

KoLaWiss-Projekt

Arbeitspaket 4: Recht

von

Prof. Dr. Gerald Spindler

Lehrstuhl

für

Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Multimedia- und Telekommunikationsrecht, Rechtsvergleichung

Universität Göttingen

unter Mitarbeit von Dipl.-Jur. Tobias Hillegeist

27.02.2009

Executive Summary	12
Frage 1:.....	22
A. Vorüberlegungen	22
B. Urheberrechtlicher Schutz der Daten bzw. wissenschaftlichen Erkenntnissen.....	23
C. Urheberrechtlicher Schutz von verkörperten Daten.....	23
I. Voraussetzungen eines urheberrechtlichen Schutzes.....	23
1. Werkeigenschaft gem. § 2 I Nr. 1 UrhG	24
2. Werkeigenschaft gem. § 2 I Nr. 5 UrhG	25
3. Leistungsrechtlicher Schutz gem. § 72 UrhG	26
4. Werkeigenschaft gem. § 2 I Nr.7 UrhG	26
II. Ergebnis zu B I.....	27
III. Urheber- und leistungsrechtlicher Schutz aufgrund der Zusammenstellung und Sammlung von wissenschaftlichen Primärdaten.....	27
1. Urheberrechtlicher Schutz gem. § 4 UrhG.....	27
a) Voraussetzungen des § 4 I UrhG.....	28
i. Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen....	28
ii. Persönliche geistige Schöpfung	29
b) Voraussetzungen des § 4 II UrhG.....	30
i. Systematische oder methodische Anordnung der Daten	31
ii. Persönliche geistige Schöpfung	31
2. Ergebnis zu III.....	32
IV. Leistungsrechtlicher Schutz gem. § 87a UrhG.....	32
1. Vorliegen einer Datenbank i.S.d. § 87a UrhG	33
a) Systematische oder methodische Anordnung der Daten	33
b) Zugang zu einzelnen Elementen.....	33
c) Wesentliche Investition	34
i. Investitionen bei der Datengewinnung	35

ii.	Investition im Rahmen der Darstellung	36
d)	Zwischenergebnis zu C.IV.1.	36
e)	Datenbankhersteller i.S.d. § 87a UrhG.....	37
2.	Ergebnis zu IV.....	38
D.	Ergebnis.....	39
Frage 2:	39
A.	Archivierungspflichten für Daten, die an der medizinischen Fakultät gewonnen werden	39
I.	Dokumentationspflicht gem. § 28 RöntgV	40
II.	Dokumentationspflicht gem. § 42 Strahlenschutzverordnung (StrlSchV).....	41
III.	Dokumentationspflicht gem. § 1 der Verordnung über Aufzeichnungen bei gentechnischen Arbeiten oder über Freisetzungen (GenTAufzV).....	42
IV.	Dokumentationspflicht gem. § 10 Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen.....	43
V.	Dokumentationspflicht als Nebenpflicht.....	43
B.	Ergebnis.....	44
Frage 3/4:	45
A.	Vorüberlegungen	45
B.	Urheberrechtliche und leistungsrechtliche Zulässigkeit der Kopie und Verarbeitung der Daten	46
I.	Betroffene Nutzungsrechte.....	46
1.	Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG.....	46
2.	Bearbeitungsrecht gem. § 23 UrhG.....	47
3.	Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG.....	49
a)	Begriff der Öffentlichkeit im Sinne des § 19a UrhG.....	49
b)	Zugänglichmachung der an der Universität Göttingen erhobenen Daten	50
4.	Zwischenergebnis zu A.I.....	50
II.	Erlangung der Erlaubnis zur Nutzung.....	51

1.	Gesetzliche Schranken	53
a)	Urheberrechtliche Schranken der §§ 44a ff. UrhG.....	53
i.	Schranke des § 44a UrhG.....	53
ii.	Schranke des § 53 UrhG	53
(1)	§ 53 Abs. 2 Nr. 1	54
(2)	§ 53 Abs. 2 Nr. 2	54
iii.	Dauer des urheberrechtlichen Schutzes	56
b)	Beschränkung des leistungsrechtlichen Schutzes.....	57
i.	Öffentliche zur Verfügungstellung der Datenbank.....	57
ii.	Schranke des § 87c Abs.1 Nr. 1 UrhG.....	58
iii.	Schranke des § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG.....	58
iv.	Schranke des § 87c Abs.1 Nr.3	59
v.	Zwischenergebnis	60
vi.	Wesentliche Teile der Datenbank	60
vii.	Quellenangabe.....	62
viii.	Dauer des leistungsrechtlichen Schutzes.....	62
c)	Zwischenergebnis zu B.II.1	63
2.	Öffentlich-rechtliche Pflicht zur Nutzungsrechtsübertragung	64
3.	Einräumung der Nutzungsrechte durch den Rechteinhaber	64
a)	Umfang der übertragenen Rechte	65
i.	Einräumung als ausschließliches oder einfaches Nutzungsrecht.....	65
ii.	Räumliche Beschränkung	65
iii.	Zeitliche Beschränkung	66
iv.	Inhaltliche Beschränkung.....	66
b)	Einräumung der Nutzungsrechte aufgrund eines Arbeitsverhältnisses	66
c)	Anspruch auf angemessene Vergütung	67
d)	Form des Vertrags	68

4.	Formulierungsvorschlag für eine Nutzungsrechtsvereinbarung	68
a)	Formulierungsvorschlag für bereits hergestellte Werke.....	69
b)	Formulierungsvorschlag für künftig entstehende Werke	71
C.	Ergebnis.....	72
Frage 5/6:.....		74
A.	Sicherstellung der Authentizität und Integrität der Daten.....	74
B.	Systembezogene und organisatorische Sicherungsmittel.....	74
C.	Datenträgerbezogene Sicherungsmittel.....	74
D.	Dateibezogene Sicherungsmittel	75
E.	Voraussetzungen einer qualifizierten elektronischen Signatur	76
I.	Lebensdauer der Signatur vs. Archivierungsdauer.....	77
II.	Zwischenergebnis.....	78
III.	Ausnahme: Medizinische Daten.....	78
F.	Ergebnis.....	79
Frage 7:.....		80
A.	Erläuterung der Begriffe „Ingest“, „Preservation Planning“, „Data Management“, „Archival Storage“, „Administration“ und „Access“	80
I.	„Ingest“.....	81
II.	„Archival Storage“	81
III.	„Data Management“	81
IV.	„Administration“	81
V.	Preservation Planning.....	82
VI.	„Access“	82
B.	Umsetzung der einzelnen Arbeitsschritte.....	82
I.	Archivierung durch Dritte	83
1.	Datenfehler aufgrund menschlichen Fehlverhaltens	83
a)	Schuldverhältnis	84

b)	Pflichtverletzung.....	84
c)	Vertretenmüssen	84
i.	Eigenes Vertretenmüssen des Vertragspartners.....	85
ii.	Vertretenmüssen der Angestellten	85
iii.	Haftungsbeschränkung.....	85
(1)	Ausschluss der Haftung für grob fahrlässiges Verhalten	86
(2)	Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.....	87
(3)	Zwischenergebnis.....	88
d)	Kausaler Schaden	89
e)	Schadensausgleich	89
f)	Mitverschulden der Universität	90
2.	Datenfehler- oder Verlust aufgrund eines Materialfehlers.....	91
II.	Archivierung innerhalb des LZA-Verbundes.....	92
1.	Datenfehler aufgrund menschlichen Fehlverhaltens	92
a)	Pflichtverletzung des Arbeitnehmers.....	93
b)	Vertretenmüssen des Arbeitnehmers	93
2.	Datenfehler aufgrund Materialverschleißes	94
a)	Haftungsbegrenzung durch AGB	94
i.	Haftungsbegrenzung im Rahmen eines Kaufvertrages.....	95
(1)	Freizeichnung von der Haftung bei grob fahrlässigem Verhalten	95
(2)	Begrenzung für einfache Fahrlässigkeit	95
ii.	Begrenzung der Haftung im Rahmen eines Mietvertrages.....	96
(1)	Ausschluss der verschuldensunabhängigen Haftung.....	96
(2)	Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit	96
(3)	Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit.....	96
b)	Zwischenergebnis zu 2.	98
C.	Ergebnis.....	98
Frage 8:	98
A.	Vorüberlegungen.....	99

B.	Technische Schutzmaßnahmen	99
III.	Funktionsweise von DRM-Systemen.....	99
IV.	Zwischenergebnis.....	101
C.	Rechtlicher Schutz vor der Weitergabe durch Fremdforscher	101
V.	Weitergabeverbot aufgrund vertraglicher Vereinbarung	102
1.	Zulässigkeit nach den §§ 305 ff. BGB	103
c)	Überraschende Klausel nach § 305c BGB	103
i.	Verschwiegenheitsklausel.....	104
ii.	Vertragsstrafe	104
d)	Unwirksamkeit der Klauseln nach den §§ 307 – 309 BGB.....	105
i.	Unwirksamkeit der Verschwiegenheitsklausel	105
ii.	Unwirksamkeit der Vertragsstrafe	106
(1)	Unwirksamkeit gem. § 309 Nr.6 BGB.....	106
(2)	Unwirksamkeit gem. § 307 BGB.....	106
3.	Zwischenergebnis zu B.III	107
VI.	Rechtlicher Schutz aufgrund gesetzlicher Regelungen.....	107
1.	Vervielfältigung gem. § 16 UrhG	108
2.	Verbreitung gem. § 17 UrhG.....	108
a)	Angebot an die Öffentlichkeit	108
b)	Inverkehrbringen	109
3.	Öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19 UrhG.....	109
4.	Schranken	109
5.	Zwischenergebnis.....	110
6.	Rechtsfolgen der unerlaubten Verwertung des Werkes	110
a)	Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz	110
b)	Inhaber des Unternehmens	111
c)	Arbeitnehmer oder Beauftragter.....	111

d) Verletzung innerhalb des Unternehmens.....	112
VII. Urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz an dem Langzeitarchiv insgesamt ..	112
D. Besonderheiten hinsichtlich personenbezogener medizinischer Daten.....	113
E. Ergebnis.....	114
F. Anlage Entwurf einer Verschwiegenheitsklausel	114
Frage 9:.....	116
A. Erfordernis einer rechtsgültigen Einverständniserklärung.....	116
I. Anwendbarkeit des BDSG	116
II. Anwendbarkeit des NDSG	118
III. Zwischenergebnis zu A.	119
B. Rechtliche Anforderungen an eine Einverständniserklärung des Probanden	120
I. Einwilligung im Rahmen der datenschutzrechtlichen Bestimmungen	120
1. Form	120
2. Ausnahmen vom Schriftformerfordernis	121
3. Persönliche Abgabe.....	122
4. Erkennbarkeit	123
5. Inhalt der Einwilligung.....	123
a) Ausreichende Information des Probanden.....	123
b) Ausreichende Bestimmtheit der Einwilligung.....	124
c) Freie Entscheidung des Probanden.....	124
6. Zwischenergebnis zu B.I.	125
II. Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht.....	125
C. Ergebnis.....	126
Frage 10:.....	127
A. Rechtliche Möglichkeit des Zurückziehens der Einverständniserklärung	127
B. Widerruf vor Datenerhebung	127
C. Widerruf nach Datenerhebung	127

