

Till Kreutzer, Henning Lahmann

Rechtsfragen bei Open Science

Ein Leitfaden

unter Mitarbeit von Ina Kaulen

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

Hamburg University Press

Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg
Carl von Ossietzky

Till Kreutzer, Henning Lahmann
Rechtsfragen bei Open Science



HAMBURG OPEN SCIENCE

WISSENSCHAFT IN HAMBURG ENTDECKEN



Behörde für Wissenschaft,
Forschung, Gleichstellung
und Bezirke

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/abruflbar](https://portal.dnb.de/abruflbar).

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



Behörde für Wissenschaft,
Forschung, Gleichstellung
und Bezirke

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 Drittmateriel, 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/HUP.211>

ISBN

Print: 978-3-943423-89-1

EPUB: 978-3-943423-90-7

SATZ Hamburg University Press

REDAKTION Ina Kaulen

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 © Senatskanzlei / Foto: Daniel Reinhardt (Seite 21)

DRUCK UND BINDUNG Books on Demand (Norderstedt)

VERLAG Hamburg University Press, Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky, Hamburg (Deutschland), 2021
<https://hup.sub.uni-hamburg.de>

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Grußwort	23
Einleitung	25

Teil 1:	
Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Science	27

I	Urheber- und Urhebervertragsrecht	29
1.	Sinn und Zweck des Urheberrechts	29
2.	Geschützte Werke und Leistungen	30
3.	Informationen, Ideen, Daten, Fakten: Gemeinfreiheit der Schaffensgrundlagen	31
4.	Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten	32
5.	Übertragung und Einräumung von Nutzungsrechten	33
6.	Urheberpersönlichkeitsrechte	37
7.	Urhebervertragsrecht	37
8.	Nutzungsfreiheiten	38
	a) Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen	38
	b) Die Panoramafreiheit (§ 59 UrhG)	40
	c) Änderung der urheberrechtlichen Nutzungsfreiheiten durch Umsetzung der DSM-Richtlinie	42
9.	Exkurs: Nutzungen außerhalb der Öffentlichkeit	43
10.	Schutzfrist	46
11.	Nutzung von Online-Inhalten: Links und Embeds	47

II	Recht an Forschungsdaten und Datenbanken	49
1.	Recht an Datenbanken	50
2.	Rechte an Daten und Fakten	51
3.	Vertragliche und andere Beschränkungen der Datennutzung	52
4.	Rechte an „angereicherten“ Datensätzen und Informationen	53
5.	Rechte an technischen Reproduktionen, Massendigitalisaten und 3D-Scans	54
6.	Weitere Informationen	56
III	OER, Open Source, Open Content, Open Data und Open Access	57
1.	Allgemeines	57
2.	Lizenztypen	58
3.	Open Access: Die Lizenzen von Creative Commons	59
4.	Welche Open-Content-Lizenz sollte man verwenden?	62
5.	Forschungssoftware: Freigabe von Computerprogrammen in Open-Science-Projekten durch Open-Source-Lizenzen	63
6.	Welche Open-Source-Lizenz sollte man verwenden?	65
7.	Voraussetzungen für eine offene Lizenzierung	66
8.	Funktionsweise von offenen Lizenzen	67
9.	Nutzungsmöglichkeiten nach offenen Lizenzen	67
10.	Lizenzpflichten	68
11.	Open versus kostenlos	69
12.	Vorteile von offenen Inhalten für Nutzer	71
13.	Interessen von Rechteinhabern an der Öffnung ihrer Inhalte	72
14.	Public-Domain-Erklärungen	73

IV	Persönlichkeitsrechte und Datenschutz	75
<hr/>		
1.	Einführung	75
2.	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	76
3.	Besondere Persönlichkeitsrechte	78
4.	Datenschutzrecht	79
	a) Allgemeines	79
	b) Datenschutzrechtliche Grundbegriffe	81
	c) Datenschutzrechtliche Grundprinzipien	86
	d) Keine Datenverarbeitung ohne Rechtsgrundlage	90
	e) Rechtsgrundlagen aus der DSGVO	91
	f) Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken sowie im Hochschul- und Bibliothekenkontext	104
	g) Rechtsgrundlagen für sonstige speziell geregelte Sachverhalte	109
	h) Die Rechte der Betroffenen	110
	i) Transparenzpflichten und Datenschutzerklärungen	112
	j) Datenübermittlung in Staaten außerhalb der EU	114
	k) Big-Data-Analysen zu Forschungszwecken und Datenschutzrecht	116
	l) Open Data und Datenschutzrecht	120
5.	Personenabbildungen	122
	a) Das Recht am eigenen Bild	122
	b) Grundsatz der Einwilligung nach dem KUG	124
	c) Grundsatz der Zweckbindung im KUG	125
	d) Open Access und Personenabbildungen	126
	e) Anonymisierung von Personenabbildungen	127
	f) Einwilligung von Minderjährigen	127
	g) Widerruf der Einwilligung	128
	h) Befristung des Rechts am eigenen Bild und postmortales Persönlichkeitsrecht	129
	i) Ausnahmen und Erlaubnistatbestände des KUG	129
	j) Das Verhältnis von KUG und Datenschutzrecht	134
	k) Regelungen in den Datenschutzgesetzen	137
	l) Anfertigung der Aufnahmen	141

V	Haftung und Verantwortung	143
1.	Einführung	143
2.	Haftung für selbst begangene Rechtsverletzungen	144
a)	Haftung für Urheberrechtsverletzungen	144
b)	Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen	146
c)	Haftung für Datenschutzrechtsverletzungen	149
3.	Haftungen für Rechtsverletzungen Dritter	152
a)	Haftung für fremde Inhalte, Störerhaftung	152
b)	Haftung von Arbeitgebern und Dienstherren für Rechtsverletzungen ihrer Mitarbeiter	154
VI	Digitale Barrierefreiheit	157

Teil 2:
Häufige Rechtsfragen bei Open Science **163**

I	Wissenschaftliche Nutzungen nach den gesetzlichen (urheberrechtlichen) Nutzungsfreiheiten	
(1)	Gilt die 15-Prozent-Regel (nur 15 Prozent eines Werkes dürfen vervielfältigt werden) im wissenschaftlichen Kontext ausnahmslos?	167
(2)	Bei Flachware und Filmen etc. ist die Regel umsetzbar – wie verhält es sich mit Abbildern (zum Beispiel Scans) dreidimensionaler Objekte?	168
(3)	Wie genau ist die „geschlossene Nutzergruppe“ im Zusammenhang mit der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke definiert, gibt es zahlenmäßige Größen oder die fachlich definierte Forscher-Arbeitsgruppe o. Ä.?	168
(4)	Gibt es für den Schutz schutzberechtigter Digitalisate in geschlossenen Forschungsgruppen bestimmte technische Vorgaben (reicht zum Beispiel ein bestimmtes Passwort für ein Video oder eine Serie mit mehreren Videos)?	169

II Lizenzverträge / Veröffentlichungsvereinbarungen / Deposit Licenses

- (1) Ist eine gescannte und elektronisch versandte Veröffentlichungsvereinbarung „gerichtsfest“, oder brauchen wir ein Original der Unterschrift? 171
- (2) Welche Rechte braucht man, um Dokumente (als Dienstleister) unter einer Open-Access-Lizenz publizieren zu dürfen? 172

III Offene Lizenzen

- (1) Welche Bedingungen gelten, wenn keine Lizenz angegeben ist (zum Beispiel Texte auf privaten Homepages)? 173
- (2) „Funktionieren“ die Lizenzen BSD, MIT, Creative Commons etc. ohne Einschränkungen in Deutschland? 174
- (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? 175
- (4) Kann eine CC-Lizenz zurückgerufen oder befristet werden? Wie verhält es sich mit dem Umgang mit zurückgerufenen Werken „aus gewandelter Überzeugung“? 175
- (5) Können die auf dem Dissertationsserver 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? 176
- (6) Sollten bestimmte CC-Lizenzen, die nicht Libre-Open-Access-konform sind, für Nutzer gar nicht zur Auswahl angeboten werden? 178
- (7) Ein oft genanntes Grundproblem sind die CC-Lizenzen, die sich eigentlich nicht auf Software und Daten beziehen – wie kann man dies lösen? 178
- (8) Wann dürfen Volltexte von frei zugänglichen/Open-Access-Publikationen indiziert/semantisch verarbeitet werden? 179

(9) Muss die CC-Lizenz auch im Dokument selbst verankert sein, also nicht nur aus den Metadaten ersichtlich sein? 180

(10) Wo müssen Name und Lizenzangaben bei CC-lizenzierten Bildern auf einer Webseite platziert werden? Ist es ausreichend, wenn diese Angaben in der Bilddatei selbst enthalten sind? Beispiel: Es sollen CC-BY-lizenzierte SVG-Dateien auf einer Webseite wiederverwendet werden. In den Metadaten der SVG sind unter anderem Angaben zu attributionName und License enthalten. Müssen die CC-Angaben trotzdem zusätzlich auf der Webseite platziert werden? Wenn ja, müssen diese Angaben auf derselben Seite platziert werden? 181

(11) Ist es möglich, Abschlussarbeiten (auch von Gaststudierenden) ins Repositorium aufzunehmen, die unter eine CC-Lizenz (gilt insbesondere für CC-BY-NC-SA) gestellt worden sind, aber bisher erst bspw. einmal ausgedruckt worden sind, um diese bei dem*der Professor*in vorzulegen und/oder als elektronisches Dokument auf dem Laufwerk einer*eines Professor*in liegen? Was muss man dabei beachten? Hier wäre einerseits interessant, ob sozusagen das „Aufnehmen ohne Zustimmung des/der Autor*in“ möglich wäre (da eine CC-Lizenzierung auf dem Papier vorhanden ist) und falls dies keine Möglichkeit darstellt, ob der/die Professor*in die Abschlussarbeiten einstellen darf? Falls auch der/die Professor*in nicht einstellen darf: Gibt es eine andere Lösung? 182

(12) Es gibt unter anderem das Best-Practice-Beispiel im Umgang Creative-Commons-Lizenzen [siehe CC Wiki, d. Verf. [↗]] und laut der Quelle muss man die Source/Quelle angeben. Nun ist es so, dass die ehemaligen Studierenden (auch Gaststudierende) keinen Vertrag mit der Bibliothek abgeschlossen haben, sodass die Bibliothek für diese Person veröffentlichen darf. Die Abschlussarbeit ist entweder ein elektronisches PDF und/oder ein Ausdruck. Aber in der Abschlussarbeit ist eine CC-Lizenz vergeben worden (insbesondere CC BY-NC-SA). Ferner hat der*die Professor*in folgenden „Vertrag“ mit den Studierenden ausgemacht: „The university holds the non-exclusive right to use the work for research and teaching purposes“: Gibt es der Bibliothek die Erlaubnis die Abschlussarbeit trotzdem zu veröffentlichen? Gibt es dem Professor die Erlaubnis die Abschlussarbeit auf dem Repositorium der Bibliothek zu veröffentlichen? Wie geht die Bibliothek mit der Angabe nach der Source/Quelle um? Wäre die einzige Lösung mit allen Studierenden nochmal Kontakt aufzunehmen? 183

IV 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? 185
- (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? 186
- (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? 187

V Dreidimensionale Reproduktionen und Digitalisate

- (1) Wie ist mit auf Objekten angebrachten Markenzeichen, Logos o. Ä. bei dreidimensionalen Scans zu verfahren? Müssen die Rechteinhaber konsultiert werden? 189
- (2) Dürfen dreidimensionale Scans sogenannter Design-Ikonen (Thonet-Stuhl, Mercedes 300SL o. Ä.) unter Creative-Commons-Lizenzen zur Verfügung gestellt werden? 190
- (3) Wie ist mit Scans dreidimensionaler Objekte zum Beispiel aus Sammlungen und Museen umzugehen? Dürfen diese ggf. ohne Rücksprache mit den Kuratoren publiziert werden? 190
- (4) Inwieweit dürfen architektonische Bauten, Innenräume und öffentliche Kunst (Skulpturen oder Ähnliches) als Digitalisate verwendet werden? 191
- (5) Wer ist Urheber, wer Rechteinhaber dreidimensionaler Digitalisate (Scan-Operator, der jeweilige Besitzer der Originale, zum Beispiel ein Sammlungskurator ...)? Wie verhält es sich mit den Besitzrechten an den Scans und den finalisierten 3D-Objekten? 191

VI Zweitveröffentlichungen und Nachnutzungen

- (1) Darf man Preprints zum Beispiel mit dem Hinweis „Preprint. Published in ...“ ins Netz stellen? 193
- (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? 194
- (3) Inwiefern können Printpublikationen, die veröffentlicht worden sind, als es noch keine elektronischen Zugänge gab, als Open Access publiziert werden? 194
- (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)? 195
- (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? 195
- (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? 195
- (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, d.Verf.], 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 vom Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch zu machen? 196
- (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? 197

(9) Was gilt es zu beachten (vor und nach der Veröffentlichung der Teile aus der Dissertation, bei der Veröffentlichung der kompletten Dissertation)?	198
(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?	198
(11) Was ist mit bei der VG WORT mit einem Wahrnehmungsvertrag angemeldeten Personen? Unter welchen Bedingungen können deren Werke zweitveröffentlicht werden auf einem nicht-kommerziellen Repository? Hat das Auswirkungen auf Ausschüttungen (die ja u. U. schon erfolgt sind)?	199
(12) Wenn ein Artikel unter einer restriktiven CC-Lizenz veröffentlicht ist (zum Beispiel NC; ND), kann dieser ohne Rücksprache auf einem nicht-kommerziellen Repository eingestellt werden?	200
(13) Bzgl. Zweitveröffentlichungen: Dürfen Forschende die Abstracts, die auch vom Verlag benutzt werden, im institutionellen Repositorium einstellen? Dürfen sie ferner die Abstracts unter CCO zur Verfügung stellen?	200

VII Software

(1) Ist es erlaubt, kommerziell-lizenzierte (proprietäre) Software mit stark eingeschränkten Zugriffsmöglichkeiten zu archivieren?	201
(2) Was ist rechtlich notwendig, damit Open-Source-Software über ein Forschungsdaten-Repositorium veröffentlicht werden kann?	202
(3) In einem Projekt wurde von einem Mitarbeiter Software für das Projekt entwickelt: Wem gehören eigentlich die Rechte an dieser Software – dem Arbeitgeber oder dem Mitarbeiter?	203
(4) Worauf muss geachtet werden, wenn zum Beispiel andere Komponenten genutzt wurden (Software-Bibliotheken)?	203
(5) Kann man eine eigene Software als Open Source bereitstellen, wenn solche Fremdkomponenten vorhanden sind?	204

VIII Forschungsdaten

- (1) Werden frei zugängliche Forschungsdaten genauso durch das deutsche Urheberrechtsgesetz geschützt wie andere Werke? 205
- (2) Wenn Daten keinen Rechtsschutz genießen: Genießt derjenige nicht in irgendeiner Weise Wertschätzung für das erstmalige Erheben der Daten, beispielsweise in Form eines Urheberrechts oder Ähnliches? 206
- (3) Wenn Daten tatsächlich in keiner Weise irgendeinen Rechtsanspruch genießen, macht es überhaupt Sinn, diese zu lizenzieren, beispielsweise unter einer Lizenz wie CC BY? 206
- (4) Wer hat welche Rechte an den von mir erzeugten Forschungsdaten? 207
- (5) Darf ich meine Forschungsdaten einfach so veröffentlichen? 207
- (6) 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. 208
- (7) Was muss ich beachten, wenn ich Forschungsdaten nachnutze, die von anderen Personen erzeugt wurden? 209
- (8) Ich möchte meine Forschungsdaten Dritten zur Nachnutzung zur Verfügung stellen. Wie mache ich das? 209
- (9) In unserem Institut sind Altdaten gespeichert, bei denen nicht mehr zu ermitteln ist, wer sie erzeugt hat. Darf ich diese Daten veröffentlichen? 210

IX 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? 211
- (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? 213
- (3) Kann man sich rechtlich auf die Angaben in SHERPA/RoMEO verlassen? Was würde passieren, wenn die Angabe unrichtig ist? 214

- (4) Sind bei Urheberrechtsverstößen die Plattformbetreiber oder die für den Inhalt verantwortlichen Personen (Vortragende/Produzenten) haftbar? 214
- (5) Wie sieht die rechtliche Lage bei folgendem Szenario aus: Forschende laden selbstständig ihre Publikationen oder Daten als Open Access auf eine Plattform, die von der Hochschulbibliothek zur Verfügung gestellt wird. Es findet jedoch ein basaler Kurationsprozess (einfache Überprüfung der Metadaten bezüglich Publikationsstatus, keine inhaltliche Prüfung) und anknüpfend eine Art Freigabe (oder Ablehnung) vonseiten der Bibliothek statt. Wer ist in dieser Gemengelage haftbar und lässt sich die Haftung über eine vertragliche Zusicherung der Nichtverletzung der Rechte Dritter durch den Uploader regeln? Könnte hier auch die Hochschule bzw. der/die jeweilige Mitarbeiter*in haftbar gemacht werden? Und gibt es ggf. die Möglichkeit, Personen, die die Kuration vornehmen, von der Haftung auszuschließen? Wenn ja, welche (Dienstvereinbarung, Einverständniserklärung)? 215

X Datenschutz, Persönlichkeitsrecht und Einwilligung

- (1) Gilt für mich als in Deutschland handelnder Wissenschaftler immer ausschließlich das deutsche Recht beim Umgang mit Daten? 217
- (2) Falls nein, welche Jurisdiktionen müssen bei im Internet erhältlichen Daten berücksichtigt werden? 218
- (3) Inwiefern können personenbezogene Daten digital archiviert werden? 218
- (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? 219
- (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? 219
- (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?	220
(7) Wie rechtssicher in Bezug auf den Datenschutz ist die Nutzung von Zoom für Aufzeichnungen im HOS-Kontext? Das RRZ betreibt einen eigenen RRZ-Server, alle Metadaten gelangen zu Zoom, nicht jedoch der AV-Content. Reicht eine diesbezügliche Information der User?	220
(8) Zur Veröffentlichung von wissenschaftlichen oder Studienarbeiten in Hochschulrepositorien: Können bibliografische Angaben schützenswerte personenbezogene Daten sein? Müssen diese bei zurückgezogenen Publikationen aus Bibliothekskatalogen gelöscht werden?	221
(9) Dürfen Fakultät/Department, Publikationsdatum, Art der Abschlussarbeit (Bachelor, Master, Dissertation/Habilitation) in Verbindung mit der Angabe des Vor- und Nachnamens als Pflichtfelder ausgestaltet werden, die beim Einstellen von Arbeiten in Hochschulrepositorien zwingend vom Autor ausgefüllt werden müssen? Oder sollten diese Angaben freiwillig sein?	223

XI Barrierefreiheit

(1) Was schreiben die Regelungen zur Barrierefreiheit für Videos vor (beispielsweise von Vorlesungen oder Vorträgen)?	226
(2) Müssen neben den neu hochgeladenen Videos auch die älteren, bereits vor dem Stichtag existierenden Videos barrierefrei angeboten werden?	226
(3) Ältere Videos, welche nachträglich barrierefrei(-er) gemacht werden, bieten möglicherweise auch neue Recherche-Möglichkeiten wie zum Beispiel eine Untertitelung (und somit implizit auch eine Durchsuchbarkeit). Ist für derartige neue Features eine nachträgliche Freigabe seitens der Urheber*innen notwendig?	228

(4) Müssen Videos, die nicht-öffentlich verfügbar sind, sondern nur einem eingeschränkten Nutzerkreis zur Verfügung gestellt werden, den Richtlinien entsprechen?	228
(5) Genügt es, automatisierte Technologien zur Herstellung von Barrierefreiheit einzusetzen, um den Aufwand zu verringern, auch wenn die Ergebnisse weniger effizient sind als manuelle Maßnahmen? Kann beispielsweise auf frei zugänglichen Sprachmodellen basierende Open-Source-Audio-transkriptionssoftware verwendet werden, statt Videos manuell zu transkribieren?	229
(6) Was passiert bei Nichteinhalten der Umsetzungsfrist? Inwiefern werden Verstöße geahndet?	230
Literatur - und Quellenverzeichnis	233
Über die Verfasser	243

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGPL	Affero General Public License
Art.	Artikel
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BITV	Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung
BMI	Bundesministerium des Innern
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
BWFGB	Behörde für Wissenschaft, Forschung, Gleichstellung und Bezirke
CC	Creative Commons
CCo	CC Zero
CC BY	CC-Lizenz Namensnennung
CC BY-NC	CC-Lizenz Namensnennung, nicht kommerziell
CC BY-NC-ND	CC-Lizenz Namensnennung, nicht kommerziell, keine Bearbeitung
CC BY-NC-SA	CC-Lizenz Namensnennung, nicht kommerziell, Wei- tergabe unter gleichen Bedingungen
CC BY-ND	CC-Lizenz Namensnennung, keine Bearbeitung
CC BY-SA	CC-Lizenz Namensnennung, Weitergabe unter glei- chen Bedingungen
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft

DINI	Deutsche Initiative für Netzwerkinformation e. V.
Drs.	Drucksache
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union
DSK	Datenschutzkonferenz
DSM-Richtlinie	Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (EU 2019/790) (engl.: Digital Single Market)
d. Verf.	der Verfasser
ErwGr	Erwägungsgrund (DSGVO)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EULA	End User License Agreement/ Endbenutzer-Lizenzvertrag
FOSS	Freie- und Open-Source-Software
GDPR	General Data Protection Rule
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 License
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
HmbBfDI	Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit
HmbBGGbM	Hamburgisches Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen
HmbBGG	Hamburgisches Behindertengleichstellungsgesetz
HmbBITVO	Hamburgische Barrierefreie Informationstechnik-Verordnung
HmbDSG	Hamburgisches Datenschutzgesetz
HmbHG	Hamburgisches Hochschulgesetz
HmbKHG	Hamburgisches Krankenhausgesetz
HmbPresseG	Hamburgisches Pressegesetz
Hs.	Halbsatz
ifrOSS	Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software
IP-Adresse	Internetprotokoll-Adresse
ITD	Amt für IT und Digitalisierung

i. V. m.	in Verbindung mit
KUG	Kunsturhebergesetz
KunstUrhG	Kunsturhebergesetz
LG	Landgericht
LGPL	Lesser General Public License
lit.	littera (Buchstabe)
MarkenG	Markengesetz
MPL	Mozilla Public License
MStV HSH	Gesetz zum Staatsvertrag über das Medienrecht in Hamburg und Schleswig-Holstein (Medienstaatsvertrag HSH)
ODbL	Open Database License
OER	Open Educational Resources
PDM	Public Domain Mark
Rn.	Randnummer
RoMEO	Rights Metadata for Open Archiving
RRZ	Regionales Rechenzentrum (Universität Hamburg)
SCC	Standard Contractual Clauses
SGB	Sozialgesetzbuch
SHERPA	Securing a Hybrid Environment for Research Preservation and Access
S.	Satz (im Kontext von Rechtstexten)
StGB	Strafgesetzbuch
SUB	Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky
SVG	Scalable Vector Graphics
TDM	Text- und Data-Mining
TMG	Telemediengesetz
TOM	technisch-organisatorische Maßnahmen
UHH	Universität Hamburg
UrhDaG	Urheberrechts-Diensteanbietergesetz
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UVE	Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung
VG WORT	Verwertungsgesellschaft Wort
VVT	Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten



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 Bürgern sein sollten.

Das bezieht sich ausdrücklich auch auf die Forschung: Das Programm Hamburg Open Science bündelt zahlreiche Informationen zu den vielfältigen Hamburger Forschungsprojekten und leistet damit einen wichtigen Beitrag, 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. Auf Hamburg Open Science sind schon mehr als 100 000 Publikationen aus derzeit 17 Hamburger Einrichtungen auffindbar.

Open Science bietet dabei gerade dem wissenschaftlichen Nachwuchs große Chancen, Forschungsergebnisse und -daten rasch zu veröffentlichen und allgemein zur Verfügung zu stellen. Allerdings gibt es auch rechtliche Herausforderungen. Das hier vorliegende Kompendium soll ein praktischer Beitrag sein, um offene Publikationen aktiv zu unterstützen. Gleichzeitig ist es selbst ein Prototyp da-

für, wie eine Publikation ohne kommerzielle Verlagsinteressen und als offener Inhalt verbreitet werden kann.

Die Autoren greifen in der vorliegenden zweiten Ausgabe neue rechtliche Entwicklungen und in der Praxis aufgelaufene Fragen auf, so zum Beispiel zur EU-Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt sowie zur Entwicklung und Verwendung von Open-Source-Software.

Ich danke den beteiligten Universitäten und Hochschulen für die konstruktive Zusammenarbeit für Hamburg Open Science! Mein Dank gilt außerdem den Autoren und der Staats- und Universitätsbibliothek Carl von Ossietzky, insbesondere Frau Dr. Ina Kaulen, für ihre Unterstützung.



Dr. Eva Gumbel

Staatsrätin in der Behörde für Wissenschaft, Forschung, Gleichstellung und Bezirke,
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. Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg (2017), Drucksache 21/10485 [7], S., 1–2, zur Erläuterung des Programms HOS).

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 häufig wenig geklärte Rechtsfragen.

Über viele der speziellen Rechtsfragen von offenen Publikationen haben Gerichte bis heute nicht entschieden. Obgleich die erste „Open-Bewe-

gung“, 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.

Dieser Leitfaden 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 verschiedene Geschlechter beziehen, nur in der männlichen Form angeführt. Gemeint sind selbstverständlich stets alle Geschlechter gleichermaßen. Die Formulierung der Fragen in Teil 2 stammt dagegen von den Beteiligten des Programms Hamburg Open Science, die wir weitestgehend im Originalwortlaut übernommen haben, um die Authentizität und den unmittelbaren Praxisbezug der Fragen zu erhalten. Hier finden sich daher auch Genderdifferenzierungen in unterschiedlichen Ausprägungen und Formulierungen.

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 Kreativwirtschaft. Zu diesem Zweck gewährt die Rechtsordnung ihnen einerseits das Urheberrecht selbst und andererseits die sogenannten 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 Datenbankhersteller). 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 angemessen vergütet 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 unten Abschnitt II.1 und II.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/Produzenten 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 nicht schutzfähig und können es auch nicht 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 – kann urheberrechtlich geschützt sein.

Ebenfalls nicht schutzfähig sind ganz generell Fakten und Informationen (dies gilt auch für Forschungsdaten, siehe unten Abschnitt II.2). Die Information als solche, beispielsweise, dass ein

politisches Ereignis stattgefunden hat („Biden 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 dabei keine Rolle.

Auch Ideen, zum Beispiel für den Inhalt oder Aufbau eines wissenschaftlichen Papers oder eines Romans, für die Komposition eines Musikstücks oder die Ausleuchtung eines Filmsets, sind urheberrechtlich nicht geschützt.

Die Schaffensgrundlagen sind damit gemeinfrei, das heißt, sie unterliegen keinen Urheberrechten. Gleiches gilt im Übrigen auch für geschützte Werke, deren Schutzdauer abgelaufen ist. Hierauf wird unten in Abschnitt II.1 eingegangen.

4. Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten

Das Urheberrecht steht zunächst immer dem Urheber zu („Schöpferprinzip“). Leistungsschutzrechte stehen demjenigen zu, 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 Rechtsinhaberschaft 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. Auch hier liegt das Urheberrecht selbst zwar beim Programmierer. Die Nutzungsrechte stehen per Ge-

setz jedoch vollumfänglich dem Arbeitgeber zu (siehe zu dieser Unterscheidung im nächsten Abschnitt). Bei anderen Werkarten müssen sie dem Arbeitgeber hingegen vertraglich eingeräumt werden.

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/lizenziert.

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 abzu- drucken, 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 ihnen der aktuelle Inhaber der Nutzungsrechte (zum Beispiel der Verlag) zustimmt oder sie von einer gesetzlichen Regelung gedeckt sind (zum Beispiel vom „Zweitveröffentlichungsrecht“ (siehe unten Abschnitt 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 Formulare für (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 Dienstherren 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. Denn häufig wird vergessen, mit Mitarbeitern generelle Vereinbarungen über Nutzungsrechte zu treffen.

Auch wenn keine vertraglichen Vereinbarungen geschlossen werden oder auch nur jemals darüber gesprochen wurde, können also 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. Wenn Streit entsteht und ein Dritter – in der Regel ein Gericht – über diese Fragen entscheiden muss, erweisen sich diese erheblichen Rechtsunsicherheiten oft als sehr ärgerlich und manchmal teuer.

Gerade im Hochschulkontext wurden und werden erfahrungsgemäß 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 an ihn 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 ratsam, klare Absprachen zu treffen und diese 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 Wissenschaftler 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. Im Übrigen können Open-Access-Vorgaben des Mittelgebers die Wahlfreiheit hinsichtlich des Ob und Wie der Publikation von Projektergebnissen einschränken.

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 wissenschaftliche Mitarbeiter 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 dienst- beziehungsweise beamtenrechtlichen Aufgabenbereich. Dessen Inhalt und Reichweite leiten 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, trägt er die Beweislast für seine Rechtsposition. Kann der Beweis (etwa für einzelne oder gar 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 zu Lasten des Nutzers. Kann er im Streitfall nicht beweisen, dass ihm alle oder be-

stimmte Rechte eingeräumt wurden, ist er nicht zur Nutzung berechtigt. Es liegt also im eigenen Interesse des Nutzers, zumindest in Fällen mit einiger Bedeutung Vereinbarungen zu treffen, die zuverlässig nachgewiesen werden können.

6. Urheberpersönlichkeitsrechte

Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist neben den Nutzungs- beziehungsweise 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, sowie einen Anspruch auf Namensnennung bei der Nutzung durch Dritte. 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 schützen. Ihr Hintergrund liegt in der Tatsache, dass viele Urheber gegenüber ihren Vertragspartnern, wie Verlagen, Auftrag- oder Arbeitgebern, 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, das 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 (siehe hierzu auch § 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 oder explizit) auf den Anspruch auf angemessene Vergütung gegenüber den Lizenznehmern verzichtet werden. Auch in anderen Konstellationen kann eine vergütungsfreie Verwertung ausnahmsweise zulässig sein. Ein Beispiel sind Verlagspublikationen von Dissertationen, mit denen in der Regel keine Gewinne erzielt werden können.

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, Preprint-Fassungen von in Periodika erschienenen Beiträgen zwölf Monate nach der Erstveröffentlichung anderweitig zugänglich machen (sogenanntes Zweitveröffentlichungsrecht, § 38 Abs. 4 UrhG). Diese Zweitverwertung darf keinen gewerblichen Zwecken dienen. Beide Regelungen unterliegen einer Reihe von Voraussetzungen, die im Einzelfall zu prüfen sind (siehe Kreutzer/Hirche (2017) [7], Abschnitt 7.9).

8. Nutzungsfreiheiten

a) Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen

Das Urheberrecht unterliegt zahlreichen Beschränkungen. Die „Schrankenbestimmungen“ (also: Beschränkungen des Urheberrechts/Nutzungsfreiheiten) 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. Verwendungen von geschützten Werken, die unter solche Regeln fallen, werden durch das Gesetz gestattet. Es bedarf daher keiner Lizenzvereinbarung oder sonstiger 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 (§ 51 UrhG) rechtlich gewährleistet. Sie bringt zum Ausdruck, dass das öffentliche Interesse an der Zitierfreiheit gegenüber 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 (siehe hierzu im Einzelnen Kreuzer/Hirche (2017) [7], Abschnitt 7). An dieser Stelle soll nur ein Überblick über die wichtigsten Regelungen für Open Science gegeben sowie auf die sogenannte Panoramafreiheit eingegangen werden. Letztere wird in dem genannten Praxisleitfaden nicht behandelt.

Die für Wissenschaft und Lehre relevanten Schrankenbestimmungen wurden mit Wirkung zum 1. März 2018 zuletzt reformiert. Sie finden sich nunmehr in einem eigenen Unterabschnitt, den §§ 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 Panoramafreiheit.

In § 60a sind Nutzungsfreiheiten zu Bildungszwecken enthalten. Er erlaubt Nutzungen im Unterricht an Hochschulen, Schulen und anderen Bildungseinrichtungen. Teile von Werken (generell bis zu 15 Prozent) dürfen zu Unterrichtszwecken beispielsweise fotokopiert 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 gibt es spezielle Nutzungsfreiheiten für Bibliotheken, Kultur- und Gedenkstätten (§§ 60e, 60f UrhG) sowie Text- und Data-Mining (§ 60d UrhG).

Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen gestatten es, abgesehen von 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. Eine seltene Ausnahme sind das Zitatrecht und die Panoramafreiheit, die hinsichtlich der Weiterverwendung des Materials keine Beschränkungen enthalten. Ansonsten 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 im Kreise der Teilnehmer einer bestimmten Lehrveranstaltung 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 können 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 darf von urheberrechtlich geschützten Gebäuden nur die Außenansicht abgebildet werden. Zudem betrifft die Regelung nur Werke, die sich an Orten befinden, die für jeden frei zugänglich sind. 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 Abbildungen, die aus einem privaten Raum erstellt wurden. Wird zum Beispiel eine geschützte Fassade nicht von der Straße, sondern aus einer Privatwohnung abgelichtet, gilt die Panoramafreiheit nicht. Vor diesem Hintergrund dürften Drohnenvotos, sofern sie nicht nur das abbilden, was man auch „aus der Hand“ hätte fotografieren können, in der Regel nicht unter die Panoramafreiheit fallen.

Eine andere Auffassung hat das Landgericht Frankfurt am Main in einer neuen Entscheidung (LG Frankfurt/M. (2020) [7]) vertreten. Hiernach können auch Drohnenvotos unter die Panoramafreiheit fallen. Das Landgericht stellt sich damit gegen die Rechtsprechung des BGH, ob die Entscheidung Bestand haben wird, ist abzuwarten.

Schließlich müssen sich die Werke „bleibend“ im öffentlichen Raum befinden. War von vornherein nur eine temporäre Aufstellung im öffentlichen Raum geplant – wie bei einer Sonderausstellung oder einer temporären Illumination –, 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 (2014) [7]).

c) **Änderung der urheberrechtlichen Nutzungsfreiheiten durch Umsetzung der DSM-Richtlinie**

Im Jahr 2019 hat die Europäische Union eine Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt verabschiedet (sogenannte DSM-Richtlinie). Diese enthält eine ganze Reihe von neuen Vorgaben für die Ausgestaltung unter anderem der urheberrechtlichen Nutzungsfreiheiten. Sie ist bis Juni 2021 in nationales Recht umzusetzen und in diesem Zuge werden einige deutsche Regelungen, die auch im vorliegenden Kontext relevant sind, geändert werden. Geplant sind eine Vielzahl größerer und kleinerer Änderungen. Zu letzteren gehören kleine Anpassungen an der Bildungsschranke, § 60a UrhG, und den Befugnissen für Bibliotheken oder Archive. Derzeit liegt in Deutschland ein erster Referentenentwurf vom 30. Oktober 2020 vor, an dessen Inhalten sich die nachfolgende Darstellung orientiert. Im Zweifel werden im Verlaufe des folgenden politischen Entscheidungsprozesses noch einige Änderungen vorgenommen. Diese können jedoch für diese Fassung unseres Handbuchs nicht mehr berücksichtigt werden.

Die größeren Veränderungen beziehen sich unter anderem auf das Text- und Data-Mining (TDM). Der geltende § 60d UrhG wird erweitert und durch eine weitere Regelung ergänzt, die TDM unter bestimmten Voraussetzungen auch zu kommerziellen Zwecken gestattet (§ 44b UrhG neu).

