heißt, Verträge wirken nur *inter partes*, wohingegen Schutzrechte wie das Urheber- oder Eigentumsrecht *inter omnes* wirken.

Ein Beispiel: Werden die Forschungsdaten aus einer empirischen Untersuchung auf vertraglicher Basis gegen Entgelt einem Unternehmen überlassen, muss es den Vertrag einhalten. Es darf – wenn das vertraglich so vorgesehen ist – diese zum Beispiel nicht weitergeben oder zu bestimmten Zwecken nicht nutzen. Diese Nutzungsbeschränkungen würden für Dritte (jeden, der nicht zu diesem Unternehmen gehört) jedoch nicht gelten. Kommt ein Dritter an die Daten, kann er sie ohne vertragliche Einschränkungen frei verwenden. Einschränkungen für nicht durch Vertrag gebundene Nutzer könnten sich nur aus Schutzrechten ergeben. Wenn aber an den Daten kein Urheber- oder anderes Ausschließlichkeitsrecht besteht, sind sie gemeinfrei und können ohne Weiteres verwendet werden.

Für auf vertraglicher Basis überlassene Daten gilt: Verträge sind grundsätzlich einzuhalten. Dieses Grundprinzip hat zwar Grenzen. Auch Verträge, vor allem, wenn sie per allgemeinen Geschäftsbedingungen wie Standard-Nutzungsbedingungen geschlossen werden, können zumindest in Teilen unwirksam sein. Gerade im geschäftlichen Verkehr ist das aber eine Ausnahme. Ob vertragliche Regelungen unwirksam sind, kann nur im Einzelfall beurteilt werden.

#### 4. Rechte an „angereicherten“ Datensätzen und Informationen

Etwas anderes kann für „angereicherte“ Datensätze und Informationen gelten, die mitunter verkürzt auch als „Daten“ bezeichnet werden. Enthalten Datensätze Inhalte, wie Bilder, Diagramme, Texte (wie Kurzbeschreibungen des Digitalisats oder Zusammenfassungen eines Romans), können diese durchaus urheberrechtlich geschützt sein. Hierfür gelten die allgemeinen urheberrechtlichen Voraussetzungen, wie sie in Abschnitt Teil 1, I. 2 beschrieben wurden.

## 5. Weitere Informationen

Ausführliche Information zu den Fragen um den Schutz von Daten, rechtlichen Implikationen von Open-Data-Strategien und hiermit zusammenhängenden Fragestellungen bietet Kreuzer, Till (2014): Open Data – Freigabe von Daten aus Bibliothekskatalogen.



# III OER, Open Source, Open Content, Open Data und Open Access

## 1. Allgemeines

Open Educational Resources (OER), Freie und Open Source Software (FOSS) und Open Content behandeln urheberrechtlich geschützte Werke, die von den Rechteinhabern durch eine „freie“ oder „öffentliche“ Lizenz zur Nutzung bereitgestellt werden.

Diese Lizenzen zeichnen sich dadurch aus, dass sie die Werknutzung sehr weitgehend gestatten und dem Nutzer nur wenige Pflichten und Restriktionen auferlegen. Hiermit sollen Nutzungsbeschränkungen, die sich aus Schutzrechten wie dem Urheberrecht oder Leistungsschutzrechten zwangsläufig ergeben (ja gerade intendiert sind), verringert werden. Die Nutzbarkeit, Publizität und Verbreitung von geschütztem Material soll so erhöht und vereinfacht werden.

Unterschiedliche Begriffe bezeichnen im „Open-Umfeld“ unterschiedliche Bereiche und Inhaltsformen: Bei Open Access geht es um

wissenschaftliche, bei Open Content vorwiegend um kulturelle Inhalte im Allgemeinen. OER betrifft Lehr- und Lernmaterialien und FOSS Software. Open Data bezieht sich, offensichtlich, auf Daten. Die verschiedenen Begriffe sind nicht immer trennscharf abzugrenzen, sondern weisen Schnittmengen auf. Eine freie Lernressource beispielsweise ist gleichermaßen OER und Open Content, bei Letzterem handelt es sich um einen Oberbegriff.

## 2. Lizenztypen

Zur „Öffnung“ von geschützten Inhalten bedarf es des Einsatzes von Standard-Lizenzen, die in großer Zahl und in unterschiedlichsten Varianten zum freien Einsatz (zumeist im Internet) zur Verfügung stehen. Die Lizenzen sind selbst ausnahmslos als Open Content zur Nutzung freigegeben, können also von jedem verwendet werden, der sie einsetzen möchte. Grob unterscheiden kann man die folgenden Lizenztypen:

- Open-Source-Lizenzen zur Lizenzierung von Computerprogrammen in jeglicher Form;
- Open-Content-Lizenzen zur Lizenzierung von Inhalten jeglicher Art (wie zum Beispiel Fotos, Texte, Grafiken, Videos);
- Open-Data-Lizenzen zur Lizenzierung von Datenbanken;
- Public-Domain-Erklärungen.

Am wohl bekanntesten sind für Open Content die Lizenzen von Creative Commons und für Open-Source-Software die der Free Software Foundation (insbesondere die General Public License, GPL). Auf dem Gebiet von Open-Data sind die Lizenzen der Open Knowledge Foundation (vor allem die Open-Database-License, ODbL) verbreitet.

Bei der Auswahl einer Lizenz sollte darauf geachtet werden, dass sie sich für den jeweiligen Inhalt und den Einsatzzweck eignet. Grundsätzlich sollten nur Lizenzen verwendet werden, die für den jeweiligen Lizenzgegenstand konzipiert wurden. So macht es zum Beispiel wenig Sinn, Open-Source-Lizenzen für Texte zu verwenden. Sie enthalten meist speziell auf Software zugeschnittene Regeln, die für die Nutzung

von anderen Inhalten nicht passen und damit nur verwirrend wirken und Rechtsunsicherheit erzeugen. Ähnliches gilt für die Verwendung von „normalen“ Open-Content-Lizenzen für Datenbanken.

Abgesehen von ihrer grundsätzlichen Ausrichtung unterscheiden sich die Lizenzen auch innerhalb einer Kategorie zum Teil erheblich. Gerade bei Open-Source-Lizenzen existiert eine unüberschaubare Fülle unterschiedlichster Lizenztexte. Die Unterschiede sind mitunter marginal, in wesentlichen Aspekten jedoch oft von großer Bedeutung. Die Auswahl der – für den eigenen Zweck – geeigneten Lizenz sollte daher gründlich durchdacht sein.

### **3. Voraussetzungen für eine offene Lizenzierung**

Offene Lizenzen werden für Werke eingesetzt, die einem Urheber oder verwandten Schutzrecht unterliegen. Sie dienen dazu, Nutzungsrechte an dem jeweiligen Schutzgegenstand (Bild, Text, Software und so weiter) zu vergeben. Hierzu ist nur der Rechteinhaber befugt. Das kann der Urheber oder ein Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte sein (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, I. 4 und 5).

Um zu klären, wer beispielsweise einen wissenschaftlichen Beitrag oder eine Studienarbeit in ein Open-Science-/Open-Access-Repository einstellen und unter einer Open-Content-Lizenz „freigeben“ darf, muss man klären, wem die Rechte hieran zustehen. Diese Frage ist nach den allgemeinen Regeln zu beantworten, wie sie oben dargestellt wurden. So sind beispielsweise Hochschullehrer in aller Regel alleinige Berechtigte an den von ihnen geschaffenen Inhalten. Nur sie können also zunächst entscheiden, ob, wie, von wem und auf welche Weise ihre Inhalte zugänglich gemacht werden. Haben sie einen exklusiven Verlagsvertrag über den jeweiligen Inhalt geschlossen, ist diese Befugnis (unter Umständen, je nachdem wie der Vertrag ausgestaltet ist) auf den Verlag übergegangen. Auch an Studienarbeiten haben in aller Regel nur die Autoren Rechte. Will zum Beispiel eine Universitätsbibliothek solche Arbeiten in ein „öffentlich“ zugängliches (siehe oben) Repository einstellen, bedarf es hierfür der Zustimmung der Studierenden.

Vorsicht ist bei Zweitveröffentlichungen geboten. Ist ein Werk in einem Verlag erstveröffentlicht worden, wurden diesem Rechte übertragen. Häufig wird es sich um exklusive („ausschließliche“) Nutzungsrechte handeln. Ist das der Fall – was jeweils zu prüfen ist – ist eine Zweitveröffentlichung unter einer offenen Lizenz ohne Zustimmung des Verlags nicht zulässig. Es sei denn, der Verlag hat dies wiederum durch seine vertraglichen Regularien gestattet, etwa durch eine Rücklizenz. Dies wird aber in aller Regel nicht der Fall sein.

#### 4. Funktionsweise von offenen Lizenzen

Um ein Werk unter eine offene Lizenz zu stellen, versieht es der Rechteinhaber (Lizenzgeber) mit einem Lizenzhinweis und macht es anderen (zumeist über das Netz) zugänglich. Wie der Lizenzhinweis aussieht und wo er angebracht wird, hängt von der verwendeten Lizenz und dem Veröffentlichungskontext ab. Bei Software findet er sich in der Regel im Header des Sourcecodes, bei Content ist es üblich, einen kurzen Texthinweis nebst einer kleinen Grafik, ergänzt durch einen Hyperlink auf den Lizenztext anzubringen (Näheres hierzu zum Beispiel: [iRights.info](http://iRights.info): „Kleine Helfer, große Hilfe: Lizenzhinweise für OER erstellen und nutzen“).

Der Effekt der offenen Lizenzierung besteht darin, dass der Lizenzgeber jedermann gestattet, sein Werk unter den in der Lizenz genannten Bedingungen zu nutzen. Nimmt jemand dieses Angebot in Anspruch, beispielsweise indem er ein lizenziertes Foto in seine Publikation übernimmt, kommt automatisch ein Vertrag zustande. Es bedarf dafür keines Kontaktes zwischen Lizenzgeber und Nutzer (dem Lizenznehmer), es muss darüber hinaus keine Erlaubnis eingeholt, keine E-Mail geschrieben und kein Papier unterzeichnet werden. Der zustande gekommene Lizenzvertrag ist rechtlich verbindlich, Verstöße gegen seine Regeln, zum Beispiel gegen die Lizenzpflichten, können vom Lizenzgeber sowohl vertrags- als auch urheberrechtlich geahndet werden. Im Übrigen können die Lizenzen grundsätzlich nicht gekündigt werden.

## 5. Nutzungsmöglichkeiten nach offenen Lizenzen

Trotz der großen Unterschiede zwischen den verschiedenen (Arten von) offenen Lizenzen haben diese eines gemeinsam: Sie eröffnen sehr weitgehende Nutzungsmöglichkeiten, die erheblich über die gesetzlich gewährten Nutzungsfreiheiten (Schrankenbestimmungen) hinausgehen. Alle freien Lizenzen gestatten es, das jeweilige Werk beliebig oft und auf beliebige Art und Weise zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Es kann daher, ohne gesonderte Zustimmung frei kopiert, in körperlicher Form verteilt, vor- und aufgeführt, gesendet oder ins Netz gestellt und dort geteilt werden.

Diese zunächst umfassend erteilten Nutzungsrechte werden bei manchen Lizenzen wiederum eingeschränkt oder Gegenleistungspflichten unterworfen. Einschränkungen betreffen bei Open-Content-Lizenzen vor allem die kommerzielle Nutzung und Bearbeitungen. Creative Commons sieht sowohl Lizenzen vor, die nur nicht-kommerzielle Nutzungen gestatten als auch solche, die nur die unveränderte Nachnutzung von Inhalten erlauben. Bei Open-Source-Lizenzen gibt es solche Beschränkungen dagegen nicht. Anders als bei Open Content gibt es für FOSS weithin akzeptierte Definitionen. Diese geben vor, dass eine FOSS-Lizenz sowohl die kommerzielle Nutzung als auch Bearbeitungen der Software gestatten muss. Lizenzen, die diesen Grundprinzipien nicht entsprechen, werden nicht als FOSS-Lizenzen anerkannt.

Wenn offene Lizenzen Einschränkungen enthalten, bedeutet das, dass der Rechteinhaber sich die jeweils ausgeschlossene Nutzungsform vorbehält. Wird beispielsweise eine Grafikdatei unter einer CC-non-commercial-Lizenz veröffentlicht, müssen Rechte zur kommerziellen Nutzung individuell geklärt werden. Die Lizenz erlaubt diese Art Nutzung nicht, entsprechend müssen sich Interessenten direkt an den Rechteinhaber wenden und die Erlaubnis gegebenenfalls einholen. Aufgrund dieses Prinzips – es werden nicht alle Rechte lizenziert, sondern nur manche – hat sich Creative Commons das Motto gegeben „some rights reserved“.

## 6. Lizenzpflichten

Wie andere Verträge enthalten alle offenen Lizenzen vertragliche Pflichten, die der Nutzer zu erfüllen hat. Es gibt – angesichts der großen Bandbreite unterschiedlicher Lizenztypen offensichtlich – eine Unmenge unterschiedlicher Lizenzpflichten. Bei den CC-Lizenzen gibt es beispielsweise die folgenden Lizenzpflichten:

- Namensnennung: Der Autor und/oder Rechteinhaber muss bei jeder Nutzung genannt werden.
- Hinweis auf die Lizenz: Bei jeder Weitergabe des Werkes (sharing, Einstellen auf andere Webseiten und so weiter) muss ein Hinweis auf die geltende Lizenz gesetzt beziehungsweise die vom Rechteinhaber gesetzten Hinweise dürfen nicht entfernt werden.
- Share alike (wird in Open-Source-Lizenzen als Copyleft bezeichnet): Wenn das Werk verändert, zum Beispiel übersetzt, fortgeschrieben, weiterentwickelt, wird, dürfen die veränderten Versionen nur unter der Ursprungslizenz geteilt und weiterverbreitet werden. Dieser Mechanismus soll gewährleisten, dass „freie“ Inhalte auch dann frei und für andere nutzbar bleiben, wenn sie verändert wurden. In der Regel muss in diesem Zuge angegeben werden, dass das Werk geändert wurde, mitunter auch wie und wann.
- Änderungsdocumentation: Wenn die Lizenz erlaubt, das Werk zu verändern und die veränderte Version wieder zu veröffentlichen, muss auf die Veränderung hingewiesen werden.

## 7. Open versus kostenlos

Ein Grundprinzip von offenen Lizenzen liegt darin, dass für die hierdurch eingeräumten Rechte keine Lizenzgebühren verlangt werden. Das führt zu dem weit verbreiteten Irrglauben, dass mit freien Inhalten kein Geld verdient oder für diese kein Geld verlangt werden darf.

Richtig ist, dass auch „freie“ Inhalte entgeltlich angeboten werden dürfen. Es darf nur kein Entgelt *für die Nutzung* des Werkes verlangt werden. Was nach einer juristischen Spitzfindigkeit klingt, hat eine erhebliche praktische Bedeutung. Mit freien Inhalten darf durchaus

verdient werden und dies ist auch in erheblichem Maß der Fall. Beispielsweise ist FOSS heutzutage ein riesiger Markt. Die Einnahmen werden – anders als in der traditionellen Software-Industrie – nicht damit verdient, Lizenzen an Computerprogrammen zu verkaufen also gegen Zahlung eines Entgelts die Nutzung der Programme zu gestatten. Stattdessen verdienen die Unternehmen hier mit Support, Customizing oder Schulungen ihr Geld. Aber auch mit dem Verkauf von Datenträgern, wie CD-ROMs, die Linux enthalten, oder von Handbüchern werden erhebliche Umsätze gemacht. Mit Nutzungs- oder Lizenzgebühren haben diese Geschäftsmodelle also nichts zu tun, Geld wird trotz des Grundsatzes der Lizenzgebührenfreiheit verdient.

Ein anderes Beispiel: Ein Buch kann ohne Weiteres verkauft werden, auch wenn dessen Inhalte vollständig unter einer CC-Lizenz stehen. Der Kaufpreis wird hier nicht für den Erwerb von Nutzungsrechten gezahlt. Diese ergeben sich aus der CC-Lizenz und werden kostenlos eingeräumt. Vielmehr zahlt der Käufer für das Buch als Sache, also das Papier und das Eigentum daran. Ein Verstoß gegen das Prinzip der Lizenzgebührenfreiheit liegt also nicht vor. Aus den gleichen Gründen können beispielsweise OER-Repositoryen kostenpflichtig angeboten werden, ohne dem Prinzip von OER zu widersprechen. Zugriffsgebühren für einen Online-Dienst sind keine Lizenzgebühren, sie werden für die Nutzung des Dienstes gezahlt und nicht für die Nutzungsrechte an den Inhalten, die dort verfügbar sind. OER-Repositoryen können daher kostenpflichtig angeboten werden, ohne dass dies den Prinzipien von OER oder gar den hierbei eingesetzten offenen Lizenzen widersprechen würde. Ob solche Maßnahmen sinnvoll oder ratsam sind, ist eine strategische Frage, die hier nicht weiter behandelt werden kann.

## **8. Vorteile von Open Content, Open Access et cetera für Nutzer**

Dass Open Content für Nutzer erhebliche Vorteile hat, sollte auf der Hand liegen. Die Inhalte sind zumeist frei online verfügbar und sie können genutzt werden, ohne mühselig, zeit- und kostenintensiv

Rechte zu klären. Die Lizenzen sind – im Großen und Ganzen – gut verständlich, was die Nutzung von Open Content sehr viel einfacher macht als die Nutzung von geschütztem Material, das unter der herkömmlichen „All Rights Reserved“-Doktrin verbreitet wird.

Bedenke: Wenn geschütztes Material ohne Lizenz verfügbar gemacht wird, bedeutet das, dass keine Nutzungsrechte eingeräumt werden. Wenn keine Nutzungsrechte eingeräumt werden, darf das Material nur nach den engen urheberrechtlichen Nutzungsfreiheiten verwendet werden. Das gilt auch – entgegen weit verbreiteter Halbwahrheiten – auch und vor allem für vermeintlich „frei“ im Netz verfügbare Inhalte. Solche dürfen natürlich gelesen und darüber hinaus im Rahmen der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen zitiert oder im Unterricht oder ähnlich verwendet werden (siehe Abschnitt Teil 1, I. 8. a)). Darüberhinausgehende Nutzungshandlungen sind jedoch illegal. Die Grenzen der Legalität bei der Nutzung von geschütztem Material auszuloten, die nicht unter offenen Lizenzen stehen, ist – wie man an diesem Rechtskompendium sieht – häufig sehr schwierig. Die Rechtsunsicherheit führt in der Praxis oft dazu, dass Material lieber gar nicht erst genutzt wird.

## 9. Vorteile von Open Content, Open Access et cetera für Rechteinhaber

Auch aus Sicht der Rechteinhaber hat der Einsatz von Open-Content- und Open-Source-Lizenzen oft erhebliche Vorteile. Das gilt vor allem für solches Material, das nicht vorrangig zu kommerziellen Zwecken geschaffen und produziert wird. Dies trifft ganz vorrangig auf Inhalte zu, deren Erstellung mit Mitteln der öffentlichen Hand finanziert wird beziehungsweise die von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen publiziert werden. Solche dienen generell vor allem der Wissensvermittlung und weniger der Kommerzialisierung.

Die Wissenschaftslandschaft hat das Potenzial von Open Access für wissenschaftliche Inhalte beispielsweise schon vor Jahren erkannt. Bereits im September 2003 verabschiedeten alle großen deutschen Wissenschaftsinstitutionen die „Berliner Erklärung über den offenen

Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“. Hierin sprechen sich die Unterzeichner für die Förderung des Prinzips des Open Access (offener Zugang) in der Wissenschaft aus. Es wird dafür plädiert, Wissen verstärkt frei (über das Internet) zugänglich zu machen, Forschungsergebnisse und wissenschaftliche Erkenntnisse also zur freien Benutzung und Weiterverbreitung durch die Öffentlichkeit bereitzustellen. Der Mehrwert sollte offensichtlich sein: Als Open Content verbreitete wissenschaftliche Inhalte haben eine größere Reichweite. Sie können einfacher und weitaus umfangreicher nachgenutzt, weiterverwendet, weiterentwickelt und geteilt werden, als wenn sie in herkömmlichen Zeitschriften oder kommerziellen Verlags-Datenbanken erschienen wären. Hiervon profitiert neben der Wissenschaft auch die Bevölkerung, denen kommerziell „unfrei“ publizierte Inhalte oft gar nicht zugänglich wären. Insofern entsprechen die hinter der Open-Access-Bewegung stehenden Grundideen vollständig der Ratio von Open-Science-Programmen.

## 10. Public-Domain-Erklärungen

FOSS- und Open-Content-Lizenzen sollten nicht mit Public-Domain-Deklarationen verwechselt werden. Letztere dienen dazu, gemeinfreie Inhalte zu kennzeichnen oder geschützte Inhalte für gemeinfrei zu erklären. Gemeinfreiheit bedeutet, dass keine Rechte bestehen und dass der jeweilige Inhalt frei von jeglichen Auflagen oder Restriktionen genutzt werden kann. Auf Open Content oder Open-Source-Software trifft das nicht zu, weil hieran Rechte bestehen und Pflichten einzuhalten sind.

Creative Commons bietet neben den oben genannten Open-Content-Lizenzen auch Public-Domain-Erklärungen an. Diese eignen sich einerseits zur Kennzeichnung rechtfreier Inhalte, wie beispielsweise Rohdaten oder Digitalisate von gemeinfreien Vorlagen. Andererseits können sie für Konstellationen eingesetzt werden, in denen der Rechteinhaber durch Deklaration möglichst jegliche Nutzungseinschränkung aus der Welt schaffen will. Hierfür erklärt er sein an

sich geschütztes Werk als gemeinfrei beziehungsweise ohne jegliche Beschränkung oder Auflage frei nachnutzbar.

Für letzteren Einsatzzweck eignet sich vor allem CC Zero (CC0). Hierbei handelt es sich um eine „echte“ Public-Domain-Erklärung. Sie dient dazu, an sich geschützte Inhalte oder solche, bei denen der Schutzrechtsstatus unklar ist, für gemeinfrei zu erklären. CC0 entspricht in ihrem Regelungsgehalt und der Intention den *public domain declarations* wie sie aus dem Softwarebereich bekannt sind.

Die Creative Commons „Public Domain Mark“ ist dagegen keine rechtliche Erklärung, sondern ein Hinweis auf den schutzrechtsfreien Status des jeweiligen Inhalts.

# IV Persönlichkeitsrechte und Datenschutz

## 1. Einführung

Bei Open-Science-Programmen, die eine Vielzahl unterschiedlicher Inhalte mittels verschiedener Medien wie zum Beispiel Text, Fotografie oder Video online verfügbar machen, können die Persönlichkeitsrechte auf vielfältige Weise relevant werden. Persönlichkeitsrechte wurden vom Bundesverfassungsgericht aus den Grundrechten der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) abgeleitet. Sie sind in mehreren Gesetzen geregelt, die wiederum unterschiedliche Fälle und Konstellationen betreffen. Persönlichkeitsrechte sind also bei Weitem nicht nur relevant, wenn auf einem ins Internet gestellten Foto eine Person abgebildet ist. Auch ein Interview, sowohl mit einer prominenten als auch mit einer völlig unbekanntem Person – vielleicht im Rahmen einer soziologischen Erhebung – kann Persönlichkeitsrechte verletzen und vieles mehr.

Grundsätzlich ist zwischen dem allgemeinen und speziellen Persönlichkeitsrechten zu unterscheiden. Spezielle Regelungen gehen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht generell vor. Letzterem kommt nur eine Auffangfunktion zu.

## 2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt das Recht jeder Person, dass ihre Persönlichkeit von anderen geachtet wird, sodass sie in der Lage bleibt, diese frei zu entfalten. Jeder Mensch hat ein Recht darauf, über die eigene Darstellung in der Öffentlichkeit zu bestimmen und gegen Verfremdungen geschützt zu sein. Man kann sich dagegen wehren, dass die eigene Ehre durch herabwürdigende, beleidigende oder verleumderische Darstellungen verletzt wird. Darüber hinaus umschreibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht ganz generell ein Recht auf Privatheit. Das bedeutet, dass sich jede Person grundsätzlich nicht in der Öffentlichkeit „darstellen“ lassen muss.

Natürlich können diese Grundsätze nicht universell gelten. Vielmehr begegnen sie einer Vielzahl von Ausnahmen und anderen Grenzen, etwa in dem Fall, in dem das Individualinteresse einer Person mit dem der Öffentlichkeit kollidiert. Der Persönlichkeitsrechtsschutz von „Personen der Zeitgeschichte“ wie vor allem Politikern ist aus diesem Grund beispielsweise eingeschränkt, weil die Öffentlichkeit ein verfassungsrechtlich verbrieftes Informationsinteresse an ihrem Verhalten hat.