D. Ergebnis.....	128
Frage 11:.....	128
A. Rechtliche Einschränkung durch das BDSG.....	129
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs des BDSG.....	129
II. Zulässigkeit der Archivierung medizinischer personenbezogener Forschungsdaten nach den Vorschriften des BDSG	130
1. Einwilligung des Betroffenen.....	130
2. Zulässigkeit der Archivierung aufgrund einer Erlaubnisnorm des BDSG.....	130
d) Zulässigkeit nach § 28 BDSG	131
e) Zulässigkeit nach § 29 BDSG	131
f) Zwischenergebnis zu 2	132
B. Rechtliche Einschränkung durch das NDSG	133
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs des NDSG auf die Universität Göttingen....	133
II. Zulässigkeit der Archivierung medizinischer personenbezogener Forschungsdaten nach den Vorschriften des NDSG	133
1. Einwilligung durch Betroffenen.....	133
2. Zulässigkeit der Archivierung aufgrund einer Vorschrift des NDSG.....	134
a) Erlaubnistatbestand des § 25 NDSG i.V.m. § 10 NDSG	134
i. Erforderlichkeit der Datenarchivierung	134
ii. Erhebung der Daten zum gleichen Zweck	135
b) Zwischenergebnis zu B.II.2	136
C. Einschränkung durch SGB X	137
I. Anwendbarkeit des § 67b SGB X auf die vorliegenden Fälle	137
II. Zulässigkeit der Archivierung aufgrund der Erlaubnisnorm des § 67c SGB X...	138
1. Zulässigkeit nach § 67c Abs. 1 SGB X.....	138
2. Zulässigkeit nach § 67c Abs. 2 SGB X.....	138
3. Zwischenergebnis zu II	139

4.	Anforderungen an eine Einwilligung gem. § 67b SGB X.....	139
5.	Zwischenergebnis.....	139
D.	Ergebnis.....	140
Frage 12:	140
A.	Ausgangslage	140
B.	Gesetzliche Vorschriften hinsichtlich des Vertragsinhalts.....	141
I.	Erlaubnistatbestand des § 13 Abs. 1 NDSG.....	142
1.	Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 NDSG	142
a)	Stelle außerhalb des öffentlichen Bereichs.....	142
b)	Zusätzliche Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 1-3 NDSG.....	142
2.	Zwischenergebnis bzgl. I.....	143
II.	Zwischenergebnis bzgl. B	143
C.	Vorgaben für den Vertragsinhalt aufgrund des § 18 NDSG	144
I.	Inhalt der Norm und Rechtsfolgen für die Universität.....	144
II.	Anforderungen an Vertragsinhalt.....	144
D.	Ergebnis.....	145
Frage 13:	146
A.	Gesetzliche Vorgaben zur Anonymisierung und Pseudonymisierung.....	146
I.	Pflicht zur Anonymisierung und Pseudonymisierung nach dem klaren Gesetzeswortlaut	146
II.	Pflicht zur separaten Speicherung aufgrund teleologischer Auslegung.....	146
1.	Sinn und Zweck von § 25 Abs. 4 NDSG und § 3a BDSG.....	147
2.	Erreichung des Zwecks bei Speicherung im selben LZA-Verbund.....	147
3.	Zwischenergebnis.....	148
B.	Organisationspflichten der Universität gem. § 7 NDSG.....	148
C.	Ergebnis.....	148
Frage 14:	149

A. Rechtliche Grundlagen für technische und organisatorische Zugangssicherungsmaßnahmen	149
B. Anforderungen an die verwendeten technischen Sicherungsprodukte	150
C. Ergebnis.....	151
Frage 15:.....	152
A. Erläuterung der Begriffe elektronische Gesundheitskarte und elektronischer Heilberufsausweis	152
I. Elektronische Gesundheitskarte	153
II. Elektronischer Heilberufsausweis	154
B. Rechtliche Grundlagen	155
C. Ergebnis.....	156
Literaturverzeichnis.....	157

Executive Summary

1. Zu Frage 1:

In Bezug auf die rechtliche Bewertung der an der Uni Göttingen produzierten Daten stellen sich folgende Fragen:

- *Unterliegen die produzierten Daten dem Urheberrechtsgesetz (UrhG)?*
- *Wenn ja: Bei wem liegen die jeweiligen Urheber- und Verwertungsrechte?*

Die an der Universität Göttingen produzierten Primärdaten unterliegen grundsätzlich nicht dem Schutz des Urheberrechtsgesetzes. Dies gilt in der Regel auch dann, wenn die Daten in Tabellen oder auf andere Art zusammengefasst werden. Dies könnte zwar ein Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG oder eine Datenbank gem. §87a UrhG darstellen. Zum einen wird es dafür jedoch regelmäßig an der erforderlichen geistigen Schöpfungshöhe fehlen, die bei Datenbankwerken nach § 4 Abs. 2 UrhG in der individuellen Auswahl oder Anordnung der Daten bestehen muss. Eine solche Individualität wird in den vorliegend relevanten Fällen grundsätzlich nicht vorliegen, da die Anordnung nach logischen Gesichtspunkten erfolgen wird. Zum anderen wird der sui generis-Schutz der Datensammlung nach § 87a UrhG in den meisten Fällen daran scheitern, dass in den vorliegenden Fällen keine wesentliche Investition im Sinne der Vorschrift erforderlich ist. Investitionen werden vielmehr bei der Datenerhebung getätigt werden, die jedoch im Rahmen des § 87a UrhG gerade nicht zu berücksichtigen sind.

Sofern für eine Datensammlung im Einzelfall doch eine wesentliche Investition erforderlich ist, stünden die Leistungsschutzrechte derjenigen Person bzw. derjenigen Einrichtung zu, die diese Investition getätigt hat. Dies wird im Regelfall die Universität Göttingen sein, so dass sich für die Langzeitarchivierung dieser Daten keine urheberrechtlichen Probleme ergeben würden. Zu beachten ist jedoch, dass in Fällen, in denen Forschungsprojekte durch sogenannte Drittmittel finanziert werden, die finanzierende Einrichtung, wie zum Beispiel die DFG, Datenbankhersteller im Sinne des § 87a

UrhG wäre. Aus diesem Grund sollte bei dem Abschluss von Verträgen für Drittmittelprojekte darauf geachtet werden, dass der Universität eventuell entstehende Nutzungsrechte eingeräumt werden.

2. Zu Frage 2:

Wer ist für die LZA der Daten verantwortlich, soweit eine rechtliche Pflicht zur Archivierung besteht?

Eine Dokumentationspflicht für die im Rahmen dieses Gutachtens relevanten wissenschaftlichen Primärdaten ergibt sich grundsätzlich nur für Daten, die am Universitätsklinikum erhoben wurden.

Verantwortlich für die Dokumentation von Röntgenbildern und damit auch, sofern sie durchgeführt wird, für eine digitale Archivierung dieser Daten, ist zum einen der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Universität, die wiederum Trägerin der Universitätsklinik ist, zum anderen der oder die Strahlenschutzbeauftragten. Für die Archivierung von Behandlungs- und Untersuchungsdaten sind sowohl der Vorstand als auch der jeweilige behandelnde Arzt verantwortlich. Der Vorstand muss demnach die notwendigen Maßnahmen treffen, damit eine lückenlose Archivierung der Daten erfolgen kann.

3. Zu Frage 3/4:

Wie kann das Kopieren/Verändern der Materialien (z.B. im Zuge der Migration oder bei redundanter Speicherung auf mehreren Maschinen) juristisch sicher gestaltet werden? Welche Änderungen müssten in der Gesetzgebung vorgenommen werden? Ist es ausreichend, wenn die Datenproduzenten einer für die Archivierung notwendigen technischen Änderung der Daten im Vorfeld zustimmen? Wie müsste eine solche Zustimmung aussehen, damit der LZA-Betreiber juristisch abgesichert ist?

Sollte an den erhobenen Daten oder einer Zusammenstellung dieser Daten ausnahmsweise doch ein urheberrechtlicher oder leistungsrechtlicher Schutz entstehen, wird eine gesetzliche Schranke zugunsten der Universität bzw. des LZA-Verbands nicht eingreifen. Sollte die Universität also nicht von vornherein selbst Inhaberin der erforderlichen Nutzungsrechte sein, weil sie beispielsweise Datenbankherstellerin nach §

87a UrhG ist, müsste sie sich die erforderlichen Nutzungsrechte vom Nutzungsrechtinhaber vertraglich einräumen lassen (Eine Musterklausel für eine solche nachträgliche Nutzungsrechtseinräumung findet sich bei den Ausführungen zu Frage 3 unter B.II.4.a) S. 68. Unter Umständen erlangt sie die Rechte bereits aufgrund eines bestehenden Arbeitsverhältnisses mit dem Rechteinhaber. Dies wäre der Fall, wenn Datenbankhersteller bzw. Urheber der betreffenden Datenzusammenstellung in einem Angestelltenverhältnis zur Universität stünde. Zu beachten ist aber, dass dieser Grundsatz aufgrund der durch Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Wissenschaftsfreiheit nicht für Hochschulprofessoren gilt. Aus diesem Grund sollte in den Arbeitsverträgen, die die Universität schließt, grundsätzlich eine Klausel enthalten sein, wonach die Vertragspartner der Universität die Rechte, die sie im Rahmen ihrer Forschungstätigkeit erlangen, zumindest als einfache Nutzungsrechte einräumen. Hinsichtlich des Inhalts einer solchen Klausel ist zu beachten, dass diese aufgrund der sogenannten Zweckübertragungslehre nicht pauschal abgefasst sein darf, sondern vielmehr die genauen Nutzungsrechte und –arten bezeichnen muss. (Ein Muster für eine solche Klausel findet sich bei den Ausführungen zu Frage 3 unter B.II.4.b) S. 68.)

4. Zu Frage 5/6:

Wie kann eine rechtsgültige Authentizität und Integrität eines Dokumentes sichergestellt werden? Müssen Forschungsdaten in einem elektronischen Langzeitarchiv mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden? Stellen medizinische Daten hierbei abweichende bzw. besondere Anforderungen?

Eine rechtsgültige Authentizität und Integrität der archivierten Forschungsdaten kann durch Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur erreicht werden. Dabei besteht grundsätzlich keine Pflicht, die Authentizität und Integrität der Daten sicherzustellen. Eine Ausnahme gilt jedoch für medizinische Forschungsdaten. Hier ist aufgrund der Anforderungen des BDSG sowie des NDSG, die in den vorliegenden Fällen beide einschlägig sein können (nämlich zum einen in Bezug auf die Universität Göttingen, zum anderen hinsichtlich des LZA-Verbunds) eine Verpflichtung zur Gewährleistung der Integrität und Authentizität anzunehmen. Aber auch in den übrigen Fällen ist die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur anzuraten. Da die Daten nicht nur archiviert, sondern auch fremden Forschungsstellen zur Verfügung ge-

stellt werden sollen, liefe der LZA-Verbund andernfalls Gefahr, das Vertrauen dieser Forschungsstellen in die Authentizität seiner Daten zu verlieren. Darüber hinaus könnten Schadensersatzansprüche anderer Forschungsstellen gegen den LZA-Verbund entstehen, sofern diesen aufgrund von manipulierten Daten ein Schaden entstünde.

5. Zu Frage 7:

Wer ist haftbar, wenn beim Ingest, Preservation Planning, Data Management, Archival Storage, Administration, Access der digitalen Daten Fehler auftreten bzw. Fehler durch äußere Einflüsse entstehen?