Neu geschaffen wird zudem eine Regelung zu „Karikaturen, Parodien und Pastiches“ (§ 51a UrhG neu). Deren Einführung ins deutsche Recht ist europarechtlich zwingend. Über den genauen Inhalt dieser Schrankenbestimmung wird im politischen Prozess vor deren Verabschiedung noch erheblich gerungen. Sie hat aber großes Potenzial in Bezug auf die Legalisierung alltäglicher Nutzungshandlungen, auch und vor allem im Netz. Genaueres wird man erst sagen können, wenn die endgültige Gesetzesfassung beschlossen wurde.

Erhebliche Bedeutung auch für wissenschaftliche und Bildungszwecke könnten auch die Neuregelungen über „nicht verfügbare Werke“ erlangen. Dieser neue Begriff und die dazu getroffenen Regelungen umfassen zukünftig nicht nur vergriffene Werke, also Werke, die

bereits erschienen sind, sondern erweitern den Anwendungsbereich auf solche Werke, die niemals kommerziell erhältlich waren. Nach jetzigem Stand sollen sogar unveröffentlichte Werke erfasst werden. Nicht verfügbare Werke sollen nach den neuen Regelungen durch „Kulturerbe-Einrichtungen“ veröffentlicht werden dürfen. Entweder aufgrund einer gesetzlichen Gestattung (Schranke) oder einer Lizenz von einer Verwertungsgesellschaft. Das Regelungssystem wird die defizitären Bestimmungen über verwaiste Werke ergänzen. Es kann – je nach dessen endgültiger Ausgestaltung – dazu führen, dass deutlich mehr kulturell bedeutendes Material verfügbar gemacht werden kann. Das wird vor allem für Werke gelten, die nie wirtschaftliche Relevanz hatten oder deren Verwertungsinteresse längst erloschen ist.

Weitere Einzelheiten und aktuelle Informationen über den Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens sind auf der Webseite des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) verfügbar (siehe BMJV (2020) [7]).

9. Exkurs: Nutzungen außerhalb der Öffentlichkeit

Ein Grundprinzip des Urheberrechts lautet, dass „unkörperliche“ Nutzungen („Wiedergaben“) nur dann der Zustimmung des Rechteinhabers bedürfen, wenn sie in der Öffentlichkeit stattfinden beziehungsweise sich an die Öffentlichkeit richten. Solche „öffentlichen Wiedergaben“ 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 auch für die Lehre erhebliche Relevanz. Wenn zum Beispiel eine Seminarveranstaltung als nicht öffentlich zu qualifizieren wäre, könnten hier beispielsweise Filme vorgeführt

oder Bücher vorgelesen werden, ohne dass diesbezüglich Urheberrechte zu beachten wären. Nicht relevant wäre auch § 60a UrhG mit all seinen Einschränkungen und Voraussetzungen, einschließlich der Vergütungspflicht, weil es keiner gesetzlichen Erlaubnis durch eine Schrankenbestimmung bedürfte. Die Nutzung wäre ohne Weiteres zulässig. Wäre das Seminar dagegen als öffentlich anzusehen, müssten beispielsweise für die Vorführung einer (vollständigen) Fernsehsendung Nutzungsrechte per Lizenz erworben werden. Auch bei der Verwendung kleinerer Ausschnitte müssten zumindest die Voraussetzungen von § 60a UrhG geprüft werden.

Auch in vielen anderen Konstellationen kommt es ganz entscheidend auf die Frage an, ob eine Wiedergabe als „öffentlich“ qualifiziert wird oder nicht. 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 oder §§ 60a, 60c UrhG usw.).

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 d. Verf.):

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.

setzt. 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 (also der, der das Werk wiedergibt) 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, generell 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 Entscheidung des EuGHs erreicht, wenn ein Foto, das auf einer Webseite veröffentlicht wurde, ungefragt auf einer anderen Webseite veröffentlicht wird (*copy & post*). Hier sei die Situation anders als bei 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 Online-Sachverhalten – 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. Dies setzt aber enge persönliche Beziehungen zwischen den Teilnehmern voraus. Ob solche bestehen, wird oft schwer einzuschätzen sein. Kann dies nicht mit Sicherheit eingeschätzt werden, sollte man im Zweifel davon ausgehen, dass die Umgebung öffentlich ist. Nutzungen sind dann ohne Lizenz/Zustimmung des Rechteinhabers nur zulässig, wenn sie unter die §§ 60a und 60c UrhG, das Zitatrecht oder andere Schrankenbestimmungen fallen.

10. Schutzfrist

Eine wichtige Beschränkung des Urheberrechts liegt in der zeitlichen Befristung. Das Urheberrecht erlischt siebenzig 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 keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung, daher bedarf es 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 auch nicht in jeder Hinsicht eindeutig. In einem neueren Verfahren vor dem EuGH geht es um die Frage, ob automatisch, also ohne einen weiteren Klick des Nutzers, aktivierte Embeds nicht doch unter das Urheberrecht fallen sollen. Video-Embeds ohne Autoplay wären damit urheberrechtlich generell unbedenklich, während Bild- oder Video-Embeds mit Autoplay zustimmungsbedürftig wären. Diese Unterscheidung hat der Gutachter am EuGH (Generalanwalt) angeregt, aber der EuGH hat bei Verfassen dieses Textes noch nicht darüber entschieden (siehe Näheres zu diesem komplizierten Aspekt in dem Artikel „EuGH-Generalanwalt empfiehlt Erlaubnis von Framing, nicht aber von Inline-Linking“ (iRights.info 14.9.2020) [7]).

II Recht an Forschungsdaten und Datenbanken

Eine häufig auftretende Frage ist, ob Forschungsdaten als solche urheberrechtlich (oder durch andere Rechte) geschützt sind. Ist das der Fall, 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. Eine (Nach-)Nutzung wäre nur auf Grundlage einer gesetzlichen Erlaubnis oder eines Lizenzvertrages zulässig, was die Weiterverwendung solcher Daten sehr einschränken würde. 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 unterlägen. Denn solche Lizenzen dienen dazu, Rechte zur Nutzung von geschützten Inhalten einzuräumen und in diesem Zuge Freiheiten bei der Nachnutzung zu eröffnen. Für gemeinfreie Daten oder Inhalte sind solche Lizenzen dagegen nicht erforderlich,

weil sie ohnehin ohne jede Einschränkung und Rechtspflicht genutzt werden dürfen (das genau ist die Definition von Gemeinfreiheit). Gemeinfreie Daten unter Open-Content-Lizenzen zu stellen, würde dem Nutzer also mehr Pflichten aufbürden als Rechte einräumen (siehe hierzu näher unten Abschnitt III). Dies wird daher auch als *Copyfraud* oder Rechtsanmaßung bezeichnet. Denn Open-Content-Lizenzen enthalten immer auch Pflichten, zumindest die Namensnennungspflicht. Zudem enthalten sie implizit die Behauptung, dass überhaupt ein Schutzrecht an den Inhalten besteht – denn ohne Schutzrecht bedarf es auch keiner Lizenz.

1. Recht an Datenbanken

In Bezug auf ihre rechtliche Schutzfähigkeit ist zwischen Daten und Datenbanken zu unterscheiden. Während (Roh-)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 die Erstellung der Datenbank eine wesentliche Investition erfordert hat (§ 87a UrhG). Eine Datenbank, die dieses Kriterium erfüllt, ist davor geschützt, dass die ganze Datenbank kopiert oder „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. Rechte an Daten und Fakten

Daten an sich sind frei von jeglichen Rechten (siehe oben Abschnitt 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. Urheberrechtlich geschützt sein kann daher allenfalls ein Text oder eine andere Darstellung, in der die Forschungsergebnisse unter Verwendung der Daten beschrieben oder auf andere Weise dargestellt werden.

Diese Tatsache gilt universell für jede Art von 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 an diesen Darstellungen wiederum Schutzrechte bestehen (siehe unten Abschnitt II.4).

Die Freiheit von Fakten und Informationen ist ein ganz wesentlicher Grundsatz des Urheberrechts. Wären sie 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.

Das heißt nicht, dass der weit verbreitete Wunsch, als „Entdecker“ eines Faktums oder einer Erkenntnis namentlich genannt zu werden, nicht legitim wäre. Es bedeutet auch nicht, dass dieses Interesse der Forschenden normativ nicht berücksichtigt würde. Das Urheberrecht ist jedoch nicht das richtige Instrument, um es zu schützen. Wären Daten, Fakten und Informationen urheberrechtlich geschützte Werke, würden die Entdecker über das ausschließliche Recht verfügen, jedem deren Nutzung zu verbieten oder von Zahlungen abhängig zu machen. Informationsmonopole wären zwangsläufig die Folge. Hierdurch würden die Freiheit von Wissenschaft und Forschung, die Bildung, kulturelle Entwicklung massiv beschränkt.

Das Interesse, für neue Entdeckungen, Forschungsergebnisse und -daten entsprechend gewürdigt und bei deren Weiterverwendung

genannt zu werden, wird gerade in der Wissenschaft durch andere Normen abgesichert. Diese ergeben sich zum Beispiel aus Regularien der „guten wissenschaftlichen Praxis“, aus Promotionsordnungen oder auch ungeschriebenen sozialen Normen. Solche sind wesentlich besser an die spezifischen Belange und Gepflogenheiten der jeweiligen *Peer Groups* angepasst. Damit eignen sie sich als Regelungsinstrument wesentlich besser und sind oft auch wesentlich wirkmächtiger als das Urheberrecht. Verstöße können beispielsweise die Reputation erheblich beschädigen, ein Effekt, der bei einer urheberrechtlichen Abmahnung kaum in diesem Maß zu befürchten sein dürfte. Auch bei der Sanktionierung von Plagiatsfällen in der Wissenschaft geht es vorrangig nicht um Urheberrechtsverletzungen, sondern um Verstöße gegen andere Normen.

3. Vertragliche und andere Beschränkungen der Datennutzung

Trotz ihrer urheberrechtlichen Schutzfreiheit kann die Nutzung von Daten anderen Restriktionen unterliegen. Das betrifft einerseits 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 restriktiven 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 zwischen den Vertragsparteien. Schutzrechte wie das Urheberrecht gelten dagegen universell, also gegenüber jedermann. 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 die Vorgaben des geschlossenen Vertrages einhalten. Es darf sie – wenn das vertraglich untersagt ist – zum Bei-

spiel weder weitergeben noch zu bestimmten Zwecken 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. Verwendungsbeschränkungen – von Datenschutz oder Persönlichkeitsrechten einmal abgesehen – für nicht durch Vertrag gebundene Nutzer könnten sich nur aus Schutzrechten ergeben, die *inter omnes* wirken. Wenn aber an den Daten kein Urheber- oder anderes Ausschließlichkeitsrecht besteht, sind sie gemeinfrei und können ohne Weiteres genutzt 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 jedenfalls nur im Einzelfall beurteilt werden und muss im Zweifel gerichtlich geklärt werden.

4. Rechte an „angereicherten“ Datensätzen und Informationen

„Angereicherte“ Datensätze und Informationen, die mitunter verkürzt ebenfalls als „Daten“ bezeichnet werden, können durchaus unter Urheber- oder Leistungsschutzrechte fallen. Enthalten Datensätze Inhalte, wie Bilder, Diagramme, Texte (wie Kurzbeschreibungen des Digitalisats oder Zusammenfassungen eines Romans) sind diese Gestaltungen schutzfähig.

Wohlgemerkt gilt dies nicht für den ganzen Datensatz, sondern nur diejenigen Bestandteile, die ein Werk oder eine geschützte Leistung darstellen. Die in einem solchen Datensatz enthaltenen Fakten und Informationen bleiben frei. Besteht beispielsweise ein Eintrag in einem Bibliothekskatalog aus Meta- und Publikationsdaten sowie einer Abbildung des Covers kann allenfalls letzteres geschützt sein. Ob dies der Fall ist, hängt von den allgemeinen Schutzvoraussetzungen ab, wie sie in oben in Abschnitt I.2 beschrieben wurden.

5. Rechte an technischen Reproduktionen, Massendigitalisaten und 3D-Scans

Rein technisch erzeugte Reproduktionen sind nicht geschützt. Hiermit gemeint sind Abbildungen, die nicht von Menschen, sondern maschinell erzeugt wurden. Beispiele sind Scans oder Fotokopien und andere zweidimensionale „Kopien“ von zweidimensionalen Vorlagen. Gleiches gilt für digitale Kopien von digitalen Vorlagen (Dateien). Eine reine Kopie ist keine eigene Leistung eines Fotografen, sondern eben nur die Vervielfältigung einer Vorlage. Wie groß der Aufwand, wie hoch die Herstellungskosten sind, ist grundsätzlich unerheblich.

In Bezug auf das Urheberrecht an Lichtbildwerken ist dies eindeutig. Das Urheberrecht schützt nur die geistigen Schöpfungen von Menschen (siehe oben Abschnitt I.2). Rein maschinelle Erzeugnisse und Kopien von bestehenden Vorlagen sind keine Werke und sind urheberrechtlich daher nicht geschützt.

Gleiches gilt im Grundsatz für das Lichtbildrecht (§ 72 UrhG). Zwar stellt es, anders als das Urheberrecht an Lichtbildwerken, keine qualitativen Anforderungen an die kreative Leistung. Somit können auch simple Schnappschüsse hierdurch geschützt werden. Auch für das Lichtbildrecht ist jedoch Grundvoraussetzung, dass die Abbildung auf einer menschlichen Leistung basiert. Geschützt werden daher nur „fotografische“ Abbildungen und Reproduktionen und nicht rein technische. Ein Flachbild-Scan ist daher auch dann kein geschütztes Lichtbild oder gar Werk, wenn der Scanner kompliziert ist und seine Bedienung gewisse spezielle Kenntnisse voraussetzt.

Indes: Wo genau die Abgrenzung zwischen einer rein technischen und einer fotografischen Reproduktion zu ziehen ist, ist uneindeutig und unter Juristen umstritten. Bei fast allen Reproduktionen sind Menschen in irgendeiner Form beteiligt. Wie groß der menschliche Einfluss auf die Abbildung sein muss, um einen Schutz zu begründen, wird sehr unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird vertreten, dass die für komplexe Aufbauten erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu berücksichtigen sind. Komplexe 3D-Scans wären hiernach wohl in der Regel schutzfähig. Manche sind der Auffassung, dass Ablichtungen von zweidimensionalen Vorlagen niemals geschützte Lichtbilder

sein können, während Abbildungen von dreidimensionalen Vorlagen stets geschützt seien. Höchstrichterliche Rechtsprechung existiert, gerade in Bezug auf moderne komplexe Reproduktionstechniken, nicht.

Unseres Erachtens setzt der Lichtbildschutz zumindest einen persönlichen Gestaltungsspielraum bezüglich der Abbildung voraus. Erzeugnisse von automatisierten Massendigitalisierungsverfahren sind damit generell nicht schutzfähig. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verfahren technisch und organisatorisch komplex oder teuer sind und auch unabhängig davon, dass natürlich auch solche Prozesse vielen menschlichen Handlungen und Entscheidungen unterworfen sind.

Bei komplexen 3D-Scans wird dies häufig anders zu beurteilen sein. Hierbei entstehen originäre Abbildungen und nicht nur Abbildungen von Abbildungen (also Kopien). Jedenfalls sofern solche nicht auf rein standardisierten Verfahren basieren, die menschliche Leistung also darauf beschränkt ist, „einen Knopf zu drücken“, werden hier zumeist erhebliche Gestaltungsspielräume bestehen, die auch einen Rechtsschutz begründen können. Unzählige Faktoren wie die Lichtsetzung, die Positionierung und Auswahl der Ablichtungsgeräte oder die Umgebungsgestaltung können und werden das Ergebnis erheblich beeinflussen. Werden die Aufnahmen aufwendig von Menschen nachbearbeitet, können auch diese Leistungen den Schutz begründen. Sie sind jedenfalls unseres Erachtens zu berücksichtigen, wenn ihnen Entscheidungsoptionen, also Gestaltungsspielräume zugrunde liegen. Letztlich hängt die Frage nach der Schutzzfähigkeit vom Einzelfall ab.

Wenn Reprografien als Lichtbilder geschützt sind, stehen die Rechte dem „Lichtbildner“ zu (§ 72 Abs. 2 UrhG). Dies ist die Person, die das Lichtbild geschaffen hat, also der Fotograf, Kameramann oder eben die Personen, die einen 3D-Scan konzipiert und erstellt haben (die „Bediener der Apparatur“). Das urheberrechtliche Schöpferprinzip, § 7 UrhG, sowie die Regelung über die Miturheberschaft (§ 8 UrhG) gelten hier entsprechend (siehe oben Abschnitt I.4). Fertigen der oder die Lichtbildner die Reprografien im Rahmen ihrer arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten an, werden die Nutzungsrechte im Zweifel mehr oder weniger vollständig beim Arbeitgeber/Dienstherrn

liegen (siehe hierzu oben Abschnitt I.5). Auch mit Angestellten sollten hierüber vertragliche Regelungen getroffen werden (bei Auftragsfertigmern ist dies wohl selbstverständlich). Nur so kann Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Verteilung von Nutzungsrechten vermieden werden.

6. Weitere Informationen

Ausführliche Information zu Forschungsdaten, unter anderem deren Schutzfähigkeit, Lizenzen und Verträgen finden sich auf der Webseite forschungsdaten.info [↗]. Die informative Webseite enthält auch eine Vielzahl weiterführender Literaturhinweise.

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

1. Allgemeines

Der Begriff Open in Open Access, Open Content, Open-Education-Resources (OER) und Open-Source-Software bezieht sich auf urheberrechtlich geschützte Werke, deren Nachnutzung von den Rechteinhabern gestattet wird. Zu diesem Zweck werden sie unter einer „offenen“ Lizenz verfügbar gemacht. Offene Lizenzen (Open-Content-Lizenzen) werden auch als freie oder öffentliche Lizenzen bezeichnet. Eine Lizenz ist eine Nutzungsgestattung.

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 kann so erhöht und vereinfacht werden.

Unterschiedliche Begriffe bezeichnen im Kontext von Openness unterschiedliche Bereiche und Inhaltsformen. Sie überschneiden sich und können nicht trennscharf abgegrenzt werden. Bei Open Access geht es um wissenschaftliche, bei Open Content genereller um kulturelle beziehungsweise kreative Inhalte. OER betrifft Lehr- und Lernmaterialien und Freie- und Open-Source-Software (FOSS) Computerprogramme. Open Data bezieht sich, offensichtlich, auf Daten. Eine freie Lernressource beispielsweise ist gleichermaßen OER und Open Content, denn 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 unterschiedlichen Varianten zum freien Einsatz zur Verfügung stehen. Die Lizenzen selbst sind ausnahmslos als Open Content zur Nutzung freigegeben, können also von jedem eingesetzt werden, der sie verwenden 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 (hierbei handelt es sich genau genommen nicht um Lizenzen, siehe unten Abschnitt III.14).

Die bekanntesten Open-Content-Lizenzen stammen von der amerikanischen NGO Creative Commons (CC). Für Freie- und Open-Source-Software werden am häufigsten die Lizenzen der Free Software Foundation eingesetzt (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. Darüber hinaus gibt es viele weitere Varianten von offenen Lizenzen von unterschiedlichen Verfassern.

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 Auslegungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheit erzeugen. Ähnliches gilt für die Verwendung von „normalen“ Open-Content-Lizenzen für Datenbanken (wobei die CC-Lizenzen in Version 4.0 eine ausdrückliche Datenbankklausel, Abschnitt 4, enthalten).

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 und die Lizenztexte sollten nicht nur gelesen, sondern auch inhaltlich durchdrungen werden.

Nachfolgend sollen einige Hinweise zur Auswahlentscheidungen hinsichtlich der in der Praxis von Open Science besonders wichtigen Creative-Commons-Lizenzen (kurz: CC-Lizenzen) gegeben werden. Im Anschluss finden sich Ausführungen, die solche Entscheidungen bei FOSS-Lizenzen erleichtern sollen.

3. Open Access: Die Lizenzen von Creative Commons

Es gibt sechs verschiedene CC-Lizenzen. Diese setzen sich aus den inhaltlich möglichen Kombinationen der vier Lizenzattribute zusammen. Diese sind:

1. BY = *attribution* (Namensnennung)
2. NC = *non-commercial* (keine kommerzielle Nutzung)
3. ND = *no derivatives* (keine Bearbeitungen)
4. SA = *share alike* (Weitergabe unter gleichen Bedingungen; Copyleft)

Die Organisation Creative Commons besitzt die Rechte an ihren Lizenzen. Zwar kann jeder sie frei benutzen, andere als die vorgesehenen Varianten sind jedoch nicht zulässig. Man darf die oben genannten Lizenzattribute also nicht beliebig in einer eigenen Lizenzversion kombinieren. Auch ist es nicht zulässig, die Lizenzen zu verändern, indem etwa weitere Klauseln hinzugefügt werden.

Die Bezeichnungen der verschiedenen Lizenzversionen setzen sich aus einer Kombination der oben genannten Lizenzattribute zusammen (zum Beispiel CC BY-NC-SA). Für jedes Attribut gibt es ein Piktogramm (siehe hierzu im Einzelnen Creative Commons "Lizenzen" [7]). Je länger die Bezeichnung, desto mehr Pflichten und Einschränkungen enthält die jeweilige Lizenz. CC BY ist dementsprechend die liberalste Lizenz mit den meisten Freiheiten und geringsten Einschränkungen.

Bei den Beschränkungen NC, ND und SA handelt es sich um rechtliche Vorbehalte. Eine NC-Lizenz besagt nicht, dass der Inhalt in keinem Fall kommerziell genutzt werden darf. Die Beschränkung bedeutet vielmehr, dass der Lizenzgeber (Urheber oder sonstiger Rechteinhaber) die Nutzungsform nicht pauschal erlauben, sondern hierüber noch einmal individuell entscheiden will. Wird beispielsweise eine Grafikdatei unter einer CC-NC-Lizenz veröffentlicht, müssen Rechte zur kommerziellen Nutzung beim Rechteinhaber abgeklärt 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 – trägt Creative Commons das Motto *some rights reserved*.

Die folgenden Varianten sind verfügbar:



CC BY: (BY = *by*) Es müssen Hinweise auf den Autor, die Quelle, den/die Rechteinhaber (so weit vorhanden) und die Lizenz gesetzt werden. Dies folgt aus dem Lizenzattribut BY. Da dies in allen Lizenzversionen enthalten ist, gilt die „Attribution-Pflicht“ für alle CC-Lizenzen. Ansonsten enthält diese Variante keine wei-

tergehenden Nutzungsbeschränkungen. Der Nutzer kann das Werk mithin in jeder Form bearbeiten und das Werk auch mit anderen kombinieren. Außerdem kann er das Werk kommerziell oder nicht kommerziell auf jede Art und Weise verwenden.



CC BY-SA: (SA = *share alike*) Gestattet Bearbeitungen („Abwandlungen“) und kommerzielle Nutzungen des Werks. Die Veröffentlichung von Bearbeitungen ist aber nur unter den gleichen oder vergleichbaren Lizenzbestimmungen erlaubt (SA). Diese Lizenz wird beispielsweise in der Wikipedia verwendet.



CC BY-ND: (ND = *no derivatives*) Bearbeitungen sind nicht gestattet, kommerzielle Nutzungen hingegen schon.



CC BY-NC: (NC = *non-commercial*) Bearbeitungen sind erlaubt, kommerzielle Nutzungen ausgeschlossen. Das NC-Piktogramm gibt es in verschiedenen Versionen (hier mit dem €-Zeichen, zudem gibt es \$- und andere Währungssymbole). Geänderte Versionen müssen nicht unter der gleichen oder einer vergleichbaren Lizenz veröffentlicht werden (kein SA).



CC BY-NC-SA: Bearbeitungen sind gestattet, deren Veröffentlichung darf aber nur unter den gleichen oder vergleichbaren Lizenzbestimmungen erfolgen (SA). Kommerzielle Nutzungen sind ausgeschlossen (NC).



CC BY-NC-ND: Bearbeitungen und kommerzielle Verwendungen sind ausgeschlossen.

4. Welche Open-Content-Lizenz sollte man verwenden?

Auf diese Frage gibt es keine pauschale Antwort. Welche Lizenz vorzugswürdig ist, hängt davon ab, was mit der Lizenzierung erreicht werden soll. Dies hat viele Facetten, die von Situation zu Situation unterschiedlich sind. Teilweise geben Institutionen für Veröffentlichungen aus dem eigenen Haus auch bestimmte Lizenztypen vor, zum Beispiel aufgrund einer eigenen Open-Access-Policy.

Grundsätzlich ist die Frage der Lizenzauswahl für den Erfolg der Lizenzierung von großer Bedeutung. Entsprechend sollte sie gründlich abgewogen werden. In der Praxis ist zu beobachten, dass gerade „Openness-Neulinge“, auch unter den institutionellen Lizenzgebern dazu neigen, möglichst restriktive Lizenzen zu verwenden. Die Begründungen hierfür sind vielfältig, zum Beispiel: „Wir als öffentliche Einrichtung müssen verhindern, dass unsere mit Steuergeldern erstellten Materialien von Unternehmen kommerziell genutzt werden. Deshalb verwenden wir NC-Lizenzen.“ Oder: „Wir verwenden ND-Lizenzen, um verhindern zu können, dass unsere Bilder von politischen Extremisten für Propagandazwecke missbraucht werden.“

Bei näherem Hinsehen haben solche Argumente, jedenfalls in ihrer Pauschalität, regelmäßig wenig Substanz. Meist verbirgt sich dahinter der Wunsch, nicht jegliche Kontrolle aufgeben zu wollen. Das ist zumindest in gewisser Hinsicht paradox. Denn die „Öffnung“ von Inhalten dient grundsätzlich gerade dazu, eine möglichst unkontrollierte und damit ungehinderte Verbreitung des Inhalts zu ermöglichen.

Alle Lizenzfassungen haben ihre Vor- und Nachteile. Die Wahl der „richtigen“ Lizenz hängt damit vom Einzelfall ab. Hierbei sollte bedacht werden, dass jedes zusätzliche Lizenzattribut, jede zusätzliche Lizenzpflicht Rechtsunsicherheit schafft. Kaum ein Laie kann beispielsweise in Grenzfällen beurteilen, was „kommerziell“ bedeutet. Außer hochspezialisierten Juristen weiß annähernd niemand, wie sich ein Share Alike auf komplexe Werkkombinationen wie Collagen oder multimediales Lehrmaterial auswirkt. Gleiches gilt für die Kombination von Werken, die unter unterschiedlich restriktiven Lizenztypen veröffentlicht wurden. Solche Rechtsunsicherheiten schrecken

vor der Nutzung ab. Da sich zudem auch die Lizenzgeber selbst meist nicht vollständig im Klaren über die Auswirkungen sind, entstehen oft Kollateralschäden. Durch pauschale Beschränkungen wie „keine Bearbeitungen“ werden dann beispielsweise Nutzungen ausgeschlossen, gegen die der Rechteinhaber an sich gar nichts gehabt hätte. Und schließlich sind die meisten Lizenzgeber – vor allem wenn es sich um die Urheber selbst handelt – weder bereit noch in der Lage, Lizenzbeschränkungen zu verfolgen und durchzusetzen. Der Einsatz restriktiver Versionen läuft dann auf nutzlose Verbote hinaus, die allenfalls Schwierigkeiten machen. Damit werden auch und vor allem die Ziele gefährdet, die mit der offenen Lizenzierung erreicht werden sollen. Häufig wird die Nutzung eher unterlassen, als Rechtsunsicherheiten aufzuklären.

Kurz gesagt: Den – psychologisch verständlichen – Impuls, Kontrolle zu erhalten und restriktive Lizenzversionen zu verwenden, sollte man zumindest hinterfragen. Nur wenn hierfür gute und realistische Argumente sprechen, sollten sie verwendet werden. Denn der Idee von Open Access oder Open Science sind Lizenzbeschränkungen eher abträglich als förderlich.

5. Forschungssoftware: Freigabe von Computerprogrammen in Open-Science-Projekten durch Open-Source-Lizenzen

Je nach Kontext und Definition, umfasst der Ansatz von Open Science nicht nur die offene Verfügbarmachung der Daten und Forschungsergebnisse, sondern auch von Software, die zur Forschung eingesetzt wird. Für deren „Öffnung“ steht eine unüberschaubare Anzahl von Open-Source-Lizenzen zur Auswahl. So führt das Repositorium des Instituts für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS) eine dreistellige Zahl unterschiedlicher Lizenzen auf (siehe ifrOSS [↗]).

Open-Source-Lizenzen können in drei große Kategorien eingeteilt werden. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist dabei der soge-

nannte Copyleft-Effekt. Das Prinzip war Vorbild für das Share Alike von CC. Es bindet Bearbeiter mehr oder weniger eng an die Lizenz des Ausgangsmaterials. Will man also Updates, Patches oder Forks von Software, die man nicht (vollständig) selbst geschrieben hat, veröffentlichen, gelten bei deren Lizenzierung gewisse Beschränkungen. Gleiches gilt, wenn eine Copyleft-Software ganz oder in Teilen in andere Software integriert oder gemeinsam mit anderen Programmen vertrieben werden soll. Gerade bei Computerprogrammen ist dieser Aspekt sehr relevant. Software ist stets darauf angewiesen, mit anderer Software zu interagieren, deshalb werden Computerprogramme oft in *Bundles* verbreitet. Man denke etwa an die Firmware in Routern oder an Betriebssysteme. Je nach der technischen Zusammenstellung und den Abhängigkeiten kann es in solchen Konstellationen sein, dass die Copyleft-Regelung vorschreibt, den eigenen Code ebenfalls unter die Copyleft-Lizenz zu stellen. Das wiederum kann mit der Pflicht einhergehen, eigenen Code offenzulegen, also den Source-Code jedermann zugänglich zu machen. Ob und inwieweit diese Pflichten im jeweiligen Fall bestehen, ist eine höchst komplexe Rechtsfrage.

Entsprechend der Bedeutung von Copyleft-Klauseln für Open-Source-Software werden die folgenden drei Lizenzkategorien unterschieden:

1. LIZENZEN OHNE COPYLEFT: Permissive Lizenzen, die keine Einschränkungen hinsichtlich Modifikationen, Weiterentwicklungen und Code-Kombinationen enthalten. Unter der Voraussetzung, dass die Lizenz und der Lizenzgeber/Rechteinhaber genannt werden, kann man mit solchen Programmen „machen, was man will“. Hierzu zählen etwa die BSD-, MIT- oder Apache-Lizenz.
2. LIZENZEN MIT STRENGEM COPYLEFT: Komplexe Lizenzen, die verlangen, dass sämtliche Weiterentwicklungen (zumeist definiert als „abgeleitete Werke“ beziehungsweise *derivative works*), nur unter der Ursprungslizenz vertrieben werden. Als „abgeleitete Werke“ werden auch gewisse Kombinationen von Software-Komponenten verstanden. Hierzu zählen vor allem die GPL (General Public License) oder die noch weitergehende AGPL (Affero General Public License).

3. **LIZENZEN MIT BESCHRÄNKTEM COPYLEFT:** Komplexe Lizenzen, die grundsätzlich auch verlangen, dass Weiterentwicklungen nur unter der Ursprungslizenz vertrieben werden. Das Copyleft betrifft Code-Kombinationen jedoch nur in Sonderfällen, die mehr oder weniger klar definiert sind. Die Wahrscheinlichkeit einer Erstreckung auf anderen Code (von Kritikern gern Infringierung genannt) und von Lizenzinkompatibilitäten ist daher geringer. Prominente Beispiele sind die MPL (Mozilla Public License) oder die LGPL (Lesser General Public License).

6. Welche Open-Source-Lizenz sollte man verwenden?

Auch diese Frage hängt von vielen Aspekten des Einzelfalls ab. Wie bei den CC-Lizenzen sollte man sich bewusst sein, dass die Anwendungsprobleme wachsen, je mehr Einschränkungen und Pflichten eine Lizenz enthält. Auch bieten sich manche Lizenzvarianten für manche Arten von Programmen weniger an als für andere. Softwarebibliotheken beispielsweise unter der GPL oder einer anderen strengen Copyleft-Lizenz zu veröffentlichen, ist meist wenig sinnvoll. Solche Komponenten dienen per definitionem der engen Interaktion mit Anwendungen und Betriebssystemen. Ob und unter welchen Umständen hierdurch Copyleft-Effekte ausgelöst und der Code der Anwendungen beispielsweise ebenfalls freigegeben werden muss, kann kaum jemand beantworten. Das schreckt ab und behindert damit deren Nutzung. Bei einem ausführbaren Programm (beispielsweise Open Office) ist die Situation wiederum ganz anders.

Eine stark vereinfachte Daumenregel würde auch hier lauten: Je wichtiger einem die möglichst freie Verbreitung und ungehinderte Nutzung des Codes ist, desto permissiver sollte die gewählte Lizenz sein. Das gilt auch für Code, der dafür bestimmt ist, in komplexen Konglomeraten verwendet zu werden. Je mehr auf einen „Community-Effekt“ gesetzt und Wert darauf gelegt wird, dass das Programm auch in allen späteren Iterationen offen bleibt, desto bedeutender sind Copyleft-Regeln. Siehe weitere Informationen zu diesen Themen: [ifrOSS](#) [↗]

7. 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 usw.) zu vergeben. Hierzu ist nur der Rechteinhaber befugt. Das kann der Urheber oder ein Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte sein (siehe hierzu Abschnitt I.4 und I.5).

Um zu klären, wer beispielsweise einen wissenschaftlichen Beitrag oder eine Studienarbeit in ein Open-Science- oder Open-Access-Repository einstellen und unter einer Open-Content-Lizenz „freigeben“ darf, muss man herausfinden, 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 von Verlagspublikationen geboten. Wurde ein Werk in einem Verlag erstveröffentlicht, sind in diesem Zuge Rechte übertragen worden. 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 oder aufgrund von Open-Access-Strategien des „grünen Wegs“. Dies wird aber die Ausnahme sein.

8. 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 oder in beigefügten Dateien (oft *License* bezeichnet). 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 \(2018\) \[7\]](#)).

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 so 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, die Rechte werden also dauerhaft und zeitlich unbegrenzt eingeräumt.

9. 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 im UrhG gewährten Nutzungsfreiheiten (Schrankenbestimmungen) hinausgehen. Alle offenen 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 Lizenzattribute „keine kommerzielle Nutzung“ (NC) und „keine Bearbeitungen“ (ND). Näheres hierzu siehe oben im Abschnitt III.4 „Welche Open-Content-Lizenz sollte man verwenden?“ 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.

10. 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.

Die wichtigsten Vertragspflichten bei Creative Commons sind die Folgenden:

- 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 usw.) muss ein Hinweis auf die geltende Lizenz gesetzt werden beziehungsweise dürfen die vom Rechteinhaber gesetzten Hinweise nicht entfernt werden.
- Share Alike (bei Open-Source-Lizenzen: Copyleft): 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.

- Änderungsdokumentation: Wenn die Lizenz erlaubt, das Werk zu verändern und die veränderte Version wieder zu veröffentlichen, muss auf die Veränderung hingewiesen werden.