## 3. Besondere Persönlichkeitsrechte

Neben das allgemeine Persönlichkeitsrecht tritt eine Reihe besonderer Persönlichkeitsrechte, die das Recht für spezielle Fallkonstellationen genauer ausgestalten, teilweise auch durch gesetzliche Regelungen wie das Datenschutzrecht oder spezielle Vorschriften in den Pressegesetzen der Länder. Wie bereits erwähnt, ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sogenanntes Auffangrecht nur dann einschlägig, wenn keines der besonderen Persönlichkeitsrechte greift.

Eine praktisch sehr bedeutsame Ausprägung des Persönlichkeitsrechts ist das Recht am eigenen Bild, das unten in einem eigenen Abschnitt erläutert wird. Weitere besondere Persönlichkeitsrechte, die auch im Kontext von Open-Science-Programmen erwähnenswert sind, sind die bereits genannten Rechte auf Privatheit und auf Schutz der eigenen Ehre, das Recht am gesprochenen und geschriebenen Wort sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Aus Letzterem leitet sich das moderne Datenschutzrecht ab, dem sich der folgende Abschnitt widmet.

## 4. Datenschutzrecht

### a) Allgemeines

Das Datenschutzrecht ist in den Datenschutzgesetzen der Länder, im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie in der Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union (kurz: DSGVO) niedergelegt. Letztere ist seit dem 25. Mai 2018 als unmittelbar geltendes Recht in Deutschland anzuwenden. Anders als Richtlinien der EU finden Verordnungen und somit auch die DSGVO unmittelbar Anwendung in den Mitgliedsstaaten. Die DSGVO steht im Gesetzesrang über den nationalen Gesetzen. An einigen Stellen wendet sich die DSGVO jedoch auch unmittelbar an die nationalen Gesetzgeber und fordert sie in sogenannten Öffnungsklauseln auf, Einzelheiten in den nationalen Gesetzen selbst auszugestalten. Daher sind das nationale Bundesdatenschutzgesetz und auch die Datenschutzgesetze der Bundesländer in Bezug auf die DSGVO geändert und angepasst worden und gelten neben ihr fort. Soweit durch die nationalen Regelungen – sei es auf Bundes- oder auf Länderebene – Regelungen stehen, durch welche von den Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht wurde, sind diese heranzuziehen.

Ein weiteres Normengefüge ist das Verhältnis zwischen dem Bundesdatenschutzrecht und dem Datenschutzrecht der Länder in Deutschland. Für öffentlich-rechtliche Stellen finden ausschließlich die Datenschutzgesetze der Länder Anwendung, wenn sie in Erfüllung

ihrer öffentlichen Aufgaben tätig werden; für Bundesbehörden findet das BDSG Anwendung.

Wenn und soweit Open-Science-Programme durch öffentliche Stellen wie staatliche beziehungsweise kommunale Bibliotheken oder Körperschaften des öffentlichen Rechts wie staatliche Universitäten durchgeführt werden, ist das Bundesdatenschutzgesetz auf datenschutzrechtliche Fragen also nicht anwendbar. Maßgeblich sind allein das jeweilige Landesdatenschutzgesetz und die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).

Das Datenschutzrecht ist eine Ausprägung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, das in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht in dem berühmten „Volkszählungsurteil“ von 1983 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrechts abgeleitet und später auch kodifiziert wurde. Es umfasst eine Reihe von Grundprinzipien und Pflichten, die im Folgenden dargestellt werden.

- (1) Sachlicher Anwendungsbereich: personenbezogene oder nicht-personenbezogene Daten?

Grundlegend für die Anwendung des Datenschutzrechts ist die Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten. Werden ausschließlich Daten gespeichert, ausgewertet oder verarbeitet, die keinerlei Personenbezug aufweisen – wie zum Beispiel Wetterdaten – ist dieser Vorgang aus datenschutzrechtlicher Sicht irrelevant. Allerdings ist der Begriff des Personenbezugs tückisch und in Grenzfällen schwer zu handhaben. Personenbezogene Daten sind, so die gesetzliche Definition der DSGVO,

alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen,

genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind.

Diese gesetzliche Umschreibung lässt sich am besten anhand von Beispielen veranschaulichen. So sind personenbezogene Daten zunächst einmal all jene, die auf einem Personalausweis oder einem offiziellen Dokument auftauchen würden, wie Name, Geburtsdatum und Alter, Geburtsort oder die Meldeadresse, aber natürlich auch E-Mail-Adressen und Telefonnummern. Auch bei offiziellen Kennnummern wie beispielsweise der Sozialversicherungsnummer, Steueridentifikationsnummer, Mitgliedsnummer bei der Krankenversicherung oder Matrikelnummer handelt es sich ohne Zweifel um personenbezogene Daten. Genauso dazu gehören körperliche Merkmale wie Haar- oder Augenfarbe, Größe, Gewicht und so weiter. Aus diesem Grund sind auch Fotos oder sonstige Formate, die Darstellungen von Personen enthalten, als personenbezogene Daten zu qualifizieren, jedenfalls solange die einzelnen Personen klar erkennbar sind. Was dies für die Veröffentlichung solcher Bilder im Rahmen von Open-Science-Projekten bedeutet, wird unten im Abschnitt zum „Sonderfall Personenabbildungen“ als weiterer spezieller Ausprägung des Persönlichkeitsrechts näher erläutert.

Neben unmittelbar identifizierenden Daten, werden auch „bestimmbare Daten“ als personenbezogene Daten gewertet. Hierbei handelt es sich um solche, bei denen eine weitere Information hinzutreten muss, damit die Person identifizierbar wird. Beispiele hierfür sind Kfz-Kennzeichen oder IP-Adressen von Internetanschlüssen. Solche werden von den Internet-Service-Providern an jeden vergeben, der einen Internetanschluss hat und über diesen online geht. Somit kann über eine Anfrage beim Provider herausgefunden werden, welchem Anschluss eine IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war. Diese mittelbare Identifizierungsfunktion genügt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sowie des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) für die Annahme, dass es sich bei IP-Adressen um personenbezogene Daten handelt, deren Speicherung und Verarbeitung dem Datenschutzrecht unterliegen. Wird der Anschluss durch eine andere Person als den Anschlussinhaber genutzt,

sagt die IP-Adresse über diese Person allerdings nichts aus, da sie nur Hinweise auf den Anschlussinhaber zulässt. Bei Nutzung eines öffentlichen Internetzugangs stellt die IP-Adresse dementsprechend, wenn die den Anschluss nutzende Person nicht durch zusätzliche Daten (zum Beispiel einen Login oder durch Videoaufzeichnung am Ort der Nutzung) identifizierbar wird, kein personenbezogenes Datum dar.

## (2) Anonymisierung und Pseudonymisierung von personenbezogenen Daten

Durch Anonymisierung können aus personenbezogenen Daten Daten ohne Personenbezug werden. Angesichts des Prinzips der Datenminimierung (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, IV. 4. a) (3) (f)) sehen die Datenschutzgesetze an einigen Stellen die Pflicht vor, eine Anonymisierung vorzunehmen, sofern der Personenbezug für den angestrebten Verwendungszweck nicht erforderlich ist. Hier findet dann Datenschutz durch Anonymisierung statt. Eine Anonymisierung liegt vor, wenn die Daten dergestalt verändert werden, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person zugeordnet werden können (Legaldefinition in § 11 Abs. 2 HmbDSG-Neu).

Von einer „Anonymisierung“ ist die „Pseudonymisierung“ zu unterscheiden. Auch wenn dies auf den ersten Blick nicht erkennbar sein mag, sind pseudonymisierte Daten weiterhin personenbezogene Daten. Denn im Unterschied zur Anonymisierung kann bei einer Pseudonymisierung der Bezug zur Person, deren Daten betroffen sind, wiederhergestellt werden. Ermöglicht werden kann dies zum Beispiel durch Verwendung eines Schlüssels, der von dem Datensatz getrennt hinterlegt ist. Bei einer Pseudonymisierung werden die Daten lediglich dergestalt verändert, dass sie nur mit Hilfe zusätzlicher Informationen einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können. Diese zusätzlichen Informationen müssen nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 5 DSGVO gesondert aufbewahrt werden und technischen und organisatorischen Maßnahmen unterliegen, die gewährleisten, dass die personenbezogenen Daten nicht einer

identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person zugewiesen werden. Ansonsten läge schon keine Pseudonymisierung vor.

### (3) Datenschutzrechtliche Grundlagen

Bei jeglicher Verarbeitung (also vor allem Erhebung, Speicherung und Auswertung) von personenbezogenen Daten sind die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Das Datenschutzrecht basiert auf den im Folgenden erläuterten Grundprinzipien.

Das wichtigste Prinzip des Datenschutzrechts ist, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten vom Gesetzgeber als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet wurde. Das heißt, sie ist per se zunächst einmal verboten und nur erlaubt, wenn einer der Erlaubnistatbestände eingreift, die das Gesetz benennt. Die grundlegenden Erlaubnistatbestände werden in Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO aufgezählt. Die wichtigsten Erlaubnistatbestände sind gesetzliche Ermächtigungen (zum Beispiel für die Wissenschaft) und individuelle Einwilligungen.

Für Behörden sieht Art. 6 Abs. 1 S. 2 DSGVO eine Einschränkung vor: Diese können sich auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f der Vorschrift nicht berufen, wenn sie in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben tätig werden. Dafür enthalten Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO sowie die Landesdatenschutzgesetze (so zum Beispiel für Hamburg § 4 HmbDSG) und das Bundesdatenschutzgesetz (§ 3 BDSG) gesonderte Erlaubnistatbestände, die nur für öffentliche Stellen gelten und ihnen die Datenverarbeitung zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben erlauben. Aus der Zusammenschau der Vorschriften folgt, dass eine Datenverarbeitung zulässig ist, wenn sie zur Durchführung einer Aufgabe notwendig ist, die im öffentlichen Interesse liegt. Eine solche Aufgabe kann die Durchführung eines Open-Science-Programms sein, das durch eine öffentliche Stelle wie eine staatliche Hochschule oder Bibliothek durchgeführt wird. Soweit in dessen Rahmen also personenbezogene Daten verarbeitet werden – zum Beispiel durch das Onlinestellen von Statistiken, die solche Daten enthalten – kann dies als Rechtsgrundlage herangezogen werden.

Neben diesen allgemeinen Erlaubnistatbeständen enthalten die Datenschutzgesetze sowie auch andere Gesetze in ihren Regelungen zum Datenschutz noch weitere Erlaubnisse und auch spezielle Ausgestaltungen für spezielle Situationen der Datenverarbeitung (beispielsweise durch Ärzte und Kliniken bezüglich medizinischer Daten ihrer Patienten, durch die Presse im Rahmen ihrer Berichterstattung, durch Wissenschaftler, durch Hochschulen und andere Forschungseinrichtungen für deren Forschungsprojekte sowie für die Verarbeitung von Daten zu künstlerischen Zwecken).

Die Frage, ob der Weg über die Einwilligung des Betroffenen oder aber die Datenverarbeitung auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung die praxismähere beziehungsweise bessere Lösung ist, hängt stets von der jeweiligen Konstellation des Einzelfalls ab – gerade auch, soweit es um wissenschaftliche oder Forschungskontexte geht. Die nachfolgenden Ausführungen gehen zunächst auf die Einwilligung ein, bevor diejenigen weiteren Erlaubnistatbestände, die für ein Open-Science-Programm am wahrscheinlichsten relevant sind, im Detail beleuchtet werden.

Zuständig dafür, dass der Datenschutz in Bezug auf bestimmte Daten oder Datensätze eingehalten wird, ist der sogenannte Verantwortliche. Nach der gesetzlichen Definition ist das jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt. Verantwortlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang nicht nur, dass die Person selbst mit den Daten nur im Rahmen der datenschutzrechtlichen Vorgaben umgeht. Wichtig ist auch, dass sie darüber hinaus für die Sicherheit der Daten zuständig ist, also dafür zu sorgen hat, dass unbefugte Dritte keinen Zugriff auf sie haben.

Bei Datenerhebungen zu wissenschaftlichen Zwecken wird sich häufig die Frage stellen, wer im rechtlichen Sinne jeweils als „verantwortlich“ gilt. Handeln natürliche Personen innerhalb von Arbeits- oder Dienstverhältnissen und verarbeiten Daten in Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtungen – also *für* ihren Arbeitgeber oder Dienstherrn – so wird Letzterer rechtlich als Verantwortlicher im Sinne des Datenschutzrechts angesehen. Entscheidend ist also, ob beim Durchführen der Datenverarbeitung eine Weisungsgebundenheit der

handelnden Person gegeben ist oder nicht. Diese Regel ist auch bei wissenschaftlicher Tätigkeit innerhalb einer Forschungseinrichtung anzuwenden. Dementsprechend gilt: Freie Mitarbeiter, Professoren oder andere Wissenschaftler, die frei verantwortlich und ohne an Weisungen gebunden zu sein für eigene Forschungszwecke Daten erheben und verarbeiten, sind als Verantwortliche zu qualifizieren (siehe Näheres hierzu Abschnitt Teil 1, V. 3. b) (3)). Handeln sie hierbei nach Weisung, ist die jeweilige Institution als Verantwortlicher zu qualifizieren. Das Verhalten ihrer weisungsgebundenen Mitarbeiter wird ihnen entsprechend zugerechnet. Nach Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe, dem unabhängigen Beratungsgremium der Europäischen Kommission in Fragen des Datenschutzes, soll sich daran auch dann nichts ändern, wenn innerhalb einer Institution oder eines Unternehmens eine Person als „verantwortlich“ bestimmt worden ist.

#### (a) *Einwilligung*

Die Einwilligung durch die von der Datenverarbeitung betroffene Person (kurz „Betroffener“, auch als „Datensubjekt“ bezeichnet) ist der mit Abstand wichtigste Grund für die Legitimierung der Datenverarbeitung. Die DSGVO stellt an diese Einwilligung eine Reihe von Anforderungen.

So hat sie zunächst auf einer freiwilligen Entscheidung der betroffenen Person zu beruhen. Das bedeutet, dass sie eine echte Wahl haben muss, der Verarbeitung zuzustimmen oder eben auch nicht. Entscheidet sie sich dagegen, darf die betroffene Person dadurch keine Nachteile erleiden. Geht es um die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen, soll das Merkmal der Freiwilligkeit nach dem ausdrücklichen Willen des europäischen Gesetzgebers sogar stets besonders sorgfältig zu prüfen sein. Weiterhin ist dafür zu sorgen, dass die Person in die Lage versetzt wird, eine „informierte“ Entscheidung zu treffen. Dies ist mittels bestimmter Pflichten zur Transparenz über die Datenverarbeitung zu gewährleisten, auf die sogleich näher eingegangen wird.

Die Einwilligung muss sich auf einen bestimmten Zweck beziehen, der hinreichend klar definiert ist. So genügt es beispielsweise nicht,

der betroffenen Person gegenüber zu erklären, seine personenbezogenen Daten würden „zu Forschungszwecken“ erhoben. Es müssen vielmehr ganz klar umrissene Forschungsbereiche oder -ziele oder Teile von konkreten Forschungsprojekten umrissen werden, damit die Person auch tatsächlich abschätzen kann, was eine Einwilligung in die Datenverarbeitung in diesem konkreten Fall bedeutet. Ein Beispiel für einen ausreichend konkreten Zweck wäre die Erklärung gegenüber der betroffenen Person, die Verarbeitung ihrer Daten diene der Durchführung einer sozialwissenschaftlichen Studie, die eine Umfrage zu sich wandelnden politischen Einstellungen in der deutschen Bevölkerung beinhaltet.

Neben dem Zweck der Verarbeitung fordert die DSGVO darüber hinaus, dass die Einwilligung auch die Art der Verarbeitung umfasst. In Art. 4 Nr. 2 listet die DSGVO auf, was alles unter den Begriff „Verarbeitung“ fällt: das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung. In Bezug auf diese verschiedenen Arten der Verarbeitung muss der betroffenen Person klar sein, wofür sie ihre Einwilligung erteilt. Mit anderen Worten: Es genügt nicht, lediglich den Zweck der Verarbeitung mitzuteilen. Es muss darüber hinaus klar kommuniziert werden, auf welche Weise der Verarbeitung dieser Zweck erreicht werden soll. Erkennt der Verarbeiter im Verlauf des Prozesses, dass eine andere Modalität der Verarbeitung notwendig wird, muss eine erneute, erweiterte Einwilligung eingeholt werden.

Eng verbunden mit diesem Einwilligungsprinzip war bislang der Grundsatz der Direkterhebung, demzufolge personenbezogene Daten grundsätzlich nur beim Betroffenen selbst erhoben werden durften, also nicht „heimlich“ bei Dritten. Die europäische DSGVO hat diese Regel nicht übernommen. Das bedeutet, dass es künftig auch erlaubt ist, personenbezogene Daten über eine Person bei einer anderen Stelle zu erheben. In einem solchen Fall bestimmt die Verordnung allerdings (Art. 14 DSGVO), dass die betroffene Person präzise darüber informiert wird, dass und zu welchem Zweck Daten über sie erhoben

wurden. Eine wertvolle und knappe Hilfestellung dahingehend, wie die Informationspflichten in einem solchen Fall zu erfüllen sind und worauf zu achten ist, bietet diese Übersicht der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder: „Informationspflichten bei Dritt- und Direkterhebung“.

Einwilligungen bleiben, sofern sie nicht befristet werden, generell bis zu ihrem Widerruf wirksam. Ein Widerruf ist jederzeit möglich (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 4. (3) (c)). Einwilligungen, die vor dem Inkrafttreten der DSGVO im Mai 2018 abgegeben wurden, bleiben grundsätzlich wirksam, es sei denn, dass sie Anforderungen der DSGVO nicht entsprechen (siehe ErWG 171, S. 3 DSGVO).

#### *(b) Eindeutigkeit und Form der Einwilligung*

Die Einwilligung der betroffenen Person muss unmissverständlich abgegeben worden sein. Für die im Internet üblicherweise verwendeten Datenschutzerklärungen bedeutet das insbesondere, dass sogenannte Opt-Out-Lösungen nicht zulässig sind. Bereits angeklickte Kästchen zur Abgabe einer Datenschutzeinwilligung sind unzulässig. Es bedarf eines aktiven Handelns zur Abgabe solcher Erklärungen.

Generell unterliegen Einwilligungserklärungen jedoch keinen bestimmten Formvorgaben. Schriftliche Einwilligungen sind in der Regel nicht vorgeschrieben, weder online noch offline. Macht beispielsweise ein Soziologe in einer Fußgängerzone eine Umfrage unter Passanten und erhebt in diesem Zuge auch personenbezogene Daten, kann die Einwilligung für deren Nutzung auch mündlich erteilt werden. Erforderlich ist jedoch, dass die Teilnehmer etwa über Art und Weise sowie Zweck der Datenverarbeitung informiert werden.

Der Nachteil an bloß mündlich erteilten Einwilligungen liegt darin, dass ihr Inhalt und ihre Reichweite schwer nachweisbar sind. Kommt es später zum Streit darüber, ob tatsächlich eingewilligt wurde oder worauf sich die Einwilligung beziehen sollte, hätte eine schriftliche Erklärung erhebliche Vorteile.

*(c) Widerruf der Einwilligung*

Die DSGVO sieht vor, dass jede betroffene Person das Recht hat, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen (Art. 7 Abs. 3 DSGVO). Das bedeutet, dass selbst eine schriftliche Einwilligungserklärung des Betroffenen keine Gewähr dafür bieten kann, dass die Einwilligung dauerhaften Bestand hat. So kann es passieren, dass einzelne im Rahmen wissenschaftlicher Untersuchungen erhobene Personendaten wieder gelöscht werden müssen (siehe zu den Besonderheiten der Datenverarbeitung zu Forschungszwecken und den dort geltenden Betroffenenrechten Abschnitt Teil 1, IV. 4. b) (2) (a)/(b)).

Zwar bleibt die Verarbeitung der Daten bis zu dem Zeitpunkt des Widerrufs rechtmäßig. Bis dahin erfolgte Verarbeitungen wie beispielsweise Datenanalysen werden also nicht rückwirkend rechtswidrig, nur, weil es sich der Betroffene in der Zwischenzeit anders überlegt und seine Einwilligung wieder zurückgezogen hat. Aber auch die rein in die Zukunft wirkenden Effekte des Widerrufs können durchaus gravierend sein, gerade wenn die Daten veröffentlicht wurden, zum Beispiel in Umfrageergebnissen, die noch einen Personenbezug aufweisen.

Hat der Betroffene seine Einwilligung widerrufen, so hat er zugleich das Recht, die unverzügliche Löschung seiner Daten zu verlangen (Art. 17 Abs. 1 lit. b DSGVO). Die Löschung kann jedoch trotz Löschungsaufforderung unterbleiben, wenn die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung auch aus einer anderen Grundlage als einer Einwilligung abgeleitet werden kann, zum Beispiel dem Forschungsprivileg. Auf solche gesetzlichen Rechtsgrundlagen wird in Abschnitt Teil 1, IV. 4 .b) (2) näher eingegangen. Auch gibt es Ausnahmen von der Löschungspflicht. Beispielsweise ist gemäß § 17 HmbDSG von der Löschung abzusehen, „soweit und solange der Verantwortliche Grund zu der Annahme hat, dass durch eine Löschung personenbezogener Daten schutzwürdige Interessen der betroffenen Person beeinträchtigt werden“. In solchen Fällen soll – statt zu löschen – die Verarbeitung eingeschränkt, beispielsweise der Zugriff gesperrt werden.

Im Übrigen wird auch im Lösungsverfahren nichts Unmögliches verlangt. Aus Art. 17 Abs. 2 DSGVO folgt beispielsweise, dass der Verantwortliche, selbst wenn er löschen muss, nicht verpflichtet

ist, sämtliche Datenreste aus dem Internet zu entfernen. Das wäre ihm, vor allem wenn die Daten bereits von Dritten weiterverarbeitet wurden, auch gar nicht möglich, weil er auf externe Quellen nur bedingt Einfluss hat. Entsprechend müssen solche Dritten auch nur über das Löschungsverlangen mit angemessenen Maßnahmen informiert werden.

(d) *Einwilligung von Minderjährigen*

Ein weiterer Punkt, der auch im Rahmen von Open-Science-Programmen immer wieder zu beachten sein wird, ist die Frage nach der Einwilligung von Minderjährigen in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten. Die DSGVO formuliert insoweit zwar eine Altersgrenze von 16 Jahren für rechtswirksame Einwilligungserklärung, ohne dass die Eltern des Minderjährigen beteiligt sind. Das gilt aber nur für „Dienste der Informationsgesellschaft“ wie beispielsweise Newsletter zu Marketingzwecken.

Geht es hingegen um sonstige Verarbeitungszwecke wie zum Beispiel wissenschaftliche Forschungsvorhaben, die qualitative Erhebungen umfassen, soll es hingegen auf die Einsichtsfähigkeit der minderjährigen Person ankommen. Dieser aus dem allgemeinen Zivilrecht stammende Begriff stellt darauf ab, ob der Minderjährige hinreichend geistig entwickelt ist, um die Konsequenzen seiner Handlungen (hier: der Einwilligung in die Datenverarbeitung) einschätzen zu können. Da es insofern keine starre Altersgrenze gibt, muss theoretisch eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden. Diese soll ergeben, ob die jeweilige minderjährige Person in der Lage ist zu erkennen, welche Folgen die Einwilligung in die jeweilige Erhebung und Verarbeitung von Daten hätte und welche Risiken sich hieraus gegebenenfalls ergeben könnten. Die Maßstäbe, die in dieser Hinsicht allgemein zum Persönlichkeitsrecht entwickelt worden sind, können insoweit als Orientierungshilfe dienen (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, IV. 5. b) (5)). Daneben gilt als Faustregel: In Zweifelsfällen sollte stets eine Einwilligung des Minderjährigen *und* des Erziehungsberechtigten eingeholt werden.

*(e) Transparenzpflichten und Datenschutzerklärungen*

Es wurde bereits erwähnt, dass eine betroffene Person, um eine wirksame Einwilligung abgeben zu können, hinreichend über den geplanten Zweck und die Art der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten sowie über die eigenen Rechte in Bezug auf die Verarbeitung informiert sein muss. Denn nur wer eine informierte Entscheidung treffen kann, kann seine Rechte aus dem Datenschutzrecht überhaupt wahrnehmen und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sinnvoll ausüben.