Im Rahmen der Frage, wer für einen Datenverlust bzw. eine Datenbeschädigung haftbar ist, die während der einzelnen Archivierungsabschnitte entsteht, ist zum einen danach zu differenzieren, ob der Fehler durch den LZA-Verbund selbst verursacht wurde, oder durch eine Fremdfirma, die bestimmte Archivierungsaufgaben im Auftrag des LZA-Verbundes wahrgenommen hat. Im ersten Fall ist ferner danach zu differenzieren, ob der Datenverlust aufgrund menschlichen Versagens eines Mitarbeiters oder durch eine defekte Hardware verursacht wurde. Sofern der Datenverlust durch einen Fehler eines Fremdunternehmens entstanden ist, an das die Archivierung ausgegliedert wurde, richtet sich der Schadensersatzanspruch gegen diesen Vertragspartner. Dabei ist dem Unternehmen ein eventuelles Vertretenmüssen seiner Mitarbeiter zuzurechnen. Sofern der Datenfehler durch einen Mitarbeiter des LZA-Verbundes selbst verursacht wird, würde sich der Schadensersatzanspruch gegen diesen richten. Dabei wird der Arbeitnehmer aber aufgrund des im Arbeitsrecht geltenden Grundsatzes des sog. „innerbetrieblichen Schadensausgleichs“ den Schaden nur dann komplett allein tragen müssen, wenn er grob fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat. Sofern die Schadenshöhe außer Verhältnis zum Einkommen des Arbeitnehmers steht, würde der Schaden sogar bei grob fahrlässigem Verhalten von Arbeitnehmer und LZA-Verbund bzw. Universität anteilig getragen werden.

Beruhet der Datenverlust hingegen nicht auf menschlichem Versagen, sondern auf mangelhafter Hardware, so kommen unter Umständen Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer bzw. den Vermieter der Hardware in Betracht. Diese müssen den Mangel jedoch zu vertreten haben, wobei eine Freizeichnung im Rahmen von AGB nur in Ausnahmefällen möglich ist.

6. Zu Frage 8:

Wie kann durch den Langzeitarchivierungsverbund sichergestellt werden, dass durch Fremdforscher abgerufene Forschungsdaten nicht an Dritte weitergegeben werden? Welche Inhalte muss eine Nutzungsvereinbarung hierzu umfassen? Wie ist das im speziellen bei personenbezogenen medizinischen Daten?

Um zu erreichen, dass Fremdforscher und fremde Forschungsinstitute, die Zugriff auf die archivierten Daten erhalten, diese nicht unbefugt an Dritte weitergeben, sollte mit ihnen eine Verschwiegenheitsklausel vereinbart werden. Durch diese würden die Fremdforscher sich verpflichten, die Daten nicht unbefugt weiterzugeben. Für den Fall, dass gegen diese Vereinbarung verstoßen wird, sollte in der Vereinbarung außerdem eine Vertragsstrafe vorgesehen werden. Darüber hinaus sollte die Klausel vorsehen, dass die Fremdforscher mit Personen, denen sie die Daten zukommen lassen dürfen, eine vergleichbare Vereinbarung schließen. (Ein Formulierungsvorschlag für eine solche Klausel findet sich in den Ausführungen zu Frage 8 unter F. S. 114). Hinsichtlich personenbezogener Daten ergibt sich im Rahmen einer solchen Verschwiegenheitsklausel indes keine Besonderheit. Ob diese Daten überhaupt an Fremdforscher weitergegeben werden dürfen ist darüber hinaus Gegenstand der Fragen 9-12.

7. Zu Frage 9:

Wie muss die rechtsgültige Einverständniserklärung von Probanden in medizinischen Forschungsvorhaben im Kontext mit der elektronischen Langzeitarchivierung gestaltet sein? Kann die rechtsgültige Einverständniserklärung auch separat als reine Papierversion bei dem Prüfarzt bzw. Sponsor gelagert werden?

Eine rechtswirksame Einwilligung eines Probanden bedarf sowohl nach dem Niedersächsischen Datenschutzgesetz als auch dem Bundesdatenschutzgesetz der Schriftform. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, vom Probanden gleich mehrere Einwilligungserklärungen unterschreiben zu lassen, damit für den Fall der Beschädigung oder Zerstörung eines Exemplars noch mindestens eine weitere formgerechte Erklärung als Ersatz vorhanden ist. Die Anfertigung von Kopien genügt hingegen nicht, da eine Kopie oder auch ein elektronischer Scan nicht der Schriftform des BGB, sondern ledig-

lich der Textform entsprechen. Auch wenn das Gesetz Ausnahmefälle vorsieht, in denen die Einwilligung auch formlos möglich ist, sollte aus Gründen der Rechtssicherheit stets eine schriftliche Einwilligung eingeholt werden, da die Beurteilung bzw. der Beweis vor Gericht, dass die Schriftform im Einzelfall entbehrlich ist, mitunter schwierig sein kann. Darüber hinaus ist der Proband gezielt darauf aufmerksam zu machen, dass er in die Verwertung seiner Daten einwilligt. Dies kann dadurch erreicht werden, dass die Einwilligung visuell hervorgehoben oder im Dokument explizit auf diese hingewiesen wird. Der Proband muss ferner vor Abgabe ausdrücklich darüber informiert werden, welche seiner Daten auf welche Art verarbeitet oder genutzt werden sollen. Insbesondere ist er darauf hinzuweisen, dass seine Daten, wenn auch in anonymisierter oder pseudonymisierter Form, anderen Fremdforschern zugänglich gemacht werden. Hinsichtlich des Inhalts der Erklärung muss diese ebenfalls genau spezifizieren, hinsichtlich welcher Daten der Proband seine Einwilligung erteilt und auf welche Arten die Daten genutzt werden dürfen. Dabei ist in den vorliegenden Fällen zu berücksichtigen, dass es sich zumeist um besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG handeln wird, so dass sich die Einwilligung gerade auch ausdrücklich auf diese beziehen muss. Letztlich muss die Einwilligung des Probanden auf dessen freier Entscheidung beruhen. Sofern eine rechtsgültige Einwilligung des Probanden vorliegt, kann diese auch separat beim Prüfarzt oder dem Sponsor gelagert werden. Sofern eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung des Probanden vorliegt, ist darin außerdem gleichzeitig eine (zumindest konkludent erteilte) Entbindung des Arztes von seiner ärztlichen Schweigepflicht zu sehen. Die Entbindung von der Schweigepflicht entspricht dabei konsequenterweise in ihrer Reichweite dem Umfang, in welchem der Proband auch der datenschutzrechtlich relevanten Nutzung seiner Daten eingewilligt hat.

8. Zu Frage 10:

Welche Folgen hat ein Zurückziehen der rechtsgültigen Einverständniserklärung eines Probanden auf elektronische Langzeitarchivierung der medizinischen Forschungsdaten?

Ein Widerruf der Einwilligung durch den Probanden ist jederzeit möglich und kann auch nicht ausgeschlossen werden. Der Proband muss sich den Widerruf ferner auch

nicht bei Erteilung der Einwilligung vorbehalten. Widerruft der Proband seine Einwilligung, so entfällt diese für die Zukunft. Das heißt, dass die bis zu diesem Zeitpunkt erfolgten Datenverarbeitungen zwar von der Einwilligung gedeckt sind (die zu diesem Zeitpunkt ja noch bestand), die Daten des Probanden ab dem Zeitpunkt des Widerrufs jedoch nicht mehr verarbeitet werden dürfen, es sei denn, dass eine Rechtsvorschrift dies ausdrücklich erlaubt. Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer solchen Erlaubnisnorm kann im Einzelfall jedoch schwer zu beweisen sein, weshalb stets genau geprüft werden muss, ob der LZA-Verbund bzw. die Universität nach Widerruf der Einwilligung die Datenverarbeitung auf einen Erlaubnistatbestand stützen kann oder diese vorsichtshalber ganz unterlässt.

9. Zu Frage 11:

Besteht eine rechtliche Einschränkung bezüglich der Inhalte medizinischer Forschungsdaten, die in einem elektronischen Langzeitarchiv abgelegt werden dürfen? Dürfen auch die sogenannten Trial-Master-Files in einem elektronischen Archiv abgelegt werden, sofern eine Digitalisierung der Inhalte möglich ist?

Eine rechtliche Einschränkung bei der Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten ergibt sich vor allem aus dem BDSG, dem NDSG aber unter Umständen auch dem Sozialgesetzbuch X (SGB X). Die Archivierung wäre nach diesen Vorschriften (die teilweise kumulativ, teilweise aber auch nur alternativ vorliegen können) zulässig, soweit der Betroffene in die Nutzung seiner Daten eingewilligt hat oder eine Rechtsvorschrift dies ausdrücklich erlaubt. Die vorliegend in Betracht kommenden Erlaubnisnormen werden jedoch regelmäßig nicht vorliegen, so dass stets eine Einwilligung vom Betroffenen eingeholt werden sollte. Darüber hinaus birgt eine Einwilligung auch den Vorteil, dass ihr Vorliegen im Prozess wesentlich einfacher bewiesen werden kann als das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer Erlaubnisnorm. Somit ergibt sich das Bedürfnis einer Einwilligung zum einen aufgrund der gesetzlichen Vorschriften, zum anderen aus Gründen der Beweislast.

10. Zu Frage 12:

Bestehen besondere Anforderungen an einen Vertrag zwischen einer Forschungseinrichtung und einem Langzeitarchivierungsverbund, wenn medizinische Forschungsdaten durch den LZA-Verbund verarbeitet werden sollen?

Sofern medizinische Forschungsdaten durch den LZA-Verbund verarbeitet werden sollen, sollte in dem Vertrag zwischen Verbund und der jeweiligen Forschungseinrichtung bzw. der Universität als Trägerin der Forschungseinrichtung hinsichtlich der Verarbeitung von medizinischen Forschungsdaten festgehalten werden, dass die Daten vom LZA-Verbund nur zu den von der Universität bestimmten Zwecken verarbeitet werden dürfen. Im Rahmen dieser Vereinbarung sollten der Universität außerdem weitreichende Einsichts- und Kontrollrechte hinsichtlich des Umfangs der Datenverarbeitung eingeräumt werden, damit diese die Verarbeitung der Daten auch kontrollieren kann. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen der LZA-Verbund bestimmte Archivierungsaufgaben auf andere Fremdfirmen überträgt. Zum anderen sollte eine Klausel aufgenommen werden, wonach der LZA die Universität, unabhängig von seinem Verschulden, von Forderungen Dritter freistellt, die dadurch entstehen, dass der LZA die Daten rechtswidrig verarbeitet.

11. Zu Frage 13:

Können personenbezogene Daten pseudonymisierter medizinischer Forschungsdaten durch den gleichen Langzeitarchivierungsverbund gespeichert werden, wenn die nicht-personenbezogenen und personenbezogenen medizinischen Forschungsdaten bei unterschiedlichen Institutionen innerhalb des Verbunds langzeitarchiviert werden?

Personenbezogene Daten pseudonymisierter medizinischer Forschungsdaten dürfen zumindest dann durch den gleichen Langzeitarchivierungsverbund gespeichert werden, wenn die nicht-personenbezogenen und personenbezogenen medizinischen Forschungsdaten bei unterschiedlichen Institutionen innerhalb des Verbunds langzeitarchiviert werden. Die Universität muss jedoch aufgrund der Bestimmungen in § 7 NDSG die technischen und organisatorischen Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um ein den Vorschriften des NDSG entsprechende Verarbeitung personenbezogener Daten sicherzustellen.

12. Zu Frage 14:

Müssen für die Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten besondere technische sowie organisatorische Zugangssicherungsmaßnahmen getroffen werden? Wie stellt sich dies im Kontext bei Daten mit und ohne Personenbezug dar?