Die genannten Hinweispflichten (auf den Autor, Rechteinhaber und die Lizenz) sind auch bei Open-Source-Lizenzen Standard. Copyleft (Share Alike) enthalten manche Lizenzen. Ansonsten ist die Bandbreite der Pflichten hier sehr vielfältig, was angesichts der unzähligen Lizenzvarianten nicht verwunderlich ist. Von großer Bedeutung sind bei Open-Source-Lizenzen mit Copyleft Offenlegungspflichten bezüglich des Sourcecodes. In unterschiedlichen Ausprägungen schreiben es diese Lizenzen vor, dass bei einer Veröffentlichung modifizierter Fassungen der hierunter stehenden Programme auch der Quellcode für jedermann zur Verfügung gestellt werden muss. Für Open-Source-Software hat diese Pflicht eine besondere Bedeutung. Computerprogramme können ohne Zugriff auf den Quellcode nicht bearbeitet werden. Wird er nicht (mit-)veröffentlicht, kommt das einem faktischen Bearbeitungsverbot gleich. Das würde der Idee von Freier Software diametral entgegenstehen.

11. 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 werden kann oder dass diese stets jedermann kostenlos frei zugänglich gemacht werden müssen. Beide Annahmen sind in jeder Hinsicht falsch.

„Open“ ist nicht gleichbedeutend mit „kostenlos“. „Free“ oder „frei“ bezieht sich in diesem Kontext auf Freiheit (des Zugangs, der Verwendungsmöglichkeiten oder Ähnliches.). Es meint nicht gratis. Entscheidend ist, dass die auf diese Weise zugänglich gemachten Inhalte mehr oder weniger ohne Restriktionen von jedermann nachgenutzt werden dürfen. Hierfür müssen, da Inhalte oder Software urheberrechtlich

geschützt sind, offene Lizenzen eingesetzt werden. Indem sie die meisten Nutzungen erlauben, werden die Restriktionen des Urheberrechtsschutzes weitgehend vermieden.

Richtig ist daher, dass auch Open Content entgeltlich angeboten werden darf. 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 Open-Source-Software heutzutage ein riesiger Markt. Die Einnahmen werden – anders als in der traditionellen Software-Industrie – allerdings nicht damit verdient, Lizenzen an Computerprogrammen zu verkaufen. Für die Nutzung der Programme wird hier keine Vergütung verlangt. Stattdessen verdienen die Unternehmen mit flankierenden Dienstleistungen wie 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. Gleiches gilt für Abonnementgebühren für Dienstleistungen wie Cloud-Services oder Hosting-Dienste. Solche Einnahmen sind keine Entgelte für die Nutzung von Software, daher kollidieren diese Geschäftsmodelle auch nicht mit dem Grundsatz der Lizenzgebührenfreiheit, der für alle Open-Ansätze gilt.

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 werden durch die CC-Lizenz 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. Wer auf den Dienst Zugriff hat, kann die hierin enthaltenen Inhalte frei weiterverwenden, also nach den Regeln der jeweiligen Lizenz mit anderen teilen, auf andere Web-

seiten einstellen, kopieren und so weiter. Für diese Nutzungsrechte darf, anders als für den Zugriff auf den Dienst, keine Vergütung verlangt werden.

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 natürlich eine ganz andere Frage.

12. Vorteile von offenen Inhalten 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 – 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 oben Abschnitt I.8.a)). Darüber hinausgehende Nutzungshandlungen sind jedoch nicht ohne Zustimmung erlaubt. 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.

13. Interessen von Rechteinhabern an der Öffnung ihrer Inhalte

Auch aus Sicht vieler Urheber und anderer Rechteinhaber kann es erhebliche Vorteile haben, ihre Inhalte für die Nachnutzung zu öffnen. Natürlich gilt das nicht für jeden Urheber, jeden Inhalt und jede Konstellation, sondern hängt vom jeweiligen Fall ab.

Von wesentlicher Bedeutung für diese Frage ist, was der Urheber oder Rechteinhaber mit der Publikation erreichen will. Geht es vor allem um Kommerzialisierung, wird die freie Verbreitung von Inhalten oft keine sinnvolle Option sein. Bei Software ist dies schon anders, weil hier die alternativen Geschäftsmodelle – statt eines Verkaufs von Kopien – wesentlich vielfältiger sind als zum Beispiel bei Texten. Wartungs- oder Individualisierungsdienstleistungen sind bei komplexer Software lukrative Einnahmequellen, bei Büchern aber offensichtlich nicht so sehr.

Steht dagegen Publizität, Aufmerksamkeit und Reichweite im Vordergrund des Publikationsvorhabens, sind freie Veröffentlichungen von großem Vorteil. Sie ermöglichen erst die ungehinderte Nachnutzung und damit erhöhte Sicht- und Nutzbarkeit.

Solche Ziele sollten vor allem bei Material im Vordergrund stehen, das mit Mitteln der öffentlichen Hand, also mit Steuergeldern, finanziert wurde. Sie sollten möglichst vielen Menschen möglichst problemlos zugänglich gemacht und zu deren freier Weiterverwendung bereitgestellt werden. Denn solche Inhalte dienen per definitionem dem öffentlichen Interesse. Sie sollen Wissen mehren sowie aufklären und/oder informieren. Ihre Nachnutzung durch die Berufung auf das Urheberrecht zu behindern, erscheint in vielerlei Hinsicht sinnwidrig. Auf unter anderem dieser Erkenntnis basieren die Prinzipien von Open Science und Open Access.

Die Wissenschaftslandschaft hat das Potenzial von Open Access für wissenschaftliche Inhalte schon vor Jahren erkannt. Bereits im September 2003 verabschiedeten alle großen deutschen Wissenschaftsinstitutionen die Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen (siehe Berliner Erklärung (2003) [7]). Hierin sprechen sich die Unterzeichner für die Förderung des Prinzips

von 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, Weiterverwendung und -verbreitung 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 Öffentlichkeit, der kommerziell „unfrei“ publizierte Inhalte meist gar nicht zugänglich sind. Insofern entsprechen die hinter der Open-Access-Bewegung stehenden Grundideen wiederum der Ratio von Open-Science-Programmen.

14. 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 die Lizenzen Regeln und Pflichten vorgeben.

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. Dass ein solcher Verzicht auf das Urheberrecht nach deutschem Recht nicht möglich ist, sei hier

nur am Rande erwähnt. Nach hiesigem Recht würde eine Public-Domain-Erklärung als freie Lizenz interpretiert, die keine Einschränkungen und Pflichten enthält.

Die gebräuchlichste Public-Domain-Erklärung für Content ist CC Zero (CCo). 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. CCo entspricht in ihrem Regelungsgehalt und der Intention den Public-Domain-Erklärungen, 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. Per se ungeschützte Artefakte, wie beispielsweise Forschungs- oder Geodaten können und sollten hiermit gekennzeichnet werden. Der Vorteil liegt darin, dass vielen nicht klar ist, was gemeinfrei und was geschützt ist. Die *Public Domain Mark* ist als Information über diesen wichtigen Umstand von großem Nutzen.

IV Persönlichkeitsrechte und Datenschutz

1. Einführung

Werden Inhalte mittels verschiedener Medien wie Text, Fotografie oder Video online oder in sonstiger Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, können neben den Urheberrechten der Werkschaffenden auch Persönlichkeitsrechte von in den Inhalten genannten oder abgebildeten Dritten betroffen sein. Diese sind auch bei im Rahmen von Open-Science-Programmen verbreiteten Inhalten zu berücksichtigen.

Zu den Persönlichkeitsrechten zählen neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch speziellere Ausgestaltungen wie das Recht am eigenen Bild und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das durch die Datenschutzgesetze geschützt wird.

Den spezialgesetzlichen Regelungen kommt gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Vorrang zu. Letzteres stellt dabei ein

Auffangrecht dar, das dann zur Anwendung kommt, wenn die hierdurch geschützten Grundrechte verletzt sind, ohne dass eine Spezialnorm den betroffenen Sachverhalt erfasst.

2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird auch als unbenanntes Recht bezeichnet, da es vom Bundesverfassungsgericht erst aus den Grundrechten der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) hergeleitet wurde. Aufgrund der jahrzehntelangen Rechtsprechung sind seine Voraussetzungen und Grenzen heute recht gut konturiert.

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. Dieses ist die äußerungsrechtliche Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dient dem Schutz gegenüber Gefährdungen durch die Verbreitung personenbezogener Berichte und Informationen als Teil öffentlicher Kommunikation (vgl. BVerfG (2019a), Recht auf Vergessen I [7], Leitsatz Nr. 2.a). Man kann sich zudem dagegen verwehren, dass die eigene Ehre durch herabwürdigende, beleidigende oder verleumderische Darstellungen verletzt wird. Darüber hinaus umschreibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht ganz generell ein Recht auf Privatheit.

Da sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht direkt aus den Grundrechten ableitet und seine Ausübung in der Regel mit anderen grundrechtsgeschützten Positionen kollidiert, findet bei seiner Geltendmachung eine Grundrechtsabwägung statt.

Die Darstellung der eigenen Person in der Öffentlichkeit unterliegt beispielsweise nicht uneingeschränkt dem Willen oder den persönlichen Vorstellungen des Betroffenen, wenn dieser sich im Austausch mit anderen befindet und die Darstellung sich in einem gesellschaftlichen Kontext bewegt. Die Herausbildung der Persönlichkeit vollzieht

sich, so das Bundesverfassungsgericht, in Wechselwirkung mit der freien Beurteilung Dritter und einer – mehr oder weniger breiten – Öffentlichkeit (BVerfG (2019a), Recht auf Vergessen I [↗], Rn. 107). In diesem Beschluss des BVerfG ging es um Inhalte, die zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung rechtmäßig ins Internet eingestellt worden waren. Der Betroffene wollte sie später löschen lassen, da seitdem viel Zeit vergangen war und er nicht mehr mit den alten Berichten zu seiner Person in Verbindung gebracht werden wollte. Das Bundesverfassungsgericht nahm diesen und einen ähnlich gelagerten zweiten Fall (BVerfG (2019b), Recht auf Vergessen II [↗]) zum Anlass, die Bedeutung des Zugangs zu Informationen im öffentlichen Diskurs und die Bewahrung der Wissensallmende als gewichtige Rechtsgüter zu unterstreichen. Diese Interessen können hiernach Vorrang vor den persönlichkeitsrechtlichen Interessen Einzelner genießen. Hierzu hat das BVerfG unter anderem festgestellt:

Insbesondere gibt es kein Recht, öffentlich zugängliche Informationen nach freier Entscheidung und allein eigenen Vorstellungen zu filtern und auf die Aspekte zu begrenzen, die Betroffene für relevant oder für dem eigenen Persönlichkeitsbild angemessen halten. (BVerfG (2019a), Recht auf Vergessen I [↗], Leitsatz 2c)

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist kein Rechtstitel gegen ein Erinnern in historischer Verantwortung. (BVerfG (2019a), Recht auf Vergessen I [↗], Rn. 107)

Die allgemeine Zugänglichkeit von Informationen über das Internet verbreitert die Teilnahme an der Wissenskommunikation und schafft für die Bürgerinnen und Bürger neue Möglichkeiten der Übermittlung und des Empfangs von Informationen über die Landesgrenzen hinweg. Solche Archive ermöglichen einen einfachen Zugang zu Informationen und sind zugleich eine wichtige Quelle für journalistische und zeithistorische Recherchen. Insoweit besteht auch erhebliches Interesse an ihrer Vollständigkeit und Wahrhaftigkeit. Für Bildung und Erziehung

sowie für die öffentliche Debatte in der Demokratie kommt ihnen eine wichtige Rolle zu. (BVerfG (2019a), Recht auf Vergessen I [7], Rn. 113)

Der Europäische Gerichtshof verlangt insoweit die Berücksichtigung des Interesses einer breiten Öffentlichkeit am Zugang zu Information als Ausdruck des in Art. 11 GRCh verbürgten Rechts auf freie Information. (BVerfG (2019b), Recht auf Vergessen II [7], Rn. 110)

Im Bereich der Forschung würde dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einer betroffenen Person bei der Grundrechtsabwägung neben den vorstehend genannten Informations- und Archivrechten zudem das Recht des Forschenden aus Art. 5 Abs. 3 GG gegenüberstehen. Hiernach sind Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre frei. Daneben kann sich zudem ein schützenswertes Interesse daran ergeben, dass öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse und Veröffentlichungen der Öffentlichkeit zugänglich sind und bleiben. Dies ist jedoch im Rahmen der Grundrechtsabwägung im Einzelfall zu beurteilen, wobei auch die konkreten Inhalte der Äußerungen eine Rolle spielen. Ein übergeordnetes Interesse daran, schmähende, also grob beleidigende, Meinungsäußerungen sowie unwahre Tatsachenbehauptungen zu verbreiten, gibt es beispielsweise nicht.

3. Besondere Persönlichkeitsrechte

Neben das allgemeine Persönlichkeitsrecht treten eine Reihe besonderer Persönlichkeitsrechte, die das Recht für spezielle Fallkonstellationen genauer ausgestalten und insofern bestimmte Grundrechtsgewichtungen und -wertungen bereits in einer abstrakten Regelung vorwegnehmen. Beispiele sind neben dem Datenschutzrecht die Presse- sowie Rundfunkgesetze beziehungsweise deren selbstverpflichtenden Verhaltenskodizes. Sie regeln die Befugnisse und Pflichten der Presse und des Rundfunks in Bezug auf persönlichkeitsrelevante Veröffentlichungen.

Eine weitere praktisch sehr bedeutsame Ausprägung des Persönlichkeitsrechts ist das Recht am eigenen Bild. Dieses sowie das Datenschutzrecht werden unten in eigenen Abschnitten erläutert, da sie im Forschungskontext regelmäßig eine Rolle spielen können. Weitere besondere Persönlichkeitsrechte, die auch im Kontext von Open Science erwähnenswert sind, sind die bereits genannten Rechte auf Privatheit, auf Schutz der eigenen Ehre sowie das Recht am gesprochenen und geschriebenen Wort.

4. Datenschutzrecht

a) Allgemeines

Das Datenschutzrecht ist eine gesetzliche Ausgestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses ist eine eigene Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und von dessen äußerungsrechtlichen Schutzrichtungen zu unterscheiden, die vorstehend behandelt wurden.

Das Datenschutzrecht ist in den Datenschutzgesetzen der Länder, im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie in der Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union (kurz: DSGVO; englisch: GDPR, siehe Verordnung (EU) (2016) [7]) geregelt. Die DSGVO ist seit dem 25.5.2018 als unmittelbar geltendes Recht in Deutschland anzuwenden. Anders als EU-Richtlinien, die erst der Umsetzung in nationales Recht bedürfen, kommen EU-Verordnungen in den Mitgliedsstaaten unmittelbar zur Anwendung.

Die DSGVO steht im Gesetzesrang über den nationalen Gesetzen. Dies gilt nicht für spezialgesetzliche Regelungen, die in der DSGVO nicht enthalten sind. Sie sind jedoch im Sinne der DSGVO auszulegen und dürfen deren Grundprinzipien nicht widersprechen.

An einigen Stellen enthält die DSGVO zudem sogenannte Öffnungsklauseln, die den nationalen Gesetzgebern Freiraum geben, um Einzelheiten in den nationalen Gesetzen selbst auszugestalten. Dort, wo die deutsche Gesetzgebung von diesen Gestaltungsspielräumen Gebrauch gemacht hat, hat die nationale Ausgestaltung Vor-

rang. Einige schon existente Regelungen im deutschen Recht konnten auch nach Inkrafttreten der DSGVO fortbestehen, da sie im Rahmen der Öffnungsklauseln liegen; es wurde nur die Bezugnahme auf die DSGVO eingefügt (vgl. zum Beispiel § 11a HmbPresseG „Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken“).

Die DSGVO richtet sich gleichermaßen an natürliche und juristische Personen, Behörden, öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen oder andere Stellen und unterscheidet beim Kreis der Verantwortlichen nicht grundsätzlich zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Datenverarbeitern (lediglich in Bezug auf die Zwecke der Verarbeitung finden sich an einigen Stellen Sonderregelungen, zum Beispiel in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO). Anders als die DSGVO enthalten das BDSG und die Landesdatenschutzgesetze Vorschriften, die sich nur an die öffentlichen Stellen (des Bundes beziehungsweise der Länder) richten. Der Anwendungsbereich dieser Gesetze unter beziehungsweise neben der DSGVO wird in § 1 BDSG wie folgt bestimmt:

Dieses Gesetz gilt für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch 1. öffentliche Stellen des Bundes, 2. öffentliche Stellen der Länder, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist und soweit sie Bundesrecht ausführen oder als Organe der Rechtspflege tätig werden und es sich nicht um Verwaltungsangelegenheiten handelt.

Daher gelangen für die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen die jeweiligen deutschen Gesetze zur Anwendung. Für öffentliche Stellen und Behörden des Bundes ist dies das BDSG. Für die öffentlichen Stellen und Behörden der Länder finden die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze Anwendung, soweit nicht einer der in § 1 BDSG genannten Sonderfälle vorliegt.

Für staatliche Hochschulen und Bibliotheken gelten daher die Landesdatenschutzgesetze neben der DSGVO. Für die Hamburger Hochschulen, die die Rechtsform öffentlich-rechtlicher Körperschaften haben, sowie die Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky (SUB), die als Landesbetrieb ein Teil der BWFGB ist, gilt das Hamburgische Datenschutzgesetz (HmbDSG). Das Hamburgische

Hochschulgesetz (HmbHG) enthält in § 111 speziell für die Hamburger Hochschulen Regelungen zum Datenschutz sowie in § 111 Abs. 5 HmbHG eine Ermächtigungsgrundlage, dass die Hochschulen bestimmte Datenschutzfragen per Satzung regeln können.

Weiterführende Informationen

Neben den Artikeln der DSGVO wurden zahlreiche Erwägungsgründe (kurz: ErwGr, siehe Verordnung (EU) (2016) [7]) formuliert, die keinen unmittelbar regelnden Charakter haben, aber zur Interpretation der meist sehr abstrakt formulierten Paragraphen überaus wichtig sind. Eine weitere Hilfestellung beim Verständnis der DSGVO und ihrer Anwendung in Deutschland können die Kurzpapiere der Datenschutzkonferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (siehe: DSK-Kurzpapiere[7]) leisten. Sie geben die unter den deutschen Aufsichtsbehörden abgestimmten einheitlichen Sichtweisen zu verschiedenen Kernthemen der DSGVO wieder.

Eine datenschutzrechtliche Prüfung des im Bereich von Wissenschaftspublikationen viel verwendeten persönlichen Identifiers „Orcid“ wurde 2017 im Auftrag der DFG erstellt (Schallaböck/von Grafenstein (2017) [7]). Dieses Gutachten berücksichtigt noch nicht vollständig die erst im Mai 2018 in Kraft getretene DSGVO, hat diese aber im Blick.

b) Datenschutzrechtliche Grundbegriffe

Das Datenschutzrecht wurde in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht im sogenannten Volkszählungsurteil von 1983 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet. Seine konkrete Kodifizierung und Weiterentwicklung in den Datenschutzgesetzen erfolgten in den darauffolgenden Jahren und Jahrzehnten. Es basiert auf einer Reihe von Grundprinzipien und Pflichten, die im Folgenden dargestellt werden.

Sachlicher Anwendungsbereich

Zur Anwendung gelangt das Datenschutzrecht, wenn personenbezogene Daten einer natürlichen Person durch Dritte verarbeitet werden. Grundsätzlich ausgenommen sind lediglich rein persönliche oder familiäre Zwecke. Werden ausschließlich Daten gespeichert, ausgewertet oder verarbeitet, die keinerlei Personenbezug aufweisen – wie zum Beispiel Wetterdaten – ist dieser Vorgang aus datenschutzrechtlicher Sicht irrelevant. Auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten juristischer Personen und Unternehmen, einschließlich Name, Rechtsform oder Kontaktdaten der juristischen Person, gilt die DSGVO ausdrücklich nicht (vgl. ErwGr 14).

Datenschutzrechtlich Verantwortlicher

Für die Einhaltung des Datenschutzes in Bezug auf bestimmte Daten oder Datensätze ist der sogenannte Verantwortliche zuständig und den Betroffenen zu benennen. Ihn treffen die datenschutzrechtlichen Pflichten. Dazu gehört unter anderem, dass die Datenverarbeitung eine Rechtsgrundlage hat, ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten (VVT) geführt wird und dass Löschroutinen etabliert und eingehalten werden. Weiter hat der Verantwortliche Informationspflichten gegenüber den Betroffenen. Er muss sie gemäß Art. 12 und 13 DSGVO transparent und in verständlicher Sprache vor Beginn der Datenverarbeitung insbesondere über die Datenverarbeitung und deren Rechtsgrundlagen sowie über die Rechte der Betroffenen in Bezug auf die Datenverarbeitung informieren. Wurden die durch ihn verarbeiteten personenbezogenen Daten nicht durch den Verantwortlichen selbst erhoben, richtet sich der Inhalt der Informationspflichten nach Art. 14 DSGVO.

Nach der gesetzlichen Definition ist Verantwortlicher für den Datenschutz jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch Dritte im Auftrag vornehmen lässt. Verantwortlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang nicht nur, dass er selbst mit den Daten nur im Rahmen

der datenschutzrechtlichen Vorgaben umgeht. Wichtig ist auch, dass der Verantwortliche darüber hinaus durch technische und organisatorische Maßnahmen (kurz: TOM) für die Sicherheit der Daten zu sorgen hat, zum Beispiel dafür, dass unbefugte Dritte keinen Zugriff auf sie haben.

Bei Datenerhebungen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen sowie bei bestimmten Organisationsstrukturen oder institutionsübergreifenden Projekten ist nicht immer auf den ersten Blick ersichtlich, wer im rechtlichen Sinne 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 unten Abschnitt V.3.b)). Handeln sie hierbei nach Weisung, ist die jeweilige Institution als Verantwortlicher zu qualifizieren. Das Verhalten ihrer weisungsgebundenen Mitarbeiter wird ihnen entsprechend zugerechnet. Abzustellen ist auch unter der DSGVO auf die verantwortliche Stelle, also den Betrieb (vgl. Gola/Heckmann (2019), Art. 4 DSGVO, Rn. 48).

Personenbezogene Daten

Dem Begriff des Personenbezugs der betroffenen Daten kommt eine zentrale Bedeutung zu. Die Abgrenzung zu nicht-personenbezogenen Daten kann im Einzelfall schwierig sein.

Personenbezogene Daten sind, so die gesetzliche Definition in Art. 4 Nr. 1 DSGVO, alle Informationen, die sich auf eine natürliche

identifizierte oder identifizierbare Person beziehen. Für den Personenbezug genügt es, wenn direkt oder indirekt mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen oder auch durch eine Kennnummer der Bezug zu einer bestimmten Person hergestellt werden kann.

Personenbezogene Daten sind 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 einer Sozialversicherungsnummer, einer Steueridentifikationsnummer, einer Mitgliedsnummer bei der Krankenversicherung oder einer Matrikelnummer handelt es sich ohne Zweifel um personenbezogene Daten. Neben den einer Person zugeordneten Informationen wie ihrem Namen oder ihren Kennnummern gehören zu den personenbezogenen Daten auch körperliche Merkmale wie Haar- oder Augenfarbe, Größe oder Gewicht. Aus diesem Grund sind auch Fotos oder sonstige Abbildungen, auf denen Personen erkennbar sind, grundsätzlich als personenbezogene Daten anzusehen. Was dies für die Veröffentlichung solcher Bilder im Rahmen von Open-Science-Projekten bedeutet, wird unten näher erläutert (siehe unten Abschnitt IV.5).

Auch solche Daten, bei denen eine weitere Informationsquelle hinzutreten muss, damit eine Person identifizierbar wird, können „personenbezogen“ sein. Als identifizierbar wird gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO

eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu 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.

Beispiele für bestimmbar personenbezogene Daten sind Kfz-Kennzeichen oder IP-Adressen von Internetanschlüssen. Über eine Anfrage beim Provider kann zum Beispiel herausgefunden werden, welchem

Anschluss eine IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war. Durch einen Abgleich des Kfz-Kennzeichens mit dem Datensatz des Kraftfahrt-Bundesamtes kann der Halter ermittelt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie des Bundesgerichtshofs (BGH) genügt die mittelbare Identifizierungsmöglichkeit für die Einordnung von IP-Adressen als personenbezogene Daten. Daher unterliegt deren Speicherung und Verarbeitung dem Datenschutzrecht.

Dies kann je nach Kontext aber auch anders zu beurteilen sein: Wird ein Internet-Anschluss durch eine andere Person als durch den Anschlussinhaber genutzt, sagt die IP-Adresse über die nutzende Person nichts aus. Die Informationen des Access-Providers geben nur Hinweise auf den Anschlussinhaber. Bei der Nutzung eines öffentlichen Internetzugangs lässt die IP-Adresse daher keinen Rückschluss auf den Nutzer zu, sie hat also keinen Personenbezug. Dieser könnte jedoch wiederum hergestellt werden, wenn der konkrete Nutzer durch zusätzliche Daten (zum Beispiel einen Login oder durch Videoaufzeichnung am Ort der Nutzung) identifizierbar wäre.

In Art. 9 nennt die DSGVO Kategorien von Daten, die als besonders sensibel und daher als besonders schützenswert angesehen werden. Hierzu gehören unter anderem Gesundheitsdaten, genetische und biometrische Daten sowie Daten, aus denen sich die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen ersehen lassen. Sind Daten besonderer Kategorien im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO Gegenstand der Forschung, ist dies bei der Ausgestaltung des Datenschutzes zu beachten.

Anonymisierung und Pseudonymisierung von personenbezogenen Daten

Durch Anonymisierung können aus personenbezogenen Daten wiederum Daten ohne Personenbezug werden. Angesichts des Prinzips der Datenminimierung (siehe unten Abschnitt IV.4.c) 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. Zu beachten ist, dass auch der Vorgang der Anonymisierung selbst eine Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO darstellt und daher einer Rechtsgrundlage bedarf. Erst nach abgeschlossener Anonymisierung ist der Personenbezug aufgehoben und damit der Anwendungsbereich des Datenschutzrechts verlassen.

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) und dieser Vorgang nicht rückgängig gemacht werden kann. Das unterscheidet anonymisierte Daten von solchen, die lediglich pseudonymisiert wurden.

Pseudonymisierte Daten gelten dagegen als personenbezogene Daten, weil hier im Unterschied zur Anonymisierung der Bezug zur Person wiederhergestellt werden kann; die Person bleibt also identifizierbar. Bei einer Pseudonymisierung werden die Daten lediglich dergestalt verändert, dass sie nur mithilfe zusätzlicher Informationen wieder einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können. Hierfür kann etwa ein Schlüssel verwendet werden, der von dem Datensatz getrennt hinterlegt ist. Da der Personenbezug nicht endgültig entfernt wird, bleibt auch der Datenschutz bestehen.

Art. 4 Nr. 5 DSGVO schreibt vor, dass die zur Entschlüsselung benötigten Informationen gesondert aufbewahrt und durch technische und organisatorische Maßnahmen geschützt werden müssen. Ist dies nicht gewährleistet, liegt nach der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 5 DSGVO schon keine Pseudonymisierung vor.

c) Datenschutzrechtliche Grundprinzipien

Das Datenschutzrecht basiert auf den in Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO genannten Grundprinzipien der Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben und Transparenz, das heißt Information und Nachvollziehbarkeit für die betroffene Person. Diese Prinzipien sind bei jeglicher Verarbeitung (also vor allem Erhebung, Speicherung und

Auswertung) von personenbezogenen Daten zu beachten. Daneben (und als Teil dessen) sind die beiden obersten Prinzipien der Datensparsamkeit (so wenig wie nötig) und Datensicherheit (vorzugsweise durch technische Voreinstellungen) stets mitzudenken und mitzuplanen.

Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Das Datenschutzrecht ist (so auch schon vor Geltung der DSGVO) als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Damit die Verarbeitung rechtmäßig ist, müssen personenbezogene Daten mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen Rechtsgrundlage verarbeitet werden. Diese kann sich aus der DSGVO oder, soweit die DSGVO Spielräume für anderweitige Regelungen belässt, aus dem sonstigen Unionsrecht oder dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ergeben (vgl. ErwGr 40).

Die grundlegenden Erlaubnistatbestände werden in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) bis f) DSGVO aufgezählt. Neben der Einwilligung (lit. a)) zählen hierzu unter anderem, dass die Datenverarbeitung erforderlich ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt (lit. c)), oder zur Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen (lit. b)). Für Daten der in Art. 9 DSGVO genannten besonderen Kategorien enthält Art. 9 DSGVO einen eigenen Erlaubniskatalog. Zudem können die nationalen Gesetzgeber zusätzliche Bedingungen, einschließlich Beschränkungen, einführen oder aufrechterhalten, soweit die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten betroffen ist.

Die Reihenfolge der Aufzählung der Erlaubnisse in Art. 6 beziehungsweise 9 DSGVO folgt keiner Gewichtung oder Priorisierung; alle Erlaubnisse sind gleichermaßen als Rechtsgrundlage geeignet. Liegen die Voraussetzungen mehrerer Erlaubnistatbestände gleichzeitig vor, können sie auch nebeneinander als Rechtsgrundlage dienen. Das heißt nicht, dass sich ein Datenverarbeiter pauschal auf alle „möglichst passenden“ Erlaubnisse berufen kann. Die Rechtsgrundla-

gen und Datenverarbeitungszwecke müssen vielmehr vor Beginn der Datenverarbeitung feststehen und den Betroffenen gegenüber auch konkret benannt werden (Transparenz!).

Transparenz durch Information der Betroffenen

Vor Inkrafttreten der DSGVO galt in Deutschland 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 hiernach auch erlaubt ist, personenbezogene Daten über eine Person bei einer anderen Stelle zu erheben; die betroffene Person ist hierüber jedoch gemäß Art. 14 DSGVO vom Datenverarbeiter innerhalb einer angemessenen Frist nach Erhalt der personenbezogenen Daten, längstens jedoch innerhalb eines Monats, zu informieren.

Werden die personenbezogenen Daten zur Kommunikation mit der betroffenen Person verwendet, so hat die Information spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kontaktaufnahme mit der Person zu erfolgen. Zu informieren ist sie neben anderen Angaben darüber, wer die Daten verarbeitet und zu welchem Zweck. Ausnahmsweise kann auf die Information verzichtet werden, wenn einer der in Art. 14 Abs. 5 DSGVO genannten Fälle vorliegt. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt (lit. a)), die Information einen unangemessenen Aufwand erfordern würde beziehungsweise in tatsächlicher Hinsicht unmöglich ist oder wenn sie die Erhebung weiterer Daten erfordern würde (weil etwa keine Kontaktdaten der betroffenen Person vorliegen). Das Risiko, die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung zutreffend beurteilt zu haben, trägt der Verantwortliche.

Eine wertvolle und knappe Hilfestellung dahingehend, wie die Informationspflichten in einem solchen Fall zu erfüllen sind und worauf zu achten ist, bietet die Übersicht im DSK-Kurzpapier Nr. 10 „Informationspflichten bei Dritt- und Direkterhebung“ (siehe DSK-Kurzpapier Nr.10 (2018) [7]).

Löschfristen

Der Datenminimierung dient der Grundsatz, dass Daten zu löschen sind, sobald und soweit sie nicht mehr benötigt werden. Hierfür hat der Verantwortliche Löschroutinen zu entwickeln und deren Umsetzung zu beachten. Die Bewerbungsunterlagen abgelehnter Bewerber aus abgeschlossenen Bewerbungsverfahren sind zu löschen, sobald eventuelle Fristen zur gerichtlichen Überprüfung abgelaufen sind; Forschungsdaten mit personenbezogenen Daten ebenfalls, sobald das Forschungsprojekt abgeschlossen ist und die Datensätze nicht für eine Nachprüfung der Forschungsergebnisse benötigt werden. Alternativ zur Löschung kann auch eine Anonymisierung (siehe oben Abschnitt IV.4.b) ein Weg zur Schaffung von Datenschutz sein. Teil der Transparenzpflichten ist es, dass die Betroffenen über die Löschfristen und -routinen zu informieren sind.

Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen (TOM)

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. Dies ist im Rahmen einer Risikofolgenabschätzung zu prüfen und festzustellen. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den datensicherheitsrechtlichen Vorgaben erfolgt hier nicht, da dies den Rahmen der Darstellung sprengen würde.

Datenschutzbeauftragte

Schließlich stellen das europäische sowie das nationale 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.

d) Keine Datenverarbeitung ohne Rechtsgrundlage

Wie im Rahmen der Grundprinzipien gesagt wurde, ist das Datenschutzrecht als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Das bedeutet, dass jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedarf. Die DSGVO enthält in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) – f) eine Liste von sechs Rechtsgrundlagen für verschiedene Konstellationen. Diese schließen einander nicht aus: bei Vorliegen der Voraussetzungen kann eine Datenverarbeitung auch durch mehrere Rechtsgrundlagen gleichzeitig gedeckt sein.

Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Forschungskontext ist oft eine individuelle Einwilligung der Personen, deren Daten verarbeitet werden. Form und Inhalt solcher Einwilligungen unterliegen einer Reihe gesetzlicher Voraussetzungen. Einwilligungen sind „zweckgebunden“, gelten also nur für die Zwecke und Datenverarbeitungsvorgänge, auf die sich die Einwilligung bezieht. Im Forschungsbereich gibt es dazu Ausnahmen, auf die später noch eingegangen wird. Zudem sind Einwilligungen frei widerruflich. Daher lohnt es sich immer, zu prüfen, ob nicht auch eine andere Rechtsgrundlage in Betracht kommt. Über diese sollten sich Datenverarbeiter gleich zu Beginn klar werden, da sie schon bei der Datenerhebung darüber informieren müssen, auf welche Rechtsgrundlage(n) die Datenverarbeitung gestützt wird (Art. 13 Abs. 1 lit. c) DSGVO).

Neben den Rechtsgrundlagen, die die DSGVO nennt, kommen für die Datenverarbeitung im Rahmen von Forschung und Wissenschaft eine Reihe von speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen in

Betracht. Solche finden sich zum Beispiel in den Landesdatenschutzgesetzen (für Hamburg in § 11 HmbDSG), im BDSG (dort § 27) und auch an anderen Stellen wie dem SGB X für wissenschaftliche Forschung im Sozialleistungsbereich oder für die wissenschaftliche Arbeitsmarkt- und Berufsforschung. Für die Hamburger Hochschulen und die SUB finden sich in § 111 des Hamburger Hochschulgesetzes (HmbHG) Regelungen für die Datenverarbeitung in ihren jeweiligen Organisationsbereichen.

Auch für andere spezielle Datenverarbeitungskonstellationen gibt es besondere Vorschriften: beispielsweise für die Datenverarbeitung durch Ärzte und Kliniken bezüglich medizinischer Daten ihrer Patienten; durch die Presse im Rahmen ihrer Berichterstattung sowie für die Verarbeitung von Daten zu künstlerischen Zwecken.

Nachfolgend werden die Rechtsgrundlagen aus Art. 6 DSGVO sowie die im Hochschulkontext und insbesondere in Bezug auf Open Science relevanten Rechtsgrundlagen aus den Landesdatenschutzgesetzen sowie Spezialgesetzen dargestellt, um einen Überblick über das Bündel möglicher Erlaubnisse zur Datenverarbeitung zu geben.

e) Rechtsgrundlagen aus der DSGVO

Berechtigtes Interesse

Die Ermächtigungsgrundlage mit der praktisch größten Bedeutung dürfte Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO sein. Hiernach ist die Datenverarbeitung zulässig, wenn sie einem berechtigten Interesse des Verantwortlichen dient, das die Datenschutzinteressen der Betroffenen überwiegt („berechtigtes Interesse“). Dabei sind neben objektiven Umständen der Interessenlage auch psychologische Momente der betroffenen Personen einzubeziehen, also das, was diese erwarten und sich vorstellen. Hierbei kommt es allerdings nicht allein auf die persönlichen Vorstellungen an, sondern diese sind in einem sogenannten verobjektivierten Maßstab zu sehen. Relevant sind solche persönlichen Vorstellungen, die auch ein objektiver Dritter haben würde.