Der Verarbeiter hat daher von sich aus dafür zu sorgen, dass der Betroffene umfassend darüber in Kenntnis gesetzt wird, dass und wozu dessen personenbezogenen Daten erhoben, verwendet, eingesehen oder anderweitig verarbeitet werden. Jeder einzelne Schritt der Nutzung – also beispielsweise Erhebung, Speicherung, Auswertung – der Daten ist den betroffenen Personen deutlich zu machen. Das schließt auch eine Mitteilung über den Umfang – das heißt, wie viele Einzeldaten erhoben und weiterverarbeitet werden – mit ein. Die Informationen/Erklärungen über die Datenverarbeitungen müssen leicht zugänglich und in klarer und einfacher Sprache verfasst sein.

Weiterhin sind die betroffenen Personen darüber aufzuklären, mit welchen Risiken die Datenverarbeitung verbunden ist und welche Rechte sie in Bezug auf die Nutzung ihrer Daten gegenüber dem Verarbeiter hat. Es ist allerdings nicht erforderlich – und in der Praxis zumeist ja auch gar nicht realistisch möglich –, dass all diese Mitteilungen in jedem einzelnen Fall der Datenverarbeitung jedem einzelnen Betroffenen gegenüber gemacht werden. Vielmehr ist es weiterhin zulässig, diese Informationen in einer für die jeweilige Zielgruppe verständlich formulierten Datenschutzerklärung gebündelt zusammenzufassen. Richtet sich die Datenschutzerklärung an Minderjährige, so sollte die Information auch in kindgerechter Sprache aufbereitet sein. Es ist dafür Sorge zu tragen, dass die Betroffenen diese Erklärung aktiv zur Kenntnis nehmen müssen, bevor ihre Daten erhoben beziehungsweise weiterverarbeitet werden können. In der Praxis im Internet geschieht dies zumeist über einen dem jeweiligen Service vorgeschalteten Screen, auf dem die Erklärung zu lesen ist. Auf

Webseiten, die keine Registrierung erfordern, werden Datenschutzerklärungen zumeist auf den Impressums-, Kontakt- oder auf anderen Seiten mit rechtlichen Erklärungen vorgehalten.

(f) *Grundsätze der Zweckbindung und Datenminimierung*

Der Grundsatz der Zweckbindung besagt, dass personenbezogene Daten nur für vor der Erhebung festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden dürfen. Anschließend dürfen sie nicht in einer Weise weiterverarbeitet – also beispielsweise ausgewertet – werden, die mit diesen erklärten Zwecken nicht in Einklang zu bringen ist (zu den Ausnahmen, durch die der Gesetzgeber einen Ausgleich dieses Dilemmas herstellt, siehe unter Abschnitt Teil 1, IV. 4. b) (2) (a)).

Wenn also die betroffene Person im Hinblick auf einen bestimmten, ihr gegenüber kommunizierten Verarbeitungszweck eingewilligt hat, ist der Verarbeiter in der Folge an diesen Zweck gebunden. Will er diesen ändern oder erweitern, muss er für den weiteren Verarbeitungszweck eine weitere Einwilligung einholen. Dies wäre nur entbehrlich, wenn der weitere Verarbeitungszweck anderweitig gestattet wäre (beispielsweise durch rechtliche Erlaubnis, etwa dem Forschungsprivileg). Die Zweckbindung gilt als allgemeiner Grundsatz dabei nicht nur für die Einwilligung, sondern auch für Datenverarbeitungen, die sich auf andere Rechtsgrundlagen stützen. Die anwendbaren Gesetze enthalten Vorschriften, in denen der Grundsatz ausdrücklich genannt und näher ausgestaltet ist (zum Beispiel § 6 HmbDSG). Im Zusammenhang mit Open-Science-Programmen, die durch öffentliche Stellen wie staatliche Universitäten oder Bibliotheken durchgeführt werden, ist zudem beachtenswert, dass die Einrichtungen diesbezüglich per Gesetz einen recht großzügigen Spielraum zugewiesen bekommen, da als „Zweck“ die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben hinreichend konkret ist (vgl. zum Beispiel § 4 HmbDSG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO).

Eng damit zusammen hängt der Grundsatz der Datenminimierung: Zulässig sind Erhebung, Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten nur, soweit dies für den Zweck erforderlich ist. Dadurch soll gewährleistet werden, dass nicht mehr Daten als

unbedingt notwendig erhoben werden und so die Menge der gespeicherten personenbezogenen Daten von vornherein begrenzt wird.

*(g) Die Rechte der Betroffenen*

Jeder, dessen personenbezogene Daten von einem Dritten erhoben wurden, hat Rechte in Bezug auf diese Datensammlung. In der DSGVO ist diesen Rechten das dritte Kapitel gewidmet (Art. 12–23 DSGVO). Adressat der Betroffenenrechte ist der Verantwortliche, der die personenbezogenen Daten erhoben, gespeichert oder anderweitig verwendet hat. Von den Betroffenenrechten gibt es zahlreiche Ausnahmen, zum Beispiel bei Datenverarbeitungen zu wissenschaftlichen oder journalistischen Zwecken, auf die im nächsten Abschnitt näher eingegangen wird.

Zunächst einmal hat jede betroffene Person ein Recht auf Information und Auskunft (Art. 15 DSGVO). Dieses umfasst eine Mitteilung über die Identität und die Kontaktdaten des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen, den Zweck jeder einzelnen Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten sowie deren Dauer. Ihr muss zudem mitgeteilt werden, welche weiteren Rechte ihr zukommen. Diesen Informationspflichten wird in der Regel schon in der Datenschutzerklärung, zum Beispiel auf einer Webseite, entsprochen. Die Angaben sind erforderlich, damit die betroffene Person Entscheidungen über Betroffenenrechte (wie beispielsweise das Widerrufsrecht) überhaupt informiert treffen kann. Das Recht auf Auskunft ist somit das Gegenstück zu den oben genannten Informations- und Transparenzpflichten des Verarbeiters. Eine Person, die beispielsweise an einer wissenschaftlichen Studie als Probandin teilgenommen hat, darf deshalb diese Informationen stets abfragen, und sie sind ihr entsprechend ohne weitere Hindernisse (und grundsätzlich unentgeltlich!) mitzuteilen.

Sollte sich herausstellen, dass die personenbezogenen Daten des um Auskunft bittenden Betroffenen fehlerhaft sind – beispielsweise ein falsches Geburtsjahr anführen oder eine Antwort auf dem Fragebogen einer qualitativen sozialwissenschaftlichen Erhebung falsch

zuordnen – dann hat dieser das Recht, dies korrigieren zu lassen (Berichtigungsanspruch, Art. 16 DSGVO).

Auch im Kontext von Open-Science-Programmen kann schließlich das Recht auf Löschung relevant werden. Dies wird in der DSGVO auch „Recht auf Vergessenwerden“ genannt (Art. 17 DSGVO). Dieses Recht kommt insbesondere dann zum Tragen, wenn die von der Datenverarbeitung betroffene Person ihre ursprünglich erteilte Einwilligung widerrufen hat. Denn in diesem Fall gibt es ab dem Zeitpunkt, zu dem der Widerruf mitgeteilt worden ist, durch den Wegfall der Einwilligung für die Zukunft keine Berechtigung mehr, die entsprechenden Daten weiter zu nutzen. Es sei denn, es greift eine anderweitige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung (vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. b DSGVO). Wird das Recht auf Vergessenwerden geltend gemacht, entfällt auch die Speicherbefugnis (denn das Speichern ist eine Art der Verarbeitung). Hatte der Verarbeiter die Daten zwischenzeitlich weitergegeben, dann hat er die Empfänger über das Löschungsersuchen zu informieren (Art. 17 Abs. 2 DSGVO).

Auch von der Löschungspflicht gibt es Ausnahmen, die in Art. 17 Abs. 3 DSGVO aufgezählt sind. Solche gelten etwa bezüglich der Verarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken (siehe näher Abschnitt Teil 1, IV. 4. b) (2) (b)).

#### *(h) Datenschutzbeauftragte*

Schließlich stellt das europäische Recht die Pflicht auf, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, wenn die Datenverarbeitung von einer Behörde oder einer öffentlichen Stelle durchgeführt wird. Dies schließt staatliche Hochschulen und Schulen ein.

## b) Sonderfragen bei der wissenschaftlichen Nutzung von personenbezogenen Daten

### (1) Problem der Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Zwecken

Für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung werden die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben häufig eine erhebliche Herausforderung darstellen. Das gilt unter anderem für den Grundsatz der Zweckbindung und die damit korrespondierenden Transparenzpflichten, da die endgültige Datennutzung gerade in der Forschung nicht immer von vornherein feststehen wird. Um trotzdem ihrem übergeordneten Ziel der Förderung der Wissenschaft gerecht zu werden, sieht der datenschutzrechtliche Rahmen deshalb eine Reihe von Sonderbestimmungen für Datenverarbeitungen in wissenschaftlichen Kontexten vor (siehe hierzu unten im Abschnitt „Lösungsmöglichkeiten“).

Das Problem wird beispielsweise deutlich an medizinischer Forschung auf Basis von Patientendaten, die ursprünglich von Ärzten erhoben wurden (also nicht direkt im oder für das Forschungsprojekt). Eine solche Sekundärnutzung von Behandlungsdaten ist übliche Praxis. Oft jedoch sind die eigentlichen Ziele des medizinischen Forschungsvorhabens zu dem Zeitpunkt noch gar nicht konkret benannt, zu dem sie beim Patienten im Rahmen seiner Behandlung anfallen. Bei strikter Anwendung des Zweckbindungsgrundsatzes und der Transparenzpflichten wären in solchen Fällen in jedem Fall eine oder gar mehrere Einwilligung(en) erforderlich. Die diesbezüglichen Regelungen geben schließlich vor, dass die Einwilligung nur für den konkreten, vorab definierten und dem Betroffenen mitgeteilten Zweck gilt. Eine generische Angabe wie „willigt zur Nutzung in der medizinischen Forschung ein“ wäre zu unkonkret und somit grundsätzlich nicht hinreichend, um den datenschutzrechtlichen Anforderungen zu genügen. In einem solchen Fall kann unter Umständen anstelle der Einwilligung jedoch auch auf eine gesetzliche Erlaubnis zur Datenverarbeitung zurückgegriffen werden, wie sie in Abschnitt Teil 1, IV. 4. b) (2) eingehender beschrieben werden.

*(a) Sonderproblem: Umgang mit sensiblen Daten*

Wie das Beispiel der Patientendaten bereits zeigt, stellt sich das Problem der Vereinbarkeit von Forschungstätigkeit mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen vor allem im Kontext sogenannter „sensibler Daten“. Der DSGVO zufolge (Art. 9 Abs. 1 DSGVO) sind das solche Daten,

aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person.

Das Verarbeiten dieser Datenkategorie ist vom Gesetz im Grundsatz untersagt. Es werden allerdings Ausnahmen zugelassen, die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO aufgeführt sind, zum Beispiel das Forschungsprivileg (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 4. b) (2) (a)). Diese Erlaubnistatbestände, die die Verarbeitung sensibler Daten zu Forschungszwecken zulassen, kommen nicht nur zum Tragen, wenn es um genetische oder biometrische Daten geht. Auch zum Beispiel sozialwissenschaftliche Erhebungen, in denen politische, religiöse oder weltanschauliche Ansichten ihrer Forschungssubjekte abgefragt werden, fallen hierunter.

*(b) Sonderproblem: Big-Data-Analysen*

Eine weitere Herausforderung, die sich häufig im Kontext von Datenerhebungen zu wissenschaftlichen Zielen stellen wird, ist die Frage der Vereinbarkeit datenschutzrechtlicher Vorgaben mit Big-Data-Nutzungen. Darunter sind Verarbeitungen zu verstehen, bei denen große, unstrukturierte Datenmengen genutzt werden, die aus unterschiedlichen Quellen und Einzeldaten aggregiert wurden. Es ist heutzutage beispielsweise üblich, große Datenbestände im Wege

des Text- und Data-Mining (TDM) auszuwerten. Big-Data-Analysen riesiger Datenbestände haben großes Potenzial unter anderem für die wissenschaftliche Forschung. Nicht jeder Datenbestand enthält zwingend auch personenbezogene Daten. Dieser Punkt ist zunächst genau zu prüfen, da er über die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts entscheidet (siehe Abschnitt Teil 1, IV 4. a) (1)). Ergibt die Prüfung, dass die Datensätze personenbezogene Daten enthalten, so müssen sich deren Auswertungen mit Hilfe von Text- und Data-Mining oder anderen Analyseverfahren am Datenschutzrecht messen lassen.

Die Zusammenführung einzelner personenbezogener Daten oder Datensätze aus verschiedenen Quellen stellt aus der Perspektive des Datenschutzrechts zunächst einmal eine neue Datenerhebung dar, für die die oben dargestellten Grundsätze gelten. Das bedeutet, dass es einer Festlegung des Erhebungszweckes, der Erfüllung von Informationspflichten und insbesondere einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Beruhte die Erhebung der ursprünglichen Daten auf einer Einwilligung, so folgt daraus nur die Rechtmäßigkeit der ersten Erhebung. Für die zweite Erhebung in Form des TDM gilt diese im Zweifel nicht.

Außerdem ändert sich durch die Aggregation in der Regel der Zweck der Datenverarbeitung. Es ist ja gerade der Sinn von Big-Data-Anwendungen, neue Erkenntnisse aus vorhandenen Daten zu ziehen und die Daten damit nicht nur einer neuen Verwendung zuzuführen, sondern ihnen oftmals durch den neuen Kontext auch einen neuen Bedeutungsgehalt zu geben. Das bedeutet aber eben auch: Beruhte die erste Datenerhebung auf der Einwilligung der Betroffenen, die sich auf einen bestimmten, ursprünglichen Zweck bezog, dann kann diese die neue Auswertung grundsätzlich nicht legitimieren, da sich der Zweck geändert hat. Auch hier gilt wieder, dass die Angabe eines ganz unbestimmten Verarbeitungszwecks wie zum Beispiel „medizinische Forschung“ nicht hinreichend ist. Soweit möglich, kann daher alternativ mit anonymisierten Daten gearbeitet werden, deren Personenbezug aufgehoben ist und daher nicht mehr den Beschränkungen des Datenschutzrechts unterliegen, oder zumindest mit pseudonymisierten Daten. Kommt dies nicht in Betracht, so ist die betroffene Person über den neuen Verarbeitungszweck ausführlich zu informieren, wenn um deren erneute Einwilligung nachgesucht wird (Art. 14 Abs. 4

DSGVO). Wenn es um wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke geht, macht Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO hiervon wiederum eine Ausnahme. Um den Umgang mit solchen Konstellationen allgemein geht es im nächsten Abschnitt.

## (2) Lösungsansätze für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken

Der vorangegangene Abschnitt hat einige grundsätzliche Probleme aufgezeigt, die auftauchen, wenn man personenbezogene Daten für die wissenschaftliche Forschung nutzen will. Da der Gesetzgeber aber erkannt hat, dass in diesem und anderen Fällen ein öffentliches Interesse an der Datenverarbeitung besteht, hat er mit Art. 89 Abs. 1 und 2 DSGVO eine sogenannte Öffnungsklausel geschaffen. Diese ermöglicht es den nationalen Gesetzgebern, Privilegien für die Datenverarbeitung für wissenschaftliche Zwecke zu schaffen. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Option Gebrauch gemacht.

### (a) *Forschungsprivileg*

Nach dem „Forschungsprivileg“ (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO) wird der Grundsatz der Zweckbindung bei der Nutzung von personenbezogenen Daten für die Forschung abgeschwächt. Eine spätere Änderung des Verarbeitungszwecks ist demnach unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. So gilt eine Weiterverarbeitung für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken (vgl. als Auslegungshilfe hierzu auch die ErwG 156, 157 und 159 zur DSGVO). Das heißt, es muss in einem solchen Fall keine erneute Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden. Diese Privilegierung ist allerdings an die Voraussetzung geknüpft, dass die für die Datenverarbeitung verantwortliche Person bestimmte technische und organisatorische Maßnahmen trifft, die in Art. 89 Abs. 1 DSGVO aufgeführt sind. Insbesondere sollen die Daten – falls das

möglich ist, ohne das Erreichen des Forschungsziels zu gefährden – pseudonymisiert werden.

Auch die Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO kann privilegiert sein, wenn sie zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken erfolgt und dies in einem Gesetz eines EU-Mitgliedstaates ausdrücklich so vorgesehen ist. Das bestimmt Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO. Sowohl der Bund (vgl. § 27 BDSG) als auch die Bundesländer, die innerhalb der Bundesrepublik für die Hochschulen primär zuständig sind, haben in ihren Datenschutzgesetzen entsprechende Bestimmungen.

So sieht zum Beispiel das Hamburgische Datenschutzgesetz eine solche Bevorzugung von Forschungstätigkeit vor. In § 11 Abs. 1 HmbDSG wird bestimmt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten – einschließlich sensibler Daten – zu Zwecken wissenschaftlicher oder historischer Forschung auch ohne Einwilligung der Betroffenen erlaubt ist, wenn eine von zwei Voraussetzungen erfüllt ist.

- Es werden keine schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person beeinträchtigt. Dies kann aufgrund der (wenig sensiblen) Natur der Daten der Fall sein oder weil angesichts der Art der Verarbeitung auszuschließen ist, dass die Interessen der Person beeinträchtigt werden.
- Die Datenverarbeitung beeinträchtigt zwar schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen, aber der Zweck rechtfertigt das Mittel. An der Durchführung des Forschungsvorhabens besteht ein erheblich überwiegendes öffentliches Interesse und ohne die Daten könnte das Forschungsziel nicht erreicht werden oder würde jedenfalls erheblich beeinträchtigt. Das wäre beispielsweise dann der Fall, wenn der Aufwand ohne die Datenverarbeitung derart steigen würde, dass das Vorhaben faktisch nicht mehr durchgeführt werden könnte.

Nach der Begründung zum neuen HmbDSG des Gesetzgebers setzt die Privilegierung für beide Varianten zusätzlich voraus, dass die Daten für konkrete, bereits klar umrissene Forschungsprojekte erhoben werden. Es soll nach der Vorschrift gerade nicht gestattet sein, personenbezogene Daten ohne bestimmten Zweck, also quasi „auf

Vorrat“ zu erheben. Damit kann sich die Sammlung von Daten für explorative Big-Data-Anwendungen, wie oben beschrieben, im Zweifel nicht auf diese Privilegierung stützen. Aus dieser Zweckbindung folgt auch, dass Einwilligungen eingeholt werden müssen, wenn der Forschungszweck nach Erhebung der Daten geändert wird (§ 11 Abs. 1 S. 3 HmbDSG).

Auch wenn die personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der betroffenen Person erhoben werden durften, bestimmt das Gesetz, dass sie dennoch sobald wie möglich zu anonymisieren sind – es sei denn, durch diese Maßnahme würde das Forschungsziel beeinträchtigt oder gefährdet. In diesem Fall sind sie aber in jedem Fall zu pseudonymisieren (§ 11 Abs. 2 HmbDSG). Hierbei sind zudem angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen. Diese sind in § 22 Abs. 2 BDSG aufgezählt, auf den § 11 Abs. 2 HmbDSG verweist.

Soweit es um die Sekundärnutzung sensibler personenbezogener Daten von Patienten geht, sehen schließlich auch die Krankenhausgesetze der Bundesländer bestimmte privilegierte Datennutzungen für die wissenschaftliche Forschung vor. Zum Beispiel findet sich eine entsprechende Vorschrift für die Freie und Hansestadt Hamburg in § 12 des Hamburgischen Krankenhausgesetzes in der Fassung vom 17.12.2018 (kurz: HmbKHG). Für eigene Projekte darf der Arzt die Patientendaten stets verarbeiten (§ 12 Abs. 1 S. 1 HmbKHG), solange die Daten so weit wie möglich pseudonymisiert werden (§ 12 Abs. 3 HmbKHG). Für wissenschaftliche Forschung, die nicht die eigene des behandelnden Arztes ist, dürfen die Daten nach § 12 Abs. 1 S. 2 HmbKHG dann ohne Einwilligung verarbeitet und gesammelt werden, wenn dies für das Forschungsvorhaben erforderlich ist und das öffentliche Interesse am Vorhaben die Interessen des betroffenen Patienten am Schutz der Daten überwiegt. Gemäß § 12 Abs. 3 HmbKHG ist allerdings auch in diesem Fall eine Pseudonymisierung vorzunehmen. Eine Einwilligung ist nach § 12 Abs. 1 S. 4 HmbKHG schließlich auch nicht erforderlich, wenn eine Anonymisierung der Daten erfolgt ist.

(b) *Betroffenenrechte bei Datennutzungen nach dem Forschungsprivileg*

Sind die oben erläuterten Voraussetzungen für die Nutzung personenbezogener Daten für die wissenschaftliche oder historische Forschung insoweit erfüllt, dann sind auch die Rechte der betroffenen Personen in Bezug auf die verarbeiteten Daten eingeschränkt.

Zum einen sieht Art. 89 Abs. 2 DSGVO die Möglichkeit für EU-Mitgliedstaaten vor, in ihren eigenen Datenschutzgesetzen Ausnahmen für bestimmte Betroffenenrechte vorzusehen. Auch von dieser Option wurde in Deutschland Gebrauch gemacht. Die Freie und Hansestadt Hamburg beispielsweise hat in § 11 Abs. 5 HmbDSG geregelt, dass die Rechte auf Auskunft (Art. 15 DSGVO), Berichtigung (Art. 16 DSGVO), Einschränkung der Verarbeitung (Art. 18 DSGVO) und Widerspruch (Art. 21 DSGVO) jedenfalls insoweit keine Anwendung finden, wie ihre Wahrnehmung die Forschungsziele gefährden oder ernsthaft beeinträchtigen würde.

Zum anderen sieht die DSGVO selbst vor, dass bei der Nutzung personenbezogener Daten zu Forschungszwecken bestimmte weitere Betroffenenrechte beschränkt sind. So hat die betroffene Person keinen Anspruch auf Information über die Datennutzung, wenn und soweit sich die Erteilung dieser Information als unmöglich erweist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO). Das Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“) greift ebenfalls nicht, wenn die Löschung die Verwirklichung der Forschungsziele voraussichtlich verhindern oder zumindest ernsthaft beeinträchtigen würde (Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO).

(c) *Einwilligung*

Natürlich bleibt neben den Regelungen zum Forschungsprivileg auch in wissenschaftlichen Kontexten die Möglichkeit, sich um Einwilligungen der betroffenen Personen zu bemühen. Diese Option wird indes nicht immer realistisch sein (zum Beispiel bei Big-Data-Analysen allein aufgrund der großen Anzahl von einzuholenden Einwilligungen).

Nach der Ausnahme in Art. 11 Abs. 2 DSGVO (siehe hierzu auch ErwG 57) kann dies ausnahmsweise entbehrlich sein. Hierfür muss der Datenverarbeiter beweisen können, dass er nicht in der Lage war, die betroffenen Personen zu identifizieren. Ein anderer Ansatz wäre, die Daten zu anonymisieren und so den Personenbezug zu entfernen.

Einwilligungen können auch die Verarbeitung von sensiblen Daten legitimieren (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO). Geht es dabei zum Beispiel um die Sekundärnutzung von Patientendaten, die während der Behandlung anfallen, so ist die Einwilligung vom Arzt selbst einzuholen, nicht vom Forscher, der die Daten anschließend für seine Forschungszwecke verarbeiten will. Auch hierbei ist entscheidend, dass der Arzt über die Nutzung einschließlich der Zwecke in einer Weise aufklärt, die eine informierte Entscheidung („informed consent“) des Patienten ermöglicht. Ist eine präzise Umschreibung des Forschungsvorhabens (noch) nicht möglich – was oft der Fall sein wird –, kann es sich unter Umständen anbieten, auf eine sogenannte abgestufte oder differenzierte Einwilligung zurückzugreifen. In der Praxis bedeutet das, dass vor jedem Verarbeitungsschritt eine erneute, spezifische Einwilligung des Patienten eingeholt wird.

#### *(d) Anonymisierung*

Sollte eine Einwilligung nicht in Betracht kommen und die Voraussetzungen des Forschungsprivilegs im Einzelfall nicht vorliegen, bietet sich, wo und soweit möglich, als Alternative die Anonymisierung der personenbezogenen Daten an. Für viele Forschungsvorhaben dürfte dieses Mittel der sauberste Weg sein, um sicherzustellen, dass nicht gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstoßen wird.

Allerdings kommt auch diese Variante nicht immer in Betracht. Beispielsweise können Gendaten, die – aufgrund ihrer Einzigartigkeit – stets einer bestimmten Person zugeordnet werden können, schwerlich anonymisiert werden. Zudem kann es der Forschungszweck gebieten, dass nicht nur rein statistische Daten ohne Personenbezug ausgewertet werden.