Im Rahmen der Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten hat die Universität dafür Sorge zu tragen, dass Unbefugte keinen Zutritt zu den Datenverarbeitungsanlagen erhalten. Dazu ist zunächst erforderlich, alle Verarbeitungsanlagen des LZA zu erfassen. Darüber hinaus hat sie festzulegen, welche Personen in welchem Umfang Zugang zu den Verarbeitungsanlagen des LZA und dessen IT-Systemen haben dürfen. Des Weiteren sind die Bedingungen und die Form der Identifikation und Authentisierung der Zugriffsberechtigten festzulegen. Hinsichtlich des Zugriffs und der Bearbeitung der Daten ist darüber hinaus genau festzulegen, wie die Authentisierung und Identifikation von Mitarbeitern und Zugriffsgeräten zu erfolgen hat und welche Aktionen bei einer nicht erfolgreichen Authentisierung zu erfolgen haben. Dies kann unter anderem erreicht werden, indem für den Zugriff auf den Datenkatalog und die Eingabe neuer bzw. die Veränderung bereits gespeicherter Daten spezielle Zugriffsrechte entsprechend den Aufgabenfeldern der einzelnen Mitarbeiter zugeteilt werden. Damit könnte nur ein begrenzter und möglichst kleiner Kreis von Mitarbeitern Eingaben vornehmen und die gespeicherten personenbezogenen Daten ändern. Dabei sind die Zugriffsrechte nur insoweit zu erteilen, als die Inhaber der Nutzungsrechte diese auch tatsächlich ihrem Tätigkeitsfeld entsprechend benötigen. So könnten separate Nutzungsrechte für den Zugang zu den Daten, der Eingabe von neuen Daten, der Übertragung der Daten an einen anderen Speicherort, der Veränderung sowie der Löschung der Daten erteilt werden. Die Vergabe, Änderung oder Entziehung dieser Nutzungsrechte darf dabei nur durch autorisierte Personen erfolgen und ist genau zu dokumentieren, damit stets Klarheit darüber herrscht, wie groß der Personenkreis ist, der Zugriff auf die Daten hat und welche Personen er umfasst. Die Datenbestände sind infolge dessen so aufzubereiten, dass bei einer Eingabe in den Datenbestand zunächst geprüft wird, ob die jeweilige Person auf die Daten zugreifen darf, bzw. ob und inwieweit sie Änderungen an den Datensätzen vornehmen darf. Dies kann beispielsweise durch die Einrichtung von Zugriffssicherungen in Form von Passwörtern oder durch chipkartenbasierte oder biometrische Identifikationsverfahren geschehen. Des Weiteren empfiehlt sich in diesem Zusammenhang die Installation eines physikalischen Schreibschutzes,

damit die Daten nicht nachträglich manipuliert werden können. Daneben sollten Regeln für die Aufbewahrung von Datenträgern, wie etwa CD-ROM oder Festplatten, aufgestellt werden, auf denen sich personenbezogene Daten befinden. Neben diesen Maßnahmen, die eine unbefugte Veränderung bzw. einen unbefugten Zugriff verhindern sollen, sollten die archivierten Daten unter Umständen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden, um so etwaige Manipulationen von Datenbeständen möglichst schnell aufzufinden, die trotz aller getroffenen Sicherheitsvorkehrungen unter Umständen nicht verhindert werden können. Ferner sollten Ereignisse im Zusammenhang mit den personenbezogenen Daten protokolliert werden, um so feststellen zu können, zu welchem Zeitpunkt welche Daten von welchem Zugriffsgerä- te aufgerufen bzw. verändert worden sind. Eine Protokollierung sollte ferner hinsichtlich der erteilten Zugriffsrechte erfolgen. Zu beachten ist dabei, dass die vorgenommenen Protokollierungen vollständig und klar aufgebaut sein müssen, um im Ernstfall tatsächlich nachvollziehen zu können, zu welchem Zeitpunkt welche Veränderung von welchem Arbeitsplatz vorgenommen wurde.

13. Zu Frage 15:

Ist bereits absehbar, inwieweit die elektronische Gesundheitskarte und der elektronische Heilberufsausweis Auswirkungen auf die elektronische Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten haben werden? Dies gilt insbesondere im Kontext mit der qualifizierten elektronischen Signatur.

Die elektronische Gesundheitskarte und der elektronisch Heilberufsausweis haben voraussichtlich keine Auswirkungen auf die elektronische Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten. Zwar sieht § 291a Abs. 3 SGB V vor, dass der Heilberufsausweis elektronische Signaturen vergeben können muss. Allerdings regelt die Norm nur die Speicherung und den Zugriff auf der elektronischen Gesundheitskarte. Darüber hinaus macht die Norm weder datenschutzrechtliche noch sonstige Angaben zur Verwendung medizinischer Daten. Abzuwarten bleibt jedoch, welches technische Verfahren für die sogenannte elektronische Patientenakte gewählt wird. Sofern die darin enthaltenen Daten nicht direkt auf der Karte, sondern auf einem zentralen Server gespeichert werden, käme dies technisch den Maßnahmen sehr nahe, die auch im Rahmen der digitalen Langzeitarchivierung getroffen werden, so dass damit einherge-

hende Gesetzesänderungen auch Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Langzeitarchivierung medizinischer Daten durch den LZA-Verbund haben könnten. Dies lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch nicht feststellen. Vielmehr bleibt zunächst abzuwarten, wie der Gesetzgeber auf die relativ weit verbreitete, ablehnende Haltung gegenüber der elektronischen Gesundheitskarte reagieren wird.

Frage 1:

In Bezug auf die rechtliche Bewertung der an der Uni Göttingen produzierten Daten stellen sich folgende Fragen:

- **Unterliegen die produzierten Daten dem Urheberrechtsgesetz (UrhG)?**
- **Wenn ja: Bei wem liegen die jeweiligen Urheber- und Verwertungsrechte?**

A. Vorüberlegungen

Entscheidend für die Beantwortung der folgenden Fragen ist zunächst, ob an den an der Universität Göttingen erhobenen Daten ein urheberrechtlicher Schutz entsteht und, sofern diese Frage zu bejahen ist, wem die aus dem Urheberrecht folgenden Nutzungsrechte daran zustehen. Deshalb soll im Folgenden zunächst geprüft werden, ob wissenschaftliche Primärdaten generell urheberrechtsfähig sind. Dabei ist danach zu differenzieren, ob und wenn ja, in welcher Form, die Daten verkörpert sind. Aus diesem Grund wird bezüglich der Frage des urheberrechtlichen Schutzes von wissenschaftlichen Primärdaten danach differenziert, ob an einem Datum an sich, also dem Ergebnis einer Messung oder eines Versuchs und der daraus resultierenden Erkenntnis ein urheberrechtlicher Schutz entstehen kann (B.) oder ob die Daten auf Papier oder einem digitalen Datenträger verkörpert sein müssen bzw. ob diese Verkörperung bestimmten Anforderungen entsprechen muss, damit ein urheberrechtlicher Schutz entsteht (C.I.). Des Weiteren stellt sich die Frage, welche Auswirkungen es auf die urheberrechtliche Schutzfähigkeit hat, wenn mehrere Daten miteinander kombiniert und beispielsweise in einer Tabelle zusammengefasst werden (C.III.).

B. Urheberrechtlicher Schutz der Daten bzw. wissenschaftlichen Erkenntnissen

Zunächst stellt sich die Frage, ob an den Daten an sich, die als Ergebnis einer Studie oder einer statistischen Untersuchung an der Universität erhoben werden, unabhängig davon, ob und in welcher Form sie gespeichert worden sind, ein rechtlicher Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz (UrhG) entstehen kann. Das UrhG schützt gem. § 1 und 2 individuelle Geisteswerke¹. Dabei folgt nach der heute überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, dass der Werkbegriff eine persönliche Schöpfung des Urhebers mit einem geistigen Gehalt voraussetzt, die eine wahrnehmbare Formgestaltung gefunden hat und in der die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommt². Unabhängig von der Frage der persönlichen geistigen Schöpfung und dem geistigen Gehalt der Daten, muss ein urheberrechtlicher Schutz der Daten an sich, genauer gesagt, der Erkenntnis, die aus einer Messung oder einer Untersuchung folgt, bereits an der fehlenden wahrnehmbaren Formgestaltung ausscheiden. Zwar muss die Formgestaltung nicht schriftlich oder körperlich festgehalten sein, sie muss jedoch wahrgenommen werden können³. Demzufolge scheidet ein urheberrechtlicher Schutz an nicht verkörperten Daten, also an der bloßen Erkenntnis an sich, schon an der fehlenden Wahrnehmbarkeit aus⁴.

C. Urheberrechtlicher Schutz von verkörperten Daten

Ein urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz käme indes in Betracht, sofern die zu archivierenden Daten bereits auf einem Datenträger festgehalten worden sind, was wohl in nahezu allen Fällen gegeben sein wird. Dabei ist zunächst fraglich, ob die Voraussetzungen für einen urheberrechtlichen Schutz bei wissenschaftlichen Primärdaten, die auf einem Datenträger gespeichert sind, vorliegen.

I. Voraussetzungen eines urheberrechtlichen Schutzes

Der urheberrechtliche Schutz eines Werkes ergibt sich aus § 1 und § 2 des Urheberrechtsgesetzes. Gem. § 1 UrhG genießen die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst für Ihre Werke Schutz nach Maßgabe des UrhG. In diesem Zusammenhang zählt § 2 UrhG enumerativ auf, welche Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst insbesondere ge-

¹ *Rehbinder*, Urheberrecht, 15. Aufl. 2008, Rn. 145 f

² *Loewenheim* in Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 2 Rn. 9; *Dreyer* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 12; *Dreier* in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 8 ff.; *A. Nordemann* in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 20; *Erdmann* in FS Gamm, 1990, S. 389, 395 ff.

³ *Loewenheim* in Schrickler, § 2 Rn. 20; *Schulze* in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 13; *A. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 2 Rn. 23.

⁴ So auch *A. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 2 Rn. 23; *Schulze* in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 41; *Loewenheim* in Schrickler, § 2 Rn. 61, 64.

schützt sind. Entscheidend ist also, ob wissenschaftliche Primärdaten unter den Werkbegriff des § 2 UrhG fallen und damit einen urheberrechtlichen Schutz gem. § 1 UrhG genießen.

1. Werkeigenschaft gem. § 2 I Nr. 1 UrhG

Zunächst könnte es sich bei den verkörperten Daten um Sprachwerke i.S.d. § 2 I Nr. 1 UrhG handeln. Unter einem Sprachwerk versteht man dabei solche Werke, bei denen der gedankliche Gehalt mit Mitteln der Sprache ausgedrückt wird, die also der Informationsvermittlung dienen⁵. Bei wissenschaftlichen Primärdaten handelt es sich um Daten, die bei einer Datenerhebung unmittelbar gewonnen werden⁶. Es kann sich dabei also beispielsweise um Werte einer medizinischen Untersuchung, Messergebnisse, allgemeine Ergebnisse oder auch statistische Werte handeln, die im Rahmen einer Befragung gewonnen werden. Unabhängig davon, auf welche Weise oder für welchen Zweck die Daten gewonnen werden, dienen sie doch der Informationsvermittlung, da hier ein gedanklicher Inhalt mit Mitteln der Sprache ausgedrückt wird. Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich bei den Daten oftmals um mathematische Zeichen (wie beispielsweise bei dem Ausdruck eines EKG) oder Zahlen handelt (wie zum Beispiel bei statistischen Werten oder bei den Ergebnissen von medizinischen Messungen), da auch diese ein Sprachwerk i.S.d. § 2 I Nr.1 UrhG darstellen können⁷. Damit könnten wissenschaftliche Primärdaten grundsätzlich ein Sprachwerk i.S.d. § 2 I Nr. 1 UrhG darstellen. Die verkörperten Daten genießen allerdings nur dann urheberrechtlichen Schutz, wenn sie gem. § 2 II UrhG eine persönliche geistige Schöpfung darstellen⁸. Darunter versteht man solche Leistungen, die auf einer menschlich-gestalterischen Tätigkeit des Urhebers beruhen⁹. Die Daten müssten also durch ihre Form oder ihren Inhalt den individuellen Geist des Urhebers ausdrücken¹⁰. Ob eine solche gestalterische Tätigkeit bei wissenschaftlichen Primärdaten vorliegt, erscheint indes fraglich. Eine gestalterische Leistung läge dann vor, wenn die einzelnen Daten ihre Gestalt jeweils dem Tun desjenigen, der sie erhebt, verdanken würden¹¹. Die Tatsache,

⁵ BGH GRUR 1959, 251 - Einheitsfahrtschein; *Ahlberg* in Möhring/Niccolini (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 2 Rn.3; *Loewenheim* in Schrickler, § 2 Rn. 78; *A. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 2 Rn. 54; *Schulze* in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 81.