Auf die Ermächtigungsgrundlage des berechtigten Interesses können sich Hochschulen, Behörden und andere öffentlich-rechtliche Stellen jedoch nicht berufen, soweit sie in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben tätig sind (Art. 6 Abs. 1 S. 2 DSGVO). Für sie greift mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO eine spezielle Rechtsgrundlage, die die Datenverarbeitung aufgrund eines öffentlichen Interesses an der Aufgabenerfüllung oder im Rahmen hoheitlichen Handelns erlaubt.

Öffentliche Aufgabenwahrnehmung

Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung ist Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO als Rechtsgrundlage heranzuziehen. Vergleichbare Regelungen enthalten auch die Landesdatenschutzgesetze (so zum Beispiel für Hamburg § 4 HmbDSG) beziehungsweise das BDSG (§ 3).

Allgemein ausgedrückt folgt aus diesen Regelungen, dass eine Datenverarbeitung zulässig ist, wenn sie zur Durchführung einer Aufgabe notwendig ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder zum öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereich der Institution gehört und in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse erfolgt. Die Datenverarbeitung muss erforderlich sein, also dürfen keine mildereren Mittel, zum Beispiel weniger eingriffsintensive Datenverarbeitungen in Betracht kommen. Zudem bedarf die öffentliche Aufgabe einer Rechtsgrundlage und die Datenverarbeitung muss durch die spezifisch dazu berechnete Stelle zu einem der öffentlichen Aufgaben zugehörigen Zweck erfolgen.

Die Grenzen können manchmal schwierig zu ziehen sein, zum Beispiel wird unterschiedlich beurteilt, ob die Öffentlichkeitsarbeit von Universitäten und wissenschaftlichen Bibliotheken, insbesondere unter Verwendung von Social-Media-Kanälen, noch zur öffentlich-rechtlichen Aufgabenwahrnehmung gehört. Im Zweifel sollte man sich an der öffentlich-rechtlichen Aufgabenzuweisung in den einschlägigen Spezialgesetzen (für die staatlichen Hochschulen und die Staats- und Universitätsbibliothek in Hamburg: das HmbHG) und ergänzend an

den Ausformulierungen des eigenen Auftrags in den jeweiligen Geschäfts- beziehungsweise Grundordnungen orientieren.

Die Durchführung eines Open-Science-Programms durch eine Universität im Rahmen ihres Forschungsbetriebs oder die Veröffentlichung von Open-Science-Publikationen durch wissenschaftliche Bibliotheken im Rahmen ihrer Bibliotheksaufgaben können ebenfalls zu deren öffentlich-rechtlichen Aufgaben zählen. Hochschulen dienen insbesondere der Pflege und der Entwicklung der Wissenschaften (§ 3 Abs. 1 S. 1 HmbHG). Sie „fördern die wissenschaftliche Redlichkeit, achten auf die Einhaltung der allgemein anerkannten Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis und wirken wissenschaftlichem Fehlverhalten entgegen“ (§ 3 Abs. 1 S. 5 HmbHG). Die Universitätsbibliotheken sind die Bibliotheken der Hochschulen; zu ihren Aufgaben gehört unter anderem die Bereitstellung von Medien. Soweit im Rahmen von Open Science an Hochschulen also personenbezogene Daten verarbeitet werden – zum Beispiel durch das Onlinestellen von Statistiken, die solche Daten enthalten – kann Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO in Verbindung mit den Landesdatenschutzgesetzen eine mögliche Rechtsgrundlage sein. Da die Publikation jedoch mit sich bringt, dass Informationen einem potenziell unbegrenzten Personenkreis zugänglich werden, bedeutet die Veröffentlichung der personenbezogenen Daten einen besonders intensiven Eingriff in die Rechte der betroffenen Person(en) (vgl. RatSWD (2020), S. 30 [7]). Die Berechtigung sollte daher genau geprüft werden. Soweit dies ohne Beeinträchtigung des Forschungszwecks und ohne Verfälschung der Forschungsergebnisse möglich ist, müssen die im Rahmen der Forschungsarbeit gewonnenen Ergebnisse für die Veröffentlichung so aufbereitet werden, dass ein Personenbezug nicht mehr möglich ist, zum Beispiel durch Anonymisierung. Eine Aufbewahrung zur Dokumentation der Forschung wird von den Forschungsaufgaben öffentlicher Institutionen jedoch regelmäßig gedeckt sein (vgl. RatSWD (2020), S. 30 [7]).

Lebenswichtige Interessen

Die Rechtsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. d) DSGVO erlaubt die Verarbeitung, wenn sie erforderlich ist, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen. Sie kann als eine besondere Ausprägung der berechtigten Interessen angesehen werden. Lebenswichtige Interessen gehen hier nach den Datenschutzinteressen des Betroffenen vor, wenn eine entsprechende Notwendigkeit der Datenverarbeitung zu deren Schutz besteht.

Ob diese Rechtsgrundlage im Forschungskontext herangezogen werden kann, was beispielsweise bei medizinischer Forschung rein begrifflich denkbar wäre, wurde bisher soweit ersichtlich gerichtlich noch nicht entschieden. In ErwGr 46 heißt es:

Einige Arten der Verarbeitung können sowohl wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses als auch lebenswichtigen Interessen der betroffenen Person dienen; so kann beispielsweise die Verarbeitung für humanitäre Zwecke einschließlich der Überwachung von Epidemien und deren Ausbreitung oder in humanitären Notfällen insbesondere bei Naturkatastrophen oder vom Menschen verursachten Katastrophen erforderlich sein.

Die dort benannten Anwendungsgebiete lassen sich durchaus auch als Forschungsgegenstände denken. In ErwGr 46 der DSGVO wird jedoch auch klargestellt, dass personenbezogene Daten grundsätzlich nur dann aufgrund eines lebenswichtigen Interesses einer anderen natürlichen Person verarbeitet werden sollten, wenn die Verarbeitung offensichtlich nicht auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann. Andere Rechtsgrundlagen sind daher vorrangig.

Rechtliche Verpflichtung

Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO erlaubt die Datenverarbeitung, die zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, der der Verantwortliche unterliegt. Das klassische Beispiel für diese Rechtsgrundlage sind steuerliche Aufbewahrungspflichten für Belege, Rechnungen und Vertragsdokumentationen. Aber auch Auskunftspflichten gegenüber anderen Behörden können eine solche rechtliche Verpflichtung begründen. Ganz aktuell wäre diese Rechtsgrundlage auch bei einer gesetzlichen Pflicht zur Kontaktdatenerhebung einschlägig. Sie betrifft also in der Regel eher Pflichten auf organisatorischer beziehungsweise Verwaltungsebene. Im Rahmen wissenschaftlicher Forschung kann diese Rechtsgrundlage zum Tragen kommen, wenn die Forschung zum öffentlichen Auftrag der staatlichen Hochschulen zählt und diese gemäß §§ 75–76 HmbHG bestimmte Berichts- und Veröffentlichungspflichten trifft. Hier ist jedoch genau zu prüfen, welche Daten zu veröffentlichen sind, denn nur für diese besteht die rechtliche Verpflichtung.

Als rechtliche Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO gelten nur gesetzliche Pflichten aus objektivem Recht. Der DFG-Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (siehe DFG/Wissenschaftliche Integrität [7]) hat zwar im Wissenschaftsbetrieb eine große Bedeutung, jedoch handelt es sich bei diesem um einen Verhaltenskodex, der keinen Gesetzesrang hat. Die Leitlinien der guten wissenschaftlichen Praxis sind daher keine rechtliche Verpflichtung im Sinne dieser Rechtsgrundlage. Ihre Handlungsgrundsätze können aber durchaus im Rahmen einer anderen Rechtsgrundlage, nämlich des öffentlichen Interesses gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO Berücksichtigung finden, wenn es um den Schutz wissenschaftlicher Interessen und Standards an staatlichen Hochschulen geht.

Vertragsanbahnung und -erfüllung

Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO erlaubt die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen.

Ein Beispiel für den Anwendungsbereich dieser Rechtsgrundlage sind die Nutzungsverhältnisse zwischen Nutzenden und Bibliotheken. Mit Beantragung eines Bibliotheksausweises gehen beide ein Nutzungsverhältnis ein. Zur Abwicklung des Leihverkehrs ist die Speicherung und weitere Verarbeitung bestimmter Angaben zur Person, der Buchungen und Zuordnung der entliehenen Medien (und deren Rückgabe) sowie gegebenenfalls von Gebührenforderungen erforderlich. Für die Datenverarbeitung der Universitäten bezüglich ihrer Studierenden und ihres wissenschaftlichen Personals besteht mit § 111 HmbHG eine eigene Rechtsgrundlage, die als speziellere Regelung vorrangig heranzuziehen ist.

Einwilligung

Das Vorliegen einer Einwilligung der von der Datenverarbeitung betroffenen Person (kurz „Betroffener“, auch als „Datensubjekt“ bezeichnet) ist gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO eine mögliche Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung. Im datenschutzethischen Sinne stellt die informierte Einwilligung den Königsweg dar, da der Betroffene selbst und aktiv über die Verarbeitung seiner Daten entscheidet. Aus Sicht des Verantwortlichen ist sie attraktiv, weil sie als Rechtsgrundlage dienen kann, wenn keine andere Rechtsgrundlage greift. Die gesetzlichen Anforderungen an ihren Inhalt und die Formulierungen sind jedoch nicht immer leicht zu erfüllen. Auch können solche Einwilligungen frei für die Zukunft widerrufen werden, was langfristige und nachhaltige Datenverarbeitungsstrategien gefährden kann. Ob Einwilligungen für den jeweiligen Sachverhalt von Vorteil sind oder beim Datenverarbeitungskonzept eher auf gesetzliche Erlaubnistatbestände gesetzt werden sollte, ist Frage des Ein-

zelfalls. Gerade im Forschungskontext werden gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen häufig ihre Vorzüge haben.

Die DSGVO nennt in § 7 die Voraussetzungen einer wirksamen datenschutzrechtlichen Einwilligung eines Volljährigen. Erläutert werden diese zudem in ErwGr 32.

1. Inhalt:

Die Einwilligung muss demnach

- a) durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen,
- b) freiwillig erteilt werden,
- c) in informierter Weise erfolgen,
- d) sich auf den konkreten Fall beziehen und darf nicht mit anderen Erklärungen vermischt sein,
- e) unmissverständlich und leicht zugänglich und in einer klaren und einfachen Sprache geschrieben sein,
- f) sich auf alle zu dem benannten Zweck vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen. Bei mehreren Zwecken alle diese Verarbeitungszwecke benennen.

2. Form:

Eine zwingende Form schreibt das Gesetz für die Einwilligung nicht vor. Sie kann durch schriftliche Erklärung, aber auch elektronisch, mündlich oder konkludent (durch „schlüssiges Verhalten“, mit dem die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert) erklärt werden. Bei einer Abgabe in elektronischer Form muss, so stellt ErwGr. 32 klar, die Einwilligung in klarer und knapper Form formuliert sein und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes, für den sie gegeben wird, erfolgen können.

3. Widerruflichkeit:

Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Hierüber wird sie vor Abgabe der Einwilligung informiert. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.

4. Zustimmung bei Einwilligungen Minderjähriger:

Für Einwilligungen durch Minderjährige ist je nach Alter des Kindes gemäß Art. 8 Abs. 1 DSGVO die Zustimmung der Erziehungsberechtigten erforderlich.

Zu den vorstehenden Punkten im Einzelnen:

Eindeutigkeit und Verständlichkeit der Einwilligung

Die Einwilligung der betroffenen Person muss als bewusste Erklärung und eindeutig abgegeben worden sein. Vom Verantwortlichen vorformulierte Erklärungen müssen in klarer und verständlicher Sprache geschrieben sein und dürfen nicht in einem Fließtext versteckt oder voreingestellt sein. Für die im Internet üblicherweise verwendeten Einwilligungserklärungen bedeutet das insbesondere, dass sogenannte Opt-Out-Lösungen nicht zulässig sind. Bereits angeklickte Kästchen zur Abgabe einer Einwilligung sind unzulässig. Es bedarf eines aktiven Handelns zur Abgabe solcher Erklärungen.

Das gilt im Übrigen auch für Einwilligungen in das Setzen von Cookies beim Besuch einer Webseite. Streng genommen geht es bei diesen Einwilligungen nicht um das Datenschutzrecht im engeren Sinne, sondern um das Recht auf Integrität des eigenen Endgerätes, also um das Recht, selbst zu bestimmen, welche Cookies durch den Webseitenbetreiber auf dem persönlichen Endgerät gespeichert werden dürfen. Nachdem dies in Deutschland lange umstritten war, hat der Bundesgerichtshof nach Vorlage an den EuGH in dem Urteil „Cookie-Einwilligung II“ (siehe BGH (28.5.2020) [7]) klargestellt, dass das Setzen von Cookies nur mit aktiver Einwilligung erfolgen darf. Ein voreingestelltes Einwilligungskästchen, das der Nutzer wegeklicken muss (sogenanntes Opt-Out) oder eine konkludente Erklärung („[...] wenn Sie weitersurfen, erklären Sie sich damit einverstanden, dass [...]“) genügen den Voraussetzungen nicht. Der Nutzer muss durch eine aktive Handlung einwilligen, in der Regel also durch Klicken eines Opt-In-Feldes.

Freiwilligkeit der Einwilligung

Die Einwilligung muss auf einer freiwilligen Entscheidung der betroffenen Person in Kenntnis aller Umstände der Datenverarbeitung beruhen. Das bedeutet zunächst, dass eine echte Wahl bestehen

muss, der Verarbeitung zuzustimmen oder eben auch nicht. Entscheidet die betroffene Person sich dagegen, darf sie 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. Das beruht auf dem traditionellen besonderen Machtgefälle zwischen Staat und Bürger im Bereich der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Der Betroffene muss zudem vor Erteilung seiner Einwilligung alle benötigten Informationen erhalten, um eine „informierte“ Entscheidung treffen zu können. Der Verantwortliche muss daher transparent über Art, Zwecke und Umfang der beabsichtigten Datenverarbeitung aufklären. Versäumt er dies, droht die Unwirksamkeit der Einwilligung.

Inhalt der Einwilligung

Die Einwilligung muss sich auf einen bestimmten Zweck beziehen, der hinreichend klar definiert ist und dem Betroffenen mitgeteilt wird. So genügt es beispielsweise nicht, lediglich zu erklären, die personenbezogenen Daten würden „zu Forschungszwecken“ erhoben und verarbeitet. Es müssen vielmehr die Forschungsbereiche oder -ziele beziehungsweise konkrete Forschungsprojekte genannt werden, damit die Person auch tatsächlich abschätzen kann, was ihre Einwilligung in die Datenverarbeitung in diesem konkreten Fall bedeutet. Der Ordnungsgeber hat jedoch durchaus die besonderen Bedürfnisse und Schwierigkeiten der Forschung gesehen, die eine Benennung der Zwecke im Voraus mit sich bringen kann, und in ErwGr 33 deutlich gemacht, dass gewisse Spielräume verbleiben sollen:

Oftmals kann der Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten nicht vollständig angegeben werden. Daher sollte es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung

der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht.

Ein Beispiel für einen ausreichend konkreten Zweck wäre daher 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 muss die Einwilligung auch die zur Erreichung dieses Zwecks beabsichtigte Art der Verarbeitung umfassen. Um welche Verarbeitungstätigkeiten es dabei gehen kann, lässt sich der Aufzählung in Art. 4 Nr. 2 DSGVO entnehmen: 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.

Der betroffenen Person muss mitgeteilt werden und klar sein, für welche dieser Verarbeitungstätigkeiten 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. In ErwGr 32 wird empfohlen, dies schon bei Einholung der Einwilligung zu berücksichtigen:

Die Einwilligung sollte sich auf alle zu demselben Zweck oder denselben Zwecken vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen. Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden.

Einwilligungen, die vor der Geltung der DSGVO (also vor dem 25. Mai 2018) abgegeben wurden, gelten fort, wenn sie den Anforderungen der DSGVO entsprochen haben (siehe ErwGr 171, S. 3). Ist dies nicht der

Fall, zum Beispiel weil die Vorgaben der Vorabinformation oder der Freiwilligkeit nicht erfüllt sind, müssen neue Einwilligungen eingeholt werden.

Form der Einwilligung

Die Datenschutzgesetze machen keine Formvorgaben für Einwilligungserklärungen. Auch mündliche und sogar konkludente Einwilligungen sind möglich (implizite Einwilligungen, die sich dem Handeln einer Person zweifelsfrei entnehmen lassen). 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 auch hier, dass die Teilnehmenden (vgl. ErwGr 32) umfassend informiert werden.

Der Nachteil einer mündlich erteilten Einwilligung liegt darin, dass ihr Inhalt und ihre Reichweite schwer nachweisbar sind und der Datenverarbeiter hierfür die Beweislast trägt. Ist einem die Beweisbarkeit der Einwilligung und ihrer konkreten Inhalte wichtig, sollte daher eine schriftliche Einwilligung eingeholt werden. Ist dies aufgrund der Umstände nicht möglich, sollte bei einer mündlichen Einwilligung zumindest im Anschluss durch eine Aktennotiz oder Ähnliches dokumentiert werden, worüber informiert (gesprochen) wurde und welchen Inhalt die Einwilligung hat. Eine Alternative wäre auch, die mündliche Einwilligung durch Tonaufzeichnung zu dokumentieren (mit dem Nachteil, dass dabei ein weiteres personenbezogenes Datum erhoben wird: die Stimme der Person).

Widerruflichkeit der Einwilligung

Der Betroffene hat das Recht, seine Einwilligung jederzeit zu widerrufen (Art. 7 Abs. 3 DSGVO). Hierüber muss der Verantwortliche ihn vor Erteilung der Einwilligung ebenfalls informieren.

Einwilligungen bleiben, sofern sie nicht befristet erteilt werden, generell bis zu ihrem Widerruf wirksam. Ein Widerruf ist jederzeit möglich. Das bedeutet, dass selbst eine schriftliche Einwilligungserklärung des Betroffenen keine Gewähr für den dauerhaften Bestand der Einwilligung als Rechtsgrundlage bietet. 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 aber auch unten Abschnitt IV.4.h)).

Zwar bleibt die Verarbeitung der Daten bis zu dem Zeitpunkt des Widerrufs rechtmäßig. Der Widerruf einer Einwilligung wirkt nur in die Zukunft. Er lässt die Rechtmäßigkeit der vor dem Zugang der Widerrufserklärung beim Verantwortlichen vorgenommenen Verarbeitungshandlungen unberührt. Bis dahin erfolgte Verarbeitungen wie beispielsweise Datenanalysen werden also nicht rückwirkend rechtswidrig

Aber auch die rein in die Zukunft wirkenden Effekte des Widerrufs können durchaus gravierend sein, gerade wenn die Daten veröffentlicht wurden. Man denke zum Beispiel an publizierte Umfrageergebnisse, die einen Personenbezug aufweisen. Widerruft der Betroffene seine Einwilligung, so hat er zugleich das Recht, die unverzügliche Löschung seiner Daten zu verlangen (Art. 17 Abs. 1 lit. b) DSGVO).

Daher ist es von Vorteil, wenn die Datenverarbeitung auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann, sodass sie trotz des Widerrufs der Einwilligung rechtmäßig bleibt. 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 wur-

den, schließlich auch gar nicht möglich. Entsprechend müssen solche Dritte auch nur über das Lösungsverlangen mit angemessenen Maßnahmen informiert werden.

Einwilligungen durch Minderjährige

Ein weiterer Punkt, der auch im Kontext von Open Science zu beachten sein kann, sind die Voraussetzungen, unter denen Minderjährige in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einwilligen können. Die Einwilligungserklärung ist nach deutschem Recht eine rechtsgeschäftliche Erklärung, deren wirksame Abgabe die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden voraussetzt. Diese beurteilt sich nach dem BGB. Gemäß § 107 BGB sind Minderjährige in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt und bedürfen der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter, also in der Regel der sorgeberechtigten Eltern. Ausnahmsweise können auch Minderjährige Erklärungen abgeben, wenn diese Lebensbereiche betreffen, für die die Minderjährigen über ausreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen. 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. Ab wann dies gegeben ist, hängt von der Reichweite der Erklärung, den mit ihr verbundenen Risiken und dem Lebensbereich ab, den die Erklärung betrifft.

Die DSGVO geht für „Dienste der Informationsgesellschaft“ wie beispielsweise Newsletter zu Marketingzwecken davon aus, dass Minderjährige ab einem Alter von 16 Jahren rechtswirksam einwilligen können. Hier bedarf es also keiner (weiteren) Einwilligung der Eltern. Für andere Datenverarbeitungsbereiche gibt es jedoch keine derart klaren gesetzlichen Vorgaben. Hier kommt es auf die Einsichtsfähigkeit der minderjährigen Person an. Deren Beurteilung richtet sich nach dem nationalen Recht, das in Art. 8 Abs. 3 DSGVO ausdrücklich für anwendbar erklärt wird.

Die Komplexität und die mögliche Reichweite einer Einwilligung in die Datenverarbeitung treffen auf ein möglicherweise noch nicht

voll ausgeprägtes Verständnis und Problembewusstsein der Jugendlichen für die Materie (vgl. auch ErwGr 38). Im Zweifel sollte zusätzlich die Zustimmung der Sorgeberechtigten eingeholt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, 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 unten Abschnitt IV.5.f)).

f) Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken sowie im Hochschul- und Bibliothekenkontext

§ 11 HmbDSG Datenverarbeitung zum Zwecke wissenschaftlicher und historischer Forschung sowie Statistik

Sowohl der Bund (vgl. § 27 BDSG) als auch die Bundesländer, die innerhalb der Bundesrepublik für die Hochschulen primär zuständig sind, haben in ihren Datenschutzgesetzen spezielle Bestimmungen für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken. Auch das Hamburgische Datenschutzgesetz sieht 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 folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es werden keine schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person beeinträchtigt. Dies kann aufgrund der (wenig sensiblen) Natur der Daten der Fall sein oder weil wegen der Offenkundigkeit oder der Art der Verarbeitung auszuschließen ist, dass die Interessen der Person beeinträchtigt werden. Erforderlich ist hier eine Interessenabwägung im Einzelfall.
- Einer Einwilligung bedarf es auch nicht, wenn das öffentliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens die

- schutzwürdigen Belange der betroffenen Person erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung nicht auf andere Weise erreicht werden kann oder erheblich beeinträchtigt würde.
- Voraussetzung ist stets, dass die Daten für konkrete, bereits klar umrissene Forschungsprojekte erhoben wurden.

Die Datenverarbeitung beeinträchtigt zwar schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen und greift somit in ihre Grundrechte ein. Gleichzeitig ist aber auch die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre grundrechtlich geschützt (Art. 5 Abs. 3 GG). Kollidieren zwei Grundrechte, stoßen sie also so aufeinander, dass die volle Gewährung des einen zugleich eine Beschränkung des anderen mit sich bringt, ist ein Interessenausgleich vorzunehmen. Dieser erfolgt durch eine Abwägung. Diese Abwägung hat der Gesetzgeber ein Stück weit vorweggenommen, indem er die Bedeutung der wissenschaftlichen Forschung durch spezielle Regelungen als so hoch eingestuft hat, dass ihnen gegenüber anderen Interessen Vorrang gewährt wurde.

Was unter wissenschaftlicher oder historischer Forschung im Sinne der Datenschutzgesetze zu verstehen ist, definiert weder die DSGVO noch das BDSG. Angesichts der grundrechtlichen Komponente der Forschungsfreiheit und der auch in der DSGVO zum Ausdruck kommenden Privilegierung von Forschungszwecken bei der Datenverarbeitung sind die Begriffe weit auszulegen. Ein Kriterium für die Zuordnung einer Tätigkeit zum Bereich der Forschung ist, ob diese dem Ziel dient, in methodischer, systematischer sowie nachprüfbarer Art und Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.

Nicht alle Forschungsziele können ohne die Verwendung personenbezogener Daten erreicht werden. Zum Beispiel können bei Sozial- oder ethnologischen Studien bestimmte Daten, wie etwa das Alter, die Religionszugehörigkeit oder aber der Geburtsort für die Forschungsfrage essenzielle Informationen darstellen. Ohne die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten könnte so manches Forschungsvorhaben nicht umgesetzt werden.

Nach der Begründung des Gesetzgebers setzt die Privilegierung des § 11 Abs. 1 HmbDSG 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 (siehe hierzu unten Abschnitt IV.4.k) 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 in § 11 Abs. 2 HmbDSG, dass sie dennoch, „soweit und sobald der Forschungs- oder Statistikzweck dies zulässt“, zu anonymisieren oder, wenn dies nicht möglich ist, jedenfalls zu pseudonymisieren sind (zu den Unterschieden siehe oben Abschnitt IV.4.b)). Werden die Daten nur pseudonymisiert, sind 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.

Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG)

§ 111 HmbHG enthält eine allgemeine Datenschutzbestimmung, die in erster Linie den Umgang mit Daten der Studierenden, Wissenschaftler und sonstigen Beschäftigten der Hochschule regelt. Zudem finden sich in den §§ 75–77 HmbHG Bestimmungen zu Veröffentlichungs- und Berichtspflichten der Hochschulen über Forschungsvorhaben und -ergebnisse. Diese definieren den Rahmen der öffentlichen Aufgaben der Hochschulen und sind somit für die Rechtsgrundlagen der Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, ein wichtiger Baustein (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO und § 4 HmbDSG). Gleichzeitig legen sie den Hochschulen aber auch rechtliche Verpflichtungen auf, was den Anwendungsbereich der Datenverarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO eröffnet.

§ 75 Berichterstattung über die Forschungstätigkeit:

Die Hochschulen unterrichten die Öffentlichkeit regelmäßig in allgemeinverständlicher Form über bedeutsame Forschungsvorhaben. Sie geben in ihren Jahresberichten einen Gesamtüberblick über ihre Forschungstätigkeit.

§ 76 Veröffentlichung von Forschungsergebnissen:

Bei der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen sind diejenigen, die einen eigenständigen Beitrag geleistet haben, als Mitautorinnen oder Mitautoren zu nennen; soweit möglich, ist ihr Beitrag zu kennzeichnen.

§ 77 HmbHG stellt klar, dass auch drittmittelfinanzierte Forschung als Teil der Hochschulforschung anzusehen und somit vom öffentlich-rechtlichen Auftrag der Hochschule umfasst ist.

§ 77 Forschung mit Mitteln Dritter:

(Absatz 1): Mitglieder der Hochschulen, zu deren dienstlichen Aufgaben die Forschung gehört, sind berechtigt, im Rahmen dieser Aufgaben auch solche Forschungsvorhaben durchzuführen, die nicht aus den der Hochschule zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln, sondern aus Mitteln Dritter finanziert werden; ihre Verpflichtung zur Erfüllung der übrigen dienstlichen Aufgaben bleibt unberührt. Die Durchführung von Vorhaben nach Satz 1 ist Teil der Hochschulforschung.

Datenverarbeitung für Forschungszwecke gemäß § 75
SGB X

Eine etwas versteckt liegende, aber für bestimmte Forschungsgebiete nicht unwesentliche Rechtsgrundlage für die Weitergabe von Daten findet sich in § 75 SGB X. Hiernach ist eine Übermittlung von

Sozialdaten zulässig, soweit sie erforderlich ist für ein bestimmtes Vorhaben der wissenschaftlichen Forschung im Sozialleistungsbereich oder der wissenschaftlichen Arbeitsmarkt- und Berufsforschung und soweit schutzwürdige Interessen der betroffenen Person nicht beeinträchtigt werden oder das öffentliche Interesse an der Forschung das Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Person erheblich überwiegt. Eine Übermittlung ohne Einwilligung der betroffenen Person ist jedoch nicht zulässig, soweit es zumutbar ist, ihre Einwilligung einzuholen. Angaben über den Namen und Vornamen, die Anschrift, die Telefonnummer sowie die für die Einleitung eines Vorhabens nach Satz 1 zwingend erforderlichen Strukturmerkmale der betroffenen Person können für Befragungen auch ohne Einwilligungen übermittelt werden.

Die vorstehende Datenübermittlung bedarf der vorherigen Genehmigung durch die oberste Bundes- oder Landesbehörde, die für den Bereich, aus dem die Daten herrühren, zuständig ist. Dieser Behörde ist auch ein Datenschutzkonzept vorzulegen.

Der § 75 Abs. 4a SGB X enthält für die Datenübermittlung zudem eine Lockerung des Zweckbindungsgrundsatzes. Der Antrag auf Genehmigung kann neben der Übermittlung von Sozialdaten zu einem bestimmten Forschungsvorhaben auch die Verarbeitung dieser Sozialdaten für noch nicht bestimmte, aber inhaltlich zusammenhängende Forschungsvorhaben des gleichen Forschungsbereiches umfassen.

Sekundärnutzung von Patientendaten für Forschungszwecke gemäß § 12 HmbKHG

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 (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 For-

schung, 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. Auch hier bedarf es also einer Interessenabwägung im Einzelfall. 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.

g) Rechtsgrundlagen für sonstige speziell geregelte Sachverhalte

§ 12 HmbDSG Datenverarbeitung zu künstlerischen Zwecken

Neben dem Privileg für die Datenverarbeitung für die wissenschaftliche und historische Forschung gemäß § 11 HmbDSG (siehe oben Abschnitt IV.4.f)) sieht das hamburgische Datenschutzrecht eine Ausnahme für Datenverarbeitungen zu künstlerischen Zwecken vor. § 12 HmbDSG enthält keine eigene Erlaubnis, sondern erleichtert die Datenverarbeitung zu künstlerischen Zwecken, indem zahlreiche datenschutzrechtliche Pflichten der DSGVO für nicht anwendbar erklärt werden. Er lautet:

Soweit personenbezogene Daten zu künstlerischen Zwecken verarbeitet werden, gelten von den Kapiteln II bis VII sowie IX der Verordnung (EU) 2016/679 nur Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben b und f sowie die Artikel 24, 32 und 33.

Der § 12 HmbHG besagt, dass Art. 6 DSGVO (der sich in Kapitel II der DSGVO findet) nicht gilt, wenn die Datenverarbeitung zu künstlerischen Zwecken erfolgt. Zur Erinnerung: Nach Art. 6 ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nur zulässig, wenn eine der dort ge-

nannten Rechtsgrundlagen vorliegt (siehe oben Abschnitt IV.4.d)–f.). Auch Art. 7 der DSGVO, der die Vorgaben für eine wirksame Einwilligung enthält, gilt hier nicht, was nur folgerichtig ist, da es schon gar keiner Einwilligung bedarf. Die Grundsätze der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO sowie § 6 HmbDSG) und der Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 lit. f) und Art. 32 DSGVO) sowie die Pflichten des Verantwortlichen (Art. 24 und Art. 33 DSGVO) sind allerdings zu beachten.

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

Auch journalistische Zwecke sind privilegiert. Nach § 11a des Hamburgischen Pressegesetzes (HmbPresseG) in Verbindung mit § 37 Abs. 1–3 Staatsvertrag über das Medienrecht in Hamburg und Schleswig-Holstein (MStV HSH) sind bei diesbezüglichen 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 aufgehoben. Voraussetzung nach § 11a HmbPresseG ist, dass die Verarbeitung durch Unternehmen der Presse erfolgt.

h) Die Rechte der Betroffenen

Jeder, dessen personenbezogene Daten erhoben wurden, hat gegenüber dem Verantwortlichen gesetzliche Rechte in Bezug auf diese Daten. Diese Rechte gewährleisten, dass die Datenverarbeitung transparent ist (Informations- und Auskunftsrechte), dass der Betroffene unrechtmäßige Datenverarbeitungen unterbinden (Löschungs- beziehungsweise Sperrungsrechte sowie Widerspruchsrechte) und zur Überprüfung bringen kann (Beschwerderechte) sowie dass unrichtige Daten korrigiert oder gelöscht werden (Berichtigungsrechte). Zu den Betroffenenrechten zählt auch das gesetzlich verbrieftete Recht, seine Einwilligung jederzeit und ohne Angabe von Gründen für die Zukunft zu widerrufen. Aufgelistet sind diese Rechte in den Artikeln 12 bis 23 der DSGVO.

Grundsätzlich 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. Dem Betroffenen muss zudem mitgeteilt werden, welche Rechte er in Bezug auf die Datenverarbeitung geltend machen kann (Art. 12–14 DSGVO). Diesen Informationspflichten wird in der Regel 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 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 wei-

tergegeben, dann hat er die Empfänger über das Lösungsersuchen zu informieren (Art. 17 Abs. 2 DSGVO).

Von den genannten, allgemeinen Betroffenenrechten wird mitunter in Ausnahmefällen abgewichen. In manchen Bereichen hat der Gesetzgeber aufgrund eines Interessenausgleichs übergeordneten Interessen an der Datenverarbeitung pauschal den Vorrang eingeräumt und die Betroffenenrechte entsprechend eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen. Die DSGVO eröffnet den nationalen Gesetzgebern hierfür durch Öffnungsklauseln Möglichkeiten. Hiervon wurde auch in Deutschland (soweit in die Zuständigkeit der Bundesländer fallend: auf Landesebene) Gebrauch gemacht. Solche Ausnahmen finden sich zum Beispiel in Bezug auf Datenverarbeitungen zu wissenschaftlichen Zwecken, zu journalistischen oder auch künstlerischen Zwecken, bei der Auswertung von Sozialversicherungsdaten sowie im Bereich bestimmter Strafverfolgungs- und sicherheitsrelevanter Maßnahmen.

Auch von der Löschungspflicht gibt es Ausnahmen, die in Art. 17 Abs. 3 DSGVO aufgezählt sind. Auch solche beziehen sich unter anderem auf die Verarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken (siehe hierzu unten Abschnitt IV.4.k)).

i) Transparenzpflichten und Datenschutzerklärungen

Die betroffenen Personen sind vom Verantwortlichen aktiv und vor Beginn der Datenverarbeitung über die ihnen zustehenden gesetzlichen Rechte in Bezug auf ihre Daten aufzuklären. Sie sind weiter darüber aufzuklären, mit welchen Risiken die Datenverarbeitung verbunden ist, auf welcher Rechtsgrundlage und zu welchen Zwecken sie erfolgt. Es ist allerdings nicht erforderlich, dass all diese Mitteilungen in jedem einzelnen Fall der Datenverarbeitung jedem einzelnen Betroffenen gegenüber individuell gemacht werden. Vielmehr ist es zulässig, diese Informationen in einer für die jeweilige Zielgruppe verständlich formulierten Datenschutzerklärung gebündelt zusammenzufassen. Richtet sich die Datenschutzerklärung an Minderjäh-

rige, so sollte die Information auch in kindgerechter Sprache aufbereitet sein. Es ist dafür Sorge zu tragen, dass die Betroffenen diese Erklärung zur Kenntnis nehmen, 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. Sie müssen klar als solche gekennzeichnet und leicht auffindbar sein, dürfen zum Beispiel nicht in AGB versteckt werden, da sie dort nicht vermutet werden. Zudem müssen sie in klarer und einfacher Sprache verfasst sein.

Der Verantwortliche hat also 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. Das schließt auch eine Mitteilung über den Umfang – das heißt, wie viele Einzeldaten erhoben und weiterverarbeitet werden – mit ein.