Auch bei Big-Data-Anwendungen ist die vollständige und zuverlässige Anonymisierung personenbezogener Daten oft schwierig umzusetzen. Studien haben gezeigt, dass die großen Rechenleistungen, die heute zur Verfügung stehen, in Kombination mit den enormen Datenmengen, die bei Big Data verarbeitet werden, eine Re-Identifizierung einzelner Betroffener in vielen Fällen ermöglichen. So reichten bei einem Experiment drei demografische Merkmale aus, um 87 Prozent der Bevölkerung der Vereinigten Staaten zu identifizieren. Ob und wie in solchen Kontexten, wenn das Forschungsprivileg und andere gesetzliche Ermächtigungen keine Anwendung finden, Anonymisierungsmaßnahmen aus dem Datenschutzrecht herausführen können, ist eine bislang ungeklärte Frage.

(3) Veröffentlichung von Daten, die für wissenschaftliche Zwecke erhoben wurden, und Open Access

In den vorangegangenen Abschnitten wurde erläutert, unter welchen Voraussetzungen personenbezogene Daten für wissenschaftliche Zwecke verarbeitet werden dürfen. Daraus folgt allerdings noch nicht zwingend, dass die so erhobenen und verarbeiteten Daten selbst auch veröffentlicht werden dürfen. So sind beispielsweise Open-Data-Nutzungen von personenbezogenen Rohdaten (solche, die noch nicht verarbeitet und ausgewertet sind) hiervon nicht ohne Weiteres umfasst.

Die Voraussetzungen für die Veröffentlichung personenbezogener Daten sind wiederum in den anwendbaren Datenschutzgesetzen speziell geregelt. Entsprechende Bestimmungen befinden sich im Bundesdatenschutzgesetz (§ 27 Abs. 4 BDSG) sowie in den Datenschutzgesetzen der Länder. Das Datenschutzgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg beispielsweise bestimmt in § 11 Abs. 3 HmbDSG, dass die Veröffentlichung zu Forschungszwecken erlaubt ist, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- Die betroffene Person hat eingewilligt. Hierbei ist zu beachten, dass sich die Erklärung ausdrücklich auch auf die Veröffentlichung und ihre Modalitäten beziehen muss, und dass diese Einwilligung jederzeit wieder zurückgenommen werden kann.

- Liegt keine Einwilligung vor, dann dürfen personenbezogene Daten nur in dem sehr eng begrenzten Fall veröffentlicht werden, dass dies für die „Darstellung von Forschungsergebnissen über Ereignisse der Zeitgeschichte unerlässlich ist“. So könnte es also zum Beispiel zulässig sein, eine Studie über die Studentenunruhen 1968 im Rahmen eines Open-Science-Programms zur freien Verfügung ins Netz zu stellen, selbst wenn hierin Interviews mit namentlich genannten Zeitzeugen enthalten wären. Voraussetzung hierfür wäre jedoch, dass die Studie ohne die Namensnennungen oder andere relevante personenbezogene Daten weitgehend unverständlich oder nutzlos wäre.

Liegen die genannten Voraussetzungen – die sich wortgleich auch in § 27 Abs. 4 BDSG finden – nicht vor, dann sind personenbezogene Daten vollständig zu anonymisieren, bevor sie veröffentlicht werden können. Es ist hierbei im Blick zu behalten, dass die Anonymisierung nicht bei allen Daten möglich sein wird, wie oben ausgeführt wurde.

### c) Datensicherheit

Personenbezogene Daten sind stets so zu verarbeiten, dass sie in angemessener Weise sicher sind. Damit gemeint ist der Schutz vor unbefugter und unrechtmäßiger Verarbeitung, vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder Schädigung der Daten. Aus diesem Grund hat der Verantwortliche in jedem Fall geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen. Was diese im Einzelnen sind, wird in Art. 32 der DSGVO näher ausgeführt. Die Anforderungen an das Datensicherheitsniveau sind relativ zur Sensibilität der verarbeiteten personenbezogenen Daten. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den datensicherheitsrechtlichen Vorgaben erfolgt hier nicht, da dies den Rahmen der Darstellung sprengen würde.

## 5. Sonderfall Personenabbildungen

Das Recht am eigenen Bild als eines der wichtigsten besonderen Persönlichkeitsrechte wird immer dann relevant, wenn eine Person auf einem Bild, in einem Video et cetera erkennbar ist. Zwar geht es dabei in erster Linie um das Gesicht der Person und die prägenden Gesichtszüge. Aber auch andere, sogar für sich genommen lediglich begleitende Merkmale oder Umstände des Bildes können zu einer rechtlich relevanten Erkennbarkeit führen. Das kann die Kleidung der Person sein, ihre Frisur, oder eine bestimmte Art des Ganges. Auch der Ort, an dem sie sich befindet, kann unter Umständen dazu führen, dass sie identifizierbar wird. Bei der Bewertung, ob Erkennbarkeit gegeben ist, kommt es stets auf eine genaue Einschätzung des Einzelfalles an. Pauschale Beurteilungen werden kaum jemals möglich sein.

Unter Umständen können sogar bildliche Darstellungen von Gebäuden oder Sachen – wenn auch nicht zwingend im Verhältnis zum Recht am eigenen Bild, so doch aber im Allgemeinen – persönlichkeitsrechtlich relevant sein. Das ist dann der Fall, wenn dadurch der persönliche Lebensraum einer Person betroffen ist oder wenn es das Bild ermöglicht, Rückschlüsse auf die Identität einer Person zu ziehen und diese auf diese Weise erkennbar wird. Das gilt zum Beispiel in besonderem Maße für Kfz-Kennzeichen in Fotos, denn durch die Verbindung zum Fahrzeughalter kann dieser durch die Veröffentlichung des Fotos möglicherweise kompromittiert werden, was sein Persönlichkeitsrecht verletzen würde. Auch hier sind wiederum die genauen Umstände des Einzelfalles für eine rechtliche Bewertung entscheidend. Im Zweifel sollte man deshalb aber vor Veröffentlichung des Fotos solche Kennzeichen oder ähnliche Gegenstände unkenntlich machen.

## a) Vorbemerkung: das Verhältnis von KUG und Datenschutzrecht

Das Recht am eigenen Bild ist schon seit 1907 im Kunsturhebergesetz (KUG) spezialgesetzlich geregelt (§§ 22–24 KUG). Bis zum Inkrafttreten der DSGVO war das KUG ausschließlich für die Veröffentlichung und Verbreitung von Personenbildnissen anwendbar. Im Zuge der Digitalisierung hat es beziehungsweise wurde es durch die Rechtsprechung weiterentwickelt. Es gilt daher ohne Weiteres auch für das Einstellen und Teilen von Fotos oder Videos, auf denen Personen zu sehen sind, im Internet oder sozialen Netzwerken.

Auch Personenabbildungen sind personenbezogene Daten. Wenn man davon ausgeht, wäre – gegebenenfalls neben dem KUG – bei deren Veröffentlichung und sonstigen Nutzung auch das Datenschutzrecht zu beachten. Das alte Bundesdatenschutzgesetz und die alten Datenschutzgesetze der Länder sahen die Möglichkeit sogenannter Bereichsausnahmen vor. Das bedeutete, dass speziellere, auf besondere Situationen anwendbare Gesetze die Datenschutzgesetze verdrängten. Die herrschende Rechtsprechung erkannte an, dass es sich beim KUG um solch ein spezielleres Gesetz handelte. Auch wenn diese Frage nie vollumfänglich höchstrichterlich entschieden wurde, konnte man nach alter Rechtslage davon ausgehen, dass für die Nutzung von Bildnissen ausschließlich das KUG Anwendung fand und nicht die Datenschutzgesetze. Weitgehend ungeklärt ist bis heute im Übrigen die Frage, ob Datenschutzrecht auf die *Anfertigung* von Personenabbildungen Anwendung findet und wenn, welche Auswirkungen dies hat (das KUG gilt unbestritten nur für die *Verwendung* solcher Aufnahmen, nicht für deren Herstellung). Der Hauptgrund für diese Unklarheit liegt sicherlich darin, dass die Erstellung eines Fotos, selbst wenn sie rechtswidrig ist, in der Regel kaum verfolgt werden kann (schon gar nicht durch Datenschutzbehörden), weil sie nicht publik ist und nicht nachgewiesen werden kann. Daher werden die Rechtsverfolgung und somit auch die Rechtsprechung in aller Regel erst bei Veröffentlichung beziehungsweise Verwendung der Fotos aktiv. Da hierfür das KUG nach altem Recht exklusiv galt, wurden datenschutzrechtliche Fragen in Bezug auf die Herstellung von Personenaufnahmen nie wirklich geklärt.

Dass das Datenschutzrecht auf die Herstellung von Personenabbildungen (also in datenschutzrechtlicher Terminologie die Erhebung solcher personenbezogenen Daten) Anwendung findet, dürfte spätestens nach Inkrafttreten der DSGVO unbestreitbar sein. Solange die Fotos nicht verwertet, also zum Beispiel online gestellt, mit anderen geteilt oder in Publikationen verwendet werden, dürfte die praktische Relevanz dieses Umstands gering sein, daher wird hierauf im Folgenden nicht näher eingegangen. Jedoch wirft das Inkrafttreten der DSGVO zudem die Frage auf, ob das KUG für die Verwertung von Personenabbildungen, gegebenenfalls neben dem Datenschutzrecht, noch immer Anwendung findet. Dies ist derzeit ungeklärt.

Die DSGVO selbst sieht keine ausdrückliche Bereichsausnahme für die Herstellung und Nutzung von Personenabbildungen vor. Sie ist als Unionsrecht im Zweifel vorrangig anzuwenden. Wäre die DSGVO (ausschließlich) anwendbar, wäre die Anfertigung und Veröffentlichung von Bildern, auf denen Personen zu erkennen sind, jedenfalls in mancher Hinsicht anders zu beurteilen als nach der alten Rechtslage.

Ob das KUG oder die DSGVO, gegebenenfalls nebeneinander, zukünftig auf die Verwendung von Personenabbildungen Anwendung finden, ist umstritten. Einige Experten gehen davon aus, dass die DSGVO die Anwendbarkeit des KUG zumindest in Teilen verdrängt. Dahingegen vertritt eine Mitarbeiterin des Bundesministeriums des Innern (siehe „Kommentar: Stellungnahme des BMI zu DSGVO und Fotografie“) die Ansicht, dass sich an der diesbezüglichen Rechtslage durch die DSGVO nichts ändert. Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit wiederum argumentiert, dass – weil der Gesetzgeber bislang nicht von der Option in Art. 85 DSGVO Gebrauch gemacht hat, ein spezielles Gesetz für die Nutzung und Verwertung von Personenabbildungen zu erlassen – die DSGVO zwingend vorrangig anzuwenden ist. Allerdings schlägt er vor, die Abwägungskriterien zum Recht am eigenen Bild, die die Rechtsprechung in über hundert Jahren seit Erlass des KUG herausgearbeitet hat, in die nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO vorzunehmende Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Verantwortlichen und den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen einfließen zu lassen (siehe „Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren

Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus“, Seite 4f.). Im Ergebnis hieße dies, dass das KUG zwar nicht unmittelbar Anwendung findet, die hiernach geltende Rechtslage jedoch auch unter Anwendung der DSGVO fortgelten soll, indem sie in die Auslegung der datenschutzrechtlichen Normen einfließt.

Letztlich werden die Gerichte hierüber zu entscheiden haben. Denkbar ist, dass sich der deutsche Gesetzgeber entscheidet, doch noch ein spezielles Gesetz zu verabschieden, das diese Frage klärt. Bis auf Weiteres dürfte jedenfalls davon auszugehen sein, dass die ausdifferenzierten Wertungen, die die Rechtsprechung für die Verwendung und Veröffentlichung von Personenabbildungen herausgearbeitet hat, ihre Gültigkeit behalten. Dementsprechend wird im Folgenden die Rechtslage nach dem KUG erläutert. An manchen Stellen wird dabei auf etwaige ergänzend relevante Aspekte des Datenschutzrechts hingewiesen.

## **b) Grundsatz der Einwilligung nach dem KUG**

### **(1) Einwilligung**

Ist eine Person auf einem Bild erkennbar, so lautet die persönlichkeitsrechtliche Grundregel, dass dieses nur dann aufgenommen, veröffentlicht und verbreitet werden darf, wenn eine Einwilligung der Person vorliegt. Dabei kommt es nicht so sehr auf die Umstände der Einwilligungserklärung an. Das Gesetz verlangt vor allem nicht, dass sie schriftlich erteilt werden muss. Sie kann sich sogar konkludent, also aus den begleitenden Umständen, ergeben. So wird es einem Passanten, der sich in der Fußgängerzone für ein Interview mit einem Fernsehsender zur Verfügung stellt, wohl klar sein, dass die Aufnahme anschließend gesendet werden wird. Lehnt er das Interview nicht ab, ist davon auszugehen, dass er den offensichtlich angestrebten Verwendungszwecken auch (konkludent) zugestimmt hat. Hierfür spricht auch, dass die Datenverarbeitung erheblich intensiviert würde, wenn stets schriftliche Einwilligungserklärungen eingeholt und gespeichert

würden. Konkludente Einwilligungen (wie im vorstehenden Beispiel beschrieben) können indes nur die offensichtlichen und für den Abgebildeten klar erkennbaren Zwecke und Verwendungen abdecken.

In vielen Fällen werden die Umstände, Ziele und Nutzungsintentionen allerdings weniger eindeutig sein. Würde das Passanteninterview beispielsweise zu Forschungszwecken erstellt und würden die Aufnahmen in wissenschaftlichen Kontexten verbreitet und für Dritte nutzbar gemacht werden, wäre hierauf hinzuweisen und dies im Einzelnen zu erläutern. Und gleichwohl die Erklärung nicht in Schriftform abgegeben werden muss, wird sich dies zu Beweis Zwecken oft empfehlen, gerade wenn es um sensible Themen geht. Denn im Zweifelsfall muss die Person, die das Bild verwendet hat, nachweisen können, dass eine Einwilligung in einem Umfang, der sämtliche vorgenommenen Verwendungen erfasst, auch tatsächlich erklärt worden war. Es sind dabei aber stets so wenig Daten zu erfassen wie möglich.

Dieser Weg scheint künftig auch wegen der Unsicherheit hinsichtlich der Anwendbarkeit der DSGVO ratsam. Hiernach ist es zumindest uneindeutig, ob konkludente Einwilligungen, die sich lediglich aus den Umständen entnehmen lassen, noch wirksam sind. Es wird jedenfalls vertreten, dass wirksame Einwilligungen nach der DSGVO ein aktives, ausdrückliches Handeln erfordern, was wiederum auch für die Einholung von Einwilligungen an Bildnissen gelten könnte (siehe oben). Zudem schreibt das Datenschutzrecht vor, den Betroffenen vor der Datenerhebung und -verarbeitung über diesen Vorgang, über dessen Zweck und seine Rechte zu informieren (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 4. a) (3) (e)). Auch solche Informationen können bei einer rein impliziten Einwilligungseinholung schwerlich übermittelt werden.

## (2) Grundsatz der Zweckbindung im KUG

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Einwilligung, der für eine schriftliche Fixierung spricht, ist auch beim Recht am eigenen Bild der sogenannte Grundsatz der Zweckbindung. Dieser besagt, dass sich die Einwilligung auf einen bestimmten Zweck bezieht. Um insofern eine informierte Einwilligung abgeben zu können, muss der Abgebildete

natürlich wissen, in welcher Art, in welchem Umfang und zu welchem Zweck das Bild verwendet werden soll. Nimmt ein Sozialwissenschaftler beispielsweise ein Interview mit einem Passanten in einer Fußgängerzone per Video auf und plant, dieses Interview anschließend auf einer Online-Plattform für jedermann zugänglich zu machen, dann muss er dem Passanten eben diesen Zweck erläutern. In entsprechendem Umfang muss auch die Einwilligung erklärt werden.

Auch aus dieser Perspektive wird es häufig sinnvoll sein, die Einwilligungen in verkörperter Form, schriftlich oder elektronisch (zum Beispiel per E-Mail), einzuholen beziehungsweise zu dokumentieren. Entsteht eine Auseinandersetzung über die Bildnutzung, muss der Verwender im Zweifel seine Befugnis, also die Existenz der Einwilligung und deren Umfang, beweisen. Liegt keine unmissverständliche verkörperte Erklärung vor, wird im Zweifel davon ausgegangen, dass die abgebildete Person der Nutzung des Bildes nur im absolut notwendigen, für sie erkennbaren Umfang zugestimmt hat. Für den Verwender ist es also wichtig, dass er, soweit möglich, jede intendierte Nutzung des Bildes erläutert und sich möglichst dokumentiert gestatten lässt.

Gerade bei älteren Fotos stellt sich das Problem, dass Einwilligungen zur Veröffentlichung per Open Access, zum Beispiel in Open-Science-Programmen, nicht vorhanden sein werden. Je nach Alter wird es schon grundsätzlich an Einwilligungen fehlen, die Online-Veröffentlichungen legitimieren können. Die Zustimmung zur Online-Nutzung kann zumindest bei älteren Einwilligungen auch nicht in allgemeine Formulierungen hineingelesen werden. Denn zumindest vor etwa 1995 war es weder üblich noch allgemein bekannt oder (bis sicherlich Ende der 1980er-Jahre) auch nur möglich, Bilder online zu nutzen und ins Internet zu stellen. In solchen Fällen müssen also jedenfalls neue Einverständniserklärungen eingeholt werden. Das wird oft naturgemäß schwierig sein, weil die Abgebildeten nicht (mehr) identifiziert oder aufgefunden werden können. Ist dies der Fall, ist eine Nutzung nur nach Sonderregeln und damit ausnahmsweise (siehe unten) oder unter Vornahme von Anonymisierungsmaßnahmen zulässig.

### (3) Open Access

Im Rahmen eines Open-Science-Programms ist auf den ausreichenden Umfang der Einwilligungserklärungen abgebildeter Personen dann besonders zu achten, wenn die Bilder beziehungsweise Videos unter Open-Access-Kriterien frei für jedermann zugänglich gemacht werden sollen. Denn hiermit gehen sehr weitreichende Nachnutzungsbefugnisse einer in der Regel unbegrenzten Nutzergruppe einher, was auf die Persönlichkeitsrechte von Abgebildeten besondere Auswirkungen haben kann. Gerade die Einräumung von Nachnutzungsrechten an jedermann (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, III. 3) ist aus persönlichkeitsrechtlicher Perspektive sensibel, weil der ursprüngliche Empfänger der Einwilligung hierdurch weitergehend die (rechtliche) Kontrolle über die Bildnutzung aufgibt.

In solchen Konstellationen dürften konkludente Einwilligungserklärungen niemals ausreichen. Die möglichen Verwendungen (einschließlich der Nachnutzungen durch Dritte) sollten besonders sorgfältig dargestellt werden, um eine entsprechend umfassende, rechtlich wirksame Einwilligung zu gewährleisten.

### (4) Anonymisierung

Wenn keine Einwilligung vorliegt beziehungsweise unklar ist, wie weit die abgegebene Einwilligung reicht, kann eine rechtmäßige Bildverwendung durch Anonymisierung ermöglicht werden. Diese muss, selbstverständlich, vorgenommen werden, bevor ein Bild veröffentlicht wird. Im Ergebnis entsprechen die Anforderungen an eine Anonymisierung denen des Datenschutzrechts. Es muss sichergestellt werden, dass die Person tatsächlich nicht mehr identifiziert werden kann – datenschutzrechtlich ausgedrückt muss es ausgeschlossen sein, dass ein Personenbezug nachträglich wiederhergestellt werden kann. Was dazu erforderlich ist, ist Frage des Einzelfalls und entzieht sich einer abstrakten Bewertung. Manchmal wird es ausreichen, nur das Gesicht der Person als zentralem Erkennungsmerkmal unkenntlich zu machen. Da sich die Erkennbarkeit jedoch auch im

Gesamtzusammenhang des Bildes aus der Kombination einer Vielzahl von Merkmalen ergeben kann – dem Haus, vor dem die Person fotografiert wurde oder das Auto, aus dem sie gerade aussteigt –, sind je nach den Umständen weitere Maßnahmen der Bildbearbeitung zu ergreifen. Was jeweils erforderlich ist, ist Einzelfallfrage.

#### (5) Einwilligung von Minderjährigen

Sollen Darstellungen von minderjährigen Personen veröffentlicht werden, so kommt es auf Alter und Einsichtsfähigkeit an. Bei Kindern bis einschließlich sechs Jahren sind allein die Eltern beziehungsweise Erziehungsberechtigten dafür zuständig, eine Einwilligungserklärung abzugeben. Ist die Person älter als sechs, aber jünger als 18 Jahre, so kommt es auf die individuelle Einsichtsfähigkeit an. Obwohl Jugendlichen ab 14 Jahren allgemein eine solche Fähigkeit zur Einsicht zuerkannt wird, hängt dies immer vom Einzelfall ab und lässt sich nicht pauschalisieren. Eine klare Sonderregelung trifft Art. 8 Abs. 1 DSGVO nur für die Nutzung von „Diensten der Informationsgesellschaft“ durch Kinder. Hiernach gilt, dass Minderjährige ab 16 Jahren selbstständig in die Datenverarbeitung durch solche Dienste einwilligen können. Diese Regel ist aber nicht universell auf alle Einwilligungen für die Nutzung von Personenabbildungen anwendbar. Im Zweifel ist es daher zumindest abseits solcher Konstellationen auch weiterhin ratsam, bei jugendlichen Minderjährigen stets sowohl vom Kind als auch von den Eltern oder Erziehungsberechtigten Einwilligungen einzuholen.

#### (6) Widerruf der Einwilligung

Nach den Regelungen des Kunsturhebergesetzes ist eine abgebildete Person an eine einmal abgegebene Einwilligungserklärung grundsätzlich gebunden. Sie kann also grundsätzlich nicht einfach zurückgezogen oder widerrufen werden. Das soll nach der bisherigen Rechtsprechung nur möglich sein, wenn sich die Umstände seit der Erteilung der Einwilligung erheblich verändert haben und eine

(aufrecht erhaltene oder erneute) Veröffentlichung zu empfindlichen Eingriffen in die Persönlichkeit des Abgebildeten führen würde. Gerichtlich entschieden wurde beispielsweise, dass eine Frau nach der Trennung von ihrem Freund die Einwilligung zu Aktaufnahmen, die dieser mit ihrer Zustimmung von ihr gemacht hatte, widerrufen kann mit der Folge, dass ihr Freund die Bilder nicht nur nicht (mehr) veröffentlichen durfte, sondern ganz löschen musste.

Die Möglichkeiten des Widerrufs von Einwilligungen nach dem Datenschutzrecht sind dagegen sehr viel weitreichender. Wie oben bereits dargestellt, können Einwilligungen in die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit widerrufen werden. Anschließend hat die betroffene Person nach Art. 17 DSGVO das Recht, die Löschung der Daten zu verlangen. Ob diese Möglichkeiten auch in Bezug auf Personenabbildungen bestehen, werden die Gerichte und/oder der Gesetzgeber zu klären haben. Entfällt die Einwilligung durch Widerruf gemäß DSGVO, dürfte deren Speicherung oder Nutzung für wissenschaftliche Zwecke aber, soweit die Voraussetzungen vorliegen, weiter nach dem Forschungsprivileg möglich sein (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, IV. 4. b) (2) (a)).

### c) **Ausnahmen vom Grundsatz der Einwilligung**

#### (1) **Datenverarbeitung zu künstlerischen Zwecken** (§ 12 HmbDSG)

Neben dem Privileg für die Datenverarbeitung für die wissenschaftliche und historische Forschung gemäß § 11 HmbDSG (siehe oben) sieht das hamburgische Datenschutzrecht eine Ausnahme für Datenverarbeitungen zu künstlerischen Zwecken vor. So heißt es in § 12 Abs. 1 HmbDSG, dass bei solchen Nutzungen personenbezogener Daten nur die Artikel 5 Abs. 1 lit. b und f sowie die Artikel 24, 32 und 33 DSGVO anwendbar sind. Das bedeutet, dass eine Einwilligung des Betroffenen nicht erforderlich ist. Die Grundsätze der Zweckbindung und der Datensicherheit sind allerdings zu beachten.

- (2) Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken  
(§ 11a HmbPresseG i.V.m. § 37 Abs. 1–3 MStV HSH)

Auch journalistische Zwecke sind privilegiert. Nach § 11a HmbPresseG i.V.m. § 37 Abs. 1–3 MStV HSH sind bei solchen Datenverarbeitungen lediglich Art. 5 Abs. 1 lit. f, 24 und 32 DSGVO anwendbar. Damit ist neben dem Erfordernis der Einwilligung bei der Presseberichterstattung auch der strenge Grundsatz der Zweckbindung aus der DSGVO ausgeschlossen. Voraussetzung nach § 11a HmbPresseG ist, dass die Verarbeitung durch Unternehmen der Presse erfolgt.