⁶ Wikipedia abrufbar unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Prim%C3%A4rdaten>.

⁷ RGZ 121, 357, 358 – Rechentabellen; BGH GRUR 1959, 251; OLG Karlsruhe GRUR 1983, 300, 306 - Inkasso-Programm; *A. Nordemann* in Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 9 Rn. 6; *Loewenheim* in Schrickler, § 7 Rn. 79; *Ahlberg* in Möhring/Niccolini, § 2 Rn. 3; *Schulze* in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 81.

⁸ *Ahlberg* in Möhring/Niccolini, § 2 Rn. 43; *Dreyer* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 2 Rn. 12; *Schulze* in Dreier/Schulze; § 2 Rn. 16.

⁹ *Dreyer* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 2 Rn. 17; *A. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 2 Rn. 21; *Loewenheim* in Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Auflage 2006, § 2 Rn. 11.

¹⁰ BGHZ 9, 262, 268; *Ahlberg* in Möhring/Niccolini, § 2 Rn. 53; *Loewenheim* in Schrickler, § 2 Rn. 18; *A. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 2 Rn. 24; *Schulze* in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 23.

¹¹ *Dreyer* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 2 Rn. 19; *Bullinger* in Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Auflage 2009, § 2 Rn. 15; *Loewenheim* in Schrickler, § 2 Rn. 12.

dass zur Erlangung der Daten regelmäßig Apparate, wie beispielsweise Messinstrumente zu Hilfe genommen werden, steht dabei einer persönlichen geistigen Schöpfung allein noch nicht entgegen, da diese Instrumente und Maschinen regelmäßig von einem Menschen eingestellt und bedient werden¹². Jedoch verdanken die einzelnen Daten ihre Gestalt nicht dem Tun desjenigen, der sie erhebt. Vielmehr würden diese Daten bei jeder Person entstehen, die die entsprechende Messung oder den entsprechenden Versuch vornimmt, aus dem die Daten als Ergebnis hervorgehen, und sie auf einem Datenträger oder in analoger Form festhält. Demzufolge drücken die verkörperten Daten gerade nicht den individuellen Geist desjenigen aus, der sie durch Versuche oder Experimente erlangt hat. Vielmehr sind die Daten von vornherein vorgegeben und müssen lediglich festgestellt werden. Dies gilt auch dann, wenn zur Erlangung der Daten eine neuartige Methode eingesetzt wurde, die bis dahin unbekannt war. Dann würden die Daten zwar mit Hilfe dieser Methode gewonnen werden. Die Gestalt der einzelnen Daten würde jedoch auch davon nicht beeinflusst werden. Vielmehr würde das neuartige Verfahren lediglich die Gewinnung der Daten ermöglichen, nicht jedoch ihre Gestalt bestimmen. Damit ist eine persönliche geistige Schöpfung bei wissenschaftlichen Primärdaten grundsätzlich abzulehnen, so dass das einzelne Datum an sich keinen urheberrechtlichen Schutz nach §§ 1, 2 I Nr. 1 UrhG genießen.

2. Werkeigenschaft gem. § 2 I Nr. 5 UrhG

Gem. § 2 Abs. 1 Nr.5 gehören zu den urheberrechtlich geschützten Werken Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden. Unter die zu archivierenden Daten würden im Bereich der medizinischen Fakultät auch Röntgenbilder fallen. Diese könnten gem. § 2 I Nr. 5 UrhG urheberrechtlich geschützt sein. Danach sind Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden, urheberrechtlich geschützt. Unter einem Lichtbildwerk versteht man dabei jedes Bild für dessen Herstellung strahlungsempfindliche Schichten chemisch oder physikalisch durch Strahlung in einer Weise verändert wurden, dass eine Abbildung entsteht und das Bild eine persönliche geistige Schöpfung i.S.d. § 2 II UrhG darstellt¹³. Selbst wenn man jedoch Röntgenbilder unter „ähnliche“ Werke i.S.d. § 2 I Nr. 5 UrhG fassen würde, so ist auch hier wieder fraglich, ob die Röntgenbilder eine persönliche geistige Schöpfung i.S.d. § 2 II UrhG darstellen. Ein menschliches Schaffen kann dabei grundsätzlich bejaht werden, da der Radiologe bzw. die Person,

¹² Bullinger in Wandtke/Bullinger, § 2 Rn. 16; Dreier in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 8; A. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 2 Rn. 21; Loewenheim in Schrickler, § 2 Rn. 13; Ahlberg in Möhring/Niccolini, § 2 Rn. 51.

¹³ BGHZ 37, 1, 6; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 2 Rn. 233; Loewenheim in Schrickler, § 2 Rn. 175; Schulze in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 199.

die die Aufnahme erstellt, über die Position des Patienten und den Winkel entscheidet, in dem das zu röntgende Körperteil bestrahlt wird¹⁴. Allerdings stellt sich auch hier wieder das Problem, dass es an der Individualität des Röntgenbildes fehlen wird. Die Röntgenaufnahme wäre nur dann individuell, wenn sie eine Aussage des Fotografen bzw. desjenigen enthielte, der die Röntgenaufnahme erstellt hat und die auf einer Gestaltung beruht, wie etwa der Auswahl des Motivs oder der Belichtungsdauer¹⁵. Daran fehlt es bei einer Röntgenaufnahme jedoch regelmäßig. Zwar muss der Radiologe stets entscheiden, aus welcher Perspektive er den betroffenen Körperteil bestrahlt, um eine effektive Diagnose zu ermöglichen. Jedoch steckt hinter dieser Auswahl keine Aussage. Vielmehr ergibt sich die Auswahl aus der Natur der Sache, nämlich der für die Diagnose günstigsten Aufnahmeperspektive. Demzufolge fehlt es Röntgenbildern an der, für einen Schutz nach § 2 I Nr. 5 UrhG erforderlichen, persönlichen geistigen Schöpfung.

3. Leistungsrechtlicher Schutz gem. § 72 UrhG

Ein urheberrechtlicher Schutz von Röntgenbildern könnte sich indes aus § 72 UrhG ergeben. Danach werden Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, in entsprechender Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften des Teils 1 geschützt. § 72 UrhG schützt dabei zum einen auf herkömmlicher Technologie hergestellte Fotografien. Aufgrund der Formulierung „Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden“, sind jedoch auch Techniken der Bilderzeugung erfasst, die unter Einsatz strahlender Energie zu fotografieähnlichen Bildern führen, wie dies auch bei Röntgenaufnahmen der Fall ist¹⁶. Röntgenaufnahmen werden also gem. § 72 I UrhG in entsprechender Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften des Ersten Teils des UrhG urheberrechtlich geschützt. Dieser Schutz erlischt gem. § 72 III UrhG fünfzig Jahre nach dem Erscheinen des Lichtbildes bzw. fünfzig Jahre nach der Herstellung, wenn es innerhalb dieses Zeitraums nicht erschienen ist.

4. Werkeigenschaft gem. § 2 I Nr.7 UrhG

Auch wenn Röntgenbilder einen urheberrechtlichen Schutz gem. § 72 I UrhG genießen, stellt sich weiterhin die Frage, ob auch sonstige Daten unter das UrhG fallen und damit geschützt

¹⁴ *Loewenheim* in *Schricker*, § 2 Rn. 178; *A. Nordemann* in *Loewenheim*, § 9 Rn. 131; *ders.* in *Fromm/Nordemann*, § 2 Rn. 197; *Katzenberger*, GRUR-Int. 1989, 116, 118 f.

¹⁵ OLG Köln GRUR 2000, 43, 44 – Klammerpose; OLG Hamburg GRUR 1999, 717 – Wagner-Familienfotos; *Loewenheim* in *Schricker*, § 2 Rn. 177, 179; *A. Nordemann* in *Loewenheim*, § 9 Rn. 134; *ders.* in *Fromm/Nordemann*, § 2 Rn. 196; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 2 Rn. 239.

¹⁶ BGHZ 37, 1, 6; *Vogel* in *Loewenheim*, § 37 Rn. 9; *Loewenheim* in *Schricker*, § 2 Rn. 176; *Schulze* in *Dreier/Schulze*, § 72 Rn. 6; *Kroitzsch* in *Möhring/Niccolini*, § 72 Rn. 3; *Maaßen*, ZUM 1992, 338, 339 f.

sind. In Betracht käme ein Schutz nach § 2 I Nr. 7 UrhG, wonach zu den geschützten Werken insbesondere Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen gehören. Dabei schützt § 2 I Nr. 7 UrhG allerdings nicht den wissenschaftlichen Inhalt der Darstellung, sondern nur deren Formgestaltung. Das wissenschaftliche Gedankengut eines Werkes wird nämlich gerade nicht durch das UrhG geschützt, da die wissenschaftliche Lehre und das wissenschaftliche Gedankengut frei sind¹⁷. Allerdings setzt auch der Schutz nach § 2 I Nr. 7 UrhG voraus, dass das Werk gem. § 2 II UrhG eine persönliche geistige Schöpfung darstellt. Da es daran aber, wie oben bereits festgestellt, regelmäßig fehlen wird, genießen wissenschaftliche Primärdaten grundsätzlich auch keinen urheberrechtlichen Schutz nach § 2 I Nr. 7 UrhG.

II. Ergebnis zu B I.

Aufgrund der fehlenden persönlichen geistigen Schöpfung, scheidet ein urheberrechtlicher Schutz von einzelnen wissenschaftlichen Primärdaten damit grundsätzlich aus. In Betracht kommt lediglich ein leistungsrechtlicher Schutz von Röntgenaufnahmen nach § 72 I UrhG.

III. Urheber- und leistungsrechtlicher Schutz aufgrund der Zusammenstellung und Sammlung von wissenschaftlichen Primärdaten

Sofern Daten erhoben oder gewonnen werden, werden sie in der Regel nicht isoliert gespeichert sondern oftmals im Zusammenhang mit anderen Daten in Tabellen dokumentiert oder angeordnet. Es stellt sich deshalb die Frage, ob ein urheberrechtlicher Schutz, wenn auch nicht an den einzelnen Daten, zumindest dann entsteht, wenn die Daten miteinander kombiniert dargestellt werden.