Eine Ausnahme sieht die DSGVO in Art. 14 Abs. 5 vor, wenn Daten nicht bei dem Betroffenen selbst, sondern bei Dritten erhoben werden. Hier heißt es:

Die Absätze 1 bis 4, welche für diese Konstellation die Informationspflichten des Datenverarbeiters regeln, finden keine Anwendung, wenn und soweit

- a) die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt,
- b) die Erteilung dieser Informationen sich als unmöglich erweist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde; dies gilt insbesondere für die Verarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke vorbehaltlich der in Artikel 89 Absatz 1 genannten Bedingungen und Garantien oder soweit die in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannte Pflicht voraussichtlich die Verwirklichung der Ziele dieser Verarbeitung unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigt.

Der Gesetzgeber hat hier also die Verarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke als schützenswertes Interesse anerkannt. Entsprechend werden die Pflichten des Verarbeiters insofern beschränkt. Der Datenverarbeiter hat jedoch geeignete Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person, einschließlich der Bereitstellung dieser Informationen für die Öffentlichkeit, zu ergreifen.

j) Datenübermittlung in Staaten außerhalb der EU

Sollen Daten in Staaten verarbeitet werden, die nicht Mitglied der Europäischen Union sind und für die daher die DSGVO keine Anwendung findet (sogenannte Drittstaaten), unterliegt die Übermittlung dieser Daten durch einen europäischen Verantwortlichen Beschränkungen. Diese dienen kurz gesagt dazu, sicherzustellen, dass das europäische Datenschutzniveau auch in den Drittstaaten gewährleistet ist. Ist dies nicht der Fall, ist die Übermittlung in den Drittstaat untersagt (Art. 44 DSGVO). Um das europäische Datenschutzniveau auch bei einer Übermittlung in Drittstaaten zu gewährleisten, sieht die DSGVO verschiedene Möglichkeiten vor. Eine dieser Möglichkeiten bot der von der EU-Kommission per Angemessenheitsbeschluss (Beschluss 2016/1250 über die Angemessenheit des vom EU-US-Datenschutzschild gebotenen Schutzes) anerkannte sogenannte EU-US-Privacy-Shield. Hierbei handelte es sich um eine Art Eigenerklärung, mit der US-Unternehmen bestätigten, dass sie einen Datenschutzstandard wahren, der dem der DSGVO entspricht. Dieser EU-US-Privacy-Shield wurde vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Sommer 2020 für unwirksam erklärt und kann daher nicht mehr als Rechtsgrundlage für die Datenübermittlung in die USA herangezogen werden (siehe EuGH (2020) [7]).

Das Urteil betrifft viele Verarbeitungsbereiche, da so gut wie jede Forschung und Kommunikation auch und gerade im internationalen Kontext mit Anwendungen von US-Unternehmen arbeitet. Hierzu

zählen unter anderem Kommunikationsanwendungen, Clouddienste, Statistik- und Nutzungserhebungen oder Services für persistente Identifikatoren.

Der EuGH hat sich im vorstehenden Urteil auch zu den Standardvertragsklauseln (englisch: SCC) geäußert. Dies sind Formulare für vertragliche Vereinbarungen zwischen Datenübermittler und Datenempfänger zur Verpflichtung auf den Datenschutz. Diese seien, so der EuGH, grundsätzlich auch weiterhin als Garantien geeignet, um zu gewährleisten, dass der Datenschutz eines Unternehmens dem Schutzniveau in der EU entspricht. Jedoch müssen beide Seiten (Datenübermittler und Datenempfänger) prüfen, ob die mit den Standardvertragsklauseln gegebenen Garantien faktisch eingehalten werden können. Hierbei ist die Gesetzeslage im Drittland zu berücksichtigen. In den USA erlaubt zum Beispiel Section 702 des Foreign Intelligence Surveillance Act den US-Sicherheitsbehörden auch ohne richterlichen Beschluss den Zugriff auf personenbezogene Daten, die durch Telekommunikationsanbieter verarbeitet werden.

Der Abschluss von Standardvertragsklauseln allein garantiert also noch kein angemessenes Datenschutzniveau. Hieran fehlt es beispielsweise, wenn im Drittland keine wirksamen gesetzlichen Rechtsschutzmöglichkeiten für betroffene Personen bestehen und/oder dortige Behörden nach der Gesetzeslage Zugang zu personenbezogenen Daten haben, die bei den Unternehmen gespeichert sind.

Auf europäischer Ebene wurde das Urteil zum Anlass genommen, die Standardvertragsklauseln einer Überarbeitung zu unterziehen. Ein erster Entwurf des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) wurde am 10.11.2020 (siehe European Data Protection Board (2020) [7]) veröffentlicht. Rechtssichere und zufriedenstellende Lösungen sind bislang jedoch nicht ersichtlich. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

k) Big-Data-Analysen zu Forschungszwecken und Datenschutzrecht

Big-Data-Analysen stellen besondere Herausforderungen an das (Forschungs-)Datenschutzrecht. Damit gemeint sind Verarbeitungen, bei denen große Datenmengen genutzt werden, die aus unterschiedlichen Quellen und Einzeldaten aggregiert und mit einem für das jeweilige Forschungsziel entwickelten Algorithmus ausgewertet werden.

Im Wege des Text- und Data-Minings (TDM) durchgeführte Big-Data-Analysen riesiger Datenbestände haben großes Potenzial unter anderem für die wissenschaftliche Forschung.

Enthalten die analysierten Datenbestände auch personenbezogene Daten, ist das Datenschutzrecht bei solchen Maßnahmen zu beachten. Dabei stellt die Zusammenführung einzelner personenbezogener Daten oder Datensätze aus verschiedenen Quellen aus der Perspektive des Datenschutzrechts eine neue Datenerhebung dar. Es handelt sich dabei um eine Datenerhebung, die nicht direkt beim Betroffenen erfolgt, sondern aus anderen Quellen. Man spricht in diesen Fällen von einer Dritterhebung. Die betroffene Person ist in diesen Fällen zeitnah über die Existenz des Verarbeitungsvorgangs und seine Zwecke zu unterrichten (ErwGr 60). Der Verantwortliche hat der betroffenen Person dabei diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten. Welche das sind, benennt Art. 14 Abs. 1 und 2 DSGVO.

Art. 14 DSGVO enthält praxisnahe Ausnahmen zur Informationspflicht (siehe oben Abschnitt IV.4.c)). Die Pflicht, Informationen zur Verfügung zu stellen, besteht nicht, wenn die betroffene Person die Information bereits hat, wenn die Speicherung oder Offenlegung der personenbezogenen Daten ausdrücklich durch Rechtsvorschriften geregelt ist oder wenn sich die Unterrichtung der betroffenen Person als unmöglich erweist oder mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden ist. Letzteres könnte insbesondere bei Verarbeitungen für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken der Fall sein (so ausdrücklich ErwGr 62).

Entsprechend bedarf es einer Festlegung des Erhebungszwecks, der Erfüllung von Informationspflichten und insbesondere einer Ermächtigungsgrundlage. Beruhte die Erhebung der ursprünglichen Daten auf einer Einwilligung, so folgt daraus nur die Rechtmäßigkeit der ersten Erhebung. Denn die Einwilligung ist gebunden an den Zweck, für den sie eingeholt wurde. Für eine zweite Erhebung im Wege des TDM gilt diese im Zweifel nicht. Die betroffene Person ist 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 (siehe hierzu in den nächsten Unterpunkten).

Gerade bei der Analyse großer Datenmengen können die Betroffenenrechte oder eine Pflicht zur erneuten Einwilligung zu praktisch unlösbaren Problemen führen. Ob diese mit Anonymisierungsmaßnahmen behoben werden können, hängt vom jeweiligen Forschungszweck ab. Offensichtlich sind anonyme Datensätze nicht für jede Art von Untersuchung sinnvoll. Der Gesetzgeber hat solchen tatsächlichen Schwierigkeiten bei der wissenschaftlichen Nutzung von personenbezogenen Daten in neuen Kontexten durch Sonderregelungen und Ausnahmen Rechnung getragen. Diese finden sich an verschiedenen Stellen in der DSGVO und – über die Öffnungsklausel in Art. 89 Abs.1 und 2 DSGVO legitimiert – auch im nationalen Recht.

Forschungsprivileg gemäß DSGVO

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 ErwGr 156, 157 und 159). 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 erforderlich ist und dies in einem Gesetz eines EU-Mitgliedstaates ausdrücklich so vorgesehen ist. Die Ausnahme in Art. 9 Abs. 2 lit. j) DSGVO besagt, dass das Verbot der Verarbeitung von Daten besonderer Kategorien aus Art. 9 Abs. 1 DSGVO in diesen Fällen nicht gilt. Bei sensiblen Daten wird aber eine besonders sorgfältige Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten sein.

Betroffenenrechte bei Datennutzungen nach dem Forschungsprivileg

Für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken sieht die DSGVO einige Einschränkungen der Betroffenenrechte vor. So hat die betroffene Person bei Daten, die bei Dritten erhoben wurden, 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).

Gemäß Art. 89 Abs. 2 DSGVO können die nationalen Gesetzgeber zusätzliche Einschränkungen der Betroffenenrechte bei der Datenverarbeitung für wissenschaftliche oder historische Forschung vorsehen. In Deutschland wurde hiervon in verschiedenen Regelwerken Gebrauch gemacht. Die Freie und Hansestadt Hamburg beispielsweise hat in § 11 Abs. 5 HmbDSG für Forschung und Wissenschaft 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.

Einwilligung

Neben dem Forschungsprivileg kann die Datenverarbeitung auch hier auf Einwilligungen gestützt werden. 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 ErwGr 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. Je nach Forschungszweck ist dies jedoch mitunter keine sinnvolle Option.

Einwilligungen können auch die Verarbeitung von sensiblen Daten legitimieren (Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO). Anschlussnutzungen zu Forschungszwecken von Patientendaten, die von Ärzten erhoben werden, können auf Basis einer diesbezüglichen Einwilligung gestattet sein. Dies setzt voraus, dass die Ärzte sie von ihren Patienten einholen. Auch hierbei ist entscheidend, dass der Arzt über die Nutzung einschließlich der Zwecke in einer Weise aufklärt, die eine informierte Entscheidung 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.

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. Dies kann der sauberste Weg sein, um sicherzustellen, dass nicht gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstoßen wird.

Bei Big-Data-Anwendungen ist die vollständige und zuverlässige Anonymisierung personenbezogener Daten jedoch 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, wodurch lediglich eine Pseudonymisierung der Daten erreicht würde. So hat ein Experiment gezeigt, dass bereits die Zusammenführung von drei demografischen Merkmalen ausreicht, um 87 Prozent der Bevölkerung der Vereinigten Staaten zu identifizieren. Ob und wie in solchen Kontexten Anonymisierungsmaßnahmen aus dem Datenschutzrecht herausführen können, ist eine bislang ungeklärte Frage.

1) Open Data und Datenschutzrecht

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 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. In einem ersten Schritt sollte geprüft werden, ob die zur Veröffentlichung vorgesehenen Inhalte überhaupt noch personenbezogene Daten enthalten. Denkbar ist, dass die personenbezogenen Daten nur im Rahmen der Forschung ausgewertet wurden, die Publikation der Forschungsergebnisse aber lediglich deren Auswertung, zum Beispiel in

Form statistischer Werte, enthält. Datenschutzrecht spielt dann hinsichtlich des Veröffentlichungsaspekts keine Rolle.

Mitunter wird das Datenschutzrecht mit Verhaltenskodizes der Wissenschaft kollidieren, beispielsweise Vorgaben der guten wissenschaftlichen Praxis. Nach den DFG-Leitlinien zum Umgang mit Forschungsdaten beispielsweise „sollen Forschungsdaten in der eigenen Einrichtung oder in einer fachlich einschlägigen, überregionalen Infrastruktur für mindestens 10 Jahre archiviert werden“ (DFG (2015) [7]). Aus Transparenzgesichtspunkten und zum Zweck besserer Nachvollziehbarkeit der Forschungsergebnisse werden die zugrunde liegenden Datensätze in Open-Access-Repositoryen oder Forschungsdaten-Managementssystemen oft zusammen mit der Publikation vorgehalten. Das Zurverfügungstellen der Rohdaten bietet neben der Überprüfbarkeit der aus ihnen gewonnenen Ergebnisse auch großen Effizienz- und Synergienutzen für Forschende, die mit diesen Daten weiter- oder zu anderen Zwecken forschen wollen.

Soweit die Archivierung von für Forschungsarbeiten genutzte Daten zur Einhaltung wissenschaftlicher Standards erforderlich ist, ist diese nach geltender Rechtslage zulässig. Und auch vertragliche Löschpflichten, die einer solchen Aufbewahrung entgegenstehen, sind rechtlich nicht durchsetzbar (Wirth (2020) [7], S. 586). Neben den Rechtsgrundlagen der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung und gegebenenfalls der berechtigten Interessen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) und f) DSGVO) folge dies aus § 27 BDSG (Wirth (2020) [7], S. 589). Auch kann § 11 HmbDSG greifen, wenn die Verarbeitung zu diesen Zwecken erforderlich ist und die Interessen des Verantwortlichen an der Verarbeitung die Interessen der betroffenen Personen an einem Ausschluss der Verarbeitung erheblich überwiegen und angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und der Interessen der betroffenen Person getroffen werden. Art. 17 Abs. 3 lit. d) DSGVO beschränkt insofern „für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gemäß Art. 89 Abs. 1 DSGVO“ auch das Recht der Betroffenen auf Löschung ihrer Daten, soweit dieses „voraussichtlich die Verwirklichung der Ziele dieser Verarbeitung unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigt“.

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 widerrufen werden kann
- oder dies ist für die Darstellung von Forschungsergebnissen über Ereignisse der Zeitgeschichte unerlässlich.

Auch wenn keine Einwilligung vorliegt, dürfen personenbezogene Daten also veröffentlicht werden, wenn eine der oben beschriebenen (siehe oben Abschnitt IV.4.e) und IV.4.f)) Rechtsgrundlagen vorliegt (zum Beispiel, weil es für die „Darstellung von Forschungsergebnissen über Ereignisse der Zeitgeschichte unerlässlich ist“, § 11 Abs. 3 HmbDSG).

Ohne Einwilligung oder gesetzliche Erlaubnis sind personenbezogene Daten in der Regel gemäß § 11 Abs. 2 HmbHG schon lange vor der Veröffentlichung zu anonymisieren. Diese Verpflichtung entsteht, „soweit und sobald der Forschungs- oder Statistikzweck dies zulässt“. Anderenfalls sind sie zumindest sobald möglich zu pseudonymisieren.

5. Personenabbildungen

a) Das Recht am eigenen Bild

Das Recht am eigenen Bild ist schon seit 1907 im Kunsturhebergesetz (KUG) spezialgesetzlich geregelt (§§ 22–24 KUG). Es wurde fortlaufend durch die Rechtsprechung weiterentwickelt. Es gilt daher ohne Weiteres auch für das Einstellen und Teilen von Personenabbildungen

aller Art im Internet oder sozialen Netzwerken. § 22 KUG nennt die Grundregel, die besagt, dass Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen. Das Anfertigen von Personenabbildungen („ein Foto machen“ oder Ähnliches) fällt nicht unter § 22 KUG. Hiernach sind nur dessen Verbreitung und Veröffentlichung zustimmungspflichtig.

In den §§ 22–24 KUG finden sich Ausnahmen: Sie zählen Fälle auf, in denen eine Veröffentlichung auch ohne Einwilligung erlaubt ist. Bekannteste Ausnahme sind wohl Aufnahmen mit zeitgeschichtlicher Bedeutung. Verstöße gegen das Recht am eigenen Bild können zivilrechtlich geahndet werden. Sie sind unter den Voraussetzungen des § 33 KUG sogar strafbar.

Das Recht am eigenen Bild als eines der wichtigsten besonderen Persönlichkeitsrechte wird immer dann relevant, wenn eine Person auf einem Bild, in einem Video oder sonstigen Abbildung erkennbar ist. Erkennbarkeit liegt keineswegs nur dann vor, wenn das Gesicht und/oder die prägenden Gesichtszüge einer Person zu sehen sind. Sie kann sich ebenso gut aus anderen persönlichen Merkmalen oder sogar äußeren Indikatoren ergeben.

Auch für sich genommen lediglich begleitende Merkmale oder Umstände des Bildes können zu einer rechtlich relevanten Erkennbarkeit führen. Das kann die Kleidung der Person, ihre Frisur, oder eine bestimmte Art des Gangs sein. Auch der Ort, an dem sie sich befindet, kann unter Umständen dazu führen, dass sie identifizierbar wird. Bei der Bewertung, ob eine Person erkennbar ist, kommt es stets auf eine Einschätzung des Einzelfalls an. Dabei reicht es, wenn einzelne Dritte, zum Beispiel Freunde der Person, diese erkennen würden.

Das Recht am eigenen Bild besteht zehn Jahre nach dem Tod der Person fort und kann postmortal von ihren Erben geltend gemacht werden.

Es spricht einiges dafür, dass die ausdifferenzierten Wertungen, die die Rechtsprechung für die Verwendung und Veröffentlichung von Personenabbildungen unter Geltung des KUG herausgearbeitet hat, (direkt oder indirekt) auch unter Geltung der DSGVO ihre Gültigkeit behalten (siehe unten Abschnitt IV.5.)). Dementsprechend wird im Folgenden zunächst die Rechtslage nach dem KUG erläutert.

b) Grundsatz der Einwilligung nach dem KUG

Abbildungen von Personen dürfen gemäß § 22 KUG grundsätzlich nur mit deren Einwilligung veröffentlicht und verbreitet werden. Formale Anforderungen an die Einwilligungserklärung stellt das Gesetz nicht. Sie muss also vor allem nicht schriftlich erteilt werden. 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. Lässt er sich interviewen, ist davon auszugehen, dass er den offensichtlich angestrebten Verwendungszwecken auch (konkludent) zugestimmt hat. Zumindest sollte der Person möglichst genau beschrieben werden, wie und wo – zum Beispiel in welcher konkreten Sendung – das Interview verwendet werden soll. Konkludente Einwilligungen können nur die offensichtlichen und für den Abgebildeten klar erkennbaren Zwecke und Verwendungen abdecken.

In vielen Fällen werden die Umstände, Ziele und Nutzungsintentionen nicht eindeutig sein. Wäre beispielsweise beabsichtigt, das Passanteninterview zu Forschungszwecken aufzunehmen und die Aufnahmen in einem wissenschaftlichen Kontext zu verbreiten und für Dritte nutzbar zu machen, müsste hierauf vorab hingewiesen und dies im Einzelnen erläutert werden. Und gleichwohl die Erklärung nicht in Schriftform abgegeben werden muss, wird sich dies zu Beweis Zwecken oft empfehlen. 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 erteilt wurde. Nur wenn der Abgebildete dafür, dass er sich abbilden ließ, entlohnt wurde, ist die Beweislast umgekehrt (§ 22 S. 2 KUG).

Der Weg über eine (im Idealfall: schriftliche) Einwilligung scheint künftig auch wegen der Unsicherheit hinsichtlich der Anwendbarkeit der DSGVO ratsam. Das Verhältnis zwischen DSGVO und KUG ist noch nicht abschließend geklärt (siehe unten Abschnitt IV.5.)). Es ist daher möglich, dass Nutzungen von Abbildungen (auch) nach der DSGVO zu beurteilen sind. Zum Datenschutzrecht stellt ErwGr 32 klar, dass datenschutzrechtliche Einwilligungen nur wirksam sind,

wenn eine eindeutige Handlung des Betroffenen seine Einwilligung zweifelsfrei erkennen lässt und deren Inhalt feststeht. Dies geht potenziell über das hinaus, was die Rechtsprechung für eine konkludente Einwilligung nach KUG verlangt. Auch die Informationspflichten über die Datenverarbeitung können bei einer rein konkludenten Einwilligung schwerlich erfüllt werden (siehe oben Abschnitt IV.4.e)). Insofern spricht umso mehr dafür, dokumentierte Einwilligungen einzuholen, soweit das irgendwie praktikabel ist.

c) 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 die Einwilligung für einen bestimmten Zweck erteilt sein muss. Der Abgebildete muss 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 Onlineplattform für jedermann zugänglich zu machen, dann muss er dem Passanten eben diesen Zweck erläutern. In entsprechendem Umfang muss auch die Einwilligung erklärt werden. Kommt es über das Wie oder das Ob vor Gericht zum Streit, muss der Nutzer des Bildnisses beweisen, dass seine Verwendung von der Einwilligung abgedeckt ist. Gelingt ihm der Beweis nicht, weil er keine unmissverständliche nachweisliche Erklärung vorweisen kann, wird im Zweifel davon ausgegangen, dass die abgebildete Person der Nutzung des Bildes nur im absolut notwendigen, für sie erkennbaren Umfang zugestimmt hat.

Auch aus dieser Perspektive wird es häufig sinnvoll sein, die Einwilligungen zu dokumentieren. Vorzugsweise werden sie schriftlich oder elektronisch (zum Beispiel per E-Mail) eingeholt/abgegeben. Sie können auch mündlich erteilt und aufgezeichnet werden. Konkrete Methoden sind nicht vorgeschrieben, es geht lediglich um die Beweisfähigkeit der Dokumentation, die natürlich zur Praktikabilität in der konkreten Situation im Verhältnis stehen muss.

d) Open Access und Personenabbildungen

Die Lizenzierung von Personenabbildungen per Open-Content-Lizenz durch deren Verwender, also deren Zugänglichmachung nach Open-Access-Kriterien, greift in die Persönlichkeitsinteressen des Abgebildeten besonders gravierend ein. Immerhin wird durch eine solche Maßnahme die Kontrolle über die Nutzung und Verbreitung des Bildes annähernd vollständig aufgegeben (siehe oben Abschnitt III.9). Die ursprünglichen Nutzungskontexte können und werden sich bei Nachnutzungen verändern. Entsprechend bedarf es besonderer Aufklärung über den Inhalt der Einwilligungserklärungen. Auch müssen sie besonders weitgehend erteilt werden. Eine so umfassende Einwilligung zu erlangen, wird sich in der Praxis oft als schwierig erweisen. Die letztlich vorgenommenen Nutzungen können nicht abschließend beschrieben werden, weil Nachnutzende mit den Abbildungen mehr oder weniger „machen können, was sie wollen“. Die Open-Content-Lizenzen selbst sehen dabei keine Regelungen zu persönlichkeitsrechtlichen Aspekten vor. Weder dienen sie als Einwilligungen von Personen, die auf den Aufnahmen zu sehen sind, die unter ihnen lizenziert wurden. Noch gewährleisten sie in irgendeiner Weise, dass die abgebildeten Personen der Lizenzierung und Nachnutzung der Bilder zugestimmt haben. Open-Content-Lizenzen und Persönlichkeitsrechte haben miteinander nichts zu tun. Sie regeln nur urheberrechtliche Erlaubnisse.

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. Jedenfalls sollte auf die beabsichtigte Open-Access-Veröffentlichung der Aufnahmen deutlich hingewiesen und hierbei erläutert werden, was dies bedeutet.

Gerade bei der Verwendung von älteren Fotos stellt sich das Problem, dass Einwilligungen zur Veröffentlichung per Open Access meist 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 For-

mulierungen 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 in den Ausnahmefällen des KUG (§ 23) zulässig oder wenn sie anonymisiert wurden.

e) Anonymisierung von Personenabbildungen

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 steigt –, sind je nach den Umständen weitere Maßnahmen der Bildbearbeitung zu ergreifen.

f) Einwilligung von Minderjährigen

Sollen Darstellungen von minderjährigen Personen (angefertigt oder) veröffentlicht werden, so kommt es auf Alter und Einsichtsfähigkeit der Minderjährigen 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 (siehe oben Abschnitt IV.4.e). Obwohl Jugendlichen ab 14 Jahren allgemein eine solche Fähigkeit zur Einsicht zuerkannt wird, hängt dies immer vom Einzelfall ab und lässt sich nicht pauschalisieren. Daher wird es im Zweifel ratsam sein, bei Minderjährigen stets sowohl vom Kind als auch von den Erziehungsberechtigten Einwilligungen einzuholen.

g) Widerruf der Einwilligung

Nach den Regelungen des KUG ist eine abgebildete Person an eine einmal abgegebene Einwilligungserklärung grundsätzlich gebunden. Sie kann nur in besonderen Ausnahmefällen 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 (aufrechterhaltene 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 Möglichkeit des Widerrufs von Einwilligungen nach dem Datenschutzrecht ist sehr viel weitreichender. Wie bereits dargestellt, können Einwilligungen in die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO ohne Angabe von Gründen jederzeit für die Zukunft widerrufen werden. Anschließend hat die betroffene Person nach Art. 17 DSGVO das Recht, die Löschung der Daten zu verlangen (siehe oben Abschnitt IV.4.h)). Ob diese Möglichkeiten auch in Bezug auf Personenabbildungen bestehen, werden die Gerichte und/oder der Gesetzgeber zu klären haben. Besonders bei Gruppenfotos hätte der Widerruf einer einzelnen Person weitreichende Folgen, die bis-

her ungeklärt sind. Entfällt die Einwilligung durch Widerruf gemäß DSGVO, kann deren Speicherung oder Nutzung für wissenschaftliche Zwecke aber, soweit die Voraussetzungen vorliegen, weiter nach dem Forschungsprivileg möglich sein (siehe oben Abschnitt IV.4.f)).

h) Befristung des Rechts am eigenen Bild und postmortales Persönlichkeitsrecht

Das Einwilligungserfordernis erlischt nicht mit dem Tod einer Person. Für die Dauer von zehn Jahren nach dem Tod bedarf es gemäß § 22 S. 2 KUG der Einwilligung der Angehörigen. Dies sind 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 ist keine starre Ausschlussfrist. Auch nach Ablauf der zehn Jahre können besonders schwerwiegende Verletzungen des postmortalen Persönlichkeitsrechts einer Veröffentlichung entgegenstehen. Dies wäre vor allem der Fall, wenn Persönlichkeitsinteressen des Verstorbenen grob beeinträchtigt werden, etwa indem sein Ansehen nachträglich verunglimpft wird, ohne dass er selbst sich dagegen wehren kann. 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. Bei Kollisionen mit anderen Grundrechten – zum Beispiel der Pressefreiheit – ist eine Abwägung aller relevanten Aspekte des Einzelfalls vorzunehmen.

i) Ausnahmen und Erlaubnistatbestände des KUG

Wie schon zum Datenschutzrecht dargestellt, ist die Einwilligung nicht in allen Fällen ein geeigneter oder gar der günstigste aller Erlaubnistatbestände (siehe oben Abschnitt IV.4). Angesichts der Anforderungen an ihre Einholung, ihre Ausgestaltung und Formulierung aufgrund der Zweckbindung, hat sie erhebliche Nachteile gegenüber

anderen Erlaubnistatbeständen. Gerade bei Open-Access-Veröffentlichungen von Personenabbildungen können andere Rechtsgrundlagen Vorzüge aufweisen, so sie denn einschlägig sind.

Das KUG enthält einen eigenen Katalog von besonderen Erlaubnistatbeständen für die Veröffentlichung und Verbreitung von Personenabbildungen. Ist eine dieser Ausnahmen einschlägig, bedarf es gemäß § 23 Abs. 1 KUG keiner zusätzlichen Einwilligung. Dieser lautet:

Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden:

1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte;
2. Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen;
3. Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben;
4. Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, sofern die Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient.

Diese vier Erlaubnistatbestände des § 23 KUG werden nachfolgend erläutert. 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. Dies stellt § 23 Abs. 2 KUG klar, wonach die Ausnahmen nicht greifen, wenn durch die Verbreitung ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt wird. 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.

Bildnisse der Zeitgeschichte

Grundsätzlich gilt – vorbehaltlich eines hiervon abweichenden Abwägungsergebnisses im Einzelfall – 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 der Öffentlichkeit, das insoweit in der Grundrechtsabwägung regelmäßig schwerer wiegt als das Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person. Das gilt jedenfalls, soweit diese in ihrem öffentlichen Wirken abgebildet wird beziehungsweise sich selbst bewusst in den Blick der Öffentlichkeit begeben hat. Das kann bei Prominenten und insbesondere auch Politikern der Fall sein, deren mediale Berühmtheit beziehungsweise deren Ausübung eines öffentlichen Amtes das Informationsinteresse der Öffentlichkeit erstarken lässt.

Allerdings sind alle Interessen im Einzelfall stets gegeneinander abzuwägen. Schon bei der Beurteilung, ob ein Bild überhaupt dem Bereich der Zeitgeschichte zuzuordnen ist, muss eine Abwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten des Abgebildeten einerseits und den Rechten, auf die sich die veröffentlichende Person oder Institution berufen kann, andererseits vorgenommen werden (so der Bundesgerichtshof in einem Urteil: BGH (7.7.2020) [7], in dem es um eine Berichterstattung in der Presse ging). 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. Insbesondere bei Szenen aus dem Privatleben von Personen der Zeitgeschichte muss genauer abgewogen werden. Auch Personen der Zeitgeschichte haben ein Recht auf „Rückzug ins Private“. Auch dieses kann aber wiederum zurücktreten, wenn die Person selbst den Vorhang ihres Privatlebens gelüftet hat, zum Beispiel durch eine Home-Story in der Unterhaltungspresse. Ein Informationsinteresse an Bildern der minderjährigen Kinder von Personen der Zeitgeschichte ist grundsätzlich nicht anzuerkennen. Deren kindli-

ches Heranwachsen und Herausbilden einer eigenen Persönlichkeit ist besonders schutzwürdig, was nach ständiger Rechtsprechung voraussetzt, dies von der Öffentlichkeit unbeobachtet tun zu können.

Der Schutz von Privatsphäre ist auch bei der Erstellung von Aufnahmen mithilfe von Drohnen zu beachten. Er dürfte solchen immer dann entgegenstehen, wenn mittels der Drohne Einblicke ermöglicht werden, die über das hinausgehen, was mit dem eigenen Auge sichtbar ist. So urteilte das Amtsgericht Potsdam (siehe AG Potsdam (2015) [7]), dass aus der Luft über einem Privatgrundstück von einer Drohne erzeugte Bilder von Personen deren Privatsphäre verletzen.

Der Garten war in dem zu beurteilenden Fall ohne die Nutzung der Drohne nicht einsehbar. Das Gericht urteilte, dass die sich dort aufhaltenden Personen sich darauf verlassen können müssen, sich in einem geschützten Rückzugsraum zu befinden, in dem sie vor fremden Blicken und insbesondere der Aufnahme von Fotos geschützt sind. Dieses Urteil fügt sich nahtlos in die Linie der langjährigen Rechtsprechung ein, wonach das Fotografieren von dem Blick der Öffentlichkeit entzogenen Objekten und Grundstücken unter Verwendung von Hilfsmitteln zur Herstellung von Einsichtsmöglichkeiten wie etwa Leitern, Teleobjektiven, Helikoptern, Klettern auf Bäume oder Ähnlichem unzulässig ist. Der Einsatz von Drohnen unterliegt zudem flugrechtlichen Beschränkungen, die es verbieten, ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers mit Drohnen überhaupt über ein Wohngrundstück zu fliegen.

Beiwerk

Eine weitere Ausnahme vom Einwilligungserfordernis greift in solchen Fällen, in denen Personen in einem Bild zwar erkennbar sind, aber neben der vorrangig abgebildeten Landschaft oder einem Gebäude lediglich als „Beiwerk“ erscheinen. Hierfür gelten strenge Voraussetzungen. Keineswegs sind abgebildete Personen stets als Beiwerk anzusehen, nur weil auf einem Bild noch andere Dinge zu sehen sind.

Das eigentliche Motiv muss in den anderen Bildelementen liegen, die „für den Gesamteindruck auf den Betrachter deutlich prä-

gend“ sind. Der Tatsache, dass sich in dem Bild überhaupt Personen befinden, muss also etwas Zufälliges anhaften beziehungsweise sogar eher unerwünscht, aber nicht anders machbar sein. Typische Fälle sind Motive wie berühmte Gebäude oder Denkmäler sowie besonders schöne und daher beliebte Landschaften, vor oder bei denen sich Menschen befinden. Als Beiwerk können die abgebildeten Personen nur dann angesehen werden, wenn man sie aus dem Bild entfernen könnte, ohne dass sich der Charakter beziehungsweise die Aussage des Bildes verändern würde. Wer beispielsweise ein Foto vom Hamburger Rathausmarkt aufnimmt, dem wird es dabei kaum gelingen, nicht zugleich eine Reihe von (erkennbaren und nicht erkennbaren) Personen mit zu fotografieren.

Die Einwilligung der abgebildeten Person ist insbesondere erforderlich, 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 oder wirkt sie aus anderen Gründen wie der Mittelpunkt des Bildes, wird sie den Blick eines unvoreingenommenen Bildbetrachters auf sich ziehen und ist dadurch mehr als nur „Beiwerk“ im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG.

Bei der Beurteilung ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Eine etwaig entgegengesetzte (Fehl-)Vorstellung des Fotografen spielt keine Rolle. Es kommt lediglich auf den objektiv erkennbaren Gesamteindruck des Bildes an. Betrachtet eine neutrale Person das Bild, muss ihr Blick durch die Bildkomposition von allein zunächst auf das gesamte Panorama oder ein bestimmtes Gebäude, etwa das abgebildete Rathaus, fallen. Dass dort auch noch einzelne Passanten zu sehen sind, sollte ihr hingegen nur beiläufig auffallen, weil diese Figuren zur eigentlichen Wirkung des Bildes nichts beitragen.

All diese Voraussetzungen können – natürlich – nur im Einzelfall beurteilt werden. Die Rechtsprechung wendet die „Beiwerk“-Ausnahme sehr restriktiv an. Auf sie sollte man sich daher nur in eindeutigen Fällen als Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Personenabbildungen verlassen.

Aufnahmen von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen

Eine weitere Ausnahme vom Einwilligungserfordernis enthält das KUG in § 23 Abs. 1 Nr. 3 für Bilder von öffentlichen Versammlungen, Aufzügen oder sonstigen Massenveranstaltungen. Wer an solchen Ereignissen aus freien Stücken teilnimmt, so der Grundgedanke dieser gesetzlichen Ausnahme, rechnet damit, dass von der Versammlung Aufnahmen gemacht und diese verbreitet werden, auf denen er als Teilnehmer dieser Veranstaltung möglicherweise auch zu sehen ist. Im Übrigen trägt die Ausnahme auch ganz praktischen Erwägungen Rechnung: Das bildliche Dokumentieren von Versammlungen wäre unmöglich, wenn von allen Abgebildeten Einwilligungen eingeholt werden müssten.

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, verwehren, 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 Gegenstand des Bildes ist.

j) Das Verhältnis von KUG und Datenschutzrecht

Bis zum Inkrafttreten der DSGVO war das KUG als Spezialmaterie ausschließlich für die Veröffentlichung und Verbreitung von Personenbildnissen anwendbar. 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. In der Rechtsprechung war anerkannt, 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.

Seit Inkrafttreten der DSGVO ist dieses Verhältnis unklar. Personenabbildungen sind ohne Frage personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO. Fraglich ist, ob die DSGVO – gegebenenfalls neben dem KUG – auf deren „Verarbeitung“ Anwendung findet oder das KUG sie als spezialgesetzliche Regelung zu Personenabbildungen verdrängt.

Dies ist derzeit noch nicht für alle Bereiche gerichtlich geklärt.