- (3) Ausnahmen nach dem KUG

Schließlich enthält auch das KUG in § 23 verschiedene Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis. Diese betreffen beispielsweise die Veröffentlichung von Abbildungen von Prominenten oder von Menschen, die an öffentlichen Massenveranstaltungen teilnehmen.

Wichtig ist hierbei zu bedenken: Auch wenn eine Ausnahmeregelung im Grundsatz anwendbar ist, ist stets noch eine Abwägung der persönlichkeitsrechtlichen Interessen der Betroffenen mit dem Interesse an der Nutzung/Veröffentlichung der Abbildung im Einzelfall vorzunehmen. Beispielsweise hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass selbst bei der Verwendung von zeitgeschichtlichen Bildnissen das Berichterstattungsinteresse generell nur bei Aufnahmen von Politikern überwiegen soll. Bei anderen Prominenten reicht daher – sehr vereinfacht ausgedrückt – der Status der Person nicht ohne Weiteres aus, um von einer Veröffentlichungsbefugnis (ohne Einwilligung) ausgehen zu können.

- (a) *Bildnisse der Zeitgeschichte*

Grundsätzlich – vorbehaltlich eines hiervon abweichenden Abwägungsergebnisses im Einzelfall – gilt Folgendes: Die Veröffentlichung von Fotos oder bewegten Bildern mit Personen ist gesetzlich gestattet,

wenn die Fotos beziehungsweise Filme Ereignisse der Zeitgeschichte darstellen. Hierunter fallen vor allem Abbildungen von Personen, die fortlaufend oder in Bezug auf ein bestimmtes Ereignis im Fokus der Öffentlichkeit stehen. Denn dann besteht ein legitimes Informationsinteresse, das insoweit im Grundsatz schwerer wiegt als das Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person. Das kann bei Prominenten und insbesondere auch Politikern der Fall sein, deren mediale Berühmtheit dieses Interesse dauerhaft werden lässt. Allerdings sind alle Interessen im Einzelfall stets gegeneinander abzuwägen. Selbst wenn zum Beispiel ein hohes Informationsinteresse auf Seiten der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung eines Fotos besteht, folgt daraus allein noch nicht, dass das Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Person in diesem Fall zurückstehen muss. So können sich auch Prominente oder Politiker selbst bei bestehendem Informationsinteresse erfolgreich auf ihr Recht am eigenen Bild berufen, wenn die Darstellung ihre Privat- oder sogar Intimsphäre berührt – etwa weil ein Fotograf eine Aufnahme der Person in ihrem eigenen Garten gemacht hat. Dieses Privileg folgt bei Bildnissen, die zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken angefertigt wurden, auch aus § 11 Abs. 3 Nr. 2 HmbDSG, wenn die Veröffentlichung für die Darstellung „unerlässlich“ ist.

Diese wichtige Einschränkung ist auch im Zusammenhang mit der zunehmenden Praxis relevant, Fotos mithilfe von Drohnen zu machen. So urteilte das Amtsgericht Potsdam, es verletze die Privatsphäre einer Person, wenn jemand anderes eine Drohne über ihr Grundstück steuert und dabei Fotos aufnimmt. Denn der Garten sei ohne dieses Fluggerät von außen nicht einsehbar, weshalb sich dort aufhaltende Personen darauf verlassen können müssen, sich dort in einem geschützten Rückzugsraum zu befinden, in dem sie vor fremden Blicken und insbesondere der Aufnahme von Fotos geschützt sind. Natürlich handelt es sich bei diesem Urteil nur um eine – frühe – Stimme in Debatten, die noch zu führen sein werden (sowohl in der Rechtsprechung als auch der Legislative). Es zeigt jedoch, dass auch altherwürdige Gesetze wie das KUG vor dem technischen Fortschritt nicht kapitulieren und hergebrachte Grundsätze zumindest eine Zeit lang fortgelten.

*(b) Beiwerk*

Eine weitere Einschränkung des Einwilligungsprinzips greift in solchen Fällen, in denen Personen in einem Bild zwar erkennbar sind, diese aber lediglich neben der vorrangig abgebildeten Landschaft oder einem Gebäude als „Beiwerk“ erscheinen. Das eigentliche Motiv muss hier in den anderen Bildelementen liegen, die „für den Gesamteindruck auf den Betrachter deutlich prägend“ sind. Der Tatsache, dass sich in dem Bild überhaupt Personen befinden, muss also etwas Zufälliges anhaften. Würde man die Personen entfernen, dürfte sich der Charakter des Bildes nicht deutlich verändern. Wer beispielsweise ein Foto vom Hamburger Rathausmarkt aufnimmt, dem wird es kaum gelingen, dabei nicht zugleich eine Reihe von (erkennbaren und nicht erkennbaren) Personen mit zu fotografieren. Betrachtet eine nicht involvierte Person das Bild, muss sein Blick durch die Bildkomposition von allein zunächst auf das gesamte Panorama oder ein bestimmtes Gebäude, etwa das Rathaus, fallen. Dass dort auch noch einzelne Passanten zu sehen sind, sollte ihr hingegen nur beiläufig auffallen, weil sie zur eigentlichen Wirkung des Bildes nichts beitragen.

Anders herum folgt daraus zugleich, dass eine Einwilligung erforderlich ist, wenn es sich zwar um eine Landschafts- oder Stadtaufnahme handelt, eine bestimmte erkennbare Person aber so sehr im Mittelpunkt steht, dass sie nicht zu übersehen ist. Stand eine Person zum Beispiel nur wenige Meter vom Fotografen entfernt, als dieser den Rathausmarkt aufnahm, und wirkt sie wie der Mittelpunkt des Bildes, spielt eine etwaig entgegengesetzte Vorstellung des Fotografen keine Rolle. Es kommt lediglich auf den objektiv erkennbaren Gesamteindruck des Bildes an. Dieser kann – natürlich – nur im Einzelfall beurteilt werden.

*(c) Veranstaltungsfotos*

Eine weitere Ausnahme gilt für Bilder von öffentlichen Versammlungen, Aufzügen oder sonstigen Massenveranstaltungen. Auch hier kann die Einwilligung der Abgebildeten entbehrlich sein, wenn die Fotos

veröffentlicht werden sollen. Wer an solchen Ereignissen aus freien Stücken teilnimmt, so die Annahme des Gesetzes, rechnet damit, währenddessen fotografiert zu werden. Insoweit es sich um Medienberichterstattung über die Veranstaltung handelt, ist diese ohnehin nach § 11a HmbPresseG i. V. m. § 37 Abs. 1–3 MStV HSH privilegiert (siehe oben).

Unter einer „Versammlung“ in diesem Sinne ist jede Veranstaltung zu verstehen, bei der eine größere Anzahl von Personen zu einem gemeinsamen Zweck zusammenkommt. Der Begriff ist im Zweifel weit auszulegen. Wer also am Straßenumzug des Christopher Street Days teilnimmt, kann sich nicht gegen die Veröffentlichung eines Bildes, das den Umzug abbildet, wehren, selbst wenn er als Teilnehmer zu identifizieren ist.

Wichtig ist allerdings, dass nur solche Fotografien oder sonstige Abbildungen erfasst werden, die die Versammlung als solche darstellen. Die Abgrenzung ist hierbei ähnlich wie bei der Beiwerk-Regelung. Es ist angesichts des Gesamteindrucks der Abbildung zu fragen, ob eine oder mehrere Personen im Mittelpunkt stehen oder die Menschenmenge als Gruppe. Fokussiert der Fotograf auf individuelle Teilnehmer und macht diese somit zum eigentlichen Gegenstand des Bildes, kann das Foto ohne Einwilligungserklärung der betroffenen Personen wiederum nur dann veröffentlicht werden, wenn eine privilegiierende Norm greift. Dies können zum Beispiel sein (siehe hierzu im Einzelnen oben):

- das Presseprivileg (§ 11a HmbPresseG i.V.m. § 37 Abs. 1–3 MStV HSH);
- Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO, der die Datenverarbeitung bei berechtigtem Interesse gestattet;
- die verschiedenen Erlaubnistatbestände in Art. 14 Abs. 5 DSGVO;
- das Forschungsprivileg (§ 11 Abs. 3 Nr. 2 HmbDSG);
- die Regelung über die Datenverarbeitung zu künstlerischen Zwecken (§ 12 HmbDSG).

*(d) Befristung und postmortales Persönlichkeitsrecht*

Schließlich bestimmt das Kunsturhebergesetz, dass das Erfordernis der Einwilligung zehn Jahre nach dem Tod der abgebildeten Person erlischt. In der Zeitspanne zwischen dem Tod und dem Ablauf der Zehnjahresfrist sind die Angehörigen um Erlaubnis zu ersuchen, laut Gesetz „der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten“. Die Zehnjahresfrist gilt allerdings ebenfalls nicht uneingeschränkt. Auch nach Ablauf der zehn Jahre können postmortale Persönlichkeitsrechte einer Veröffentlichung entgegenstehen. Dies wäre vor allem der Fall, wenn Persönlichkeitsinteressen des Verstorbenen grob beeinträchtigt werden. Das postmortale Persönlichkeitsrecht leitet sich aus dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ab und soll die Person auch über ihren Tod hinaus vor herabwürdigenden Darstellungen schützen. Das kann zum Beispiel bei Nacktaufnahmen oder bei Bildern der Fall sein, die die Person in kompromittierenden Situationen zeigen. Das Recht selbst kann nur von den Angehörigen des Verstorbenen geltend gemacht werden.



# V Haftung und Verantwortung

## 1. Einführung

Kommt es im Rahmen von Open-Science-Projekten zu Verletzungen von Urheber- oder Persönlichkeitsrechten oder zu Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen, kann das haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Diese werden zumeist zivilrechtlicher, können unter Umständen aber auch strafrechtlicher Natur sein. Die potenziellen Folgen werden in diesem Abschnitt kurz dargestellt. In den meisten Fällen wird es der geschädigten Person darum gehen, dass die verletzende Handlung beendet wird und ihr garantiert wird, dass es nicht zu einer Wiederholung kommt. Hierfür stehen ihr, soweit alle rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, Unterlassungsansprüche zu. Daneben kommen auch Schadensersatz- oder Beseitigungsansprüche in Betracht. Strafrechtliche Sanktionen werden die Ausnahme sein.

## 2. Haftung für eigene Verletzungen

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen der Haftung für eigene Handlungen und der Haftung für Rechtsverletzungen, die Dritte begangen haben. Letzteres ist beispielsweise relevant für die Haftung von Universitäten oder Behörden bei Rechtsverletzungen ihrer Mitarbeiter. Auch die Haftung eines Internet-Service-Providers für Rechtsverletzungen seiner Nutzer auf einer User-Generated-Content-Plattform oder einem Hosting-Service fällt in diese Kategorie.

### a) Haftung für Urheberrechtsverletzungen

#### (1) Beseitigung und Unterlassung, Schadensersatz

Wer in seinen Urheber- oder sonstigen nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechten verletzt wird – beispielsweise einem Leistungsschutzrecht an einer einfachen Fotografie (Lichtbildrecht) – kann vom Verletzer verlangen, die Beeinträchtigung zu beseitigen (§ 97 Abs. 1 UrhG). Geht es also etwa um ein Foto, das ohne Erlaubnis des Fotografen im Rahmen eines Open-Science-Projektes auf eine Webseite hochgeladen wurde, kann der Fotograf die Löschung des Fotos vom Server fordern. Zudem kann er eine Erklärung verlangen, nach der diese Rechtsverletzung auch in Zukunft unterlassen wird (sogenannte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, UVE). Schließlich steht ihm in der Regel ein Anspruch auf Schadensersatz zu. All diese Ansprüche können dem Urheber selbst oder einem Verwerter, also dem Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte wie zum Beispiel einem Verlag, zustehen. Die Ansprüche richten sich grundsätzlich gegen den Rechtsverletzer selbst, also in diesem Beispiel den, der das Foto hochgeladen hat. Zur Frage, ob auch Dritte (die Universität, generell ein Arbeitgeber, Plattformbetreiber etc.) in Anspruch genommen werden können, siehe Abschnitt Teil 1, V. 3. b). Verletzungsverfahren sollen zunächst mit einer Abmahnung oder einer informellen Aufforderung begonnen werden, die Rechtsverletzung zu unterbinden (§ 97a UrhG).

Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sowie der zivilrechtliche Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten sind verschuldensunabhängig. Das heißt, dass gegenüber solchen Ansprüchen nicht eingewendet werden kann, dass man nichts von der Rechtsverletzung wusste oder nicht einmal wissen konnte. Dagegen sind Schadensersatzansprüche auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr im Grundsatz verschuldensabhängig. Sie können also nur geltend gemacht werden, wenn der Verletzer zumindest leicht fahrlässig gehandelt hat (§ 97 Abs. 2 UrhG). Nach gängiger Rechtsprechung sind die Anforderungen an das Verschulden (der „Verschuldensmaßstab“) gerade bei Urheberrechtsverletzungen jedoch außerordentlich gering. Generell wird davon ausgegangen, dass das Verschulden bereits durch die Rechtsverletzung indiziert wird und damit, dass bei Urheberrechtsverletzungen annähernd immer zumindest leichte Fahrlässigkeit gegeben ist.

## (2) Strafrechtliche Sanktionen

Neben den genannten Folgen kommt nach dem Urheberrechtsgesetz zudem eine strafrechtliche Haftung in Betracht. Das ist der Fall, wenn eine Person ohne (vertragliche oder gesetzliche) Berechtigung geschützte Inhalte nutzt (also beispielsweise ins Internet hochlädt, § 106 UrhG). Die strafrechtliche Verantwortung trifft grundsätzlich den Täter, also die natürliche Person, die die Rechtsverletzung begangen hat (§§ 14, 25 StGB). Strafbarkeit setzt jedoch voraus, dass der Verletzer vorsätzlich gehandelt hat, also wusste, dass er gegen Urheberrechte verstößt und dies zumindest „billigend in Kauf nahm“. Strafrechtliche Verstöße gegen das Urheberrecht werden nur auf Antrag durch die staatlichen Strafverfolgungsorgane (Staatsanwaltschaft) verfolgt, was – jedenfalls bei Einzelverstößen und abseits von massiven Urheberrechtsverletzungen – eine Seltenheit ist.

In Bezug auf Urheberrechtsverletzungen durch Endnutzer wurden strafrechtliche Ermittlungsverfahren im großen Umfang erstmals und nur für eine gewisse Zeit in Bezug auf Rechtsverletzungen bei Filesharing geführt. Dies ging seinerzeit darauf zurück, dass Filesharer nur über einen strafrechtlichen Umweg identifiziert werden konnten.

Nur aus dem Strafrecht konnte eine Pflicht von Internet-Providern abgeleitet werden, die Person des Anschlussinhabers gegenüber den Strafverfolgungsbehörden offenzulegen. Diese Information war für die Rechteinhaber unerlässlich, um ihre Ansprüche gegenüber Internet-Nutzern durchsetzen zu können. Seit 2008 sieht das Urheberrecht jedoch einen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch vor (§ 101a UrhG), die dem Kuriosum strafrechtlicher Maßnahmen gegen Endnutzer weitgehend ein Ende bereitet hat.

## **b) Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen**

### **(1) Beseitigung und Unterlassung, Schadensersatz, Schmerzensgeld**

Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen bei Verletzungen des Rechts am eigenen Bild sind in § 37 KUG geregelt. Auch sie umfassen Beseitigungs- und Unterlassungs- sowie Schadensersatzansprüche. Die Anforderungen hierfür entsprechen weitgehend denen des Urheberrechts.

Daneben und für Persönlichkeitsrechte generell – also über das Recht am eigenen Bild hinaus – können sich zudem Ansprüche aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ergeben. Die Anspruchsgrundlage für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Allgemeinen ist § 823 Abs. 1 in Verbindung mit § 1004 (analog) BGB. Hiernach kann beispielsweise ein Betroffener von beleidigenden Äußerungen auf einem Online-Portal deren Beseitigung (Löschung) und Unterlassung verlangen. Der Unterlassungsanspruch erstreckt sich – wie im Urheberrecht – auf zukünftiges Verhalten, weshalb die Unterzeichnung einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung verlangt werden kann. Solche Erklärungen sind im Regelfall strafbewehrt, was bedeutet, dass bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung Strafen – normalerweise in Form von Geldstrafen oder speziellen Schadensersatzansprüchen – drohen. Zudem kann der von unwahren Tatsachenbehauptungen

Betroffene unter bestimmten Umständen verlangen, dass der Verletzer die Behauptung widerruft oder korrigiert.

Persönlichkeitsrechtlich justiziabel sind generell nur (unwahre) Tatsachenbehauptungen sowie Beleidigungen und andere nicht von der Rechtsordnung geduldete Meinungsäußerungen. Im Allgemeinen sind Werturteile oder Meinungsäußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt und können grundsätzlich nicht untersagt werden. Sie können auch nicht „falsch“ sein und daher im Grundsatz nicht widerrufen, berichtigt oder ergänzt werden. Meinungsäußerungen sind damit nur unter besonderen Umständen justiziabel. Was eine Tatsache und was ein Werturteil oder eine Meinungsäußerung ist, kann in Grenzfällen schwer zu beurteilen sein. Die Frage ist oft Auslegungssache und hängt dann vom Einzelfall, unter anderem vom Kontext, ab.

Schadensersatzansprüche aufgrund von Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind – anders als die vorstehend erläuterten Ansprüche – verschuldensabhängig. Nur wer zumindest leicht fahrlässig Persönlichkeitsrechte verletzt, haftet daher auf Schadensersatz.

Grundsätzlich gilt nach deutschem Recht, dass auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen lediglich Vermögensschäden ersetzt werden müssen. Wurde etwa ein Foto mit einer Person widerrechtlich in ein Online-Portal hochgeladen, kann also grundsätzlich ein materieller Schadensersatz nur gefordert werden, wenn tatsächlich auch ein materieller (vor allem finanzieller) Schaden entstanden ist. Das wird häufig nicht der Fall sein. Ein Sonderfall wäre beispielsweise, dass eine Person normalerweise für die Veröffentlichung von Fotos bezahlt wird (wie bei einem Model). Hier könnte gegebenenfalls entgangener Gewinn verlangt werden.

Ist die erfolgte Verletzung des Persönlichkeitsrechts als schwerwiegend zu qualifizieren, kommt im Ausnahmefall ein Anspruch auf Geldentschädigung auch dann in Betracht, wenn kein materieller, sondern nur ein ideeller Schaden entstanden ist. Dieser wird gemeinhin als „Schmerzensgeld“ bezeichnet. Mit diesem Mittel sollen mit einer Rechtsverletzung einhergegangene erhebliche Beeinträchtigungen kompensiert und dem Verletzten eine gewisse Genugtuung verschafft werden. Auch Schmerzensgeldansprüche sind verschuldensabhängig,

die Persönlichkeitsrechtsverletzung muss also vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt worden sein.

Ob es sich um eine *schwere* Verletzung handelt, die mit Schmerzensgeld geahndet werden kann, ist Einzelfallfrage. Dies wird nur in seltenen Fällen eindeutig sein (etwa bei der Veröffentlichung von Nacktfotos ohne Zustimmung), wird aber in der Regel von allerhand Faktoren abhängen, die jeweils ermittelt und gewertet werden müssen.

## (2) Strafrechtliche Sanktionen

Die Verletzung von Persönlichkeitsrechten kann strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, wenn sie vorsätzlich begangen wurden. Wer gegen das Recht am eigenen Bild verstößt, kann gemäß § 33 KUG „mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe“ bestraft werden. Wenn es sich um Aufnahmen aus der Intimsphäre der betroffenen Person handelt, verschärft § 201a des Strafgesetzbuches (StGB) diese Regelung noch einmal.

Auch Beleidigungen, die sogenannte üble Nachrede sowie Verleumdungen stellen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Person dar. Diese Vergehen sind nach §§ 185–187 StGB strafbar. Schließlich ist es strafbar, eine andere Person ohne Zustimmung heimlich aufzunehmen oder abzuhören oder eine solche Aufnahme zu veröffentlichen beziehungsweise den Inhalt dessen, was der heimlich Aufgenommene geäußert hat, der Öffentlichkeit mitzuteilen (§ 201 StGB). Gleiches gilt, wenn jemand das Briefgeheimnis verletzt, also Briefe oder andere verschlossene Schriftstücke, die für einen anderen bestimmt sind, öffnet (§ 202 StGB).

## c) Haftung für Datenschutzrechtsverletzungen

### (1) Schadensersatz und Entschädigung

Wer als „Verantwortlicher“ (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, IV. 4. a) (3)) gegen die Bestimmungen der DSGVO verstößt, kann vom Betroffenen auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die Schadensersatzpflicht entfällt nur, wenn sich der Verantwortliche „exkulpieren“ kann, indem er nachweist, in „keinerlei Hinsicht“ für die Entstehung des Schadens verantwortlich zu sein (Art. 82 Abs. 3 DSGVO). Jeglicher datenschutzrechtliche Verstoß kann entsprechend verfolgt werden, auch zum Beispiel kleinere Verstöße gegen Informationspflichten. Voraussetzung ist jedoch, dass die Verletzung kausal für einen konkret entstandenen Vermögensschaden war, also eine Ursache dafür gesetzt hat, dass ein solcher eingetreten ist. Dies wird häufig nicht der Fall, zumindest aber schwer nachweisbar sein. Schadensersatzansprüche wegen datenschutzrechtlicher Verstöße sind zudem verschuldensabhängig.

Darüber hinaus sieht die DSGVO vor, dass nicht nur materielle Schäden zu ersetzen sind, sondern auch immaterielle. Anders als bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts wird hierfür aber nicht vorausgesetzt, dass es sich um besonders schwere Verletzungen handeln muss. Die Verpflichtung, Schmerzensgeld zu zahlen, soll gerade eine abschreckende Wirkung entfalten und Unternehmen und andere Verantwortliche dazu anhalten, ihre Verpflichtungen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten auch einzuhalten.

### (2) Bußgelder

Verstöße gegen die DSGVO können zudem behördlich verhängte Bußgelder nach sich ziehen. Diese können bis zu 20 Millionen Euro beziehungsweise bis zu vier Prozent des globalen Jahresumsatzes eines Unternehmens betragen. Hierbei handelt es sich jedoch nur um einen – sehr weit gesteckten – Rahmen, von dem die EU eine abschreckende Wirkung des Datenschutzrechts gegen Verstöße durch große

Konzerne erwartet. Derartig hohe Bußgelder werden eine absolute Seltenheit sein. Ohnehin gibt die DSGVO den Mitgliedstaaten nicht vor, ob überhaupt Bußgelder gegen öffentliche Stellen und Behörden verhängt werden können. Diese können selbst entscheiden, ob sie entsprechende Regelungen einführen (Art. 83 Abs. 7 DSGVO).

Es ist zu erwarten, dass sowohl der Bund als auch die einzelnen Bundesländer im Verhältnis zu ihren Behörden und öffentlichen Stellen nicht zu dieser Maßnahme greifen werden. Die Freie und Hansestadt Hamburg, zum Beispiel, hat dies in der Neufassung des Hamburgischen Datenschutzgesetzes bereits ausdrücklich so festgelegt. Hier heißt es, die Befugnis, Geldbußen zu verhängen, stehe der oder dem Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit gegenüber Behörden und öffentlichen Stellen *nicht* zu (§ 24 Abs. 3 HmbDSG). Eine Ausnahme davon soll nur dann gelten, wenn die öffentlichen Stellen der Freien und Hansestadt – worunter die Hochschulen, Universitäten und die Staats- und Universitätsbibliothek fallen – als Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen (§ 2 Abs. 3 HmbDSG). Das dürfte aber auf den Großteil der Tätigkeiten der Hochschulen und Bibliothek nicht zutreffen. Auch ein Open-Science-Portal zu betreiben, das den Bürgerinnen unentgeltlich Forschungsdaten und -ergebnisse online zur Verfügung stellt, ist kein unternehmerisches Handeln im Wettbewerb, sondern eine Maßnahme im Rahmen des öffentlichen Auftrags der Institution (§ 4 HmbDSG).

Insofern kann der Hamburgische Datenschutzbeauftragte zwar, wie in der Datenschutzgrundverordnung vorgesehen, die Datenschutzpraxis öffentlicher Stellen prüfen, gegebenenfalls auf Verstöße hinweisen sowie Maßnahmen zur Abhilfe anordnen (§ 24 Abs. 1 HmbDSG i.V.m. Art. 58 DSGVO). Für die Verhängung von Bußgeldern fehlt es derzeit jedoch an einer Rechtsgrundlage.