1. Urheberrechtlicher Schutz gem. § 4 UrhG

Ein urheberrechtlicher Schutz könnte zunächst gem. § 4 Abs. 1 bzw. Abs. 2 UrhG bestehen. Nach dem Wortlaut von Absatz 1 der Vorschrift werden Sammlungen von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung der Elemente eine persönliche geistige Schöpfung sind, unbeschadet eines an den einzelnen Elementen gegebenenfalls bestehenden (oder nicht bestehenden) Urheberrechts oder verwandten Schutzrechts, wie selbständige Werke geschützt. Dabei stellen die in Abs. 2 der Vorschrift

¹⁷BGH GRUR 1985; 1041, 1047 – Inkasso-Programm; GRUR 1991, 130, 132 – Themenkatalog; GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit; *Ahlberg* in Möhring/Niccolini, § 2 Rn. 36; *Schulze* in Dreier/Schulze, § 2 Rn. 223; *Loewenheim* in Schricker, § 2 Rn. 61.

genannten Datenbankwerke einen Unterfall der Sammelwerke dar¹⁸. Insofern könnte, auch wenn nicht, wie oben aufgezeigt, an den einzelnen Daten, ein urheberrechtlicher Schutz an einer Sammlung mehrerer Daten entstehen, wenn diese beispielsweise in einer Tabelle angeordnet oder gesammelt werden. Des Weiteren könnte die Zusammenstellung von Primärdaten die Voraussetzungen einer Datenbank erfüllen und damit dem Leistungsschutzrecht nach § 87a UrhG unterfallen. Dies würde zwar *expressis verbis* nichts daran ändern, dass die in der Tabelle gesammelten Daten für sich immer noch nicht urheberrechtlich geschützt wären, da nur die in der Anordnung oder Auswahl der Daten erbrachte Leistung durch das Urheberrecht geschützt würde¹⁹; allerdings würde im Rahmen einer Archivierung der an der Universität erhobenen Daten die komplette Tabelle und nicht lediglich die darin enthaltenen Daten archiviert werden, so dass die Frage des urheber- bzw. leistungsschutzrechtlichen Schutzes an diesen Datensammlungen für die Frage der Langzeitarchivierung durchaus relevant ist. Deshalb ist im Folgenden festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Sammlung von wissenschaftlichen Primärdaten unter den urheberrechtlichen Schutz des § 4 UrhG bzw. den leistungsschutzrechtlichen Schutz des § 87a UrhG genießt

a) Voraussetzungen des § 4 I UrhG

Damit eine Zusammenfassung von Daten unter den urheberrechtlichen Schutz als Sammelwerk i.S.d. § 4 UrhG fällt müsste es sich dabei also zunächst um eine Sammlung im Sinne von Absatz 1 handeln. Ferner müsste diese Sammlung, wie auch beim Werkbegriff nach § 2 UrhG, eine persönliche geistige Schöpfung darstellen²⁰.

i. Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen

Zunächst müsste es sich bei der Zusammenstellung der Daten um eine Sammlung nach § 4 Abs. 1 UrhG handeln. Dabei erfasst der Schutzbereich der Norm seinem Wortlaut nach ausdrücklich auch Daten²¹. Unter einer Sammlung i.S.d. § 4 Abs. 1 UrhG wird in diesem Zusammenhang jede Zusammenstellung mehrerer Werke, Daten oder anderen unabhängigen Elementen verstanden. Im Rahmen der Erfassung von wissenschaftlichen Primärdaten ist es dabei durchaus denkbar, dass mehrere dieser Daten beispielsweise in Tabellen oder Diag-

¹⁸ *Loewenheim* in Schrickler, § 4 Rn. 28; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 4 Rn. 2; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn.16; *Vogel*, ZUM 1997, 592, 599.

¹⁹ BGH GRUR 1992, 382, 384 – Leitsätze; KG GRUR 1973, 602, 603; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 4; *Loewenheim* in Schrickler, § 4 Rn. 6, 23; *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 4 Rn. 1.

²⁰ *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 4 Rn. 8; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 1; *Loewenheim* in Schrickler, § 4 Rn. 33; *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 4 Rn.12.

²¹ *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 1; *Loewenheim* in Schrickler, § 4 Rn. 6; *Ahlberg* in Möhring/Niccolini, § 4 Rn. 8.

rammen zusammengefasst werden. Meist wird eine solche Zusammenstellung sogar der Regelfall sein, da sich gerade im wissenschaftlichen Bereich der Nutzen dieser Daten vornehmlich aus ihrer Zusammenstellung ergibt. Das Merkmal der Sammlung von Daten wäre damit bei wissenschaftlichen Primärdaten oftmals erfüllt.

ii. Persönliche geistige Schöpfung

Eine bloße Zusammenstellung der Daten genügt indes nicht, verlangt § 4 Abs. 1 UrhG doch, dass die Auswahl oder Anordnung der einzelnen Elemente beziehungsweise Daten eine persönliche geistige Schöpfung darstellt²². Dabei ist an das Tatbestandsmerkmal der „persönlichen geistigen Schöpfung“ der Maßstab des § 2 Abs. 2 UrhG anzulegen²³. Eine persönliche geistige Schöpfung ist danach dann gegeben, wenn die Kombination der im Sammelwerk enthaltenen Elemente besondere Strukturen in deren Auswahl oder Anordnung und das Gewebe der persönlichen geistigen Schöpfung des Sammelwerks erkennen lässt²⁴. Es muss sich also ein neuer geistiger Gehalt ergeben, der über die bloße Summe der in ihr enthaltenen Daten hinausginge²⁵. Dabei dürfen aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung von § 4 Abs. 1 im Lichte von Art. 3 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 96/9/EG (im Folgenden „Datenbankrichtlinie“) andere Kriterien als die Auswahl oder Anordnung der Elemente nicht herangezogen werden, so dass es nicht auf die Qualität oder den ästhetischen Wert der Sammlung ankommt²⁶. Die Zusammenstellung mehrerer Messdaten oder statistischer Werte in einer Tabelle würde demnach nicht automatisch ein Sammelwerk i.S.d. § 4 Abs. 1 UrhG darstellen. Die Kombination der Daten müsste vielmehr eine besondere Struktur in der Auswahl oder Anordnung erkennen lassen. In diesem Zusammenhang setzt das Tatbestandsmerkmal der „Auswahl“ ein Sammeln, Sichten, Bewerten und Zusammenstellen von Daten zu einem bestimmten Thema unter Beachtung besonderer Auswahlkriterien voraus²⁷. So würde es an der erforderlichen Struktur fehlen, wenn die Messwerte eines Versuchs lediglich in der zeitlichen Rei-

²² BT-Drucks. 13/7934 S. 43; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 11, 19; *Loewenheim* in *Schricker*, § 4 Rn. 8; *Ahlberg* in *Möhring/Niccolini*, § 4 Rn. 8; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 4 Rn. 12; *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 4 Rn. 8.

²³ *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 4 Rn. 21; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 19; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 9 Rn. 229.

²⁴ BGH GRUR 1992, 382, 384 – Leitsätze; 1990, 669, 673 – Bibelreproduktion; OLG Hamburg GRUR 2000, 319, 320 – Börsendaten; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 11, 19; *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 4 Rn. 8; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 9 Rn. 229; *ders.* in *Schricker*, § 4 Rn. 8; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 4 Rn. 13.

²⁵ OLG Nürnberg GRUR 2002, 607; *Schulze* in *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 11; *Loewenheim* in *Schricker*, § 4 Rn. 8.

²⁶ *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 4 Rn. 8; *Loewenheim* in *Schricker*, § 4 Rn. 33; *Ahlberg* in *Möhring/Niccolini*, § 4 Rn. 21; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 4 Rn. 14; siehe auch 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 96/9/EG.

²⁷ *Ahlberg* in *Möhring/Niccolini*, § 4 Rn. 15; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 4 Rn. 12; *Loewenheim* in *Schricker*, § 4 Rn. 8; *Berger*, GRUR 1997, 169, 173.

henfolge ihrer Erfassung zusammengestellt würden, ihre Anordnung also logisch vorgegeben wäre²⁸. In diesem Fall würden die Daten zwar gesammelt, jedoch nicht bewertet und anhand dieser Bewertung zusammengestellt. So hat die Rechtsprechung bei einer umfangreichen Sammlung bibliographischer Daten ohne erkennbare konzeptionelle Leistungen²⁹ und bei gesammelten Börsendaten, die auf Berechnungen von Wirtschaftsfaktoren durch Börsenanalysten beruhen³⁰ sowie einem Telefonverzeichnis auf CD-ROM³¹ eine Sammelwerkeigenschaft verneint. Bejaht wurde dagegen die Sammelwerkeigenschaft unter anderem bei Gesetzessammlungen³² oder bei einem aus wissenschaftlichen Beiträgen einzelner Verfasser zusammengestellten Archiv³³. Bei einer Zusammenfassung wissenschaftlicher Primärdaten kommt es jedoch grundsätzlich gerade auf eine vollständige Erfassung der gewonnenen Daten an, sei es bei der Erfassung der Versuchsergebnisse im Rahmen eines wissenschaftlichen Experimentes oder bei der Erfassung von Umfrageergebnissen, da sich in den meisten Fällen verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse nur aus der Gesamtheit der ermittelten Daten ergibt. So ist es kaum vorstellbar, dass bei der Auswahl dieser Daten ein Spielraum besteht und bestimmte Daten bei einer Sichtung aussortiert werden. Auch wird die Anordnung der Daten im Regelfall kraft Natur der Sache vorgegeben sein, wie etwa der zeitlichen Entstehung der Ergebnisse oder der Einordnung von Umfragewerten in bestimmte Gruppen. Aus diesem Grund wird bei einer Zusammenfassung von wissenschaftlichen Primärdaten mangels persönlicher geistiger Schöpfung im Regelfall auch kein urheberrechtlicher Schutz gem. § 4 UrhG an der Sammlung der Daten entstehen.

b) Voraussetzungen des § 4 II UrhG

Des Weiteren wäre ein urheberrechtlicher Schutz an der Datensammlung nach § 4 Abs. 2 UrhG denkbar, sofern die gesammelten Daten ein Datenbankwerk darstellen. Nach der Legaldefinition des § 4 Abs. 2 UrhG ist eine Datenbank ein Sammelwerk, dessen Elemente systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf an-

²⁸ BGH GRUR 2005, 857, 858 – HIT BILANZ; OLG Nürnberg GRUR 2000, 607; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 12; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 4 Rn. 12; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 9 Rn. 229; *ders.* in *Schricker*, § 4 Rn. 8.

²⁹ OLG Hamburg ZUM 1997, 145.

³⁰ OLG Hamburg GRUR 2000, 319 – Börsendaten.

³¹ BGH GRUR 1999, 923 – Tele-Info-CD.

³² OLG Frankfurt GRUR 1986, 242 – Gesetzessammlung.

³³ OLG Frankfurt GRUR 1967, 151 – Archiv; weitere Beispiele siehe bei *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 9 Rn. 230; *ders.* in *Schricker*, § 4 Rn. 13.

dere Weise zugänglich sind. Das Datenbankwerk stellt somit einen Unterfall des bereits oben erörterten Sammelwerks nach § 4 Abs. 1 UrhG dar³⁴.

i. Systematische oder methodische Anordnung der Daten

Dabei folgt aus der Voraussetzung einer systematischen oder methodischen Anordnung, dass die einzelnen Elemente nach bestimmten Ordnungsgesichtspunkten angeordnet sein müssen und nicht lediglich willkürlich angehäuft sein dürfen³⁵. Systematisch ist eine Datensammlung in diesem Zusammenhang dann, wenn sie sich an einer Klassifizierung oder einem Ordnungsschema orientiert³⁶. Methodisch ist die Anordnung hingegen, wenn sie einem bestimmten Plan oder einer bestimmten ordnenden Handlungsanweisung folgt³⁷. Sofern wissenschaftliche Primärdaten gesammelt werden, wird eine solche systematische oder methodische Anordnung wohl in den meisten Fällen vorliegen. Ferner ist es auch denkbar, dass die einzelnen Daten der Sammlung mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind, wie dies etwa bei den medizinischen Daten eines Patienten im Rahmen einer Studie der Fall ist.

ii. Persönliche geistige Schöpfung

Aus dem Verweis in § 4 Abs. 2 auf Abs. 1 folgt jedoch, dass das Datenbankwerk als Unterfall eines Sammelwerkes, ebenfalls eine persönliche geistige Schöpfung darstellen muss. Die bloße Ansammlung der Daten allein reicht demzufolge also nicht für das Vorliegen eines Datenbankwerkes nach § 4 Abs. 2 UrhG aus³⁸. Diese persönliche geistige Schöpfung kann dabei in der Anordnung oder der Auswahl der Daten zum Ausdruck kommen³⁹. Die Auswahl der Daten kann jedoch nur dann zur Schöpfungshöhe beitragen, wenn ein entsprechender Entscheidungsspielraum besteht⁴⁰. An einem solchen Entscheidungsspielraum fehlt es allerdings zu-

³⁴ *Ahlberg* in Möhring/Niccolini § 4 Rn. 10; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 4 Rn. 11; *Marquardt* in Wandtke/Bullinger, § 4 Rn. 8; *Loewenheim* in Loewenheim, § 9 Rn. 243; siehe auch BT-Drucks. 13/7934, S. 34.