In Bezug auf Bildveröffentlichungen durch die Presse hat der Bundesgerichtshof im Juli 2020 jedoch entschieden, dass die DSGVO nicht anwendbar sei (siehe BGH (7.7.2020) [7]). Er begründet dies (sehr knapp, was für eine klare Einschätzung spricht) mit der Öffnungsklausel des Art. 85 DSGVO, wonach die nationalen Gesetzgeber „durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang bringen“ – also eigene Rechtsvorschriften erlassen sollen. Die §§ 22, 23 KUG sind, so der Bundesgerichtshof, für Datenverarbeitungen zu journalistischen Zwecken durch die Anbieter von Telemedien als die Öffnungsklausel des Art. 85 DSGVO ausfüllende Gesetze anzusehen, weil Art. 6 und Art. 7 DSGVO durch die nationalen Regelungen in § 1 Abs. 1 Hs. 2, § 57 Abs. 1 S. 4 des Staatsvertrags für Rundfunk und Telemedien in der seit dem 25.5.2018 geltenden Fassung ausgenommen worden sind. Daher hat der Bundesgerichtshof die ihm zur Beurteilung vorliegenden journalistischen Bildveröffentlichungen ausschließlich nach §§ 22, 23 KUG beurteilt (BGH (7.7.2020), S. 7, 8 [7]). Ob sich dieses Verständnis der §§ 22, 23 KUG auch auf andere Datenverarbeitungen übertragen lässt als solche zu journalistischen Zwecken, lässt der Bundgerichtshof offen.

Das Bundesministerium des Innern (siehe BMI (2018) [7]) hält das KUG jedenfalls ohne Einschränkungen für weiterhin anwendbar, ohne zwischen den verschiedenen in Art. 85 DSGVO genannten Zwecken zu differenzieren:

Die Datenschutz-Grundverordnung führt zu keinen wesentlichen Veränderungen der bisherigen Rechtslage im Umgang mit Fotografien. [...]

Für die Veröffentlichung von Fotografien enthält das Kunsturhebergesetz (KunstUrhG) ergänzende Regelungen, die auch unter der ab dem 25. Mai 2018 anwendbaren Datenschutz-Grundverordnung fortbestehen.

Die Regelungen des KUG bewegten sich, so das BMI schon vor Erlass des oben genannten BGH-Urteils, innerhalb des Gestaltungsspielraums, der den EU-Mitgliedsstaaten in Art. 85 Abs. 1 DSGVO eingeräumt ist.

Nach dem Verständnis des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit hingegen, habe der deutsche Gesetzgeber bislang nicht von der Option in Art. 85 DSGVO Gebrauch gemacht (geäußert ebenfalls vor dem BGH-Urteil vom 7.7.2020 [7]). Da er es versäumt habe, ein spezielles Gesetz für die Nutzung und Verwertung von Personenabbildungen zu erlassen, sei die DSGVO derzeit zwingend vorrangig anzuwenden. Allerdings sollen nach seiner Einschätzung die Abwägungskriterien, die die Rechtsprechung zum KUG herausgearbeitet hat, weiter Anwendung finden. Sie sollen in die nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO vorzunehmende Abwägung einfließen (HmbBfDI (2018), S. 4f. [7]). Hiernach würde das KUG zwar nicht unmittelbar Anwendung finden, die hierzu ergangene Rechtsprechung, insbesondere im Hinblick auf die Interessenabwägung, jedoch in die Auslegung der datenschutzrechtlichen Normen einfließen. Zu diesem Ergebnis kommt man schließlich auch, wenn man sich an der Wertung orientiert, die das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen Recht auf Vergessen I und II von Ende 2019 vorgenommen hat (siehe oben Abschnitt IV.2).

k) Regelungen in den Datenschutzgesetzen

Nachdem vorstehend gezeigt wurde, wie unklar das Verhältnis zwischen den Normen des KUG und den datenschutzrechtlichen Regelungen derzeit noch ist, wird nachfolgend gegenübergestellt, ob und inwieweit sich die Bewertung von im Forschungsbereich relevanten Sachverhalten unter Anwendung der Datenschutznormen beziehungsweise der Vorschriften des KUG unterscheiden. Dies geschieht nachfolgend am Beispiel der Hamburger Landesgesetze. Da die Länder von ihrem regulativen Spielraum auf dem Gebiet des Datenschutzrechts unterschiedlich Gebrauch gemacht haben, kann sich die Rechtslage in anderen Bundesländern zumindest im Detail anders darstellen. Es würde den Rahmen der Darstellung bei Weitem sprengen, hier im Einzelnen auf alle landesrechtlichen Besonderheiten einzugehen.

Dort, wo zwischen beiden Regelungskomplexen ein Gleichklang in der gesetzlichen Wertung besteht, können praxisnah vergleichbare Ergebnisse erwartet werden, ganz gleich, ob man einen Sachverhalt nach KUG oder nach datenschutzrechtlichen Vorschriften beurteilt. Aus Sicht der Anwender ist es vor allem wichtig zu wissen, ob eine bestimmte Handlung zulässig ist oder nicht – der Streit über das Verhältnis des KUG zum Datenschutzrecht unter Geltung der DSGVO bleibt rechtstheoretisch, wenn beide zum selben Ergebnis führen.

Forschungsprivileg

Gemäß § 11 Abs. 3 HmbDSG dürfen

die wissenschaftliche oder historische Forschung oder Statistik betreibenden öffentlichen Stellen personenbezogene Daten nur veröffentlichen, wenn

1. die betroffene Person eingewilligt hat oder
2. dies für die Darstellung von Forschungsergebnissen über Ereignisse der Zeitgeschichte unerlässlich ist.

Die Erlaubnis in § 11 Abs. 3 Nr. 2 HmbDSG erfasst ebenso wie § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG Bildnisse von Personen der Zeitgeschichte, ist jedoch in ihrem Wortlaut enger als die Regelung des KUG. Voraussetzung ist zunächst, dass es sich um Forschung über Ereignisse der Zeitgeschichte handelt und dass die Veröffentlichung eine zwingende („unerlässliche“) Belegfunktion für die Darstellung der Ergebnisse dieser Forschung hat. Das kann im – gut begründeten! – Einzelfall auch Aufnahmen aus dem Privatleben einer Person der Zeitgeschichte umfassen, soweit diese im Zusammenhang mit einem Ereignis der Zeitgeschichte stehen. Hier wird aber eine besonders sensible Grundrechtsabwägung erforderlich sein, sodass in der Praxis besser ein enges Verständnis angelegt oder juristischer Rat eingeholt werden sollte.

Anders als nach KUG knüpft die datenschutzrechtliche Ausnahme nicht an die Eigenschaft einer Person als „Person der Zeitgeschichte“ an, die auch außerhalb zeitgeschichtlicher Ereignisse abgebildet werden darf. Vielmehr muss ein durch das Forschungsthema begründeter konkreter Zusammenhang zu einem zeitgeschichtlichen *Ereignis* bestehen. Eine Veröffentlichung von Personenabbildungen ist zudem ohne Einwilligung nur zulässig, wenn dies für die Darstellung der Forschungsergebnisse unerlässlich ist. Die Veröffentlichung muss also unterbleiben, wenn der Forschungs- oder Statistikzweck auch ohne die Veröffentlichung der Personenabbildung oder durch ihre Veröffentlichung in anonymisierter Form erreicht werden kann (§ 11 Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 2 HmbDSG).

Das Forschungsprivileg in § 11 Abs. 3 HmbDSG weist zudem Überschneidungen zu § 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG auf. Die dort genannten „Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen“ sind oftmals zugleich Bilder von zeitgeschichtlichen Ereignissen. Die Versammlung wird in diesen Fällen das zeitgeschichtliche Ereignis sein. Hier wie dort sind fokussierte Herausstellungen einzelner Personen, die an einer solchen Versammlung teilnehmen, nicht erlaubt. Für die Darstellung der Versammlung als zeitgeschichtliches Ereignis wird die Veröffentlichung von Porträts einzelner Teilnehmer zumeist nicht „unerlässlich“ sein. Das kann im Einzelfall auch anders zu beurteilen sein, beispielsweise, wenn der relevante Aussagegehalt gerade darin liegt, dass ein bestimmtes Individuum an eben dieser Versammlung

teilgenommen hat. In bestimmten Forschungsbereichen kann sich ein Interesse an Fokusaufnahmen auch daraus ergeben, dass es darum geht, bestimmte Emotionen, Gruppen, Maskeraden oder Ähnliches abzubilden, was voraussetzen kann, auch persönliche Details erkennen zu können. Wichtig ist stets, dass Forscher jede beabsichtigte Abbildung daraufhin kritisch überprüfen, ob sie für die Darstellung der Forschungsergebnisse notwendig, genauer gesagt: „unerlässlich“ ist.

Presse und Medienberichterstattung

Die Veröffentlichung von Personenabbildungen in der Medienberichterstattung ist nach Maßgabe der §§ 11a HmbPresseG i. V. m. § 37 Abs. 1–3 MStV HSH zulässig (siehe oben Abschnitt IV.4.g)). Der BGH hat in seinem Urteil vom 7.7.2020 entschieden, dass das KUG für die Bildberichterstattung im journalistischen Bereich anwendbar bleibt, ergo, dass die Vorschriften der DSGVO nicht gelten (siehe oben Abschnitt IV.5.j)).

Kunstprivileg

Der § 12 HmbDSG, der die „Datenverarbeitung zu künstlerischen Zwecken“ regelt, enthält selbst keine eigene Erlaubnis. Er schränkt vielmehr durch einen Verweis die meisten Restriktionen der DSGVO ein und erklärt sie für unanwendbar. Das gilt unter anderem für Art. 6, der die Rechtsgrundlagen enthält. Somit wird der Datenschutz bei der (unter anderem) Veröffentlichung von Personenabbildungen zu künstlerischen Zwecken erheblich gelockert.

Diese Wertung deckt sich im Wesentlichen mit der des KUG. Auch § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG erkennt ein übergeordnetes Interesse an, Bildnisse von Personen zu künstlerischen Zwecken nutzen zu dürfen. Konkret wird hiernach die Veröffentlichung von Bildnissen ohne Einwilligung gestattet, wenn dies einem höheren Interesse der Kunst dient. Dies gilt jedenfalls, sofern die Bildnisse nicht auf Bestellung angefertigt wurden. Auch der Hamburgische Datenschutzbeauftrag-

te hat das im Kunstprivileg zum Ausdruck gebrachte höherrangige Interesse an der Veröffentlichung von Bildnissen betont (HmbBfDI (2018), S. 4f. [7])

Personen als „Beiwerk“

Ein Pendant zur „Beiwerk“-Ausnahme in § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG enthält das Datenschutzrecht nicht. Die ihr zugrunde liegende Wertung lässt sich auch kaum auf das Wertesystem der DSGVO übertragen. Hier ist die Anwendbarkeit des § 23 KUG neben der DSGVO und den in ihrem Rahmen ergangenen Datenschutzgesetzen daher von hoher praktischer Relevanz.

Einzig, wenn Personen so klein abgebildet oder durch die Lichtverhältnisse im Schatten sind, dass sich individuelle Merkmale nicht erkennen lassen, liegen aufgrund der Nichterkennbarkeit schon keine personenbezogenen Daten vor. Bei den heute üblichen hoch aufgelösten Fotos wird das jedoch nur in seltenen Sonderfällen anzunehmen sein (so auch der HmbBfDI in seiner oben genannten Stellungnahme). Ist eine Person erkennbar, muss entweder eine Einwilligung eingeholt werden oder eine andere datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage eingreifen. Ob die Interessenabwägung im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO ergeben kann, dass das Interesse des Fotografen, seine Aufnahme vom Rathaus zu veröffentlichen, das berechtigte Interesse der darauf befindlichen Person an der Selbstbestimmung über ihre Daten überwiegt, ist eine Frage des Einzelfalls und bisher soweit bekannt auch noch nicht gerichtlich entschieden. Im Forschungskontext ist daneben denkbar, dass Personen, die nur zufällig im Bild sind, keine Bedeutung für die Forschungsaussage haben und daher unkenntlich gemacht werden können (und müssen).

Berechtigtes Interesse

Besteht für die Datenverarbeitung ein berechtigtes Interesse und stehen dem nicht überwiegende Interessen des Betroffenen entgegen, dürfen personenbezogene Daten verwendet werden (Art. 6 Abs. 1 S. 1

lit. f) DSGVO). Das kann auch für die Veröffentlichung von Personenabbildungen gelten. Wie oben schon gezeigt wurde, sind auch die Ausnahmeregelungen des KUG Ergebnis einer Interessenabwägung. Da die gegenüberstehenden Interessen dieselben sind, gleich, welche Rechtsgrundlage als „Einstieg“ in deren Abwägung gewählt wird, spricht einiges dafür, hier dieselben Wertungen einfließen zu lassen (so auch der HmbBfDI, siehe oben Abschnitt IV.5.j)). Das Bundesinnenministerium (BMI) benennt in seinen FAQs zur DSGVO beispielsweise die grundrechtlich geschützte und garantierte Meinungs- und Informationsfreiheit als berechtigtes Interessen nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO. Geschützte Interessen aus den Grundrechten fließen, so führt das BMI aus, unmittelbar in die Auslegung und Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung ein. Das BMI verweist unter Bezugnahme auf ErwGr 4 darauf, dass der Schutz personenbezogener Daten kein uneingeschränktes Recht ist, sondern im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewogen werden muss (siehe BMI (2018) [7]).

Bei der Anfertigung und Verbreitung der Aufnahmen durch öffentliche Stellen im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben kann Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO jedoch nicht herangezogen werden (siehe oben Abschnitt IV.4.e)). Hier gilt dann Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO in Verbindung mit den Vorschriften, die diese auf Landesebene regeln, zum Beispiel § 4 HmbDSG:

Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine der in § 2 Absatz 1 genannten öffentlichen Stellen ist zulässig, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, erforderlich ist.

l) Anfertigung der Aufnahmen

Abbildungen von Personen zu erstellen („Fotos machen“) fällt nicht unter das Recht am eigenen Bild und ist vom KUG daher nicht geregelt (siehe oben Abschnitt IV.5.a)). Dies könnte allenfalls im Daten-

schutzrecht geregelt sein. Eine uneingeschränkte Anwendung des datenschutzrechtlichen „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ und der Betroffenenrechte würde hier jedoch häufig zu unlösbaren praktischen Problemen führen. Man denke beispielsweise an Aufnahmen von Großkundengebungen. Es wäre unmöglich, alle Anwesenden um Einwilligung zu ersuchen, ob ein Foto gemacht werden darf. Ebenso wenig könnten alle Personen auch nur identifiziert, geschweige denn nach den Vorgaben des Datenschutzrechts über diese „Datenverarbeitung“ informiert und darüber aufgeklärt werden.

Im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Informationspflichten können Vorschriften wie Art. 11 DSGVO und Art. 14 Abs. 5 DSGVO eine Hilfestellung bieten. Gemäß Art. 11 DSGVO kann auf eine Einholung zusätzlicher Daten, beispielsweise zur Identifizierung der betroffenen Person, verzichtet werden, wenn dies allein zur bloßen Einhaltung der Verordnung erfolgt (hier: zur Dokumentation der Einwilligung und zur Erfüllung der Informationspflichten über die Datenverarbeitung). Art. 14 Abs. 5 DSGVO besagt, dass bei Datenerhebungen bei Dritten auf die Informationserteilung verzichtet werden kann, wenn die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt (lit. a) oder die Erteilung dieser Informationen sich als unmöglich erweist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (lit. b)). Die konkreten Voraussetzungen sind jedoch genau zu prüfen. Wie eine solche Prüfung aussehen kann, lässt sich der bereits zitierten Stellungnahme des HmbBfDI (HmbBfDI (2018) [7], S. 6f.) entnehmen.

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 dem Geschädigten darum gehen, dass die verletzende Handlung beendet wird und es nicht zu einer Wiederholung kommt. Hierfür stehen ihm, 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 selbst begangene Rechtsverletzungen

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 Verstößen 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

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 fordern, dass die Fotos vom Server gelöscht werden. Zudem kann er eine Erklärung verlangen, nach der diese Rechtsverletzung auch in Zukunft unterlassen wird (sogenannte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, kurz: 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 gegen die Person, die das Foto online gestellt hat. Zur Frage, ob auch Dritte (die Universität, generell ein Arbeitgeber, Plattformbetreiber etc.) in Anspruch genommen werden können (siehe unten Abschnitt V.3). Vor Einleitung eines Gerichtsver-

fahrens soll ein Verletzer abgemahnt oder informell aufgefordert 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.

Strafrechtliche Sanktionen

Neben den genannten Folgen kommt nach dem Urheberrechtsgesetz zudem eine strafrechtliche Verantwortung 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 des Verletzten 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 in nennenswertem 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 konnten die Rechteinhaber sodann per Akteneinsicht herausverlangen. Da die Identifikation des Nutzers, zumindest des Anschlussinhabers, unerlässlich ist, um zivilrechtliche Schritte zu ergreifen, wurden in den 2000er-Jahren unzählige Strafverfahren gegen private Internetnutzer eingeleitet. Sie wurden in aller Regel eingestellt, da sie nur als Hilfsmittel für die zivilrechtlichen Verfahren dienten. Seit 2008 sieht das Urheberrechtsgesetz einen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch vor (§ 101 UrhG), die dem Kuriosum strafrechtlicher Maßnahmen gegen Endnutzer weitgehend ein Ende bereitet hat.

b) Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen

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-Port-

tal 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 geduldeten Meinungsäußerungen. Im Allgemeinen sind Werturteile oder Meinungsäußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt und können 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 Geldersatz 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 besonders 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 eine Einzelfallfrage. Dies wird nur in seltenen Fällen eindeutig sein (etwa bei der Veröffentlichung von Nacktfotos ohne Zustimmung). Zumeist müssen für die Beurteilung allerhand Faktoren ermittelt und gewertet werden.

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 §§ 185–189 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

Schadensersatz und Entschädigung

Wer als „Verantwortlicher“ (siehe oben Abschnitt IV.4.b)) 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). Ob der Schadenersatzanspruch ein Verschulden voraussetzt, regeln Art. 82 Abs. 1 und 2 DSGVO nicht. Sie stellen allein darauf ab, dass durch eine nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung ein Schaden verursacht wurde. Die Exkulpationsregelung in Art. 82 Abs. 3 DSGVO deutet auf eine Verschuldensvermutung hin. 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.

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 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.

Bußgelder

Verstöße gegen die DSGVO können zudem durch behördlich verhängte Bußgelder geahndet werden. Diese können bis zu 20 Millionen Euro beziehungsweise bis zu vier Prozent des globalen Jahresumsatzes ei-

nes 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, wurden jedoch bei besonders hartnäckigen Verstößen schon verhängt (zum Beispiel wegen jahrelanger Verletzung der Privatsphäre der eigenen Angestellten durch das Profiling ihres Privatlebens).

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 nicht zu erwarten, dass sowohl der Bund als auch die einzelnen Bundesländer im Verhältnis zu ihren Behörden und öffentlichen Stellen 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 Bibliotheken nicht zutreffen.

Auch ein Open-Science-Portal zu betreiben, das den Bürgern 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.

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 ist es, sich oder anderen personenbezogene Daten durch Täuschung zu verschaffen, wenn dies gegen Entgelt oder in der Absicht geschieht, sich oder eine andere beziehungsweise einen anderen zu bereichern oder eine andere beziehungsweise einen anderen zu schädigen. Hierunter könnten Phishing-Anrufe fallen, bei denen vorgegeben wird, Daten für eine demoskopische Umfrage zu erheben. Straftaten nach § 26 Abs. 1 HmbDSG werden nur auf Antrag verfolgt. § 26 Abs. 3 HmbDSG benennt die Antragsberechtigten. 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 unter Strafe stellen. 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 Diensteanbieter von Plattformen oder Hostingservices, bei denen Nutzer ihre Inhalte einstellen oder teilen können. Gemeint sind 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 Onlineplattform 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 haften Diensteanbieter wie Plattformen oder Host-Provider in eingeschränktem Maß für Inhalte, die ihre Nutzer verfügbar machen (User Generated Content). Der Störer haftet grundsätzlich nur auf Unterlassung und gegebenenfalls Beseitigung, nicht jedoch auf Schadensersatz. Auch haftet er nicht unmittelbar für jede über seinen 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 *Notice-and-take-down*. Hiernach entstehen eine Verantwortung und hiermit korrespondierende Haftungsansprüche erst, wenn der Diensteanbieter 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 Diensteanbieter darüber hinaus verpflichtet werden kann, diese oder gar ähnliche Rechtsverletzungen zukünftig zu verhindern, ist umstritten und

hängt von den Einzelfällen ab. Schadensersatzansprüche können gegen einen Störer jedenfalls nicht geltend gemacht werden.

Diese Rechtslage wird sich in Bezug auf manche Arten von Plattformen demnächst ändern. In Art. 17 der DSM-Richtlinie sind verschärfte Haftungsregelungen für Content-Plattformen enthalten, die bis Juni 2021 in deutsches Recht umgesetzt werden müssen (siehe zur Richtlinie generell, oben Abschnitt I.8.c). Das deutsche Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) hat hierfür bereits verschiedene Vorschläge vorgelegt. Diese zielen darauf ab, diesen Aspekt in einem neuen Gesetz zu regeln, das „Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (UrhDaG)“.

Ob sich aus dieser Rechtsentwicklung für den vorliegenden Kontext relevante Änderungen ergeben und wie solche konkret aussehen, ist noch unklar. Der Gesetzgebungsprozess ist in vollem Gange und das Vorhaben ist bislang (Stand: November 2020) noch nicht an den Bundestag übergeben worden. Viele Details können und werden sich also noch gegenüber den ersten Gesetzesentwürfen verändern.

Generell ist jedoch davon auszugehen, dass die Relevanz des UrhDaG für den öffentlichen Forschungs- und Bildungsbereich gering sein wird. Denn die Richtlinie schreibt in ihrem Art. 2 Nr. 6 verbindlich vor, dass „nicht gewinnorientierte bildungsbezogene und wissenschaftliche Repositorien“ nicht unter den Anwendungsbereich der Neuregelungen fallen. Insofern wird sich hinsichtlich der Haftung und Verantwortung für die Handlungen von Nutzern durch die Betreiber von Open-Science-Repositorien grundsätzlich nichts ändern. Je nach der konkreten Formulierung dieser Ausnahme werden jedoch sicherlich Fragen bezüglich des Anwendungsbereichs und dessen Ausnahmen offenbleiben. Mit großer Wahrscheinlichkeit wird auch das endgültig verabschiedete UrhDaG eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthalten, wie beispielsweise „Gewinnorientierung“. Diese werden wiederum vor allem in Grenzfällen unweigerlich zu Rechtsunsicherheit führen.

b) Haftung von Arbeitgebern und Dienstherren 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.

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 dem Wortlaut nach 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 den Arbeitgeber oder Dienstherrn eine Mitverantwortung treffen. Dies kommt zum Beispiel in Betracht, wenn der jeweilige Mitarbeiter nicht sorgfältig ausgewählt wurde.

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.

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 (Abschnitt IV.4.b)), 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. Diese (und nicht das handelnde Individuum) sind daher für Datenschutzverstöße verantwortlich (siehe oben Abschnitt IV.4.b)).

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 oben Abschnitt IV.4.b)).

VI Digitale Barrierefreiheit

Aus der Richtlinie über den barrierefreien Zugang zu den Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen (auch EU-Webseitenrichtlinie [7] genannt) folgt, dass öffentliche Stellen ihre Webseiten und mobile Inhalte barrierefrei gestalten müssen. In welchem Umfang dies zu geschehen hat, regelt eben diese Richtlinie. Sie überlässt den Mitgliedsstaaten aber einen gewissen Gestaltungsspielraum. Der Bund hat die Richtlinie durch die Anpassung des Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG) in das nationale Recht umgesetzt und ordnet die Ausführung im Einzelnen über die Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung (BITV 2.0) an. Da es im Grundsatz den Ländern überlassen ist, wie sie ihre öffentlichen Stellen organisieren, richtet sich weder das BGG noch die BITV 2.0 unmittelbar an sie. Stattdessen müssen sie selbst tätig werden und die (bereits bestehenden) Gesetze zur Behindertengleichstellung erneuern und anpassen.

So hat beispielsweise das Land Hamburg die Vorgaben der Richtlinie durch Erneuerung des Hamburgischen Behindertengleichstellungsgesetzes (HmbBGG) und der Hamburgischen Barrierefreie Informationstechnik-Verordnung (HmbBITVO) umgesetzt. Diese richten sich vor allem an Träger öffentlicher Gewalt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 HmbBGG), zu denen auch öffentlich-rechtliche Körperschaften wie die Hochschulen sowie Landesbetriebe wie die Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg zählen.

Die HmbBITVO verweist in Bezug auf die Standards für die Ausgestaltung von Barrierefreiheit auf die bundesrechtlichen Regelungen in der BITV 2.0. Insofern decken sich also Bundes- und Hamburger Landesrecht, und auf die Informationen zu den bundesrechtlichen Regelungen kann zurückgegriffen werden. Zu beachten ist, dass dies nicht zwingend auch auf die Regelungen anderer Bundesländer zutreffen muss. Jedes Land hat (siehe oben) seine eigenen Gesetze zur Umsetzung der EU- und bundesrechtlichen Vorgaben erlassen. Da die Länder von ihrem Umsetzungsspielraum sehr unterschiedlich Gebrauch gemacht haben, kann sich die Rechtslage in anderen Bundesländern zumindest im Detail anders darstellen. Es würde den Rahmen der Darstellung bei Weitem sprengen, hier im Einzelnen auf alle landesrechtlichen Besonderheiten einzugehen. Entsprechend beschränken sich konkrete Ausführungen zu landesrechtlichen Vorschriften auf das Hamburgische Recht.

Nach § 8 HmbBGG müssen öffentliche Einrichtungen bei ihrer Kommunikation mit Menschen mit Behinderungen deren besondere Bedürfnisse berücksichtigen. Menschen mit Behinderungen, insbesondere Menschen mit einer Hör- oder Sprachbehinderung, haben hiernach das Recht, mit den Trägern öffentlicher Gewalt zur Wahrnehmung eigener Rechte im Verwaltungsverfahren in für sie geeigneten Kommunikationsformen zu kommunizieren. In § 5 HmbBGG wird Barrierefreiheit wie folgt definiert:

Barrierefrei sind bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung, akustische und visuelle Informationsquellen und Kommunikationseinrichtungen sowie andere gestal-

tete Lebensbereiche, wenn sie für Menschen mit Behinderungen in der allgemein üblichen Weise ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne besondere Hilfe auffindbar, zugänglich, verständlich und nutzbar sind. Hierbei ist die Nutzung persönlicher Hilfsmittel zulässig.

Zu den genannten Informations- und Kommunikationsmitteln zählen auch solche der Informationstechnik. Gemäß § 11 HmbBGG sind „Websites und mobile Anwendungen im Internet und im Intranet sowie zur Verfügung gestellte grafische Programmoberflächen“ barrierefrei zu gestalten. Zum Inhalt von Websites gehören nach § 2 der BITV 2.0

textuelle und nicht textuelle Informationen sowie Interaktionen. Integrierte Inhalte in unterschiedlichen Formaten, beispielsweise Dokumente, Videos, Audiodateien, sowie integrierte Funktionalitäten, beispielsweise Formulare, Authentifizierungs-, Identifizierungs- und Zahlungsprozesse, sind Bestandteile von Websites. Von dieser Verordnung umfasst sind auch solche Websites, die sich ausschließlich an einen abgegrenzten Personenkreis richten, wie Intranets oder Extranets.

All diese Informations- und Kommunikationsmittel müssen so ausgestaltet werden, dass sie auch von Menschen mit Behinderungen mit den für sie üblichen Mitteln verwendet werden können.

Barrierefreiheitstechnologien und -methoden müssen dem Stand der Technik entsprechen. Sie müssen „wahrnehmbar, bedienbar, verständlich und robust“ sein (§ 3 Abs. 1 BITV 2.0; vgl. auch ErwGr 37, wo diese Begriffe näher definiert werden). Hierbei sind verfügbare Standards und Normen – soweit vorhanden – einzuhalten. Sofern keine Standards existieren, ist der Stand der Technik anzuwenden.

Standards für Barrierefreiheitsmaßnahmen finden sich einerseits in der Europäischen Norm EN 301 549 (siehe ETSI (2018) [7]), auf die in § 3 BITV 2.0 verwiesen wird. Diese ist nur in englischer Sprache verfügbar, sehr umfangreich und komplex. Sie bezieht sich auf „Accessibility requirements for ICT products and services“ und damit auf viele

verschiedene Formen digitaler Kommunikation und Information. Im Übrigen ergeben sich konkrete Standards aus der Anlage 2 zu § 3 [↗] Abs. 2 der BITV 2.0). Diese enthält präzise Normen zur „Bereitstellung von Informationen in Deutscher Gebärdensprache im Internet oder Intranet“ (Teil 1 der Anlage) sowie „für die Bereitstellung von Informationen in Leichter Sprache im Internet oder Intranet“ (Teil 2).

Über den Stand der Umsetzung der Maßnahmen zur Barrierefreiheit müssen die einzelnen Einrichtungen in Form einer „Erklärung zur Barrierefreiheit“ informieren (siehe § 4 Nr. 3 BITV, § 11 HmbBGG, § 2 HmbBITVO). Diese ist in einem „barrierefreien und maschinenlesbaren Format von der Startseite und von jeder Seite einer Website erreichbar zu veröffentlichen“; dazu beispielsweise die Erklärungen zur Barrierefreiheit der Universität Hamburg (siehe UHH Barrierefreiheit [↗]) sowie der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg (siehe SUB Hamburg [↗]).

Für weitere Informationen vgl. folgende Quellen:

1. Zum Europäischen Recht: EU-Webseitenrichtlinie [↗]
2. Für das Bundesrecht:
 - Webseite der „Bundesfachstelle Barrierefreiheit“ [↗] mit umfangreichen Informationen, FAQ-Listen und vielem mehr. Zwar beziehen sich die dortigen Informationen auf die bundesrechtlichen Regelungen (BGG und BITV 2.0). Da in den landesrechtlichen Bestimmungen jedoch an vielen Stellen auf das Bundesrecht verwiesen wird, sind die Informationen in vielerlei Hinsicht einschlägig.
 - Anlage 2 zu § 3 BITV 2.0 (Standards zur Umsetzung von Barrierefreiheit) [↗]
3. Allgemein zum Thema Barrierefreiheit im Netz, zu technischen Standards und den einschlägigen Regelungen des Bundes und der Länder informiert BIK für Alle [↗]. Beachte: Die hier verlinkte Version der HmbBITVO auf der Webseite Hamburg.de enthält falsche Verweise auf einen „§ 10 HmbBGGbM“. Bei dem HmbBGGbM handelt es sich um das Vorgängergesetz zum HmbBGG. Die Verweise beziehen sich jedoch tatsächlich auf § 10 HmbBGG in der Fassung vom 21.2.2019. Dies ist der Fassung des HmbBGG zu entnehmen,

die im Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt vom 5.3. 2019 (siehe Gesetz zur Änderung HmbBGGbM (2019) [7]) auf S. 55 veröffentlicht wurde.

4. Für das Recht in Hamburg:
 - Universität Hamburg, FAQ zur digitalen Barrierefreiheit (UHH FAQ) [7]
 - Hamburger Sozialbehörde (2011): Broschüre zum Thema Gleichstellung behinderter Menschen [7]. Leider wurde diese Handreichung bis heute anscheinend nicht aktualisiert und bezieht sich damit auf die alte Rechtslage vor Umsetzung der Richtlinie. Sie eignet sich daher eher zur allgemeinen Orientierung zum Thema und nicht als konkretes Nachschlagewerk.

Teil 2:



Häufige

Rechtsfragen bei

Open Science

Editorische Notiz

Die nachstehenden Fragen wurden im Rahmen des Programms "Hamburg Open Science" bei den Beteiligten gesammelt. Sie wurden soweit als möglich unverändert gelassen, um ihre Authentizität und den unmittelbaren Praxisbezug zu erhalten. Dies betrifft auch die Wahl und Formulierung der Genderdifferenzierung. Einzelne sprachliche Präzisierungen und inhaltliche Abstrahierungen haben wir vorgenommen, soweit uns das hinsichtlich der Verständlichkeit und des Informationswerts der jeweiligen Frage/Antwort unabdingbar erschien.

Die Antworten beziehen sich auf den Stand 25. Februar 2021. Die Rechtslage ist in stetigem Fluß, rechtliche Änderungen, die sich auf die Antworten auswirken, sind daher stets möglich.

I Wissenschaftliche Nutzungen nach den gesetzlichen (urheberrechtlichen) Nutzungsfreiheiten

(1) Gilt die 15-Prozent-Regel (nur 15 Prozent eines Werkes dürfen vervielfältigt werden) im wissenschaftlichen Kontext ausnahmslos?

Nein. In § 60c UrhG sind verschiedene Abweichungen von dieser Regel enthalten. Diese sind:

- Für die eigene wissenschaftliche Forschung dürfen bis zu 75 Prozent eines Werkes vervielfältigt werden (Abs. 2). Solche Kopien dürfen nicht an Dritte weitergegeben werden, auch nicht an Kollegen im eigenen Haus.
- Abbildungen, einzelne Beiträge aus derselben Fachzeitschrift oder wissenschaftlichen Zeitschrift, sonstige Werke geringen Umfangs und vergriffene Werke dürfen vollständig genutzt werden.
- „Werke geringen Umfangs“ werden wie folgt definiert:

- Druckwerke mit maximal 25 Seiten;
- Noten mit maximal 6 Seiten;
- Filme von maximal 5 Minuten Länge;
- einzelne Musikstücke von maximal 5 Minuten Länge.

(2) Bei Flachware und Filmen etc. ist die Regel umsetzbar – wie verhält es sich mit Abbildern (zum Beispiel Scans) dreidimensionaler Objekte?

„Abbildungen“ dürfen nach § 60c Abs. 2 UrhG vollständig genutzt werden (siehe vorstehende Frage). Zwischen zwei- oder dreidimensionalen Abbildungen wird nicht unterschieden. Rein technisch erzeugte Abbildungen (automatisierte Scans) sind im Übrigen weder nach dem Lichtbildrecht noch nach dem Urheberrecht schutzbar. Sind sie gemeinfrei, ist § 60c UrhG nicht anwendbar und sie können ohne Einschränkung genutzt werden. Die Frage nach der Schutzfähigkeit von Reproduktionen ist jedoch häufig schwer zu beantworten (siehe hierzu Teil 1, Abschnitt II.5).

(3) Wie genau ist die „geschlossene Nutzergruppe“ im Zusammenhang mit der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke definiert, gibt es zahlenmäßige Größen oder die fachlich definierte Forscher-Arbeitsgruppe o. Ä.?

Nach § 60c UrhG darf das Material „für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung“ erstellt und zugänglich gemacht werden. Zahlenmäßige Begrenzungen gibt es nicht. Auch ist nicht erforderlich, dass alle Personen an derselben Einrichtung oder in derselben Disziplin tätig sind. Auch lose Verbände von Wissenschaftlern werden damit erfasst. Anderen als Mitgliedern der konkreten Gruppe dürfen die Inhalte jedoch nur zugänglich gemacht werden, wenn dies „der Überprüfung der Qualität

wissenschaftlicher Forschung dient“. Hiermit gemeint sind vor allem Überlassungen im Rahmen von Peer-Review-Verfahren.

Entscheidend für die Definition der zugriffsberechtigten Gruppe wird sein, dass sie feststeht. Sie kann sich verändern, dennoch muss stets klar sein, welche Personen konkret Zugriff haben. Eine Öffnung für vorab unbestimmte Personengruppen ist nicht zulässig. Das dürfte auch dann gelten, wenn die Gruppe abstrakt begrenzt ist, beispielsweise weil die Inhalte über ein technisches System zugänglich gemacht werden, auf das nicht jeder oder auch nur bestimmte Personenkreise Zugriff haben.