### (3) Strafrechtliche Sanktionen

Neben Geldbußen sieht die DSGVO zudem für die EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit vor, strafrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen das Datenschutzrecht festzulegen (Art. 84 Abs. 1 DSGVO). Davon haben

sowohl der Bund in der Neufassung des Bundesdatenschutzgesetzes (§ 42 BDSG) als auch Bundesländer in den Landesdatenschutzgesetzen Gebrauch gemacht. Letztere werden für Aktivitäten der Hochschulen auf dem Gebiet von Open Science in der Regel anwendbar sein.

Die Freie und Hansestadt Hamburg hat beispielsweise in der Neufassung ihres Datenschutzgesetzes festgelegt, dass Verstöße gegen Datenschutzrecht strafbar sein können (§ 26 Abs. 1 HmbDSG). Das ist zum einen dann der Fall, wenn personenbezogene Daten, die nicht in öffentlichen Quellen zugänglich („offenkundig“) sind, widerrechtlich verarbeitet werden. Ebenfalls strafbar soll es sein, sich oder anderen personenbezogene Daten durch Täuschung zu verschaffen. Hierunter könnten Phishing-Anrufe fallen, bei denen vorgegaukelt wird, Daten für eine demoskopische Umfrage zu erheben. Für eine Strafbarkeit ist dabei zusätzlich erforderlich, dass sich der Verletzer durch den Datenschutzverstoß bereichern, also vor allem finanzielle Vorteile erlangen, will. Die Nutzung von Daten in gemeinnützigen Projekten, wie es Open-Science-Programme üblicherweise sein werden, wird diese Kriterien in der Regel nicht erfüllen.

Neben den Datenschutzgesetzen enthält auch das Strafgesetzbuch selbst Vorschriften, die datenschutzrechtliche Vergehen sanktionieren. Das „Ausspähen von Daten“ (§ 202a StGB) und das „Abfangen von Daten“ (§ 202b StGB) setzen jeweils voraus, dass man sich „unter Überwindung der Zugangssicherung“ beziehungsweise „unter Anwendung von technischen Mitteln“ bewusst unbefugt Zugriff auf fremde Daten verschafft.

Im Übrigen sind Datenschutzverstöße nur strafbar, wenn sie vorsätzlich begangen werden. Wer lediglich fahrlässig, also aus Versehen, gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstößt, muss nicht befürchten, dafür strafrechtlich belangt zu werden.

### 3. Haftungen für Rechtsverletzungen Dritter

#### a) Haftung für fremde Inhalte, Störerhaftung

Neben dem eigentlichen Rechtsverletzer können auch Dritte unter Umständen für Rechtsverletzungen verantwortlich gemacht werden. Das gilt unter anderem für Dienstanbieter von Plattformen oder Hostingservices, bei denen Nutzer ihre Inhalte einstellen oder teilen können (User-Generated-Content-Dienste, wie zum Beispiel Videoplattformen, Social-Media-Dienste, Online-Foren oder auch Lern-Management-Systeme, in die Studierende eigene Inhalte hochladen können). Der Betreiber einer Online-Plattform oder eines Repositoriums für Open-Science-Materialien beispielsweise haftet in gewissem Maß für die Handlungen seiner Nutzer, sofern diese eigenes Material einstellen können. Eine solche Dritthaftung unterliegt den Grundsätzen der sogenannten Störerhaftung.

Hiernach ist die Verantwortlichkeit von Dienstanbietern für fremde Inhalte beschränkt. Es können also nicht sämtliche, wie oben beschriebenen, Verletzungsansprüche geltend gemacht werden. Auch haften sie nicht unmittelbar für jede über ihren Service begangene Verletzungshandlung (ansonsten wäre der Betrieb einer großen Plattform praktisch unmöglich). Nach dem Telemediengesetz (§ 10 TMG) haften Anbieter von User-Generated-Content-Plattformen und Hostingprovider grundsätzlich nur nach dem Prinzip des *notice and take down*. Hiernach entstehen eine Verantwortung und hiermit korrespondierende Haftungsansprüche erst, wenn der Dienstanbieter auf eine Rechtsverletzung konkret aufmerksam gemacht wurde oder anderweitig von ihr Kenntnis erlangt. Nachdem er informiert wurde, muss er unverzüglich handeln und den rechtswidrigen Inhalt löschen (oder jedenfalls den Zugang sperren). Ob und unter welchen Umständen ein Dienstanbieter darüber hinaus verpflichtet werden kann, diese oder gar ähnliche Rechtsverletzungen zukünftig zu verhindern, ist umstritten und hängt von den Einzelumständen ab. Schadensersatzansprüche können gegen einen Störer jedenfalls nicht geltend gemacht werden.

## b) Haftung von Arbeitgebern und Dienstherrn für Rechtsverletzungen ihrer Mitarbeiter

Handeln Personen in Angestellten- oder Dienstverhältnissen und kommt es in diesem Zusammenhang zu Rechtsverletzungen, gelten unterschiedliche Regelungen über die Haftungsverteilung. Von besonderer Relevanz ist diese besondere Konstellation nur für zivilrechtliche Ansprüche. In strafrechtlicher Hinsicht ist jeder selbst für seine oder seinen Anteil an der Rechtsverletzung verantwortlich. Dabei kann auch ein Arbeitgeber persönlich strafbar sein, wenn ein Mitarbeiter eine strafbare Handlung begangen hat. Er haftet jedoch nicht etwa stellvertretend oder ergänzend für das Verhalten des Mitarbeiters, sondern allenfalls für eigenes Verschulden. Dies kann in Beihilfe- oder Anstiftungshandlungen liegen. An der Strafbarkeit des eigentlichen Täters (also des Mitarbeiters) ändert dies nichts.

Für die zivilrechtliche Haftungsverteilung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Unternehmen, Behörden und agierenden Personen enthalten die jeweils einschlägigen Gesetze in der Regel besondere Vorschriften.

### (1) Urheberrecht

Begehen beispielsweise Mitarbeiter von Universitäten im Rahmen der Erfüllung ihrer arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten Urheberrechtsverletzungen, muss sich die Universität dieses Verhalten zu-rechnen lassen und kann zivilrechtlich in Anspruch genommen werden (§ 99 UrhG). In der Vorschrift ist zwar nur von „Unternehmen“ die Rede, dies ist aber weit zu verstehen und erfasst auch Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Universitäten. Die Haftung der Universität besteht dabei neben der persönlichen Haftung des Mitarbeiters. Der Verletzte kann sich also aussuchen, ob er beide oder nur einen der möglichen Anspruchsgegner heranziehen will.

Die Haftungszurechnung nach § 99 UrhG gilt nur für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche. Gemäß § 102a UrhG sind jedoch Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften nicht ausgeschlossen.

Eine Mithaftung von Arbeitgebern und Dienstherrn für Schadensersatzansprüche kann sich daher auch aus verschiedenen Regelungen im allgemeinen Zivilrecht (also insbesondere dem BGB) ergeben. Hiernach kann eine Universität oder sonstige Institution beispielsweise zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn ein Mitarbeiter als Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) oder Verrichtungsgehilfe (§ 831 Abs. 1 BGB) Rechtsverletzungen begeht. Hierbei handelt es sich – vereinfacht ausgedrückt – um Personen, die im Rahmen ihrer arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten und nach Weisung des Arbeitgebers oder Dienstherrn handeln. Auch wenn sie – wie es in der Regel sein wird – nicht angewiesen wurden, Rechtsverletzungen zu begehen, kann der Arbeitgeber oder Dienstherr (zum Beispiel eine Universität) zur Mithaftung verpflichtet sein. Dies kommt zum Beispiel in Betracht, wenn der jeweilige Mitarbeiter nicht sorgfältig ausgewählt wurde.

## (2) Persönlichkeitsrechte

Da es für das allgemeine und die besonderen Persönlichkeitsrechte im Hinblick auf Fragen der abgeleiteten oder kumulativen Haftung keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen gibt (abgesehen vom Datenschutzrecht, dazu sogleich), gelten für mögliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber beziehungsweise die Institution die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln, wie sie im vorhergehenden Abschnitt beschrieben worden sind. Eine Universität oder Behörde kann also für Verletzungen ihrer Mitarbeiter zum Beispiel haftbar gemacht werden, wenn diese als Erfüllungs- oder als Verrichtungsgehilfen handeln.

## (3) Datenschutzrecht

Die Frage, ob Arbeitgeber und Dienstherrn für Datenschutzrechtsverstöße ihrer Mitarbeiter haften, hängt an dem datenschutzrechtlichen Begriff des „Verantwortlichen“. Nach Art. 82 DSGVO haftet der Verantwortliche beispielsweise auf Schadensersatz. Wie oben bereits erläutert, ist der Begriff des Verantwortlichen im Datenschutz bewusst

weit formuliert und umfasst sowohl natürliche als auch juristische Personen (wie beispielsweise Universitäten als Körperschaften des öffentlichen Rechts). Verantwortlicher ist, wer „allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten“ entscheidet (Art. 4 Nr. 7 DSGVO).

In der Realität handeln selbstverständlich stets natürliche Personen, nur sie können Datenschutzrechtsverletzungen begehen. Insofern muss die Regelung so verstanden werden, dass das Verhalten von in Arbeits- oder Dienstverhältnissen handelnden Personen den Unternehmen, Behörden oder sonstigen Stellen zuzurechnen ist, für die sie arbeiten. Entsprechend sind in solchen Konstellationen die Unternehmen und Behörden als „Verantwortliche“ im Sinne der DSGVO anzusehen. Sie sind damit für Datenschutzverstöße verantwortlich (nicht das Individuum). Nach Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe, dem unabhängigen Beratungsgremium der Europäischen Kommission in Fragen des Datenschutzes, soll sich daran auch dann nichts ändern, wenn innerhalb des Unternehmens beziehungsweise der Organisation eine Person als „verantwortlich“ benannt worden ist.

Entscheidend für die Haftungsverteilung zwischen Individuen und Institutionen beziehungsweise Unternehmen ist das Kriterium der Weisungsgebundenheit. Ist die handelnde Person angestellt und verarbeitet personengebundene Daten für ihren Arbeitgeber, so ist der Arbeitgeber für ihre Datenschutzrechtsverletzungen verantwortlich. Das gilt allerdings nicht für freie Mitarbeiter, Professoren oder andere Wissenschaftler, die frei verantwortlich und ohne an Weisungen gebunden zu sein für eigene (Forschungs-)Zwecke Daten erheben und weiterverarbeiten. In dieser Konstellation sind die Personen selbst Verantwortliche im Sinne des Datenschutzrechts und können daher bei Verletzungen auch selbst in Anspruch genommen werden (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 4. a) (3).



**Teil 2:**



**Häufige**

**Rechtsfragen bei**

**Open Science**



# I Lizenzverträge / Veröffentlichungsvereinbarungen / Deposit Licenses

**(1) Ist eine gescannte und elektronisch versandte Veröffentlichungsvereinbarung „gerichtsfest“ oder brauchen wir ein Original der Unterschrift?**

Grundsätzlich ist für Lizenzverträge und sonstige Veröffentlichungsvereinbarungen keine besondere Form erforderlich. Sie können sowohl mündlich als auch elektronisch (per E-Mail, Fax oder Ähnliches) oder schriftlich geschlossen werden. Insofern ist es für die Wirksamkeit des Vertrages nicht von Bedeutung, ob er eine Unterschrift enthält oder wie diese erfolgt ist. Gleichwohl wird es sinnvoll sein, zumindest textliche Vereinbarungen (statt nur mündlich) zu schließen, um deren Beweiskraft zu stärken. Ob etwaige Unterschriften hierbei digital oder im Original erfolgen, ist jedoch zweitrangig.

Eine Ausnahme besteht lediglich für Verträge über künftige Werke. Verpflichtet sich ein Urheber vorab zur Erstellung von Werken, die

noch nicht näher bestimmt sind, muss dieser Vertrag schriftlich geschlossen werden (§ 40 UrhG). Beispiele hierfür können Arbeitsverträge oder Aufträge sein, durch die sich ein Arbeit- oder Auftragnehmer generell zur Erstellung geschützter Werke verpflichtet.

## **(2) Welche Rechte braucht man, um Dokumente (als Dienstleister) unter einer Open-Access-Lizenz publizieren zu dürfen?**

Grundsätzlich gilt: Der Lizenzgeber einer offenen Lizenz (wie einer CC-Lizenz) muss zumindest über all diejenigen Rechte verfügen, die er den Endnutzern einräumen will. Ist der Urheber/Autor selbst der Lizenzgeber, ist das unproblematisch gegeben, sofern er nicht bereits exklusive Rechte an einen Dritten (etwa im Rahmen einer Verlagspublikation) vergeben hat. Der Urheber ist originärer Inhaber aller Rechte am Werk.

Überlässt der Urheber einem Dienstleister, zum Beispiel dem Betreiber eines Repositoriums, sein Werk zur Veröffentlichung (statt es selbst zu publizieren), muss er diesem sämtliche erforderlichen Rechte exklusiv einräumen, wenn der Dienstleister selbst der Lizenzgeber der Open-Access-Lizenz werden soll. Alternativ kann der Urheber ihn auch lediglich beauftragen, sein Werk unter einer Open-Access-Lizenz in das Repository einzustellen. In diesem Fall bleibt der Urheber Inhaber aller Rechte und er fungiert selbst als Lizenzgeber. Eine Rechteübertragung an den Dienstleister ist dann nicht nötig (siehe Abschnitt Teil 1, I. 5).

## II Offene Lizenzen

(1) Welche Bedingungen gelten, wenn keine Lizenz angegeben ist (zum Beispiel Texte auf privaten Homepages)?

Inhalte, die ohne Lizenzangaben ins Netz gestellt werden, dürfen nur nach den gesetzlichen Bestimmungen genutzt werden. Sie dürfen angesehen, zu privaten Zwecken auch gespeichert oder ausgedruckt werden. Es darf hieraus zitiert und unter Umständen dürfen sie auch – nach den gesetzlichen Schrankenbestimmungen – für Unterrichts- oder Forschungszwecke in Teilen verwendet werden (siehe Abschnitt Teil 1, I. 8. a)).

Merke: Keine Lizenzangaben zu machen ist gleichbedeutend mit „All Rights Reserved“ (was besagt, dass alle Rechte, über die der Rechteinhaber verfügen kann, vorbehalten werden).

## (2) „Funktionieren“ die Lizenzen BSD, MIT, Creative Commons etc. ohne Einschränkungen in Deutschland?

Die grundsätzliche Rechtsverbindlichkeit von offenen Lizenzen nach deutschem Recht wurde mittlerweile in einer Vielzahl Gerichtsentscheidungen anerkannt. Dies betrifft zentrale Funktionen, wie die Wirksamkeit des Vertragsschlusses, Beendigungs- und Copyleft-Klauseln sowie Lizenzpflichten. Unwirksam sind dagegen die in US-amerikanischen Lizenztexten (soweit diese nicht an das deutsche Recht angepasst wurden) enthaltenen vollumfänglichen Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse. Aus diesem und anderen Gründen hat Creative Commons eine Zeit lang „Länderportierungen“ der Lizenzen erstellt und verfügbar gemacht, die rechtlich (also nicht nur sprachlich) an die jeweilige Rechtsordnung angepasst waren. Seit Version 4 der CC-Lizenzen wurde dieser Ansatz jedoch aufgegeben. Die CC-Lizenzen ab Version 4 stellen jedoch klar, dass, wenn einzelne Klauseln einer Lizenz nach dem Recht des jeweiligen Staates rechtlich unwirksam sind, an ihrer Stelle die gesetzlichen Regelungen gelten sollen. Ob diese Regelung in jedem Fall wirksam ist und welche Folgen sie jeweils hat, ist eine schwierige Frage, die nicht pauschal beantwortet werden kann. Das Haftungsniveau für Inhalte, die unter offenen Lizenzen veröffentlicht werden, ist für den Lizenzgeber jedenfalls ohnehin sehr gering, der Unterschied zu einem vollumfassenden Haftungsausschluss per Lizenzklausel ist daher eher marginal.

(3) Kann man eine CC BY-Publikation (im Open-Access-Verlag, Closed-Access-Verlag, Fachrepositorium, ... erschienen – jedenfalls nicht auf institutseigenem Repositorium) als „repositoriumszuständige Person“ ohne Einverständnis des Urhebers auf dem institutseigenen Repositorium hochladen und bereitstellen?

Offene Lizenzen dienen genau dazu, solche Nachnutzungen zu gestatten. Sie sollen ermöglichen, dass sich die hierunter lizenzierten Inhalte möglichst frei verbreiten können. Die Lizenzbestimmungen (vor allem die Pflicht zur Autorennennung und Angabe der geltenden Lizenz) sind dabei natürlich einzuhalten. Die Befugnis zur Nachnutzung eines CC BY-lizenzierten Werkes gilt im Übrigen unabhängig davon, ob das „institutseigene Repositorium“ frei und für jedermann zugänglich ist oder nur für bestimmte Personenkreise (zum Beispiel registrierte Nutzer). Das Recht zur Nachnutzung verpflichtet nicht zur freien Zugänglichmachung an die uneingeschränkte Öffentlichkeit, sondern es erlaubt sie lediglich (siehe Abschnitt Teil 1, III. 5).

(4) Kann eine CC-Lizenz zurückgerufen oder befristet werden? Wie verhält es sich mit dem Umgang mit zurückgerufenen Werken „aus gewandelter Überzeugung“?

Grundsätzlich ist ein Rückruf oder eine Kündigung der Lizenz nicht möglich. CC-Lizenzen gelten zeitlich unbegrenzt, das heißt die hieraus sich ergebenden Regeln enden erst mit Ablauf des lizenzierten (Urheber- oder Leistungsschutz-)Rechts (siehe Ziffer 6a der CC-Lizenzen in Version 4.0). Sie erlöschen im Hinblick auf den jeweiligen Nutzer (Lizenznehmer) jedoch automatisch, wenn er sich nicht an die Lizenzbedingungen hält.

Lizenzen zurückzuziehen oder zu kündigen ist praktisch kaum möglich. Die offene Lizenzierung bewirkt, dass Inhalte nachgenutzt werden können, ohne mit dem Lizenzgeber in Kontakt zu treten. Die

Nachnutzer müssen dabei weder in Erscheinung treten, noch sind sie verpflichtet, die Inhalte selbst wieder öffentlich zugänglich zu machen (siehe Antwort auf Frage II (3)). Gerade bei populären Inhalten, die sich weit verbreitet haben, dürfte es kaum möglich sein, sämtliche genutzten Kopien aufzuspüren und „aus dem Verkehr zu ziehen“. Entsprechend ist dies durch die Lizenzbestimmungen auch nicht vorgesehen (siehe Abschnitt Teil I, III. 4).

Ein Rückruf aufgrund gewandelter Überzeugung bleibt – trotz der vertraglich vorgesehenen Unkündbarkeit von CC-Lizenzen – gemäß § 42 UrhG möglich. Dieses Urheberpersönlichkeitsrecht kann vertraglich nicht ausgeschlossen und hierauf kann auch nicht verzichtet werden (§ 42 Abs. 2 UrhG). In vielen Fällen wird diese Maßnahme allerdings rein praktisch kaum realisierbar sein (siehe oben). Auch ist der Anwendungsbereich sehr eng.

**(5) Können die auf dem Dissertations-Server veröffentlichten Dokumente, die alle frei über das Internet heruntergeladen werden können und für die bislang keine CC-Lizenzen vergeben worden sind, alle als Open-Access-Publikationen gekennzeichnet werden (denn es gibt unterschiedliche Definitionsansätze)? Wenn Lizenzen zur Auswahl angeboten werden, die nicht im Sinne von „Libre Open Access“ sind, sollen die betreffenden Dokumente trotzdem als Open-Access-Dokumente ausgezeichnet werden, da der Zugang ja „frei“ ist?**

Es gibt verschiedene Definitionen von Open Access. Die meisten sehen eine kostenlose Zugänglichkeit der Materialien für jedermann vor. Vor allem aber ist elementare Grundlage aller bekannten Open-Access-Definitionen, dass (zudem) die freie Nachnutzung (Weiterverbreitung, öffentliche Zugänglichmachung, Kopieren und so weiter) gestattet ist. Lizenzen oder sonstige Nutzungsbedingungen, die solche Nachnutzungsrechte nicht vorsehen, sind nicht „open“, gestatten keinen „Open Access“ und sollten auch nicht so bezeichnet werden.

Denn „open“ ist nicht gleichzusetzen mit „kostenlose Zugang für jedermann“ (ansonsten wäre annähernd das gesamte Internet „open“). Hinzukommen muss die Einräumung von Nachnutzungsrechten für die Allgemeinheit, die letztlich nur durch den Einsatz von offenen Lizenzen realisiert werden kann (siehe Abschnitt Teil 1, III. 7).

Der Begriff Libre Open Access ist weder ein allgemein anerkannter noch klar definierter Begriff. Er soll offenbar „richtiges“ Open Access bezeichnen. Er bezieht sich also auf Inhalte, die nicht nur kostenlos genutzt werden können, sondern deren Nachnutzung durch eine offene Lizenz weitgehend gestattet ist. Wie weitgehend, also ob er beispielsweise zwingend auch die Einräumung von Rechten zur kommerziellen Nutzung oder von Bearbeitungsrechten voraussetzt, ist unklar. Jedenfalls ist der Begriff Libre Open Access ein Pleonasmus (er hebt eine Selbstverständlichkeit als besonderes Attribut hervor) und damit irreführend. Ein sinnvolles Begriffspaar wäre dagegen: „Gratis Access“ und „Open Access“.

**(6) Bestimmte CC-Lizenzen sind nicht Open-Access-konform im Sinne von „Libre Open Access“ und somit auch nicht im Sinne der „Berliner Erklärung“, beispielsweise wenn die Bearbeitung nicht erlaubt wird (beim Modul Keine Bearbeitung ND) oder eingeschränkt wird auf eine nicht-kommerzielle Nutzung (Modul NC).**

Eine einheitliche Definition von Open Access gibt es nicht. Beispielsweise schreibt die Budapester Erklärung nicht vor, dass auch Bearbeitungen erlaubt werden (siehe „Budapest Open Access Initiative“). Die Berliner Erklärung geht weiter (siehe „Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities“). Wie die Budapester Erklärung setzt sie nicht nur kostenlose Nutzung voraus, sondern auch die lizenzgebührenfreie Einräumung weitreichender Nachnutzungsrechte, einschließlich von Bearbeitungsrechten. Ob ihre Definition gleichbedeutend ist mit dem Begriff „Libre Open Access“, ist unklar, da letzterer nicht klar definiert ist (und, wie gesagt,

ohnehin irreführend). Ob eine Lizenz Open-Access-konform ist, hängt davon ab, welcher Definition man folgt. Die Definitionen variieren in manchen Punkten. Nach Ansicht der Verfasser ist die sehr weitgehende Berliner Erklärung inhaltlich am besten geeignet, um die Ziele von Open Access zu erreichen. Sie kann aber, eben aufgrund ihrer Reichweite, auch abschreckend wirken.

**(7) Sollten bestimmte CC-Lizenzen, die nicht Libre-Open-Access-konform sind, für Nutzer gar nicht zur Auswahl angeboten werden?**

Wie gesagt würden wir generell nicht empfehlen, restriktive Lizenzen (wie NC oder ND) im Kontext von Open Access zu verwenden. Die Lizenzbeschränkungen können die Ziele von Open Access gefährden. Insbesondere führen sie häufig zu nicht intendierten Nebeneffekten, weil Lizenzbeschränkungen dieser Art zu Rechtsunsicherheit und damit oft zu Unternutzung führen. Auch haben die Lizenzbeschränkungen nicht selten überschießende Effekte. So unterbindet die ND-Klausel beispielsweise, dass Übersetzungen ohne zusätzliche vertragliche Vereinbarungen angefertigt und veröffentlicht werden dürfen (Übersetzungen sind Bearbeitungen im rechtlichen Sinn). Die NC-Beschränkung schließt es aus, dass Freiberufler das Material auf Basis der Lizenz nutzen können. Niedergelassene Ärzte dürften also als NC lizenziertes medizinisches Material nicht ohne individuelle Vereinbarung nutzen.

**(8) Ein oft genanntes Grundproblem sind die CC-Lizenzen, die sich eigentlich nicht auf Software und Daten beziehen – wie kann man dies lösen?**

Es gibt eine Vielzahl von offenen Lizenzen und eine Reihe verschiedener Gattungen offener Lizenzen. Generell ist zu unterscheiden zwischen Open-Content-Lizenzen (wie Creative Commons),

Open-Source-Lizenzen (wie den GNU-Lizenzen, etwa die GPL) und Open-Data-Lizenzen (wie den Open Data Common). Dass unterschiedliche Lizenzkategorien für unterschiedliche Arten von Inhalten angeboten werden, hat viele Gründe. Sachlicher Hauptgrund ist, dass sich die Regelungen für Software, Datenbanken und Content (wie Texte, Bilder, Filme, Musik et cetera) unterscheiden. Auch haben diese Gattungen von immateriellen Gütern sehr unterschiedliche Eigenschaften, wodurch sich unterschiedliche Anforderungen und Optionen für Lizenzmodelle ergeben. Generell ist es daher zwar nicht ausgeschlossen, eine Open-Content-Lizenz wie Creative Commons für Software zu verwenden, aber es ist nicht ratsam (siehe Abschnitt Teil 1, III. 4).