³⁵ OLG München GRUR-RR 2001, 228, 229; KG GRUR-RR 2001, 102; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 17; *Loewenheim* in Loewenheim, § 4 Rn. 244; *ders.* in Schricker, § 4 Rn. 35; *Czychowski* in A. Nordemann, § 4 Rn. 35; *Flehsig*, ZUM 1997, 577, 580.

³⁶ A. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 4 Rn. 34; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 17; *Loewenheim* in Schricker, § 4 Rn. 36.

³⁷ *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 17; *Loewenheim* in Schricker, § 4 Rn. 36; *Bullinger* in Wandtke/Bullinger, § 4 Rn. 10.

³⁸ *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 4 Rn. 10, 12; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 19, 11; *Loewenheim* in Loewenheim, § 9 Rn. 245; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 4 Rn. 11;

³⁹ *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 19, 11; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 4 Rn. 8; *Loewenheim* in Loewenheim § 9 Rn. 245; *ders.* in Schricker, § 4 Rn. 34.

⁴⁰ *Loewenheim* in Schricker, § 4 Rn. 34; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 19, 12; *Loewenheim* in Loewenheim, § 9 Rn. 245.

meist in den Fällen von Fachdatenbanken, die auf Vollständigkeit angelegt sind⁴¹. Wie aber bereits unter C.III.1.a)ii. erläutert, ist dies bei der Sammlung wissenschaftlicher Primärdaten gerade der Fall, da es zur Erlangung der wissenschaftlichen Erkenntnisse im Allgemeinen auf die Vollständigkeit der erfassten Daten ankommt, ein Entscheidungsspielraum für die Auswahl also gerade nicht besteht. Insofern wird bei der Sammlung von wissenschaftlichen Primärdaten eine schöpferische Höhe durch die Auswahl der Daten grundsätzlich nicht erreicht werden. Eine Schöpfungsqualität könnte somit nur durch die Anordnung der Daten erreicht werden. Wie aber ebenfalls unter C.III.1.a)ii. verdeutlicht wurde, folgt die Anordnung wissenschaftlicher Primärdaten zumeist gängigen Ordnungskriterien, wie beispielsweise chronologischen oder numerischen Prinzipien, so dass eine schöpferische Gestaltungshöhe grundsätzlich auch nicht durch die Anordnung der Daten in Betracht kommt. Hinzu kommt, dass bei elektronischen Datenbanken die Anordnung im Speichermedium technisch vorgegeben ist oder auf Computerprogrammen beruht, welche gem. § 4 Abs.2 S. 2 UrhG nicht Bestandteile des Datenbankwerks sind⁴². Damit scheidet ein urheberrechtlicher Schutz von Zusammenstellungen wissenschaftlicher Primärdaten als Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG mangels einer persönlichen geistigen Schöpfung grundsätzlich ebenfalls aus.

2. Ergebnis zu III.

Ein urheberrechtlicher Schutz an Tabellen und Sammlungen, in denen wissenschaftliche Primärdaten enthalten sind, entsteht demnach aufgrund der fehlenden persönlichen geistigen Schöpfung grundsätzlich nicht, da derartige Datensammlungen gerade im wissenschaftlichen Bereich meistens auf Vollständigkeit angelegt sind und es bei der Auswahl und Kombination der Daten damit an einem Entscheidungsspielraum fehlt.

IV. Leistungsrechtlicher Schutz gem. § 87a UrhG

Die Sammlung wissenschaftlicher Primärdaten könnte indes einem leistungsrechtlichen Schutz nach § 87b UrhG unterfallen. Nach § 87b Abs. 1 S. 1 UrhG hat der Datenbankhersteller das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Dabei stellt das Kopieren einer Datei auf einen anderen Datenträger, wie es im Rahmen einer digitalen Langzeitarchivierung erforderlich wäre, eine Vervielfältigung i.S.d. § 87b

⁴¹ OLG Düsseldorf MMR 1999, 729, 731; *Loewenheim* in Loewenheim, § 9 Rn. 245; *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 4 Rn. 32; *Loewenheim* in Schrickler, § 4 Rn. 33; *Berger*, GRUR 1997, 169, 174; a.A. *Dreier* in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 12.

⁴² *Loewenheim* in Loewenheim, § 9 Rn. 246; *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 4 Rn. 32; *Berger*, GRUR 1997, 169, 174; *Dreier*, GRUR Int. 1992, 739, 740 f.; *Hoebbel*, CR 1993, 12, 15; *Wiebe*, CR 1996, 198, 201; *Mehring*s, Der Rechtsschutz computergestützter Fachinformationen, 1990, S. 143.

UrhG dar⁴³. So könnte in dem Fall, dass eine Sammlung wissenschaftlicher Primärdaten die Anforderungen an eine Datenbank i.S.d. § 87 b Abs. 1 S.1 UrhG erfüllt, das Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers betroffen sein.

1. Vorliegen einer Datenbank i.S.d. § 87a UrhG

Zunächst müsste es sich bei der Sammlung von Daten um eine Datenbank handeln. Nach § 87a UrhG wäre dies der Fall, wenn die gesammelten Daten systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art und Umfang wesentliche Investition erfordert. Die Definition stimmt demzufolge mit der in § 4 Abs. 2 überein, wobei die Datenbank i.S.d. § 87a UrhG im Gegensatz zum Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG keine persönliche geistige Schöpfung erfordert⁴⁴.

a) Systematische oder methodische Anordnung der Daten

Wie oben bereits unter C.III.1.b)dargelegt, ist es der Regelfall, dass wissenschaftliche Daten, sofern sie gesammelt werden, systematisch oder methodisch angeordnet sind, da sich ja erst aufgrund dieser Anordnung eine Vergleichbarkeit der Daten ergibt und sich so erst fundierte wissenschaftliche Erkenntnisse ziehen lassen. Als Beispiel sei nur eine Sammlung von medizinischen Daten genannt, die während einer Studie erhoben wurden und nach chronologischen Kriterien in einer Tabelle aufgelistet werden, um so etwa Entwicklungen der Blutwerte kenntlich zu machen. Demzufolge wird bei Sammlungen von wissenschaftlichen Primärdaten das Merkmal der systematischen oder methodischen Anordnung regelmäßig erfüllt sein.

b) Zugang zu einzelnen Elementen

Darüber hinaus setzt § 87a UrhG voraus, dass die Daten „einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind“. Einzeln zugänglich wären die Daten dann, wenn der Zugriff durch den Benutzer der Datenbank bestimmungsgemäß von Fall zu Fall auf ein einzelnes Element erfolgt, wie dies beispielsweise der Fall ist, wenn das einzelne Datum durch das Aufschlagen eines Buches, das Blättern in einer Kartei, in der die einzelnen Daten angeordnet sind, durch das Ansteuern auf einer CD-ROM oder durch den Abruf aus einer Online-Datenbank zur Kenntnis genommen werden kann⁴⁵. Dabei stellt § 87a UrhG sowohl

⁴³ Dreier in Dreier/Schulze, § 87b Rn. 4, § 16 Rn. 7 m.w.N.; Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87b Rn. 14; Vogel in Schricker, § 87b Rn. 15.

⁴⁴ Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 4 Rn. 11; Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87a Rn. 11; Dreier in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 20; Loewenheim in Schricker, § 4 Rn. 35a; Vogel in Schricker, § 87a Rn. 16.

⁴⁵ Vogel in Schricker, § 87a Rn. 15; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 87a Rn. 21; Dreier in Dreier/Schulze, § 87a Rn. 8; Decker in Möhring/Niccolini, § 87a Rn. 10; Thum in Wandtke/Bullinger, § 87a Rn. 13.

elektronische und elektrooptische als auch herkömmliche, auf analoger Technik basierende Datenbanken unter Schutz, was an der Formulierung „mit elektronischen oder anderen Mitteln zugänglich macht“, deutlich wird⁴⁶. Insofern wird bei Sammlungen von wissenschaftlichen Primärdaten auch das Merkmal des Zugangs von einzelnen Elementen gem. § 87a UrhG regelmäßig erfüllt sein.

c) Wesentliche Investition

Der leistungsrechtliche Schutz einer Sammlung von wissenschaftlichen Primärdaten als Datenbank i.S.d. § 87a UrhG setzt ferner voraus, dass die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Daten eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert. Insofern gilt es im Folgenden festzustellen, ob bzw. wann eine solche wesentliche Investition bei Datenbanken mit wissenschaftlichen Primärdaten vorliegt. Eine Investition i.S.d. § 87a UrhG kann dabei in der Bereitstellung von finanziellen Mitteln sowie im Einsatz von Zeit, Arbeit, Energie⁴⁷, aber auch in der eingehenden Überprüfung des Inhalts der Datenbank bestehen⁴⁸. Dabei muss die Investition jedoch *expressis verbis* nach Art oder Umfang wesentlich sein. Der Begriff der Wesentlichkeit ist allerdings weder im nationalen Gesetz, noch in der Datenbankrichtlinie 96/9/EG legal definiert wird. Vielmehr hat der deutsche Gesetzgeber die Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs der Rechtsprechung überlassen⁴⁹. Dabei ist die Rechtsprechung zum Begriff der wesentlichen Investition jedoch nicht einheitlich. Wurde teilweise ein erheblicher finanzieller Personal- oder Sachaufwand verlangt⁵⁰, lag in anderen Fällen die Schwelle der Wesentlichkeit sehr niedrig⁵¹. Teilweise ließen es die Gerichte sogar ausreichen, dass die Datenbank regelmäßig aktualisiert wurde⁵². Einigkeit besteht jedoch dahingehend, dass bei der Bestimmung der Wesentlichkeit objektive Kriterien anzulegen sind⁵³. Insofern kommt es im Rahmen von an der Universität gewonnenen Primärdaten, die gesammelt worden sind und damit eine Datenbank i.S.d. § 87a UrhG darstellen könnten, darauf an,

⁴⁶EuGH GRUR Int. 2005, 239, 240 – Fixtures-Fußballpläne I; BGH GRUR 1999, 923, 925 – Tele-Info-CD; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87a Rn. 8; *Thum* in *Wandtke/Bullinger*, § 87a Rn. 14; *Vogel* in *Schricker*, § 87a Rn. 15; *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 87a Rn. 22; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 43 Rn. 6; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 87a Rn. 13; siehe auch 14. Erwägungsgrund der Datenbankrichtlinie.

⁴⁷*Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 87a Rn. 14; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87a Rn. 12; *Vogel* in *Schricker*, § 87a Rn. 28; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 43 Rn. 8; siehe auch 40. Erwägungsgrund der Datenbankrichtlinie.

⁴⁸*Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 87a Rn. 27; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 43 Rn. 8; *Vogel* in *Schricker*, § 87a Rn. 28; siehe auch 55. Erwägungsgrund der Datenbankrichtlinie

⁴⁹ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87a Rn. 15; *Vogel* in *Schricker*, § 87a Rn. 25.