(4) Gibt es für den Schutz schutzberechtigter Digitalisate in geschlossenen Forschungsgruppen bestimmte technische Vorgaben (reicht zum Beispiel ein bestimmtes Passwort für ein Video oder eine Serie mit mehreren Videos)?

Das Gesetz gibt nur abstrakt vor, dass das zugängliche Material effektiv gegen den Zugriff durch Nicht-Gruppenmitglieder geschützt werden muss. Wie dies bewerkstelligt wird, ist variabel. Ein hundertprozentiger Schutz ist weder technisch möglich noch rechtlich gefordert. Übliche und dem Stand der Technik entsprechende Schutzvorkehrungen genügen daher.

Schutzvorkehrungen können sich auf einzelne Artefakte oder auch auf Speicherorte beziehen, über die eine Mehrzahl von Materialien verfügbar gemacht wird. Solange sich die Nutzung im Rahmen der oben genannten Grenzen bewegt, spielt es also keine Rolle, ob jede einzelne Datei mit einer Passwortabfrage geschützt ist oder sich diese beispielsweise auf einen Ordner mit diversem Material bezieht.

II 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 meist sinnvoll sein, Vereinbarungen zumindest in Textform (zum Beispiel per E-Mail) zu schließen und nicht nur mündlich. Dies dient Dokumentations- und Beweis Zwecken. Ob etwaige Unterschriften hierbei digital oder im Original erfolgen, ist 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.

Soll ein Dritter als Lizenzgeber agieren, muss der Urheber ihm die notwendigen Rechte zuvor übertragen. Das ist jedoch nur erforderlich, wenn nicht der Urheber selbst als Lizenzgeber fungieren soll, sondern etwa der Betreiber eines Repositoriums. Dies kann sinnvoll, wird aber in der Regel nicht nötig sein. Üblicherweise bleiben die Autoren in solchen Konstellationen selbst Inhaber der Rechte und treten dementsprechend selbst als Lizenzgeber auf. Sie können den formalen Akt der Lizenzierung im Rahmen des Upload-Prozesses vornehmen, der sich in der Regel darauf beschränkt, in der entsprechenden Checkbox ein Häkchen zu setzen. Alternativ kann der Urheber den Diensteanbieter auch beauftragen, sein Werk „für ihn“ unter der Open-Access-Lizenz in das Repositorium einzustellen. In all diesen Fällen bedarf es keiner Rechteübertragung an den Dienstleister (siehe oben Teil 1, Abschnitt I.5).

III 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 oben Teil 1, Abschnitt I.8).

Merke: Keine Lizenzangaben zu machen, heißt keine Rechte einzuräumen! Dies 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 von Gerichtsentscheidungen anerkannt. Dies betrifft zentrale Funktionen, wie die Wirksamkeit des Vertragsschlusses, Beendigungs- und Copy-left-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. Deshalb und aus 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. Mit Version 4 der CC-Lizenzen wurde dieser Ansatz jedoch wieder aufgegeben. Die CC-Lizenzen ab Version 4 stellen lediglich 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 Haftungs-niveau für Inhalte, die unter offenen Lizenzen veröffentlicht werden, ist für den Lizenzgeber aber ohnehin sehr gering. Der Unterschied zwischen rechtlichen Haftungsnormen und einem vollumfassenden Haftungsausschluss per Lizenzklausel ist daher, jedenfalls nach deutschem Recht, 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 Teil 1, Abschnitt III).

(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 Creative Commons 4.0 [↗], Ziffer 6a). 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 ma-

chen (siehe Antwort auf Frage III (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 Teil 1, Abschnitt III.8).

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 Dissertationsserver 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 auch eine kostenlose Zugänglichkeit der Materialien für jedermann vor. Vor allem aber ist elementare Grundlage aller bekannten Open-Access-Definitionen, dass zudem die freie Nachnutzung gestattet ist (Weiterverbreitung, öffentliche Zugänglichmachung, Kopieren usw.). 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 „kostenlosem Zugang für jedermann“ (ansonsten wäre annähernd das gesamte Internet, wäre Spiegel-Online *open*). Ohne Einräumung von Nachnutzungsrechten für die Allge-

meinheit mag man allenfalls von *cost free/gratis access* sprechen. *Open* (offen) werden geschützte Inhalte nur, wenn sie unter offenen Lizenzen öffentlich zugänglich gemacht werden (Teil 1, Abschnitt III.1 und III.2).

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, da er eine Selbstverständlichkeit besonders erwähnt und damit scheinbar hervorhebt. Insofern ist er irreführend. Ein sinnvolles Begriffspaar wäre dagegen: Gratis Access und Open Access.

Nicht alle CC-Lizenzen sind im Übrigen Open-Access-konform im Sinne der Berliner Erklärung (siehe Berliner Erklärung (2003) [↗]). Diese setzt zwingend voraus, dass die Bearbeitung gestattet wird. Also sind die CC ND-Lizenzen keine Open-Access-Lizenzen in diesem Sinne. In Bezug auf die kommerzielle Nachnutzbarkeit ist die Berliner Erklärung weniger präzise. Sie gibt aber für Open-Access-Veröffentlichungen vor, dass gestattet wird, das Material „in jedem beliebigen digitalen Medium und für jeden verantwortbaren Zweck“ zu benutzen. Unseres Erachtens ist es kaum vertretbar, die kommerzielle Nutzung generell als „nicht verantwortbaren Zweck“ zu verstehen. Entsprechend dürften auch die CC NC-Lizenzen nicht mit der Berliner Erklärung zum Open Access kompatibel sein.

Die Budapester Erklärung (siehe Budapest Open Access Initiative (2002) [↗]) ist im Vergleich zur Berliner Erklärung weit weniger eindeutig. Sie bietet keine dezidierte Definition von Open Access. Auch ist ihr nicht zu entnehmen, ob Open Access begrifflich zwingend voraussetzt, dass das Material durch Nachnutzer bearbeitet und/oder kommerziell genutzt werden darf. Letztlich ist sie angesichts dieser Unklarheiten aber auch nicht als Interpretationshilfe geeignet.

(6) 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 widersprechen der Definition und den Zielen der Berliner Erklärung. Auch können sie die Ziele von Open Access gefährden. Insbesondere führen sie häufig zu nicht intendierten Nebeneffekten, weil Lizenzbeschränkungen dieser Art zu Rechtsunsicherheit führen und von der Verwendung des Materials abschrecken. Schließlich haben die Lizenzbeschränkungen nicht selten überschießende Effekte, die den Interessen des Lizenzgebers selbst widersprechen. 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, freie Dozenten oder Apotheker (unter anderem) dürften also beispielsweise als NC lizenziertes medizinisches Material ohne individuelle Vereinbarung ebenso wenig nutzen wie Pharmakonzerne.

(7) 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 unterschiedlicher Kategorien 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-Commons-Lizenzen). Dass unterschiedliche Lizenzkategorien für unterschiedliche Arten von Inhalten angeboten werden, hat viele Gründe. Ein rechtlicher Grund ist, dass sich die urheberrechtlichen Regelungen für Software, Daten-

banken 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 oben Teil 1, Abschnitt III.2).

(8) Wann dürfen Volltexte von frei zugänglichen/ Open-Access-Publikationen indexiert/semantisch verarbeitet werden?

Texte, die unter offenen (Open-Access-)Lizenzen wie CC stehen, dürfen ohne Weiteres ganz oder in Teilen indexiert, 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 unproblematisch.

Werden zur Indexierung oder zu analytischen Zwecken Kopien angefertigt, sind für „nicht offene“ Inhalte 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 oben Teil 1, Abschnitt I.8) und ist im Einzelnen zu prüfen.

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

Die CC-Lizenzen schreiben nicht spezifisch vor, wie Lizenzhinweise zu setzen sind. In Abschnitt 3, Ziff. 2 der CC-Lizenz, Version 4.0 heißt es beispielsweise (siehe Creative Commons 4.0 [↗]):

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 Lizenzpflicht 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 Weiteres 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. Es ist also wichtig, dass ein deutlicher, für jeden Empfänger des Materials ohne Weiteres erkennbarer 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 dieser Anforderung in der Regel nicht entsprechen.

(10) Wo müssen Name und Lizenzangaben bei CC-lizenzierten Bildern auf einer Webseite platziert werden? Ist es ausreichend, wenn diese Angaben in der Bilddatei selbst enthalten sind? Beispiel: Es sollen CC-BY-lizenzierte SVG-Dateien auf einer Webseite wiederverwendet werden. In den Metadaten der SVG sind unter anderem Angaben zu `attributionName` und `License` enthalten. Müssen die CC-Angaben trotzdem zusätzlich auf der Webseite platziert werden? Wenn ja, müssen diese Angaben auf derselben Seite platziert werden?

Siehe hierzu die Antwort auf die vorstehende Frage. Lizenz- und Urheberhinweise müssen so gesetzt werden, dass sie eindeutig, ohne Weiteres und für jeden erkennbar sind. Das wird in aller Regel voraussetzen, dass sie im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit dem genutzten Material platziert werden und nicht nur in maschinen-, sondern auch in menschenlesbarer Form vorliegen.

(11) Ist es möglich, Abschlussarbeiten (auch von Gaststudierenden) ins Repositorium aufzunehmen, die unter eine CC-Lizenz (gilt insbesondere für CC-BY-NC-SA) gestellt worden sind, aber bisher erst bspw. einmal ausgedruckt worden sind, um diese bei dem*der Professor*in vorzulegen und/oder als elektronisches Dokument auf dem Laufwerk einer*eines Professor*in liegen? Was muss man dabei beachten? Hier wäre einerseits interessant, ob sozusagen das „Aufnehmen ohne Zustimmung des/der Autor*in“ möglich wäre (da eine CC-Lizenzierung auf dem Papier vorhanden ist) und falls dies keine Möglichkeit darstellt, ob der/die Professor*in die Abschlussarbeiten einstellen darf? Falls auch der/die Professor*in nicht einstellen darf: Gibt es eine andere Lösung?

Wenn der Autor der Abschlussarbeit diese unter eine Lizenz gestellt hat, darf man sie entsprechend der Lizenz verwenden. Wer eine Kopie der mit einem Lizenzhinweis versehenen Arbeit hat, kann sie frei weiterverwenden. Sie kann in ein Repositorium gestellt, ausgedruckt, kopiert und so weiter werden. Hierbei sind natürlich die Lizenzbeschränkungen der konkreten Lizenz zu beachten. Steht die Arbeit also unter der genannten NC-Lizenz, darf sie nicht in Repositorien eingestellt werden, die kommerziellen Zwecken dienen. Siehe zum Thema Teil 1, Abschnitt III.3.

(12) Es gibt unter anderem das Best-Practice-Beispiel im Umgang Creative-Commons-Lizenzen [siehe CC Wiki, d. Verf. [↗]] und laut der Quelle muss man die Source/Quelle angeben. Nun ist es so, dass die ehemaligen Studierenden (auch Gaststudierende) keinen Vertrag mit der Bibliothek abgeschlossen haben, sodass die Bibliothek für diese Person veröffentlichen darf. Die Abschlussarbeit ist entweder ein elektronisches PDF und/oder ein Ausdruck. Aber in der Abschlussarbeit ist eine CC-Lizenz vergeben worden (insbesondere CC BY-NC-SA). Ferner hat der*die Professor*in folgenden „Vertrag“ mit den Studierenden ausgemacht: „The university holds the non-exclusive right to use the work for research and teaching purposes“: Gibt es der Bibliothek die Erlaubnis die Abschlussarbeit trotzdem zu veröffentlichen? Gibt es dem Professor die Erlaubnis die Abschlussarbeit auf dem Repositorium der Bibliothek zu veröffentlichen? Wie geht die Bibliothek mit der Angabe nach der Source/Quelle um? Wäre die einzige Lösung mit allen Studierenden nochmal Kontakt aufzunehmen?

Siehe die Antwort auf die vorstehende Frage. Wenn der jeweilige Autor (Studierender) die Arbeit unter die CC-Lizenz gestellt und hierauf den Lizenzhinweis angebracht hat, kann sie von der Bibliothek nach den Regeln der Lizenz in das Repositorium eingestellt werden. Ob darüber hinaus weitere Verträge über Einräumung nicht exklusiver Rechte geschlossen wurden, ist unerheblich.

Zu beachten ist, dass die Nutzung bei der genannten Lizenz nicht zu kommerziellen Zwecken zulässig ist. Handelt es sich um die Erstpublikation, kann keine „Ursprungsquelle“ angegeben werden. Hier ist lediglich der Urheber zu nennen und die geltende Lizenz. Siehe zu diesem Thema Teil 1, Abschnitt III.3.

IV 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 und die von öffentlich zugänglichen Orten aus sichtbar sind. Bei urheberrechtlich geschützten Gebäuden bezieht sich die Panoramafreiheit daher nur auf die Außenansicht. 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 Teil 1, Abschnitt I.8.b)).

Ansonsten gelten für Exponate in Museen zunächst die Hausregeln der jeweiligen Institution. Manche Museen untersagen Fotografien, 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 dagegen noch geschützt, ist die Nachnutzung 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 Teil 1, Abschnitt 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?

Entscheidend für die Frage, wem welche Rechte an einem Bild gehören, ist weniger, ob es in der Arbeitszeit angefertigt wurde. Wichtiger ist, ob es zu den arbeitsvertraglich festgelegten Pflichten des Arbeitnehmers gehörte, solche Bilder zu machen. Anders ausgedrückt: Wird der Arbeitnehmer (unter anderem) dafür bezahlt, solche Fotos zu erstellen? Ist das der Fall, ist davon auszugehen, dass dem Arbeitgeber Nutzungsrechte an dem Bild zustehen. Auch wenn es hierüber keine expliziten Absprachen gibt, würden sie „konkludent“ übertragen. Welche Rechte jedoch in welchem Umfang übergegangen sind und ob die Rechtsübertragung auch über das Dienst- beziehungsweise Arbeitsverhältnisses hinaus wirkt, hängt von weiteren Umständen des Einzelfalls ab. Generell wird man von einer Fortwirkung der Berechtigung des Arbeitgebers ausgehen können, wenn der Arbeitnehmer während seiner Anstellung für diese Aufgabe bezahlt wurde. Allerdings können besondere Umstände eine andere Antwort nahelegen. Es sind daher in solchen Fällen stets alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu untersuchen und abzuwägen. Dies zeigt, dass es ratsam ist, solche Aspekte vertraglich zu regeln. Ansonsten können Rechteeordnungsfragen meist nicht mit hinreichender Rechtssicherheit eingeschätzt werden (siehe Teil 1, Abschnitt I.5).

V Dreidimensionale Reproduktionen und Digitalisate

(1) Wie ist mit auf Objekten angebrachten Markenzeichen, Logos o. Ä. bei dreidimensionalen Scans zu verfahren? Müssen die Rechteinhaber konsultiert werden?

Wenn die Scans nicht zu gewerblichen Zwecken verwendet werden, ergeben sich keine Probleme und Anforderungen aus dem Markenrecht. Das Markenrecht bezieht sich – anders als das Urheberrecht – lediglich auf die Benutzung der geschützten Marke „im geschäftlichen Verkehr in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen“ (§ 14 Abs. 2 MarkenG).

(2) Dürfen dreidimensionale Scans sogenannter Design-Ikonen (Thonet-Stuhl, Mercedes 300SL o. Ä.) unter Creative-Commons-Lizenzen zur Verfügung gestellt werden?

Solche Designs werden häufig urheberrechtlich geschützt sein. Abbildungen hiervon, gleich ob zwei- oder dreidimensional dürfen ohne Zustimmung nur sehr eingeschränkt nach den allgemeinen urheberrechtlichen Regelungen genutzt werden (siehe Teil 1, Abschnitt I.8).

Neben dem Urheberrecht kommt ein Schutz aus eingetragenen Geschmacksmustern oder Designs in Betracht. Auch das Designrecht gestattet keine Open-Access-Veröffentlichungen von Reproduktionen ohne Zustimmung des Rechteinhabers.

(3) Wie ist mit Scans dreidimensionaler Objekte zum Beispiel aus Sammlungen und Museen umzugehen? Dürfen diese ggf. ohne Rücksprache mit den Kuratoren publiziert werden?

Die Frage, ob 3D-Scans als solche Schutz genießen, kann nicht pauschal beantwortet werden. Selbst eine Einzelfallbeurteilung ist schwierig, weil Gesetz und Rechtsprechung diesbezüglich keine klaren Kriterien vorgeben und die Rechtsliteratur verschiedene Ansichten vertritt (siehe hierzu Teil 1, Abschnitt II.5).

Insofern sollten dreidimensionale Reproduktionen nur dann ohne explizite Zustimmung genutzt werden, wenn sie unter offenen Lizenzen veröffentlicht wurden oder dies durch andere Nutzungsbedingungen, wie AGB, ausdrücklich gestattet ist.

(4) Inwieweit dürfen architektonische Bauten, Innenräume und öffentliche Kunst (Skulpturen oder Ähnliches) als Digitalisate verwendet werden?

Für die äußere Ansicht öffentlicher Gebäude und Kunst, die im öffentlichen Raum aufgestellt ist, kann die Panoramafreiheit greifen (§ 59 UrhG). Diese erlaubt es, von solchen Werken Reproduktionen anzufertigen und diese auch zu verbreiten oder online verfügbar zu machen. Die Reproduktionen können „mit Mitteln der Malerei oder Graphik, durch Lichtbild oder durch Film“ erstellt werden. „Digitalisate“ können insofern also Fotos oder Filme sein. Wenn man der Auffassung folgt, dass auch 3D-Scans geschützte Lichtbilder sein können (siehe hierzu Teil I, Abschnitt II.5), gilt die Panoramafreiheit auch für Reproduktionen in dieser Form.

Innenräume oder auch in Gebäuden ausgestellte Kunst fallen dagegen nicht unter die Panoramafreiheit. Für deren Digitalisierung müssen im Zweifel Absprachen mit Rechteinhabern und/oder Eigentümern getroffen werden. Siehe allgemein zur Panoramafreiheit, Teil I, Abschnitt I.8.b).

(5) Wer ist Urheber, wer Rechteinhaber dreidimensionaler Digitalisate (Scan-Operator, der jeweilige Besitzer der Originale, zum Beispiel ein Sammlungskurator ...)? Wie verhält es sich mit den Besitzrechten an den Scans und den finalisierten 3D-Objekten?

Etwaige Schutzrechte stehen originär den anfertigenden Personen (Lichtbildnern) zu. Die Nutzungsrechte können jedoch beim Dienst-, Arbeit- oder Auftraggeber liegen. Siehe hierzu die Ausführungen in Teil I, Abschnitte I.4 und I.5.

VI 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 Vo-

oraussetzungen im Einzelnen vorliegen, ist zu prüfen, da das Zweitveröffentlichungsrecht eine Reihe von Einschränkungen vorsieht (siehe Teil 1, Abschnitt 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 Datenbankanbieters 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 UrhG beschränken oder untersagen. Siehe zu diesen Regelungen Teil 1, Abschnitt I.8, sowie Kreuzer/Hirche (2017) [7], Abschnitt 7.

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

Will man Beiträge online (wieder-)veröffentlichen, die vor etwa 1995 entstanden sind, muss man hierfür grundsätzlich die Zustimmung der Autoren einholen. Eine äußerst komplizierte Ausnahme gilt unter bestimmten Umständen für Verlags- oder andere Publikationen, für die der Autor in einem bestimmten Zeitraum exklusive Rechte an einen Verwerter, etwa einen Verlag, übertragen hat (siehe hierzu Kreuzer/Hirche (2017) [7], Abschnitt 8.4.7).

(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: werden 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 die 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, zumindest in Form von 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 Teil 1, Abschnitt 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, d.Verf.], 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 vom 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-Drs. 17/13423 [7], 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 Zwischenpublikationen 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 Antwort auf Frage III (3) oben) hilft bei solchen Vorhaben nur in bestimmten Fällen weiter (siehe Teil 1, Abschnitt 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 die vorstehende Frage. 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 usw.) verletzt werden. Die Rechtslage ist vollumfänglich zu prüfen. „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“ gilt auch in solchen Fällen (zu den Haftungsfragen siehe Teil 1, Abschnitt I.5).

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 die Antworten auf die Fragen VI (7) und VI (8)). 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 Teil 1, Abschnitt III.7 sowie die Antwort auf Frage VI (8) oben).

(11) Was ist mit bei der VG WORT mit einem Wahrnehmungsvertrag angemeldeten Personen? Unter welchen Bedingungen können deren Werke zweitveröffentlicht werden auf einem nicht-kommerziellen Repository? Hat das Auswirkungen auf Ausschüttungen (die ja u. U. schon erfolgt sind)?

Zweitveröffentlichungen kollidieren nicht grundsätzlich mit den Wahrnehmungsverträgen der VG WORT. Problematisch sind hingegen Open-Access-Veröffentlichungen im Allgemeinen und damit auch Zweitveröffentlichungen unter offenen Lizenzen. An den Ausschüttungen der VG WORT in den Bereichen Online und Wissenschaft können seit 2018 nur noch Wahrnehmungsberechtigte teilhaben (siehe VG WORT Teilnahmemöglichkeiten [↗]). Mit anderen Worten müssen Autoren einen Wahrnehmungsvertrag mit der VG WORT schließen, um von ihr Tantiemen zu erhalten. Dieser ist in Bezug auf Open Content problematisch. Der derzeit geltende Wahrnehmungsvertrag sieht die Übertragung bestimmter ausschließlicher Nutzungsrechte an die VG WORT vor (siehe VG WORT Wahrnehmungsvertrag, §2 [↗]). Er gilt für alle Sprachwerke und die hierin enthaltenen Bestandteile (zum Beispiel Fotos), die der Wahrnehmungsberechtigte bei Unterzeichnung des Vertrags bereits geschaffen hat oder in der Folge verfasst.

Zwar werden durch den Wahrnehmungsvertrag nicht alle, sondern nur einzelne Nutzungsrechte ausschließlich an die VG WORT lizenziert. Hierzu zählen beispielsweise das Vermietrecht oder manche Formen der öffentlichen Wiedergabe. Um CC-Lizenzen zu vergeben, muss der Urheber jedoch im Besitz sämtlicher ausschließlicher Nutzungsrechte sein, die durch die offene Lizenz den Nutzern eingeräumt werden sollen. Dies sind bei CC BY uneingeschränkt alle Nutzungsrechte. Bei CC BY-ND darf nur das Bearbeitungsrecht „fehlen“. Das Vermietrecht beispielsweise wird jedoch durch CC lizenziert. Kann der Autor hierüber wegen dessen ausschließlicher Übertragung an die VG WORT nicht mehr verfügen, kann er es seinen Nachnutzern auch nicht mehr einräumen. Die Lizenz geht also zumindest in Bezug auf diejenigen Rechte ins Leere, die der VG WORT ausschließlich übertragen wurden. Ob die offene Lizenz dadurch vollständig

unwirksam oder „nur“ auf die dem Autor/Lizenzgeber verbleibenden Rechte reduziert wird, ist eine völlig ungeklärte Frage.

(12) Wenn ein Artikel unter einer restriktiven CC-Lizenz veröffentlicht ist (zum Beispiel NC; ND), kann dieser ohne Rücksprache auf einem nicht-kommerziellen Repository eingestellt werden?

Ja, soweit die Lizenzbedingungen eingehalten und – bei ND – der Artikel unverändert eingestellt wird.

(13) Bzgl. Zweitveröffentlichungen: Dürfen Forschende die Abstracts, die auch vom Verlag benutzt werden, im institutionellen Repository einstellen? Dürfen sie ferner die Abstracts unter CCo zur Verfügung stellen?

Dies hängt von den vertraglichen Vereinbarungen mit dem Verlag ab. Haben die Forschenden den Abstract selbst verfasst, dürfen sie damit grundsätzlich „machen, was sie wollen“. Haben sie hieran jedoch ausschließliche Rechte an einen Verlag eingeräumt, ist ihre eigene Verfügungsbefugnis insofern eingeschränkt. Enthält der Verlagsvertrag dagegen nur eine Abrede über nicht ausschließliche Nutzungsrechte, kann der Urheber mit seinen Inhalten weiterhin uneingeschränkt verfahren. Siehe hierzu Teil 1, Abschnitt I.5.

VII 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 Endbenutzer-Lizenzvertrag (EULA) oder sonstigen Nutzungsbedingungen, bedarf es einer individuellen Rechteeinholung.

Dies wird sich mit Umsetzung der sogenannten DSM-Richtlinie ändern (siehe zur Umsetzung, Teil 1, Abschnitt I.8.c)). Diese sieht in Art. 6 vor, dass auch Computerprogramme von Kulturinstitutionen archiviert werden dürfen. Entsprechend wird das deutsche Urheberrechtsgesetz angepasst werden.

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

Handelt es sich um fremde, als Open-Source-Software lizenzierte und im Umlauf befindliche Programme, dürfen sie in ein Repository eingestellt werden. Jede Open-Source-Lizenz erlaubt solche Nutzungen. Die Lizenzpflichten sind dabei selbstverständlich zu beachten.

Soll Software erstmals unter einer Open-Source-Lizenz in ein Repository eingestellt werden, muss der Rechteinhaber dem zustimmen. Nur wer sämtliche ausschließlichen Rechte besitzt, kann eine Software unter einer Open-Source-Lizenz freigeben und über die Modalitäten entscheiden. Das schließt die Auswahl der Lizenz ein. Repositories können jedoch festlegen, dass Software nur dann eingestellt werden kann, wenn sie unter einer bestimmten Lizenz oder bestimmten Lizenzen steht. Beispielsweise gibt die Wikipedia für alle Autoren vor, dass ihre Beiträge unter der Lizenz CC BY-SA veröffentlicht werden. Wer hiermit nicht einverstanden ist, kann seine Inhalte nicht in die Wikipedia einstellen. Siehe hierzu Teil 1, Abschnitt III.3.

(3) In einem Projekt wurde von einem Mitarbeiter Software für das Projekt entwickelt: 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 Teil 1, Abschnitt I.5). Übertragen auf Computerprogramme bedeutet dies, 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 Teil 1, Abschnitt I.5).

(4) 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-)Kom-

ponenten dürfen in aller Regel ohnehin nur mit besonderer Zustimmung des Rechteinhabers verwendet werden.

(5) 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 komplexes und ernst zu nehmendes Thema. Es bedarf häufig fachkundiger Beurteilung (siehe Teil 1, Abschnitt III.5).

VIII Forschungsdaten

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

Die Antwort hängt davon ab, 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 Teil 1, Abschnitt II.4).

(2) Wenn Daten keinen Rechtsschutz genießen: 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. Namensnennungs- oder Anerkennungsrechte und -pflichten ergeben sich aus dem Urheberrecht nur, wenn das jeweilige Material auch urheberrechtlich geschützt ist. Ist das der Fall, gelten die sehr weit gehenden urheberrechtlichen Restriktionen. Informationen müssen jedoch frei genutzt werden können, um eine Vielzahl von Grundrechten und wünschenswerten Effekten zu ermöglichen (zum Beispiel den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt). Ein Urheberrechtsschutz würde dieser Notwendigkeit diametral entgegenstehen.

(3) 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. Sie soll Freiheiten eröffnen, die ansonsten nicht bestehen würden. Ein per se gemeinfreies Datum kann nicht „freigegeben“ werden. Es kann in jeder Hinsicht und ohne jegliche Einschränkung von jedermann benutzt werden. An ungeschützten Daten können daher auch keine „Nutzungsrechte“ eingeräumt werden, weil die Nutzung ohnehin erlaubt ist. Eine CC BY-Lizenz würde die uneingeschränkte Nutzungsfreiheit nur ein-

schränken, weil sie vorgeben würde, die Quelle beziehungsweise den Urheber zu nennen, den es hier rechtlich betrachtet gar nicht gibt. Informationen werden nicht geschaffen, es gibt sie einfach. Das legitime Interesse des Entdeckers, als solcher bezeichnet zu werden, wird durch andere Normen geschützt. Hierfür werden Lizenzen und Urheberrechte daher jedenfalls im wissenschaftlichen Kontext im Zweifel nicht benötigt (siehe Antwort auf Frage VIII (2) oben).

Gemeinfreie Inhalte sollten mit Public-Domain-Erklärungen (wie CCo oder der CC Public-Domain-Mark) gekennzeichnet werden (siehe Teil 1, Abschnitt III.14), um diese für die Nutzer leicht erkennbar zu machen.

(4) 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. Sie gehören also niemandem.

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 (siehe Antwort auf Frage VII (3) oben und Teil 1, Abschnitt I.5).

(5) Darf ich meine Forschungsdaten einfach so veröffentlichen?

Der uneingeschränkten Veröffentlichung von Forschungsdaten können rechtliche Hindernisse unterschiedlicher Art entgegenstehen. So können sie personenbezogene Informationen enthalten, deren Veröffentlichung datenschutzrechtlichen Beschränkungen unterworfen ist (siehe Teil 1, Abschnitt II.3 und Abschnitt IV). Auch aus individu-

ellen Verträgen können sich Hinderungsgründe ergeben, etwa wenn Forschungsdaten unter dem Vorbehalt überlassen werden, sie nicht zu veröffentlichen. An Verträge hat man sich grundsätzlich zu halten. Schließlich können Daten auch geschützte Geschäftsgeheimnisse enthalten, Arbeitsverträge, 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.

(6) 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 (siehe Teil 1, Abschnitt I.4 und I.5). 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 Antwort auf Frage VII (3) oben). 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 geschaffenen Arbeiten werden zumeist jedenfalls teilweise an den Arbeitgeber oder Dienstherrn übergehen (siehe Teil 1, Abschnitt I.4 und I.5).

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

Daten in Form von Fakten, Erkenntnissen und Informationen sind gemeinfrei und können ohne Weiteres frei genutzt werden. Aus wissenschaftsethischen Gründen oder aufgrund von Verhaltenskodizes 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 usw.), gelten die allgemeinen Regeln oder etwaig anwendbare offene Lizenzen (siehe Teil 1, Abschnitt II).

Beschränkungen für die Nachnutzung können sich zudem aus den oben in Frage VI (4) genannten rechtlichen Aspekten (zum Beispiel Datenschutzrecht) oder aus Verträgen ergeben (siehe Teil 1, Abschnitt II.3).

(8) 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 Teil 1, Abschnitt III.14).

(9) 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 Teil 1, Abschnitt IV.4).

IX 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 Veröffentlichung nicht in Rechte Dritter eingreift. Sofern Rechte Dritter betroffen sind, müssen sie geklärt werden. Das betrifft die Rechte der abgebildeten Personen genauso wie die Rechte am Text oder an Fotos. Siehe Teil 1, Abschnitt IV.5.

Etwas anders stellt sich die Lage dar, wenn die Bibliothek nur die Plattform bereitstellt, auf der Autoren und Wissenschaftler ihre In-

halte 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 Teil 1, Abschnitte V.2 und V.3).

Von Haftungspflichten gegenüber Dritten kann man sich nicht durch AGB oder individuelle Verträge mit dem Uploader freizeichnen. Zwar ist es auf diesem Weg möglich, vertragliche Regresspflichten des Uploaders zu regeln. Diese können dann als Rechtsgrundlage für Maßnahmen gegen den eigentlichen Verletzer dienen, auf deren Basis sich der Diensteanbieter etwaig entstandene Rechtsverteidigungskosten oder sonstige Schäden erstatten lassen kann. Vor einer Verfolgung durch Dritte – im Außenverhältnis – schützen solche Vereinbarungen im Innenverhältnis aber nicht. Dritte sind nicht Vertragspartner und man kann ihnen keine Rechte durch Verträge nehmen, an denen sie gar nicht beteiligt sind.

(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 Teil 1, Abschnitt V.2.a)).

Entsteht durch die Veröffentlichung eine Verletzung von Datenschutzrechten, so bestimmt die DSGVO, dass die verantwortliche Person für den daraus entstehenden Schaden haftet, es sei denn, sie kann nachweisen, dass sie keinerlei Verantwortung trifft. Siehe zur Person des Verantwortlichen Teil 1, Abschnitt IV.4.b) sowie zu den Haftungsregeln Teil 1, Abschnitt 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.

(4) Sind bei Urheberrechtsverstößen die Plattformbetreiber oder die für den Inhalt verantwortlichen Personen (Vortragende/Produzenten) haftbar?

Grundsätzlich haftet der Verletzer, also hier die Person. Plattformbetreiber können daneben ebenfalls haften, allerdings nur eingeschränkt. Sie müssen Rechtsverstöße ihrer Nutzer nach einer Aufforderung durch den Rechteinhaber beenden (*Notice-and-takedown*), haften aber generell nicht auf Schadensersatz (siehe Teil 1, Abschnitt V.3).

(5) Wie sieht die rechtliche Lage bei folgendem Szenario aus: Forschende laden selbstständig ihre Publikationen oder Daten als Open Access auf eine Plattform, die von der Hochschulbibliothek zur Verfügung gestellt wird. Es findet jedoch ein basaler Kurationsprozess (einfache Überprüfung der Metadaten bezüglich Publikationsstatus, keine inhaltliche Prüfung) und anknüpfend eine Art Freigabe (oder Ablehnung) vonseiten der Bibliothek statt. Wer ist in dieser Gemengelage haftbar und lässt sich die Haftung über eine vertragliche Zusicherung der Nichtverletzung der Rechte Dritter durch den Uploader regeln? Könnte hier auch die Hochschule bzw. der/die jeweilige Mitarbeiter*in haftbar gemacht werden? Und gibt es ggf. die Möglichkeit, Personen, die die Kuration vornehmen, von der Haftung auszuschließen? Wenn ja, welche (Dienstvereinbarung, Einverständniserklärung)?

Grundsätzlich haftet derjenige, der die Inhalte hochlädt (siehe hierzu die vorherigen Fragen und Antworten).

Betreiber von Repositorien haften gegenüber Dritten (im Außenverhältnis) für die Handlungen nach der Störerhaftung (siehe Antwort auf Frage IX (1) oben). Diese Haftung kann durch Vereinbarungen mit den Uploadern (im Innenverhältnis) weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden. Es ist also nicht möglich, die Haftung des Diensteanbieters mit Verweis auf die AGB oder Nutzungsbedingungen zu verweigern.

Ob sich das Haftungsrisiko des Betreibers erhöht, wenn die Nutzerinhalte kuratiert oder redaktionell bearbeitet werden, ist eine Frage des Einzelfalls. Tatsächlich basiert die Haftung von Internet-Service-Providern auf dem Grundprinzip: „Je geringer die Kenntnis von den Nutzerinhalten, desto geringer die Haftung.“ Ab einem gewissen Maß der Einflussnahme auf den hochgeladenen Content erhöht sich die Verantwortung. Geht diese Einflussnahme so weit, dass sich der Betreiber die Inhalte „zu eigen macht“, haftet er hierfür wie für eigene Inhalte. Ob das der Fall ist, ist Frage des Einzelfalls und von einer

Reihe komplizierter Faktoren abhängig. Auch ist die diesbezügliche Rechtsprechung stetig im Fluss, was daran liegt, dass hier deutsches und europäisches Recht zusammentreffen und nicht immer harmonisieren. Schließlich werden die Regelungen zur Plattform- und Provider-Haftung derzeit umfangreich auf europäischer und nationaler Ebene reformiert (siehe Teil 1, Abschnitt V.3.a)).

X 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 (siehe Teil 1, Abschnitt, IV.4.a)).