**(9) Wann dürfen Volltexte von frei zugänglichen/  
Open-Access-Publikationen indiziert/semantisch  
verarbeitet werden?**

Texte, die unter offenen (Open-Access-)Lizenzen wie CC stehen, dürfen ohne Weiteres ganz oder in Teilen indiziert, semantisch ausgewertet oder in jeder anderen Hinsicht genutzt werden.

Bei Texten, die zwar frei zugänglich sind, aber nicht unter einer offenen Lizenz stehen, gelten die urheberrechtlichen Bestimmungen. Die Indexierung oder semantische Verarbeitung von Inhalten ist urheberrechtlich unbedenklich, soweit sie zu diesem Zweck nicht kopiert, also vervielfältigt werden. Werden also nur Meta-Daten (wie zum Beispiel bibliografische Angaben) von Texten und anderen Werken erfasst, ohne hierfür die Inhalte selbst zu kopieren, ist das urheberrechtlich völlig unbedenklich.

Werden zur Indexierung oder zu analytischen Zwecken Kopien angefertigt, sind die gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes zu beachten. Solche Kopien können nach der Schrankenbestimmung zum Text- und Data-Mining (§ 60d UrhG) oder den Regelungen über die Nutzung durch öffentliche Bibliotheken (§ 60e UrhG) oder über die Nutzung zu Unterrichts- beziehungsweise wissenschaftlichen Zwecken zulässig sein (§§ 60a und 60c UrhG). Ob solche

Regelungen anwendbar sind, hängt von den jeweiligen Umständen ab (siehe Abschnitt Teil 1, I. 8. a)) und ist im Einzelnen zu prüfen.

**(10) Muss die CC-Lizenz auch im Dokument selbst verankert sein, also nicht nur aus den Metadaten ersichtlich sein?**

Die CC-Lizenzen schreiben nicht strikt vor, wie Lizenzhinweise zu setzen sind. In Abschnitt 3, Ziff. 2 der CC-Lizenz, Version 4.0 heißt es beispielsweise:

Sie dürfen die Bedingungen des Abschnitts 3(a)(1) [gemeint sind die Vorschriften über Autoren- und Lizenzhinweise, d. V.] in jeder angemessenen Form erfüllen, je nach Medium, Mittel und Kontext in bzw. mit dem Sie das lizenzierte Material weitergeben. Es kann zum Beispiel angemessen sein, die Bedingungen durch Angabe eines URI oder Hyperlinks auf eine Quelle zu erfüllen, die die erforderlichen Informationen enthält.

Insofern gibt es verschiedene Möglichkeiten, diese Lizenzpflichten zu erfüllen. Um einschätzen zu können, ob eine bestimmte Methode den Vorgaben der Lizenz entspricht, hilft es, sich den Sinn und Zweck der Hinweispflichten vor Augen zu führen. Dieser liegt darin, den Nutzern niederschwellig und ohne besondere Recherchen deutlich zu machen, unter welchen Bedingungen sie das jeweilige Werk nutzen können. Sind die Bedingungen, ist die Lizenz, nicht bekannt oder ersichtlich, können sie nicht rechtswirksam zustande kommen. Sind die Bedingungen nicht bekannt oder ersichtlich, kann die Lizenz nicht rechtswirksam zustande kommen. Es ist also wichtig, dass ein deutlicher, für jeden Empfänger eines Inhalts sichtbarer Lizenzhinweis gesetzt wird. Hinweise, die ausschließlich in den Metadaten der Datei zu finden sind (die weder auf den ersten Blick noch ohne Weiteres für jedermann ersichtlich sind), werden in der Regel nicht ausreichen.

### III Bildrechte

(1) Wie sieht es mit Bildrechten aus, wenn man zum Beispiel in einem Museum ein Bild eines Gegenstandes gemacht hat und dies in einer Publikation verwenden möchte? Ähnliches gilt für Aufnahmen von Gebäuden in der Öffentlichkeit – gilt hier die Panoramafreiheit?

Die Panoramafreiheit bezieht sich nur auf Werke, die sich in der Öffentlichkeit befinden. Fotos von Gebäuden darf man deshalb erstellen und anschließend frei nutzen, soweit es sich um die Außenansicht handelt, die von öffentlich zugänglichen Orten, also zum Beispiel von einer Straße aus zu sehen ist. Auf Bilder in Museen oder auf sonstige Werke, für die man erst ein Gebäude betreten muss, ist diese Schranke des Urheberrechts dementsprechend nicht anwendbar (siehe Abschnitt Teil 1, I. 8.b)).

Ansonsten gelten für Exponate in Museen zunächst die Hausregeln der jeweiligen Institution. Manche Museen untersagen Fotografieren, andere erlauben nur, zu privaten Zwecken zu fotografieren oder sie untersagen es, die Bilder zu veröffentlichen. Das Hausrecht kann der Inhaber generell nach eigenem Ermessen ausüben. Urheberrechtlich gelten dagegen keine Besonderheiten. Unabhängig davon, ob ein Bild, eine Skulptur oder ein anderes Werk in einem Museum ausgestellt ist, darf es nur nach den urheberrechtlichen Regeln abgebildet und die Abbildungen veröffentlicht und verbreitet werden. Ist ein Werk gemeinfrei, dürfen auch Fotos hiervon frei angefertigt und geteilt werden (auch zu kommerziellen Zwecken). Ist das Werk noch geschützt, ist die Nachnutzung eingeschränkt. Nutzungen in der Öffentlichkeit sind nur sehr eingeschränkt zulässig, etwa zu Unterrichts- oder wissenschaftlichen Zwecken.

**(2) Was mache ich, wenn ich für eine Publikation Bilder zum Beispiel von einem Museum gekauft habe, diese aber nur in der gedruckten Version der Publikation genutzt werden dürfen, muss ich dann die PDF-Version an den entsprechenden Stellen schwärzen?**

Soweit es um den Erwerb von Nutzungsrechten an Bildern geht, muss vertraglich zwischen dem Rechteinhaber und dem Erwerber festgelegt werden, auf welche Nutzungen sich die Vereinbarung bezieht. Ist keine ausdrückliche Absprache getroffen worden, wird im Zweifel vermutet, dass die Nutzungsrechte beim Urheber verblieben sind (siehe Abschnitt Teil 1, I. 5). Sind ausdrücklich nur Printrechte erteilt worden, darf der Erwerber die Bilder nicht in der elektronischen Version verwenden. Ob sie zu diesem Zweck geschwärzt oder schlicht in der digitalen Fassung entfernt werden, spielt keine Rolle.

**(3) Es stellt sich die Frage nach den Rechten an einem Bild, das ein Mitarbeiter während seiner Arbeitszeit aufnimmt. Darf er der Nutzung widersprechen, zum Beispiel nach Vertragsende? Was würde dann mit bereits publizierten Inhalten passieren?**

Wurde das Bild in Erfüllung der arbeitsvertraglich festgelegten Pflichten des Arbeitnehmers angefertigt, also im Rahmen der Tätigkeit im Dienstverhältnis, so ist im Regelfall davon auszugehen, dass dem Arbeitgeber konkludent die Nutzungsrechte an dem Bild eingeräumt wurden. Die Frage nach der Wirkung dieser Rechte über die Beendigung des Dienst- beziehungsweise Arbeitsverhältnisses hinaus, hängt von den Absprachen im Einzelfall ab. Waren die Bilder allerdings ausdrücklich als Erfüllung der Pflichten angefertigt worden, ist mangels gegenteiliger Vereinbarungen im Regelfall davon auszugehen, dass die Rechte weiter wirken. Der Arbeitgeber darf die Bilder, die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geschaffen worden sind, auch über dessen Ende hinaus weiter nutzen (siehe Abschnitt Teil 1, I. 5).



## IV Zweitveröffentlichungen und Nachnutzungen

(1) Darf man Preprints zum Beispiel mit dem Hinweis „Preprint. Published in ...“ ins Netz stellen?

In der Regel wird das nur zulässig sein, wenn die Vereinbarung mit dem publizierenden Verlag solche Zweitveröffentlichungen ermöglicht. Denkbar ist zunächst, dass diese Frage ausdrücklich in einer Klausel des Verlagsvertrags geregelt ist. Denkbar ist auch, dass dem Verlag durch den Verlagsvertrag nur nicht ausschließliche (= nicht exklusive) Rechte eingeräumt wurden. Dann ist der Urheber in der eigenen Nutzung seines Werks weiterhin frei.

Unabhängig vom Verlagsvertrag sieht das Urheberrechtsgesetz ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht für bestimmte Arten von Beiträgen vor (§ 38 Abs. 4 UrhG). Es gilt für Artikel in wissenschaftlichen Periodika und kann frühestens zwölf Monate nach der Erstveröffentlichung in Anspruch genommen werden. Ob dessen

Voraussetzungen im Einzelnen vorliegen, ist zu prüfen, da das Zweitveröffentlichungsrecht eine Reihe von Einschränkungen vorsieht (siehe Abschnitt Teil 1, I. 7).

**(2) Wenn für die Erstveröffentlichung einer Publikation die Rechte an einen Verlag abgegeben wurden: Im Wissenschaftsbetrieb ist es gängige Praxis, sich Artikel, die hinter einer Paywall liegen, von Kollegen zu erbitten. Ist das kollegiale Teilen der eigenen Artikelkopie als Preprint oder Postprint legal?**

Grundsätzlich ist die direkte Überlassung einzelner Kopien der eigenen Artikel an Kollegen für deren wissenschaftliche Forschung zulässig (§ 60c Abs. 1 UrhG). Ob es sich um Pre- oder Postprint-Versionen der Artikel handelt, spielt keine Rolle. Sollten dem Klauseln in den Nutzungsbedingungen (AGB) des Verlags, Repositoriums- oder Datenbank-Anbieters entgegenstehen, sind sie gemäß § 60g Abs. 1 UrhG unwirksam. Dieser besagt, dass sich ein Rechteinhaber auf Vereinbarungen nicht berufen kann, die erlaubte Nutzungen nach den §§ 60a–60f (siehe dazu Abschnitt Teil 1, I. 8. a), S. 32f.) beschränken oder untersagen.

**(3) Inwiefern können Printpublikationen, die veröffentlicht worden sind, als es noch keine elektronischen Zugänge gab, als Open Access publiziert werden?**

Online-Publikationen, gleich, ob Open Access oder nur als Gratis Access veröffentlicht wurden, von Werken, die vor etwa 1995 entstanden sind, bedürfen grundsätzlich der erneuten Zustimmung der Autoren. Eine äußerst komplizierte Ausnahme gilt unter bestimmten Umständen für Verlags- oder anderen Publikationen, für die der Autor in einem bestimmten Zeitraum exklusive Rechte an einen Verwerter

übertragen hat (siehe hierzu Kreutzer/Hirche: „Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre“, Seiten 92 ff.).

**(4) Was kann man machen, wenn man Vertragsabschlüsse mit einem Verlag nicht mehr besitzt und die Publikation gerne Open Access publizieren würde – bei aktuellen und älteren Publikationen (vor 5 bis 15 Jahren publiziert)?**

Letztlich wird die Verlagspublikation (genauer: die in diesem Zusammenhang geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen) regelmäßig eine spätere Open-Access-Publikation verhindern. Ob dies der Fall ist, hängt von den konkreten Verträgen mit dem Verlag ab. Sind diese nicht mehr auffindbar, sollte man beim Verlag nachfragen, wenn man rechtlich auf der sichereren Seite sein will. Im Zweifel wird für die Open-Access-Zweitpublikation ohnehin eine Einigung mit dem Verlag erforderlich sein.

**(5) Wird davon abgeraten, ältere Publikationen im Open Access zu publizieren, wenn der Vertrag nicht mehr auffindbar ist? Wäre es hilfreich, den Verlag zu kontaktieren?**

Siehe die Antwort auf vorstehende Frage.

**(6) Was könnte im schlimmsten Fall passieren (rechtstechnisch), wenn man die älteren Publikationen zum Beispiel als PDF auf einem Repositorium als Open-Access-Publikation hochladen würde?**

Werden durch solche Maßnahmen Rechte verletzt (zum Beispiel die von Verlagen), können unter anderem Abmahnungen, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche die Folge sein. Solche

Rechtsverfolgungsmaßnahmen werden in der Regel Kostenfolgen nach sich ziehen (beispielsweise Abmahn- und Anwaltsgebühren). Ob ein Rechtsverfolgungsrisiko besteht und wie groß dieses ist, hängt sehr vom Einzelfall und dabei einer Vielzahl von Faktoren ab (unter anderem Alter der Publikation, Art des Rechteinhabers, Zugänglichkeit des Repositoriums, siehe Abschnitt Teil 1, V. 2).

**(7) Wenn für die Erstveröffentlichung einer Publikation die Rechte an einen Verlag abgegeben wurden: Die Auslegung von § 38 Abs. 4 UrhG [Regelung zum Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Publikationen], insbesondere der Punkt zu „öffentlich gefördert“, scheint strittig zu sein (bezieht er sich nur auf öffentliche Drittmittel oder doch auch auf grundfinanzierte Projekte, da das Personal dafür ja auch aus öffentlichen Geldern, den Steuermitteln, mindestens zu fünfzig Prozent finanziert ist). Können wir Wissenschaftlern raten, sich auf diesen strittigen Punkt zu berufen? Oder sollten wir, um rechtlich auf der sicheren Seite zu sein, allen, die nicht über öffentliche Drittmittel gefördert sind, davon abraten, ohne Zustimmung des Verlags von dem Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch zu machen?**

In der Tat ist diese Frage umstritten, und es gibt keine rechtssichere Antwort hierauf. Der Gesetzesbegründung zu § 38 Abs. 4 UrhG lässt sich jedoch relativ eindeutig entnehmen, dass der Anwendungsbereich des Zweitveröffentlichungsrechts auf Drittmittelforschung und solche an „institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtungen“ beschränkt sein soll (siehe BT-Drucks. 17/13423, S. 9). Auch wenn Gesetzesbegründungen nicht Bestandteil des Gesetzestextes sind, werden sie in der Rechtspraxis (vor allem von der Rechtsprechung) systematisch als Auslegungshilfen herangezogen, wenn die Intention des Gesetzgebers nicht eindeutig ist. Ihr Inhalt hat daher erhebliches Gewicht.

**(8) Wenn Teile aus einer Dissertation vorab veröffentlicht werden (müssen) und diese (teilweise) in einem Closed-Access-Verlag erscheinen, inwiefern kann die vollständige Dissertation am Ende noch Open Access publiziert werden (beispielsweise bei einem anderen Verlag oder auf einem institutionellen Repositoryum)? Wie ist die Rechtslage bei kumulativen Dissertationen?**

Werden in einem Dissertationsvorhaben Zwischenergebnisse in Verlagspublikationen vorveröffentlicht, hängt die spätere Verwertungsfähigkeit der Gesamtarbeit (auch) von den hierüber abgeschlossenen Verträgen ab. Dies kann bei kumulativen Dissertationen genauso zum Problem werden wie bei anderen Arten von Vor- oder Zwischenpublikation von Teilen wissenschaftlicher Arbeiten.

Entscheidend ist bei solchen Vorhaben, dass über Vor- und Zwischenveröffentlichungen nur Verträge geschlossen werden, die die Publikation der Gesamtarbeit nicht oder zumindest nicht wesentlich behindern. Will man sich sämtliche Optionen offenhalten, sollten allenfalls nicht ausschließliche (= nicht exklusive) Rechte vergeben werden. Würde der Autor einem Verlag an einem Kapitel oder einem Teilbeitrag der kumulativen Dissertation ein ausschließliches Nutzungsrecht übertragen, müsste der Verlag der späteren Open-Access-Publikation dieses Teils zustimmen. Dementsprechend muss er bei der Gesamtpublikation einbezogen werden und der Autor wäre auf das Einverständnis des Verlags angewiesen. Hiervor kann man sich schützen, indem im Rahmen der Vor- und Zwischenveröffentlichungen klare Absprachen über die Gesamtpublikation getroffen werden, um diesbezügliche Einschränkungen zu vermeiden. Das Zweitveröffentlichungsrecht (§ 38 Abs. 4 UrhG, siehe Abschnitt Teil 2, IV. (1) und (7)) hilft bei solchen Vorhaben nur in bestimmten Fällen weiter (siehe Teil 1, III.3 und I. 7).

**(9) Was gilt es zu beachten (vor und nach der Veröffentlichung der Teile aus der Dissertation, bei der Veröffentlichung der kompletten Dissertation)?**

Siehe die Antwort auf Frage Teil 2, IV. (8). Es sind sinnvolle vertragliche Abreden zu treffen und – natürlich – auch einzuhalten.

**(10) Was ist zu beachten, wenn kumulative Arbeiten (mit Artikeln aus verschiedenen kommerziellen Journals) auf unserem Server publiziert werden sollen? Welche Pflichten der Rechteprüfung haben wir dabei? Auch die Auswahl einer CC-Lizenz ist unter Umständen rechtlich nicht möglich. Wie kann das gesteuert werden?**

Es ist darauf zu achten, dass durch solche Publikationen keine Rechte Dritter (von Autoren, Verlagen und so weiter) verletzt werden. Die Rechtslage ist vollumfänglich zu prüfen. „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“ gilt auch in solchen Fällen (zu den Haftungsfragen siehe Näheres hierzu Teil 1, V. 2).

Ob kumulative Arbeiten publiziert werden können und was dabei zu beachten ist, hängt unter anderem von den Rechten an den Vorpublikationen ab. Greift ein Zweitveröffentlichungsrecht für einzelne Publikationen, ergeben sich hieraus diesbezügliche Möglichkeiten und Befugnisse (siehe Fragen Teil 2, IV. (1) und (7)). Die hiermit zusammenhängenden Fragen sind aber nicht trivial und sollten von juristisch geschulten Personen geprüft werden.

Entscheidend ist in der Regel, welche Rechte an den vorveröffentlichten Inhalten an Dritte, zum Beispiel einen Verlag, vergeben wurden. Verlagspublikationen können in aller Regel nicht ohne Beteiligung und Einverständnis des Verlags als Open Access unter einer CC-Lizenz zweitveröffentlicht werden. Um in solch komplexen Konstellationen Fehler zu vermeiden und eine einheitliche, zentrale Handhabung zu gewährleisten, sind Compliance-Prozesse sinnvoll (siehe Abschnitt Teil 1, III. 3).

## V Software

(1) Ist es erlaubt, kommerziell-lizenzierte (proprietäre) Software mit stark eingeschränkten Zugriffsmöglichkeiten zu archivieren?

Ob Archivierungsmaßnahmen zulässig sind, hängt vor allem davon ab, welcher Art sie sind. Urheberrechtlich relevant sind sie nur, wenn hierfür Kopien erstellt werden. Werden beispielsweise lediglich CD-ROMs in ein Archiv gestellt, ist das urheberrechtlich unbeachtlich. Im Zuge digitaler Archivierung werden freilich in aller Regel Kopien erzeugt. Sie sind – wenn die Software urheberrechtlich geschützt ist – nur zulässig, wenn hierfür eine gesetzliche oder vertragliche Erlaubnis vorliegt.

Gesetzlich zulässig sind lediglich Sicherungskopien (§ 69d Abs. 2 UrhG). Sie setzen das Vorhandensein einer lizenzierten Arbeitskopie voraus. Eine Archivierungsregelung ist hierin daher nicht zu sehen.

Die Archivierungsregelungen über Content (zum Beispiel aus § 60e UrhG) gelten für Software nicht. Entsprechend wird man für Archivierungskopien in der Regel auf eine Erlaubnis des Rechteinhabers angewiesen sein. Ergibt sich diese nicht aus einem Vertrag, einem EULA oder sonstigen Nutzungsbedingungen, bedarf es einer individuellen Rechteeinholung.

## **(2) Was ist rechtlich notwendig, damit Open-Source-Software über ein Forschungsdaten-Repositorium veröffentlicht werden kann?**

Handelt es sich um fremde, als Open Source Software lizenzierte und im Umlauf befindliche Programme, dürfen sie in ein Repositorium eingestellt werden. Die Lizenzpflichten sind dabei selbstverständlich zu beachten.

Soll eigene Software erstmals unter einer Open-Source-Lizenz in ein Repositorium eingestellt werden, kann der Rechteinhaber (in rechtlicher Sicht) frei darüber, beispielsweise die Auswahl der Lizenz, entscheiden. Zu beachten ist, dass es eine Vielzahl von Lizenzen für FOSS gibt, die sich häufig schon in Grundzügen erheblich unterscheiden. Eine den Umständen entsprechende sinnvolle Auswahlentscheidung zu treffen, ist daher nicht immer einfach. Open-Content-Lizenzen (wie Creative Commons) eignen sich für die Lizenzierung von Software in der Regel nicht gut (siehe auch Frage Teil 2, II. (8) sowie in Abschnitt Teil 1, III. 2). Wenn Open-Access-Repositorien für die Einstellung von Software geeignet sein sollen, sollten hierfür entsprechend angepasste Optionen für die Lizenzauswahl eröffnet werden.

**(3) In einem Projekt wurde von einem Mitarbeiter Software für das Projekt entwickelt:**

**(3.1) Wem gehören eigentlich die Rechte an dieser Software – dem Arbeitgeber oder dem Mitarbeiter?**

Nach § 69b UrhG stehen die Rechte an Software, die von Angestellten oder Dienstnehmern im Rahmen ihrer arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten geschaffen wurde, ausschließlich dem Arbeitgeber oder Dienstherrn zu (nachstehend wird nur noch der Begriff Dienstverhältnis verwendet, die Ausführungen gelten jedoch für Arbeitsverhältnisse entsprechend).

Diese sogenannte *cessio legis* (gesetzlicher Rechteübergang) ist vollumfassend. Sie erfasst sämtliche Bestandteile eines Computerprogramms und ist nicht auf solche beschränkt, die vom Dienstnehmer während der Arbeitszeit geschaffen wurden. Arbeitszeit und -ort sind lediglich Indizien für die Frage, wem die Rechte zustehen. Generell gilt jedoch auch bei § 69b UrhG das sogenannte Hochschullehrerprivileg (siehe hierzu Abschnitt Teil 1, I. 5). Übertragen auf Computerprogramme bedeutet es, dass Wissenschaftler, die im Rahmen ihrer Forschung und zu Forschungszwecken Software programmieren, entgegen § 69b UrhG im Besitz ihrer Rechte verbleiben. Ob das im Einzelfall zutrifft, ist jedoch von einer Reihe von Faktoren abhängig, die einer individuellen Beurteilung bedürfen (siehe Abschnitt Teil 1, I. 4).

**(3.2) Worauf muss geachtet werden, wenn zum Beispiel andere Komponenten genutzt wurden (Software-Bibliotheken)?**

Werden in eigene Programme Fremdkomponenten wie Softwarebibliotheken implementiert, sind die hierfür geltenden Nutzungsregeln zu beachten. Stehen sie unter Open-Source-Lizenzen, sind deren Klauseln als vertragliche Vorgaben zu behandeln und entsprechend zu berücksichtigen. Bei Verstößen gegen die Lizenzvorgaben

einer Open-Source-Lizenz drohen der Verlust aller Lizenzrechte und entsprechende rechtliche Sanktionen. Proprietäre (Closed-Source-) Komponenten dürfen in aller Regel nur mit Zustimmung des Rechteinhabers verwendet werden.

### **(3.3) Kann man eine eigene Software als Open Source bereitstellen, wenn solche Fremdkomponenten vorhanden sind?**

Auch das hängt von der Lizenzierung der Fremdkomponenten ab. Open-Source-Lizenzen gestatten es generell, die hierunter stehende Software weiterzuverwenden, auch wenn sie zum Bestandteil anderer Software gemacht wurde. Manche Open Source-Lizenzen, vor allem die mit „Copyleft-Effekt“, schreiben für die Nachnutzung als Bestandteil anderer Computerprogramme besondere Bedingungen vor. Diese variieren von Lizenz zu Lizenz mehr oder weniger stark. Open Source License Compliance ist ein ernst zu nehmendes Thema. Es bedarf häufig fachkundiger Beurteilung.