(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 datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle ihre Tätigkeit innerhalb der Europäischen Union ausübt beziehungsweise die verantwortliche Institution dort ihren Sitz hat. Dies gilt, so wird es in Art. 3 Abs. 1 DSGVO ausdrücklich bestimmt, „unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet“.

(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 Teil 1, Abschnitt IV.4.d)). Es sind auch die gesetzlichen Vorgaben zu den Abläufen (Verarbeitungsverzeichnisse, Anonymisierung, Lösungsfristen et cetera) und zu den technischen und organisatorischen Sicherheitsvorkehrungen (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 kann es nach § 11 Abs. 1 HmbDSG 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 (Art. 4 Nr. 5 DSGVO). Eine solche Pseudonymisierung ist von der Anonymisierung zu unterscheiden (siehe Teil 1, Abschnitt IV.4.b)), 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. Medizinische Forschungsdaten (zum Beispiel Gesundheitsdaten) mit Patientenbezug zählen zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten und unterliegen gemäß Art. 9 DSGVO besonderem Schutz. Sonderregeln für den Umgang mit Patientendaten enthalten zudem die Landeskrankenhausgesetze (in Hamburg: §§ 7ff. HmbKHG; § 14 HmbKHG regelt die für sie geltenden Löschpflichten).

(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, gemäß § 23 Abs.1 Nr.2 KUG, veröffentlicht werden, auf denen Personen nur ganz beiläufig erscheinen, also nur zufällig auf dem Bild zu sehen sind und sich dieser Umstand auch im Gesamteindruck des Betrachters manifestiert (siehe

Teil 1, Abschnitt IV.5.i)). Jedoch ist das Verhältnis dieser persönlichkeitsrechtlichen Regelung zur DSGVO bislang noch ungeklärt (siehe Teil 1, Abschnitt IV.5.j)).

(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 Teil 1, Abschnitt IV.5.j)). 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.

(7) Wie rechtssicher in Bezug auf den Datenschutz ist die Nutzung von Zoom für Aufzeichnungen im HOS-Kontext? Das RRZ betreibt einen eigenen RRZ-Server, alle Metadaten gelangen zu Zoom, nicht jedoch der AV-Content. Reicht eine diesbezügliche Information der User?

Im Hochschul- und Hochschulbibliotheksbereich wird aus Datenschutzgründen häufig das Konferenztool des Deutschen Forschungsnetzes (siehe DFNconf [7]) empfohlen. Zoom erfreut sich jedoch auch

hier großer Beliebtheit, obwohl diesbezüglich immer wieder datenschutzrechtliche Bedenken laut werden. Es stammt von einem US-Anbieter. Zu den Problemen bei einer Datenübermittlung in die USA, die bei einem US-Unternehmen jedenfalls genau geprüft werden muss, wurde oben schon Stellung genommen (siehe Teil 1, Abschnitt IV.4.)).

Die Universität Hamburg bietet einen lokal beim Regionalen Rechenzentrum der Universität Hamburg (RRZ) gehosteten Zoom-Service an (siehe UHH-Zoom) [7]. Das RRZ stellt auch Informationen zur Datenverarbeitung bei der Nutzung des lokal gehosteten Zoom-Services bereit (siehe UHH Zoom-Server) [7].

Ergänzende Informationen auch zur Nutzung von Zoom und anderen Diensten können zudem der Abhandlung „Alles rechtens? Kultur im Livestream“ (Kreutzer (2020) [7]) entnommen werden. Die Datenschutzkonferenz hat eine Checkliste (siehe DSK, Checkliste [7]) zur Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der eingesetzten Videokonferenzsysteme veröffentlicht.

(8) Zur Veröffentlichung von wissenschaftlichen oder Studienarbeiten in Hochschulrepositorien: Können bibliografische Angaben schützenswerte personenbezogene Daten sein? Müssen diese bei zurückgezogenen Publikationen aus Bibliothekskatalogen gelöscht werden?

Autoren- oder Herausgebernamen und andere bibliografische Daten stellen zweifelsohne personenbezogene Daten dar. Auch das Publikationsdatum ist zwar als solches zunächst nur eine zeitliche Information, wird durch die Verknüpfung mit den beteiligten Personen aber zu einem personenbezogenen Datum.

Die initiale Erhebung und Verarbeitung dieser Daten werden in diesem Kontext in aller Regel durch Einwilligung oder vertragliche Vereinbarung legitimiert werden. Die Publikation einer Arbeit in einem Hochschulrepositorium wird in der Regel den Abschluss eines Veröffentlichungsvertrages erfordern. Zu den Vertragspflichten des Repositoriumsbetreibers gehört es, die Arbeit sicht- und auffindbar

zu machen. Die Aufnahme der bibliografischen Angaben der Arbeit in Bibliothekskataloge ist dafür ein wichtiger Faktor. Ihre Veröffentlichung kann daher als erforderlich zur Erfüllung der Vertragspflichten des Repositoriumsbetreibers angesehen werden. Die Veröffentlichung von bibliografischen Daten wird zudem durch den Autor gestattet werden.

Es sprechen einige Argumente dafür, dass diese Ermächtigung nicht ohne Weiteres entzogen werden kann, selbst wenn der Autor die Publikation später zurückzieht.

Das Publikationswesen ist ein wesentlicher Stützpfeiler des wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritts und der Wissenschaft insgesamt (vgl. DINI-Zertifikat, Erläuterungen (2019) [7]). Zu den zentralen Merkmalen des wissenschaftlichen Publikationswesens gehören unter anderem die Nachhaltigkeit und Nachprüfbarkeit der veröffentlichten Inhalte. Die dauerhafte Zitierbarkeit und langfristige Verfügbarkeit sowie die Nachvollziehbarkeit von einzelnen Schritten auf dem Weg zur Veröffentlichung sind hierfür unerlässlich (vgl. DINI-Zertifikat, Erläuterungen (2019) [7]). Eine wichtige Orientierungshilfe für die Ausgestaltung institutioneller Repositorien unter Beachtung dieser Standards bieten die Voraussetzungen des DINI-Zertifikats (2019) [7]. Demnach haben die Repositorienbetreiber alle Rechte vertraglich einzuholen, die unter anderem für die Langzeitarchivierung und die dauerhafte Zugänglichmachung der Publikation erforderlich sind. Dazu zählen auch die Erfassung der Publikation im Katalog nach bibliothekarischen Standards und die Verankerung der bibliografischen Angaben in den Metadaten des Dokumentes sowie der Einsatz persistenter Identifikatoren für die dauerhafte Auffindbarkeit.

Datenschutzrechtlich ergibt sich die Zulässigkeit der Veröffentlichung der bibliografischen Angaben zur Publikation somit nicht allein aus einer Einwilligung, sondern aus einem Vertragsverhältnis (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO) sowie bei institutionellen Repositorien auch aus ihrem öffentlich-rechtlichen Auftrag (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO i. V. m. für Hamburg: § 4 HmbDSG). Gemäß § 76 HmbHG sind zudem durch die Hochschule bei der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen diejenigen, die einen eigenständigen Beitrag geleistet haben, als Mitautorinnen oder Mitautoren zu nennen;

soweit möglich, ist ihr Beitrag zu kennzeichnen. Kommt die Hochschule dieser Pflicht nach, handelt sie in Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung und kann sich ergänzend auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO berufen.

(9) Dürfen Fakultät/Department, Publikationsdatum, Art der Abschlussarbeit (Bachelor, Master, Dissertation/Habilitation) in Verbindung mit der Angabe des Vor- und Nachnamens als Pflichtfelder ausgestaltet werden, die beim Einstellen von Arbeiten in Hochschulrepositorien zwingend vom Autor ausgefüllt werden müssen? Oder sollten diese Angaben freiwillig sein?

Hier kann zunächst auf die vorstehende Frage verwiesen werden (siehe oben, Frage X (8)). Alle Pflichtinformationen sollten sich im Hinblick auf den Forschungs- und Wissenschaftsauftrag der repositoriumbetreibenden Institution begründen lassen. Was hierfür nicht erforderlich ist, sollte als freiwillige Angabe ausgestaltet werden. Sind bestimmte bibliografische Angaben im Veröffentlichungskontext wichtige Faktoren für die Referenzierbarkeit und Auffindbarkeit der Arbeit, ergeben sich hieraus Argumente für ein berechtigtes Interesse im Rahmen der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO. Für Dissertationen und Habilitationen ergeben sich die bei der Veröffentlichung zu machenden Pflichtangaben aus den entsprechenden Promotionsordnungen; ihre Veröffentlichung ist anders als bei Studienarbeiten auch nicht freiwillig, sondern ein verpflichtender Teil des Vorhabens.

XI Barrierefreiheit

Vorbemerkung: Die nachfolgenden Fragen und Antworten beziehen sich auf die Rechtslage in Hamburg. Die hier geltende Hamburgische Barrierefreie Informationstechnik-Verordnung (HmbBITVO) verweist in Bezug auf die Standards für die Ausgestaltung von Barrierefreiheit auf die bundesrechtlichen Regelungen in der bundesrechtlichen BITV 2.0. Das Bundesrecht ist zwar in den Ländern nicht direkt anwendbar, aber über den Verweis in landesrechtlichen Bestimmungen (wie in § 1 HmbBITVO) in weiten Teilen deckungsgleich. Insofern kann auf die Informationen zu den bundesrechtlichen Regelungen zurückgegriffen werden.

Es ist jedoch in diesem Kontext nicht möglich, sämtliche landesrechtlichen Regelungen auf die nachstehenden, im Kontext des HOS-Projektes gestellten Fragen hin zu überprüfen. Die Rechtslage kann sich in anderen Ländern anders darstellen (siehe Teil 1, Abschnitt VI).

(1) Was schreiben die Regelungen zur Barrierefreiheit für Videos vor (beispielsweise von Vorlesungen oder Vorträgen)?

Weder das Hamburgische Behindertengleichstellungsgesetz (HmbBGG) noch die HmbBITVO enthalten konkrete Anforderungen an die Gestaltung von barrierefreien Videos. In der EU-Norm EN 301 549, S. 28ff (siehe ETSI (2018) [7]) finden sich dezidierte Ausführungen hierzu. Die Anlage zur BITV 2.0 enthält zudem Standards für die Ausgestaltung von Gebärdensprache und „einfacher Sprache“ (siehe BITV 2.0, Anlage 2 (2011) [7]), die auch bei Videos einschlägig sein werden (sofern solche Mittel zur Herstellung von Barrierefreiheit bei Videos angewendet werden).

(2) Müssen neben den neu hochgeladenen Videos auch die älteren, bereits vor dem Stichtag existierenden Videos barrierefrei angeboten werden?

Die Hamburger Verordnung ist am 11. September 2019 in Kraft getreten (§ 7 HmbBITVO). Für deren Umsetzung gelten nach § 6 folgende Übergangsfristen innerhalb derer die Vorschriften umgesetzt werden müssen:

1. Für Websites öffentlicher Stellen, die bis zum 23.9.2018 veröffentlicht wurden, gilt eine Übergangsfrist bis zum 23.9.2020.
2. Für Websites, die nach dem 23.9.2018 veröffentlicht wurden, gilt eine Übergangsfrist bis zum 23.9.2019.
3. Für mobile Anwendungen gilt eine Übergangsfrist bis zum 23.6.2021.

Grundsätzlich gelten diese Fristen für alle Webseiten der öffentlichen Hand sowie sämtliche hierauf befindlichen Inhalte. Spezielle Ausnahmen für Video-Repositoryn oder Ähnliches sind nicht ersichtlich. Gegebenenfalls könnten sich deren Anbieter jedoch auf die Archiv-Ausnahme in § 2 Absatz 2 Nr. 2 BITV berufen (das wäre am Einzelfall zu überprüfen). Diese lautet:

Von der Anwendung dieser Verordnung ausgenommen sind folgende Inhalte von Websites und mobilen Anwendungen:

1. [...]
2. Archive, die weder Inhalte enthalten, die für aktive Verwaltungsverfahren benötigt werden, noch nach dem 23. September 2019 aktualisiert oder überarbeitet wurden, [...]

Im Übrigen besagt § 11 Abs. 4 HmbBGG:

Von der barrierefreien Gestaltung können die Träger öffentlicher Gewalt und die juristischen Personen nach § 2 Absatz 1 Nummer 2 im Einzelfall absehen, soweit sie durch eine barrierefreie Gestaltung unverhältnismäßig belastet werden würden.

Retrospektiv sämtliche Videos auf zum Beispiel einer Vorlesungsplattform mit Tausenden von Inhalten in barrierefreie Form zu überführen oder hierfür jeweils barrierefreie Pendant vorzusehen, könnte als eine „unverhältnismäßige Belastung“ in diesem Sinne angesehen werden. Dies hängt von einer Abwägung der Umstände im konkreten Fall ab. Hierbei sind gemäß Art. 5 Abs. 2 der EU-Webseitenrichtlinie [7] unter anderem die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Stelle (Größe, Ressourcen et cetera) zu berücksichtigen, sowie das Verhältnis von Kosten und Nutzen der jeweiligen Maßnahme.

Siehe zu den Ausnahmen die Informationen der Bundesfachstelle Barrierefreiheit [7] (siehe Antwort auf Frage XI (5) unten).

(3) Ältere Videos, welche nachträglich barrierefrei(-er) gemacht werden, bieten möglicherweise auch neue Recherche-Möglichkeiten wie zum Beispiel eine Untertitelung (und somit implizit auch eine Durchsuchbarkeit). Ist für derartige neue Features eine nachträgliche Freigabe seitens der Urheber*innen notwendig?

Grundsätzlich sollten gesetzlich vorgeschriebene Maßnahmen dieser Art durch die Vereinbarungen mit den Urhebern abgedeckt sein. Über eine ergänzende Auslegung kann man zu diesem Ergebnis im Zweifel auch dann kommen, wenn sich keine diesbezüglichen Formulierungen in den Verträgen finden. Sofern dieser Punkt jedoch vertraglich geregelt wurde, gelten die konkreten Vereinbarungen. Insofern ist es nicht möglich, hierauf eine allgemeinverbindliche Antwort zu geben.

(4) Müssen Videos, die nicht-öffentlich verfügbar sind, sondern nur einem eingeschränkten Nutzerkreis zur Verfügung gestellt werden, den Richtlinien entsprechen?

Ja. In § 11 Abs. 2 des HmbBGG wird ausdrücklich daraufhingewiesen, dass auch Informationstechnik barrierefrei auszugestalten ist, die nur im Intranet (also einer begrenzten Öffentlichkeit) zugänglich ist. Noch deutlicher sagt § 2a Abs. 1 der BITV 2.0: „Von dieser Verordnung umfasst sind auch solche Websites, die sich ausschließlich an einen abgegrenzten Personenkreis richten, wie Intranets oder Extranets.“

(5) Genügt es, automatisierte Technologien zur Herstellung von Barrierefreiheit einzusetzen, um den Aufwand zu verringern, auch wenn die Ergebnisse weniger effizient sind als manuelle Maßnahmen? Kann beispielsweise auf frei zugänglichen Sprachmodellen basierende Open-Source-Audiotranskriptionssoftware verwendet werden, statt Videos manuell zu transkribieren?

Die gesetzlichen Regelungen geben keine konkreten Methoden zur Herstellung von Barrierefreiheit vor. Soweit anerkannte Standards existieren, sind sie einzuhalten. Aber auch diese schreiben ersichtlich keine spezifischen Techniken vor oder gar, dass stets das „optimal mögliche“ Ergebnis zu erzielen ist. Vielmehr bestehen bei der Umsetzung der Vorgaben Spielräume.

Dies ergibt sich bereits aus dem in Frage XI (2) oben angesprochenen Verhältnismäßigkeitsprinzip. Sowohl EU- als auch Bundes- und Hamburger Landesrecht besagen, dass die Pflicht zur Herstellung von Barrierefreiheit keine unverhältnismäßigen Belastungen für die Einrichtungen bewirken darf (siehe Art. 5 Abs. 2 der EU-Webseitenrichtlinie [7], § 12a Abs. 6 BGG, § 11 Abs. 4 HmbBGG). Dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eröffnet zwangsläufig Umsetzungsspielräume. Was für eine öffentliche Stelle mach- und zumutbar ist, kann für eine andere Stelle unzumutbar oder gar unmöglich sein. Die Leistungsfähigkeit der Einrichtung ist bei der Beurteilung der notwendigen Maßnahmen zu berücksichtigen (siehe Art. 5 Abs. 2 der EU-Webseitenrichtlinie [7]).

Zwar wird dieser Grundsatz nur in seltenen Ausnahmefällen dazu führen, dass gar keine Maßnahmen zu ergreifen sind. Er betrifft also in der Regel nicht das Ob, sondern nur das Wie der erforderlichen Maßnahmen. Bestehen Auswahlmöglichkeiten zwischen effektiveren, aber dafür sehr aufwendigen und weniger effektiven, aber wesentlich weniger aufwendigen Methoden, werden im Zweifel auch letztere genügen.

Ob das konkret zutrifft, muss jedoch anhand einer Wertungsscheidung im Einzelfall entschieden werden. Siehe Antwort auf Frage XI (2) oben sowie die FAQ zur Umsetzung der EU-Richtlinie zur

Barrierefreiheit von Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen (siehe Bundesfachstelle Barrierefreiheit [↗]).

Ausnahmen kann es immer nur in Einzelfällen geben. Sie bedürfen einer sorgfältigen Abwägung aller relevanten und widerstreitenden Kriterien. Mangelnde Priorität, fehlende Zeit oder Kenntnis sind keine Gründe für eine Ausnahme wegen einer unverhältnismäßigen Belastung.

In Hamburg ist für die Bewertung von Ausnahmen die „Überwachungsstelle für barrierefreie Informationstechnik“ zuständig (siehe § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbBITVO, § 10 Abs. 5 HmbBGG). Diese ist wohl beim Amt für IT und Digitalisierung (ITD) der Senatskanzlei angesiedelt (siehe Senatskanzlei der Freien und Hansestadt Hamburg [↗]).

(6) Was passiert bei Nichteinhalten der Umsetzungsfrist? Inwiefern werden Verstöße geahndet?

Gemäß § 3 der HmbBITVO bildet die Stadt Hamburg eine „Überwachungsstelle für barrierefreie Informationstechnik“ (siehe vorstehende Antwort). Diese sorgt für die Umsetzung der Vorgaben zur Barrierefreiheit und berät die Einrichtungen diesbezüglich. Konkrete Sanktionen bei Nichterfüllung der Aufgaben oder Eingriffsbefugnisse der Überwachungsstelle sind in im HmbBGG und in der HmbBITVO nicht enthalten.

Im Übrigen können für die Durchsetzung von behinderten Menschen anerkannte Verbände Maßnahmen der Barrierefreiheit per Verbandsklage durchsetzen (siehe § 15 BGG und § 13 HmbBGG). Außerdem ist zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten über die Regularien zur Barrierefreiheit ein Schlichtungsverfahren vorgesehen (§ 13a HmbBGG). Das Schlichtungsverfahren können Betroffene gemäß § 4 Abs. 2 HmbBITVO bei der „Ombudsstelle zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten“ einleiten. Diese wird – wie die Überwachungsstelle – bei der für die Informationstechnik zuständigen Behörde angesiedelt, also derzeit wohl beim oben genannten Amt für IT und Digitalisierung (ITD) der Senatskanzlei.

Weiterführende Informationen:

Weitere konkrete Fragen zu verwandten Themen werden im Leitfaden „Alles rechtens? Kultur im Livestream“ (Kreutzer (2020) [7]) beantwortet, den Till Kreutzer für die Initiative KulturBDigital der Technologiestiftung Berlin verfasst hat.

Literatur - und Quellenverzeichnis

- AG POTSDAM (2015): Amtsgericht Potsdam, Urteil vom 16.04.2015, Az.: 37 C 454/13, <https://openjur.de/u/874485.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BERLINER ERKLÄRUNG (2003): Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities (2003), <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklaerung> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BGH (28.5.2020): Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 28.5.2020, Az. I ZR 7/16 – Cookie-Einwilligung II, <https://openjur.de/u/2241381.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BGH (7.7.2020): Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 7.7.2020, Az. VI ZR 250/19 – Zur Zulässigkeit einer Wort- und Bildberichterstattung im Internet über ein Scheidungsverfahren, <https://openjur.de/u/2299023.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BIK FÜR ALLE: BIK für Alle (Hrsg.), Gesetzgebung und Standards. Hamburg, <https://bik-fuer-alle.de/gesetzgebung-und-standards.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BITV 2.0 (2011): Verordnung zur Schaffung barrierefreier Informationstechnik nach dem Behindertengleichstellungsgesetz (Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung – BITV 2.0), https://www.gesetze-im-internet.de/bitv_2_0/ <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BITV 2.0, ANLAGE 2 (2011): Verordnung zur Schaffung barrierefreier Informationstechnik nach dem Behindertengleichstellungsgesetz (Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung – BITV 2.0) Anlage 2 (zu § 3 Absatz 2), https://www.gesetze-im-internet.de/bitv_2_0/anlage_2.html <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>

- BMI (2018): Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI): FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, „Unter welchen Voraussetzungen ist das Anfertigen und Verbreiten personenbezogener Fotografien künftig zulässig?“, Berlin, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BMJV (2020): Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV): Aktuelle Gesetzgebungsverfahren (13.10.2020): Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BT-Drs. 17/13423: Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland, Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucksache 17/13423, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/134/1713423.pdf> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BUDAPEST OPEN ACCESS INITIATIVE (2002): Budapest Open Access Initiative, <https://www.budapestopenaccessinitiative.org/read> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- BUNDESFACHSTELLE BARRIEREFREIHEIT: Bundesfachstelle Barrierefreiheit FAQ zur Umsetzung der EU-Richtlinie zur Barrierefreiheit von Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen, Berlin, https://www.bundesfachstelle-barrierefreiheit.de/DE/Themen/EU-Webseitenrichtlinie/FAQ/faq_node.html <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BVERFG (2019A): Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats vom 6.11.2019, Az. 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvro01613.html <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- BVERFG (2019B): Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats vom 6.11.2019, Az. 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvro27617.html <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>

- CC WIKI: Creative Commons, Best Practices for attributions, https://wiki.creativecommons.org/wiki/best_practices_for_attribution <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- CREATIVE COMMONS 4.0: Creative Commons Namensnennung 4.0 International Public License, <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- CREATIVE COMMONS „LIZENZEN“: Mehr über die Lizenzen, <https://creativecommons.org/licenses/?lang=de> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- DFG (2015): Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG): Leitlinien zum Umgang mit Forschungsdaten vom 30.9.2015, Bonn, https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/antragstellung/forschungsdaten/richtlinien_forschungsdaten.pdf <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- DFG/WISSENSCHAFTLICHE INTEGRITÄT: Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG): Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis. Kodex (2019), Bonn, <https://wissenschaftliche-integritaet.de/> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- DFNCONF: Verein zur Förderung eines Deutschen Forschungsnetzes e. V.: Deutsches Forschungsnetz – Der Konferenzdienst im Deutschen Forschungsnetz (DFNconf), <https://www.conf.dfn.de/> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- DINI-ZERTIFIKAT (2019): DINI AG Elektronisches Publizieren (E-Pub): DINI-Zertifikat für Open-Access-Publikationsdienste 2019, DINI Schriften 3-de, <https://doi.org/10.18452/20545> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- DINI-ZERTIFIKAT, ERLÄUTERUNGEN (2019): Deutsche Initiative für Netzwerkinformation e. V. – DINI: DINI-Zertifikat 2019 für Open-Access-Publikationsdienste – Erläuterungen, <https://dini.de/dienste-projekte/dini-zertifikat/> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- DSK, CHECKLISTE: Datenschutzkonferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder – DSK (Hrsg.), „Checkliste Datenschutz in Videokonferenzsystemen“, <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/orientierungshilfen.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>

- DSK-KURZPAPIERE: Datenschutzkonferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder – DSK (Hrsg.): Kurzpapiere, <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/kurzpapiere.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- DSK-KURZPAPIER NR. 10 (2018): Informationspflichten bei Dritt- und Direkterhebung, Datenschutzkonferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder – DSK (Hrsg.), https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_10.pdf <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- ETSI (2018): European Telecommunications Standards Institute, Comité Européen de Normalisation, Comité Européen de Normalisation Electrotechnique (Hrsg.): Europäische Norm EN 301 549 (2018): Accessibility requirements for ICT products and services, https://www.etsi.org/deliver/etsi_en/301500_301599/301549/02.01.02_60/en_301549v020102p.pdf <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- EUGH (2020): Europäischer Gerichtshof (EuGH): Urteil der Großen Kammer vom 16. 7.2020, Rechtssache C-311/18 – Schrems II, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-311/18> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (2020): European Data Protection Board – Europäischer Datenschutzausschuss, EDSA (Hrsg.), Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, 10.11.2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_recommendations_202001_supplementarymeasurestransferstools_en.pdf <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- EU-WEBSEITENRICHTLINIE: Richtlinie (EU) 2016/2102 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über den barrierefreien Zugang zu den Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen (Text von Bedeutung für den EWR), <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/2102/oj> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- FORSCHUNGSDATEN.INFO: forschungsdaten.info (Hrsg.): Rechte und Pflichten, <https://www.forschungsdaten.info/themen/rechte-und-pflichten/> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>

- GESETZ ZUR ÄNDERUNG DES HAMBGGGBM (2019): Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen vom 21. Februar 2019, verkündet im Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt vom 5.3.2019, Teil I, HmbGVBl. Nr. 6, <https://www.luewu.de/docs/gvbl/docs/2276.pdf> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- GOLA/HECKMANN (2019): Gola, Peter / Heckmann, Dirk (Hrsg.): Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 13. Aufl., München 2019
- HAMBURGER SOZIALBEHÖRDE (2011): Hamburger Sozialbehörde: Das Hamburgische Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen. Gesetzestext, Verordnungstexte, Begründungen und Erläuterungen“, 2. Aufl., <https://www.hamburg.de/veroeffentlichungen-behinderung/115196/gleichstellungsgesetz-broschuere/> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- HMBBFDI (2018): Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit der Freien und Hansestadt Hamburg – HmbBfDI: Vermerk: Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus (Hamburg), <https://datenschutz-hamburg.de/pages/fotografie-dsgvo/> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- IFROSS (2005): Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software ifrOSS (Hrsg.): Die GPL – kommentiert und erklärt, Berlin, <https://www.ifross.org/?q=gpl-version-2> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- IFROSS: Lizenz-Center des ifrOSS, Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (Hrsg.): Lizenz-Center, Berlin, <https://ifross.github.io/ifrOSS/Lizenzcenter> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- IRIGHTS.INFO (2018): Steinhau, Henry (20.2.2018): Kleine Helfer, große Hilfe: Lizenzhinweise für OER erstellen und nutzen, iRights.info – Urheberrecht und kreatives Schaffen in der digitalen Welt (Hrsg.), Berlin, <https://irights.info/artikel/kleine-helfer-grosse-hilfe-lizenzhinweise-fuer-oer-erstellen-und-nutzen/28926> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>

- IRIGHTS.INFO (14.9.2020): iRights.info – Urheberrecht und kreatives Schaffen in der digitalen Welt: EuGH-Generalanwalt empfiehlt Erlaubnis von Framing, nicht aber von Inline-Linking, Berlin, <https://irights.info/artikel/EuGH-generalanwalt-empfiehl-erlaubnis-von-framing-nicht-aber-von-inline-linking/30250> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- JANETZKI/WEITZMANN (2014): Janetzki, Susanne / Weitzmann, John: 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 <zuletzt abgerufen 25.4.2019>
- KREUTZER (2020): Kreutzer, Till: Alles rechtens? Kultur im Livestream, Technologiestiftung Berlin im Rahmen des Projekts kulturBdigital – Digitale Entwicklung im Kulturbereich (Hrsg.), Berlin, https://irights.info/wp-content/uploads/2020/05/kulturBdigital_Leitfaden.pdf <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- KREUTZER (2015): Kreutzer, Till: Open Content. Ein Praxisleitfaden zur Nutzung von Creative-Commons-Lizenzen, Deutsche UNESCO-Kommission e. V., Hochschulbibliothekszentrum des Landes Nordrhein-Westfalen, Wikimedia Deutschland – Gesellschaft zur Förderung Freien Wissens e. V. (Hrsg.), https://irights.info/wp-content/uploads/2015/10/Open_Content_-_Ein_Praxisleitfaden_zur_Nutzung_von_Creative-Commons-Lizenzen.pdf <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- KREUTZER (2014): Kreutzer, Till: Open Data – Freigabe von Daten aus Bibliothekskatalogen, Hochschulbibliothekszentrum des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), <https://hbz.opus.hbz-nrw.de/frontdoor/index/index/year/2014/docId/9> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- KREUTZER (2013): Kreutzer, Till: Open Educational Resources (OER), Open-Content und Urheberrecht, <http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0111-opus-80084> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>

- KREUTZER/HIRCHE (2017): Kreuzer, Till / Hirche, Tom: Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre. Praxisleitfragen zum Recht bei E-Learning, OER und Open Content, im Auftrag und in Zusammenarbeit mit dem Multimediakontor Hamburg, der Multimedia Kontor Hamburg gGmbH (Hrsg.), https://irights.info/wp-content/uploads/2017/11/Leitfaden_Rechtsfragen_Digitalisierung_in_der_Lehre_2017-UrhWissG.pdf <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- LG FRANKFURT/M. (2020): Landgericht Frankfurt/Main: Urteil vom 25.11.2020, Az. 2-06 O 136/20, <https://dejure.org/ext/e341aaaff6ac8a56f03f318a0417108a> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- RATSWD (2020): Rat für Sozial- und Wirtschaftsdaten – RatSWD (Hrsg.): Handreichung Datenschutz. 2. vollständig überarbeitete Auflage. RatSWD Output 8 (6), Berlin, <https://doi.org/10.17620/02671.50> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- SCHALLABÖCK/VON GRAFENSTEIN (2017): Schallaböck, Jan / von Grafenstein, Maximilian: ORCID aus datenschutzrechtlicher Sicht: „Gutachten im Auftrag des von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Projektes ORCID DE zur Förderung der Open Researcher and Contributor ID in Deutschland“, Berlin, <https://doi.org/10.2312/lis.17.02> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>; englisch: ORCID from a data protection perspective [Expert opinion on behalf of the German Research Foundation (DFG) as part of the project ORCID DE for the promotion of the Open Researcher and Contributor ID in Germany] <https://doi.org/10.2312/lis.18.02> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- SENATSKANZLEI DER FREIEN UND HANSESTADT HAMBURG: Senatskanzlei der Freien und Hansestadt Hamburg, Amt für IT und Digitalisierung: Digitale Stadt. IT und Digitalisierung, Hamburg, <https://www.hamburg.de/senatskanzlei/it-und-digitalisierung> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- SUB HAMBURG: SUB Hamburg: Erklärung zur Barrierefreiheit, Hamburg, <https://www.sub.uni-hamburg.de/erklarung-zur-barrierefreiheit.html> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>

- UHHBARRIEREFREIHEIT: Universität Hamburg: Erklärung zur Barrierefreiheit, Hamburg, erstellt am 23.9.2020, <https://www.uni-hamburg.de/barrierefreiheit.html> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- UHH ZOOM: „Zoom“, Regionales Rechenzentrum der Universität Hamburg – RRZ: Zoom, Hamburg, <https://www.rrz.uni-hamburg.de/services/weitere/medienkompetenz/videokonferenzen/zoom.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- UHH ZOOM-SERVER: Regionales Rechenzentrum der Universität Hamburg – RRZ: Zoom-Server im RRZ, Hamburg, <https://www.rrz.uni-hamburg.de/services/weitere/medienkompetenz/videokonferenzen/zoom/on-premise.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- UHH FAQ: Universität Hamburg: FAQ Digitale Barrierefreiheit, vorgestellt vom Team Digitale Barrierefreiheit des Referats 22: Digitale Kommunikation und Design, Hamburg, <https://www.kus.uni-hamburg.de/themen/recht/barrierefreiheit/faq.html> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>
- VERORDNUNG (EU) (2016): Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) [einschließlich der Erwägungsgründe (ErwG), im Internet z. B. zu finden auf der Seite der intersoft consulting services AG (Hamburg): <https://dsgvo-gesetz.de> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>] Offizielle Verlautbarung im Amtsblatt der Europäischen Union: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679#d1e6725-1-1> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- VG WORT, TEILNAHMEMÖGLICHKEITEN: Verwertungsgesellschaft Wort (VG WORT), <https://www.vgwort.de/teilnahmemoeglichkeiten.html> <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>
- VG WORT, WAHRNEHMUNGSVERTRAG: Verwertungsgesellschaft Wort (VG WORT): Muster Vertrag, Fassung vom 25. Mai 2019, https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/wahrnehmungsvertrag/WV_Muster_Autor.pdf <zuletzt aufgerufen: 24.3.2021>

WIRTH (2020): Wirth, Thomas: Die Pflicht zur Löschung von Forschungsdaten – Urheber- und Datenschutz im Widerspruch zu den Erfordernissen guter wissenschaftlicher Praxis? Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 64(8/9), 585–592, <https://www.zew.de/publikationen/die-pflicht-zur-loeschung-von-forschungsdaten-urheber-und-datenschutzrecht-im-widerspruch-zu-den-erfordernissen-guter-wissenschaftlicher-praxis> <zuletzt aufgerufen 24.3.2021>

Über die Verfasser

DR. IUR TILL KREUTZER ist Rechtsanwalt, Rechtswissenschaftler und Publizist. Er ist Mitgründer und geschäftsführender Partner der Rechtsanwaltskanzlei iRights.Law sowie Mitgründer und Herausgeber von iRights.info, dem mehrfach prämierten (unter anderem Grimme-Online-Award 2006) Internetportal für Verbraucher und Kreative zum Urheberrecht in der digitalen Welt. Till ist Mitglied im Fachausschuss „Kommunikation und Information“ der Deutschen UNESCO Kommission (DUK). Er ist assoziiertes Mitglied des Leibniz-Instituts für Medienforschung (Hans-Bredow-Institut) und Mitglied des „Instituts für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software“ (ifrOSS [\[7\]](#)). Er ist zudem Mitglied des Fachausschusses Urheber- und Medienrecht der GRUR sowie Repräsentant Deutschlands im Creative Commons Global Network Council. Bei den Urheberrechtsreformen in der Informationsgesellschaft war und ist Till Kreutzer vielfach auf nationaler sowie EU-Ebene als geladener Sachverständiger für Regierungen und Parlamente tätig.

DR. IUR HENNING LAHMANN arbeitet als Senior Researcher am Digital Society Institute der ESMT Berlin, Associate Researcher an der Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights sowie als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei iRights.Law in Berlin. Seine fachlichen Schwerpunkte sind Cybersicherheit und transnationales Sicherheitsrecht, Desinformation, 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. IUR INA KAULEN ist Rechtsanwältin und Referentin für bibliothekarische Rechtsfragen der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg. Ihre Schwerpunkte liegen im Urheber- und im Datenschutzrecht. Als Referentin für bibliothekarische Rechtsfragen der SUB kennt sie das rechtliche Umfeld des wissenschaftlichen Bibliothekswesens wie auch der institutionellen Publikationsdienste aus der Praxis und nimmt an strategischen Entscheidungsfindungen teil. Sie ist Mitglied der Arbeitsstelle Open Access der SUB, zu deren zentralen Aufgaben die Organisation des abteilungsübergreifenden Wissensaustauschs zu Open Access, Open Science und den Publikations-services der SUB und deren strategische Weiterentwicklung gehören. Für das Programm Hamburg Open Science war Ina Kaulen in juristisch beratender Funktion tätig.