## VI Forschungsdaten

**(1) Werden frei zugängliche Forschungsdaten genauso durch das deutsche Urheberrechtsgesetz geschützt wie andere Werke?**

Für die Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, was genau im konkreten Fall mit „Forschungsdaten“ gemeint ist. Reine Informationen und Fakten sind urheberrechtlich nicht geschützt. Geschützt sein können unter bestimmten Umständen Datensammlungen und Datenbanken, in denen solche Daten enthalten sind. Auch hierbei sind nicht die Daten selbst geschützt, sondern die Datenbank als solche.

Im Übrigen werden unter Forschungsdaten mitunter auch Datensätze verstanden, in denen Bilder, Texte oder andere Inhalte enthalten sind. Solche können urheberrechtlich nach den allgemeinen Regelungen geschützt sein (siehe Abschnitt Teil 1, II).

## **(2) Wenn Daten keinen Rechtsschutz genießen:**

### **(2.1) Genießt derjenige nicht in irgendeiner Weise Wertschätzung für das erstmalige Erheben der Daten, beispielsweise in Form eines Urheberrechts oder Ähnliches?**

Wissenschaftsethik, Verhaltenskodizes, Branchenüblichkeiten und andere soziale Normen schreiben Namensnennungs- oder Hinweispflichten auf Quellen und „Entdecker“ vor. Ihre Verbindlichkeit und damit Wirkmacht ist gerade im wissenschaftlichen Bereich oft wesentlich größer als die des Urheberrechts. Das Urheberrecht wäre auch ein allzu scharfes Schwert, wenn es lediglich darum geht, solche Reputationseffekte sicherzustellen. Es kennt keine isolierten Namensnennungs- oder Anerkennungsrechte und -pflichten, sondern unterwirft die Nutzung des geschützten Gutes sehr weitgehenden Restriktionen. Informationen müssen jedoch frei genutzt werden können, um eine Vielzahl von Grundrechten und wünschenswerten Effekten zu ermöglichen (zum Beispiel wissenschaftlichen oder technischen Fortschritt). Ein Urheberrechtsschutz würde dieser Notwendigkeit diametral entgegenstehen.

### **(2.2) Wenn Daten tatsächlich in keiner Weise irgendeinen Rechtsanspruch genießen, macht es überhaupt Sinn, diese zu lizenzieren, beispielsweise unter einer Lizenz wie CC BY?**

Nein. Eine Lizenz dient dazu, die Nutzung eines geschützten Werkes oder einer geschützten Leistung zu ermöglichen, die nicht ohne Zustimmung genutzt werden darf. Eine Lizenz ist eine Nutzungserlaubnis. Für freie Inhalte ist die Lizenz einerseits nicht nötig, weil sie ohnehin frei genutzt werden können. Zum anderen geht die „Nutzungsrechtseinräumung“ hier ins Leere, weil es keine Nutzungsrechte gibt, die eingeräumt werden könnten. Gemeinfreie Inhalte sollten mit Public-Domain-Erklärungen (wie CCO oder der CC „Public Domain

Mark“) gekennzeichnet werden (siehe Abschnitt Teil 1, III), um diese für die Nutzer leicht erkennbar zu machen.

### **(3) Wer hat welche Rechte an den von mir erzeugten Forschungsdaten?**

Wie bereits erläutert, sind „Daten“ nicht urheberrechtlich geschützt, wenn es sich um reine Fakten und Informationen handelt. Es kommt auch nicht darauf an, wie oder mit welchem Aufwand sie „erzeugt“, also erhoben oder aufgefunden, wurden. Werden Daten hingegen beispielsweise individuell grafisch aufbereitet oder zum Inhalt eines Textes gemacht, können an diesen Formen der Aufbereitung durchaus Urheberrechte entstehen. Diese stehen grundsätzlich dem Urheber zu. Bei angestellten Urhebern gelten zum Teil Sonderregeln (vgl. Frage Teil 2, III. (3) – siehe Abschnitt Teil 1, I. 4 und 5).

### **(4) Darf ich meine Forschungsdaten einfach so veröffentlichen?**

Der uneingeschränkten Veröffentlichung von Forschungsdaten können in rechtliche Hindernisse unterschiedlicher Art entgegenstehen. So können sie personenbezogene Informationen enthalten, deren Veröffentlichung datenschutzrechtlichen Beschränkungen unterworfen ist (siehe Abschnitt Teil 1, II. 3 sowie IV. 4). Auch aus individuellen Verträgen können sich Hinderungsgründe ergeben, etwa wenn Forschungsdaten unter dem Vorbehalt überlassen werden, sie nicht ohne Zustimmung zu veröffentlichen. An Verträge hat man sich grundsätzlich zu halten. Schließlich können Daten auch geschützte Geschäftsgeheimnisse enthalten, Arbeits-, Zuwendungsbescheide oder Förderbedingungen können ihre Veröffentlichung Regelungen unterwerfen und so weiter. Abseits solcher Umstände ist jedoch jeder frei, Daten und Informationen weiterzugeben, zu teilen und zu veröffentlichen.

**(5) Sind Forschungsdaten Eigentum des Forschenden? Die UHH ist der Ansicht, dass diese Daten im Rahmen eines Dienstverhältnisses erhoben wurden und deshalb Eigentum des Dienstherrn sind.**

Es gibt kein Eigentum an Daten. Sind hiermit geschützte Inhalte wie Bilder, Texte, Grafiken und so weiter gemeint, hängt die Frage, wem die Rechte hieran zustehen, vom jeweiligen Fall ab (vgl. Frage Teil 2, III. (3)). Sie kann durch Arbeits- und Dienstverträge geregelt sein. Ist dies nicht der Fall, ist die Rechtezuordnung an „Arbeitnehmerwerken“ den Umständen des Einzelfalls oder gesetzlichen Regelungen zu entnehmen. Die Rechte an Computerprogrammen, die von angestellten Softwareentwicklern geschrieben werden, stehen grundsätzlich dem Arbeitgeber oder Dienstherrn zu (siehe Frage Teil 2, V. (3.1)). Bei anderen Inhalten gibt es Sonderregeln für Wissenschaftler, die ihre Rechte in der Regel behalten (hier gilt das sogenannte „Hochschullehrerprivileg“). Die Rechte an von nicht wissenschaftlich tätigen Personen werden zumeist jedenfalls teilweise an den Arbeitgeber oder Dienstherrn übergehen (siehe Abschnitt Teil 1, I. 4 und 5).

**(6) Was muss ich beachten, wenn ich Forschungsdaten nachnutze, die von anderen Personen erzeugt wurden?**

Daten in Form von Fakten, Erkenntnissen, Informationen sind gemeinfrei und können ohne Weiteres frei genutzt werden. Aus wissenschaftsethischen Gründen kann eine Nennung von „Entdeckern“ oder „Urhebern von Theorien“ oder gar weitergehenden Informationen (beispielsweise die Forschungseinrichtung, an der die Entdeckung stattgefunden hat), geboten sein. Handelt es sich bei den „Forschungsdaten“ um urheberrechtlich geschützten Content (Bilder, Texte und so weiter), gelten die allgemeinen Regeln oder etwaig anwendbare offene Lizenzen (siehe Abschnitt Teil 1, II).

Beschränkungen für die Nachnutzung können sich zudem aus den oben in Frage Teil 2, VI. (4) genannten rechtlichen Aspekten (zum Beispiel Datenschutzrecht) oder aus Verträgen ergeben.

**(7) Ich möchte meine Forschungsdaten Dritten zur Nachnutzung zur Verfügung stellen. Wie mache ich das?**

Abgesehen von etwaigen datenschutzrechtlichen und anderen Hinderungsgründen gibt es hierfür keinerlei Vorgaben. An sich sind gerade bei der Veröffentlichung von Fakten, Informationen und Erkenntnissen auch keine weiteren Maßnahmen erforderlich. Da sie nicht „freigegeben“ werden müssen (sondern schon frei sind), wird keine offene Lizenz benötigt, um ihre Nachnutzung zu gestatten. Es bietet sich jedoch an, die Daten mit Public-Domain-Erklärungen wie CCO oder dem PDM zu versehen, um Dritten den rechtlichen Status zu verdeutlichen, was eine Nachnutzung sehr fördern kann (siehe hierzu auch Frage Teil 2, VI. (2.2)).

**(8) In unserem Institut sind Altdaten gespeichert, bei denen nicht mehr zu ermitteln ist, wer sie erzeugt hat. Darf ich diese Daten veröffentlichen?**

Handelt es sich um Fakten, Informationen oder Erkenntnisse ergeben sich aus urheberrechtlicher Sicht keine Hinderungsgründe. Solche können sich aber aus vertraglichen Pflichten, Geheimhaltungsregeln (zum Beispiel der Anstellungskörperschaft) oder anderen Regularien ergeben.

Auch aus dem Datenschutzrecht oder den Persönlichkeitsrechten können sich Einschränkungen oder gar Verbote ergeben, wenn es sich um personenbezogene Daten, Personenabbildungen oder intime Informationen handelt (siehe hierzu auch Frage Teil 2, VI. (4)).



## VII Haftung

**(1) Das zumeist größte Problem sind temporäre oder von den Autoren gar nicht gesichert eingeholte Bildrechte in den Publikationen. In welcher Pflicht steht die Bibliothek hier? Was muss ein Autor beachten?**

Bevor die Bibliothek im eigenen Namen im Rahmen eines Open-Science-Vorhabens Inhalte online stellt, um sie der Allgemeinheit zugänglich zu machen, muss sie sicherstellen, dass die Rechte bezüglich aller Teile des jeweiligen Inhalts (also zum Beispiel Rechte am Text, an den begleitenden Fotos, Illustrationen oder Grafiken) geklärt sind.

Etwas anders stellt sich die Lage dar, wenn die Bibliothek nur die Plattform bereitstellt, auf der Autoren und Wissenschaftler ihre Inhalte selbst und in eigenem Namen hochladen können. Hier ist in erster Linie derjenige in der Pflicht, der den jeweiligen Inhalt hochgeladen

hat. Er hat sicherzustellen, dass die für die Veröffentlichung auf der Open-Science-Plattform erforderlichen Rechte vorhanden sind und keine Rechte Dritter verletzt werden. Kommt es zu Rechtsverletzungen, haftet der Uploader nach den Regelungen des Urheberrechts auf Unterlassung, Schadensersatz und so weiter. Die Bibliothek als Betreiberin der Plattform hingegen wäre in dieser Konstellation nach geltendem Recht nur eingeschränkt haftbar. Sie kann aber als sogenannte Störerin vom Rechteinhaber dazu verpflichtet werden, die Urheberrechtsverletzung zu beseitigen (Anspruch auf Beseitigung und Unterlassen). Das heißt, sie müsste dafür sorgen, dass rechtsverletzende Inhalte gelöscht oder zumindest unzugänglich gemacht werden. Diese Pflicht, das sogenannte Notice-and-take-down, entsteht generell erst, wenn der Betreiber von der Rechtsverletzung erfährt, insbesondere durch eine Abmahnung oder sonstige Aufforderung des Verletzten (siehe Abschnitt Teil 1, V. 2, und 3).

**(2) Welches Risiko gehen wir eigentlich grundsätzlich ein, wenn zum Beispiel aus Versehen oder durch eine technische Panne eigentlich noch geschützte Publikationen/Daten doch frei verfügbar sind? Gibt es dann unmittelbar eine Haftung oder hat man die Chance, dies zunächst abzustellen?**

Werden hierbei Urheberrechte verletzt, hat der Verletzte einen Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung der Rechtsverletzung. Dieser Anspruch ist verschuldensunabhängig. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Verletzer „etwas dafür konnte“. Gleiches gilt für den Anspruch auf Erstattung von Anwaltskosten, die entstehen, wenn der Rechteinhaber die Rechtsverletzung durch einen Anwalt abmahnen lässt (wozu er ohne Weiteres befugt ist). Insofern entsteht das Haftungsrisiko unmittelbar mit Auftreten der Rechtsverletzung. Lediglich urheberrechtliche Schadensersatzansprüche sind verschuldensabhängig. Sie setzen also eine zumindest fahrlässig verursachte Rechtsverletzung voraus, die auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruht. Die Rechtsprechung legt an die Sorgfalt beim Umgang mit fremden

Immaterialgütern traditionell sehr strenge Maßstäbe an. In der Regel dringt man mit Einwänden wie: „Ich wusste nicht, dass wir die Rechte nicht haben“ oder „die Datei wurde versehentlich öffentlich gestellt“ nicht durch (siehe Abschnitt Teil 1, V. 2. a) (1)).

Entsteht durch die Veröffentlichung eine Verletzung von Datenschutzrechten, so bestimmt die DSGVO, dass die verantwortliche Person für den Schaden haftet, es sei denn, sie kann nachweisen, dass sie keinerlei Verantwortung trifft (siehe zur Person des Verantwortlichen Abschnitt Teil 1, IV. 4. a) (3) sowie zu den Haftungsregeln Abschnitt Teil 1, V. 2. c)).

**(3) Kann man sich rechtlich auf die Angaben in SHERPA/RoMEO verlassen? Was würde passieren, wenn die Angabe unrichtig ist?**

Da die Einträge bei SHERPA/RoMEO offensichtlich nicht von den Verlagen selbst angelegt und gepflegt werden, sondern vom Anbieter der Datenbank, können sie nicht als verbindliche Aussage des Rechteinhabers gewertet werden. Ein Verweis auf die Fehlerhaftigkeit einer solchen Angabe wird im Zweifel nicht als rechtlich relevanter Einwand zu werten sein und dementsprechend nicht vor etwaigen Verletzungsansprüchen eines Verlags schützen. Rechtliche Sanktionen würde die Fehlerhaftigkeit eines falschen Eintrags aber natürlich nur nach sich ziehen, wenn sich der betroffene Verlag dafür entscheidet, seinen Autor zu belangen (womöglich ohne „Vorwarnung“). Wie wahrscheinlich das Zusammentreffen dieser beiden Faktoren ist, mag dahinstehen.



# VIII Datenschutz, Persönlichkeitsrecht und Einwilligung

**(1) Gilt für mich als in Deutschland handelnder Wissenschaftler immer ausschließlich das deutsche Recht beim Umgang mit Daten?**

Das deutsche Datenschutzrecht, also das des Bundes und das der Länder, wird seit Mai 2018 in großen Teilen durch die europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) überlagert, die (anders als dies bei Richtlinien der Fall ist) unmittelbar in Deutschland gilt. Die deutschen Datenschutzgesetze regeln daneben nur noch, was nicht durch die DSGVO abgedeckt wird. Wo die DSGVO räumlich anzuwenden ist, regelt Art. 3 DSGVO. Demnach ist jede Datenverarbeitung durch eine datenschutzrechtlich verantwortliche Person, die in der Union „niedergelassen“ ist, durch die DSGVO geregelt. Das heißt, für die Datenerhebung und Weiterverarbeitung durch einen Wissenschaftler, der in der Europäischen Union tätig ist, gilt die DSGVO. Daneben sind in

Deutschland weitergehende datenschutzrechtliche Bestimmungen, die sich aus Bundesrecht oder dem Recht des jeweiligen Bundeslandes ergeben, zu beachten (Abschnitt Teil 1, IV. 4. a), Einleitung und (3)).

**(2) Falls nein, welche Jurisdiktionen müssen bei im Internet erhältlichen Daten berücksichtigt werden?**

Auch wenn die Daten im Internet „gefunden“ werden, ändert sich am anwendbaren Recht nichts, solange die forschende Person ihre Tätigkeit innerhalb der Europäischen Union ausübt.

**(3) Inwiefern können personenbezogene Daten digital archiviert werden?**

Die Speicherung und somit auch die Archivierung personenbezogener Daten gilt rechtlich als Datenverarbeitung im Sinne der Datenschutzgesetze. Damit ist die Archivierung nur dann zulässig, wenn sie sich auf eine rechtliche Grundlage hierfür stützen kann (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 4. a)). Es sind auch die gesetzlichen Vorgaben zu den Abläufen (Verarbeitungsverzeichnisse, Anonymisierung, Lösungsfristen et cetera) und zu den technischen und organisatorischen Sicherheitsvorkehrungen (sogenannte TOM) zu beachten.

**(4) Daten aus dem medizinischen Bereich müssen, selbst wenn sie keiner Person zugeordnet werden können, nach meiner Kenntnis immer auf separaten Speichern gespeichert werden. Stimmt dies überhaupt? Welche Anonymisierung reicht in solchen Fällen?**

Bei personenbezogenen Forschungsdaten wird es im Regelfall ausreichend sein, die Daten zu pseudonymisieren. Das bedeutet, dass diejenigen Informationen, mit der die Personen identifiziert werden können, aus dem Datensatz entfernt werden müssen. Sie müssen sodann getrennt aufbewahrt beziehungsweise gespeichert werden und es ist sicherzustellen, dass es nicht zu einer erneuten Zusammenführung kommt, die eine Identifizierung möglich machen würde. Eine solche Pseudonymisierung ist von der Anonymisierung zu unterscheiden (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 4. a) (2)), bei der eine spätere Identifizierung vollständig ausscheidet. Zu anonymisieren sind personenbezogene Forschungsdaten dann, wenn keine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt und sich der Wissenschaftler nicht auf eine gesetzliche Erlaubnis für die Datenverarbeitung wie beispielsweise das Forschungsprivileg stützen kann.

**(5) Abgebildete Personen, die zufällig auf einem Bild erscheinen: Was wird noch als Beiwerk angesehen, wo verletzt man die Persönlichkeitsrechte? Wie verhält es sich mit der Einverständniserklärung?**

Ohne ihr Einverständnis dürfen Bilder veröffentlicht werden, auf denen Personen nur ganz beiläufig erscheinen, also wenn sie nur zufällig auf dem Bild zu sehen sind und sich dieser Umstand auch im Gesamteindruck des Betrachters manifestiert (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 5. c) (3) (b) und (c)). Das Verhältnis dieser persönlichkeitsrechtlichen Regelung zur DSGVO ist bislang noch ungeklärt (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 5. a)).

(6) Wie geht man mit dem Widerruf von Einverständniserklärungen um beispielsweise bei einem Gruppenbild (Lernsituation, Schulklasse), wo von jeder abgebildeten Person beziehungsweise den Eltern eine Zustimmung vorliegt, dass dieses Bild publiziert werden darf. Nun widerruft eine Person diese Zustimmung nach Jahren. Die Publikation kann ja nicht zurückgezogen werden. Gibt es eine Art Bestandsschutz?

Nach der bisherigen Rechtslage konnten Einverständniserklärungen über die Veröffentlichung von Personenbildnissen grundsätzlich nicht einseitig zurückgezogen werden. Seit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung ist fraglich, ob dies noch gilt oder ob auf diese Frage (auch?) Datenschutzrecht anwendbar ist (siehe Abschnitt Teil 1, IV. 5. a)). Die DSGVO sieht grundsätzlich die Möglichkeit vor, solche Zustimmungserklärungen jederzeit widerrufen zu können. Allerdings würde ein solch nachträglicher Widerspruch die Rechtmäßigkeit einer bereits erfolgten Publikation nicht entfallen lassen. Er wirkt nur für die Zukunft.

# Literatur

- Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* (2003), <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklaerung> (abgerufen 25.04.2019)
- Budapest Open Access Initiative* (2002), <https://www.budapestopenaccessinitiative.org/read> (abgerufen 25.04.2019)
- Informationspflichten bei Dritt- und Direkterhebung* (2018), [https://www.lda.bayern.de/media/dsk\\_kpnr\\_10\\_informationspflichten.pdf](https://www.lda.bayern.de/media/dsk_kpnr_10_informationspflichten.pdf) (abgerufen 25.04.2019)
- Kommentar: Stellungnahme des BMI zu DGSVO und Fotografie* (2018), <https://bvpa.org/kommentar-stellungnahme-des-bmi-zu-dgsvo-und-fotografie> (abgerufen 25.04.2019)
- Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus* (2018), <https://datenschutz-hamburg.de/pages/fotografie-dsgvo/> (abgerufen 25.04.2019)
- iRights.info (2018): *Kleine Helfer, große Hilfe: Lizenzhinweise für OER erstellen und nutzen*, <https://irights.info/artikel/kleine-helfer-grosse-hilfe-lizenzhinweise-fuer-oer-erstellen-und-nutzen/28926> (abgerufen 25.04.2019)
- Janetzki, Susanne/Weitzmann, John (2014): *Report on the Freedom of Panorama in Europe*, [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/8/86/REPORT\\_ON\\_THE\\_FREEDOM\\_OF\\_PANORAMA\\_in\\_EUROPE\\_by\\_iRights\\_Berlin.pdf](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/8/86/REPORT_ON_THE_FREEDOM_OF_PANORAMA_in_EUROPE_by_iRights_Berlin.pdf) (abgerufen 25.04.2019)

- Kreutzer, Till/Hirche, Tom (2017): *Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre*, [https://www.mmkh.de/fileadmin/dokumente/Publikationen/Leitfaden\\_Rechtsfragen\\_Digitalisierung\\_in\\_der\\_Lehre\\_2017.pdf](https://www.mmkh.de/fileadmin/dokumente/Publikationen/Leitfaden_Rechtsfragen_Digitalisierung_in_der_Lehre_2017.pdf) (abgerufen 25.04.2019)
- Kreutzer, Till (2015): *Open Content. Ein Praxisleitfaden zur Nutzung von Creative-Commons-Lizenzen*, [https://irights.info/wp-content/uploads/2015/10/Open\\_Content\\_-\\_Ein\\_Praxisleitfaden\\_zur\\_Nutzung\\_von\\_Creative-Commons-Lizenzen.pdf](https://irights.info/wp-content/uploads/2015/10/Open_Content_-_Ein_Praxisleitfaden_zur_Nutzung_von_Creative-Commons-Lizenzen.pdf) (abgerufen 25.04.2019)
- Kreutzer, Till (2014): *Open Data – Freigabe von Daten aus Bibliothekskatalogen*, <https://hbz.opus.hbz-nrw.de/frontdoor/index/index/year/2014/docId/9> (abgerufen 25.04.2019)

# Über die Verfasser

HENNING LAHMANN arbeitet als Senior Researcher am Digital Society Institute der ESMT Berlin, als Senior Policy Advisor am iRights.Lab sowie als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei iRights.Law in Berlin. Seine fachlichen Schwerpunkte sind Cybersicherheit und transnationales Sicherheitsrecht, Menschen- und Bürgerrechte, Datenschutzrecht, Internet Governance und die rechtlichen, ethischen und politischen Implikationen automatisierter Entscheidungsprozesse. 2017 promovierte er an der Universität Potsdam mit einer Dissertation über die Anwendbarkeit völkerrechtlicher Regelungen auf Staatenkonflikte im Cyberspace. Henning Lahmann studierte Jura und Philosophie an den Universitäten in Hamburg und Prag. Vor seinen derzeitigen Positionen war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel und an der Universität Potsdam sowie als Research Fellow am Sonderforschungsbereich 700 „Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit“ an der Freien Universität Berlin beschäftigt.

DR. TILL KREUTZER ist Rechtsanwalt, Rechtswissenschaftler und Publizist. Er ist Mitgründer des iRights.Lab, dem unabhängigen Think Tank über Strategien für die digitale Welt sowie Mitgründer und Herausgeber von iRights.info (Internetportal für Verbraucher und Kreative zum Urheberrecht in der digitalen Welt). Seit 2010 Ad-personam-Mitglied der Deutschen UNESCO-Kommission (DUK) und Mitglied des Fachausschusses Kommunikation und Information der DUK. Er ist assoziiertes Mitglied des Forschungsbereichs Medien- und

Telekommunikationsrecht am Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg und Mitglied des Instituts für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS). Er ist zudem Mitglied des Fachausschusses Urheber- und Medienrecht der Gesellschaft für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) sowie Representative im Global Network Council für Creative Commons Deutschland. Bei den Urheberrechtsreformen in der Informationsgesellschaft war Till Kreutzer vielfach auf nationaler sowie EU-Ebene als geladener Sachverständiger für Regierungen und Parlamente tätig.

Till Kreutzer lehrt an verschiedenen Institutionen vor allem IT-, Urheber- und Persönlichkeitsrecht (unter anderem an der Akademie für Publizistik, der FU Berlin, der Humboldt Universität Berlin und der Evangelischen Journalistenschule). Er gibt Seminare und andere Fortbildungsveranstaltungen in diesen Themengebieten. Zudem hat er zahlreiche Beiträge in Fachzeitschriften und Publikumsmedien online und offline publiziert (zum Beispiel GRUR, CR, MMR, ZUM, FAZ, *The European*, *Süddeutsche Zeitung*, *brand eins*, *Neue Rundschau*, *Telepolis*, *Die Zeit*, *Frankfurter Rundschau*, *Berliner Zeitung*, *epd medien*, *Stern*). Seine Dissertation „Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen“, die von Prof. Dr. Hoffmann-Riem betreut wurde, ist Ende 2008 im Nomos Verlag erschienen.