⁵⁰ LG Köln CR 2000, 400, 401; CR 1999, 593; siehe auch *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 87a Rn. 16.

⁵¹ AG Rostock CR 2001, 786.

⁵² LG Köln CR 1999, 593, 594; CR 2000, 400, 401; LG Berlin CR 1999, 388.

⁵³ AG Rostock MMR 2001, 631, 632; LG Köln CR 2000, 400, 401; *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 87a Rn. 30; *Vogel* in *Schricker*, § 87a Rn. 27.

ob bei der Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Daten eine nach Art oder Umfang nach objektiven Kriterien wesentliche Investition erforderlich gewesen ist.

i. Investitionen bei der Datengewinnung

In Betracht kämen in dieser Hinsicht dabei wohl vor allem Investitionen bei der Datengewinnung, wie beispielsweise der Finanzierung einer medizinischen Studie, durch die neue Daten gewonnen werden. Da die Finanzierung dieser Studien zumeist sehr kostenaufwendig ist, wäre das Merkmal der Wesentlichkeit wohl in den meisten Fällen nach allen genannten Ansichten unproblematisch gegeben. Aber auch bei der Gewinnung von Umfragewerten wäre die Wesentlichkeit wohl nicht von vornherein abzulehnen, da zur Durchführung dieser Umfragen in den meisten Fällen ein Zeitaufwand erforderlich ist, der nach objektiven Kriterien auch bei einer stringenten Auslegung der Norm als wesentlich anzusehen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob die Kosten bzw. der Zeitaufwand zur Gewinnung dieser Daten als Investition i.S.d. § 87a UrhG anzusehen sind. Nach Ansicht des EuGH und Teilen der Literatur sind jedoch Kosten, die zur Neugewinnung von Informationen durch wissenschaftliche Untersuchungen oder Messungen neuer Daten entstehen, bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Investition gerade nicht zu berücksichtigen. Als Argument wird dabei angeführt, dass es Schutzzweck der §§ 87a ff. UrhG sowie der Richtlinie 96/9/EG sei, einen Anreiz für die Erstellung von Informationssystemen zu bieten, nicht jedoch die Generierung der Informationen als solche zu schützen⁵⁴. Auch wenn dem von Teilen der Literatur entgegengehalten wird, dass die Kosten für die Erstellung der Datenbank von solchen, die für die Gewinnung der Daten anfallen, oftmals nur schwer abzugrenzen seien, gehe doch in vielen Fällen mit der Informationsgewinnung auch eine ordnende Tätigkeit einher⁵⁵, hat der EuGH in mehreren Entscheidungen solche Kosten, die bei der Neugewinnung von Daten entstehen, nicht als wesentliche Investition i.S.d. § 87a UrhG angesehen und seine Ansicht damit bekräftigt⁵⁶. Insofern kann bei einer Datensammlung ein leistungsrechtlicher Schutz gem. § 87a UrhG nicht schon deshalb angenommen werden, weil die wissenschaftlichen Untersuchungen oder Umfragen, aus denen die in der Datenbank enthaltenen Daten hervorgegangen sind, mit wesentlichen Kosten verbunden waren. Vielmehr entsteht dieser Schutz erst dann, wenn der

⁵⁴ EuGH GRUR 2005, 254, 256 Tz. 40 ff. – Fixtures-Fußballspielpläne II; EuGH C-46/02 Tz. 44 ff.; EuGH GRUR 2005, 252, 253 – Fixtures-Fußballspielpläne I; siehe auch Erwägungsgrund 9, 10 und 12 der RL96/9/EG; Vogel in Schricker, § 87a Rn. 30; ; a.A. Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87a Rn. 19.

⁵⁵ Leistner in FS Dietz, 2001, S. 493

⁵⁶ EuGH GRUR 2005, 254– Fixtures-Fußballspielpläne II; EuGH GRUR 2005, 252 – Fixtures-Fußballspielpläne I.

Datenbank ihre Funktion der Informationsverarbeitung verliehen wird⁵⁷. Es muss demzufolge bei den in Frage stehenden Datenbanken stets geprüft werden, ob Investitionen lediglich im Stadium der Datenerhebung erbracht wurden. Ist dies der Fall, scheidet ein leistungsrechtlicher Schutz nach Ansicht der Rechtsprechung aus. Es kommt demnach darauf an, welche weiteren Tätigkeiten bei der Erstellung einer Datenbank als wesentliche Investition in Betracht kommen. Da bei der Sammlung wissenschaftlicher Primärdaten in den meisten Fällen ausnahmslos alle gewonnenen Daten in die Datenbank eingepflegt werden, scheidet eine wesentliche Investition zur Beschaffung, also einer sichtenden Tätigkeit, in den meisten Fällen wohl aus.

ii. Investition im Rahmen der Darstellung

Allerdings könnte eine wesentliche Investition für die Darstellung der Daten bereits darin liegen, dass Tabellen oder Abfragesysteme erstellt werden, durch die der Einzelzugriff auf die Primärdaten erst möglich wird. Die Erstellung dieser Tabellen erfordert zum einen Zeit, zum anderen werden derartige Tabellen heutzutage meist mit Computerprogrammen erstellt, deren Anschaffungskosten ebenfalls als wesentliche Investition i.S.d. § 87a UrhG anerkannt werden⁵⁸. Darüber hinaus gelten in diesem Zusammenhang auch die Kosten für die Datenträger bzw. das Papier, auf dem die Daten verkörpert sind, als Investition im Rahmen der Datendarstellung⁵⁹.

d) Zwischenergebnis zu C.IV.1.

Somit bleibt festzuhalten, dass in den Fällen, in denen wissenschaftliche Primärdaten in Tabellen, Karteien oder auch Online-Datenbanken eingepflegt wurden, ein leistungsrechtlicher Schutz dieser Datensammlungen nach § 87a UrhG in Betracht kommt. Bei der Frage ob eine wesentliche Investition i.S.d. § 87a UrhG vorliegt, dürfen die Kosten, die bei der Gewinnung der Daten entstanden sind, wie etwa die Finanzierung einer klinischen Studie oder einer statistischen Umfrage, nicht berücksichtigt werden. Vielmehr kommt es darauf an, dass bei der tatsächlichen Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Daten wesentliche Investitionen nach Art oder Umfang getätigt worden sind. Sind wesentliche Investitionen getätigt worden, so hat der Datenbankhersteller gem. § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu

⁵⁷ Vogel in Schricker, § 87a Rn. 30.

⁵⁸ KG CR 2000, 812, 813; Thum in Wandtke/Bullinger, § 87a Rn. 39; Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87a Rn. 20; Vogel in Schricker, § 87a Rn. 29.

⁵⁹ KG ZUM 2001, 70, 71 f.; OLG Dresden, 2001, 595 f.;; Vogel in Schricker, § 87a Rn. 28 f.; Thum in Wandtke/Bullinger, § 87a Rn. 40; a.A. Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87a Rn. 19.

vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben. Soll eine Datenbank zum Zwecke der Langzeitarchivierung digitalisiert werden bzw. soll von der digitalen Datenbank eine Kopie gemacht werden, um diese Kopie zu archivieren, stellt dies eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG dar, so dass die Archivierung nur durch den Datenbankhersteller bzw. nur mit dessen Einverständnis möglich wäre.

e) Datenbankhersteller i.S.d. § 87a UrhG

Demzufolge muss in den Fällen, in denen eine Datenbank unter den leistungsrechtlichen Schutz der §§ 87a ff. UrhG fällt, vor der Archivierung geklärt werden, wer der Datenbankhersteller ist. Als Datenbankhersteller gilt in diesem Zusammenhang derjenige, der die wesentliche Investition bei der Beschaffung, Darstellung oder Überprüfung des Datenbankinhalts vorgenommen hat⁶⁰. Dabei kommt es jedoch nicht zwangsläufig darauf an, wer die Finanzierung übernommen hat oder wer die Tabelle erstellt hat, in welche die Daten eingepflegt wurden⁶¹; vielmehr gilt derjenige als Hersteller der Datenbank, der die Initiative ergreift und das Investitionsrisiko trägt⁶². Im Rahmen von Datenbanken, die an der Universität erhobene Daten beinhalten, werden die notwendigen Arbeiten zur Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Daten von Angestellten der Universität erfolgen, so dass die erforderlichen Lohnkosten von dieser getragen werden. Darüber hinaus wird die Universität auch die Kosten für die zur Erstellung der Datenbanken erforderlichen Computerprogramme tragen. Diese Kosten stellen, sofern sie nicht lediglich zur Datengewinnung notwendig sind, Investitionen i.S.d. § 87a UrhG dar. Demzufolge wird in den meisten Fällen, in denen Investitionen i.S.d. § 87a UrhG getätigt worden sind, die Universität Göttingen Datenbankherstellerin und damit Inhaberin der genannten Leistungsschutzrechte sein. Die Tatsache, dass es sich bei der Universität um eine Stiftung und damit eine juristische Person handelt, steht dem auch nicht entgegen. Im Gegensatz zum Urheberrecht, welches nur natürliche Personen innehaben können⁶³, können Datenbankhersteller nämlich auch juristische Personen sein⁶⁴. Sofern die Universität Datenbankherstellerin wäre, wäre eine Langzeitarchivierung und die damit verbundenen Vervielfäl-

⁶⁰ Dreier in Dreier/Schulze, § 87a Rn. 19; Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87a Rn. 25; Vogel in Schrickler, § 87a Rn. 45.

⁶¹ Decker in Möhring/Niccolini, § 87a Rn. 16; Dreier in Dreier/Schulze, § 87a Rn. 19; Vogel in Schrickler, § 87a Rn. 45.

⁶² Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87a Rn. 25; Decker in Möhring/Niccolini, § 87a Rn. 16; Dreier in Dreier/Schulze, § 87a Rn. 19; siehe auch 41. Erwägungsgrund Satz 2 der RL 96/9/EG.

⁶³ Katzenberger/Loewenheim in Schrickler, § 7 Rn. 2; W. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 7 Rn. 9; Schulze in Dreier/Schulze, § 7 Rn. 2.

⁶⁴ Kothhoff in Dreyer/Kothhoff/Meckel, § 87a Rn. 40; Czychowski in Fromm/Nordemann, § 87a Rn. 25, 27; Dreier in Dreier/Schulze, § 87a Rn. 20.

tigung der Datenbanken durch universitäre Einrichtungen wie etwa Fakultäten somit unproblematisch⁶⁵.

Anders verhält es sich hingegen, wenn nicht die Universität, sondern ein außenstehender Dritter das Investitionsrisiko tragen würde und damit als Datenbankhersteller Inhaber der Leistungsschutzrechte wäre. In diesem Fall bedürfte eine Langzeitarchivierung der Datenbanken und der damit verbundenen Vervielfältigung grundsätzlich der Genehmigung des Datenbankherstellers. Sollte dieser seine Zustimmung verweigern, dürfte die Universität die Datenbanken nicht archivieren. Denkbar wäre auch, dass der Datenbankhersteller für die Genehmigung der Vervielfältigung eine Vergütung verlangt.

2. Ergebnis zu IV.

Werden die an der Universität gewonnenen Primärdaten gesammelt, so können sie aufgrund der vorangegangenen Überlegungen grundsätzlich dem leistungsrechtlichen Schutz der §§ 87a ff. UrhG unterfallen. Allerdings muss jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob eine wesentliche Investition i.S.d § 87a Abs.1 UrhG vorliegt, wobei die Kosten, die bei der Gewinnung der Daten entstanden sind, aufgrund der Rechtsprechung des EuGH nicht zu berücksichtigen sind. Sofern im Einzelfall doch wesentliche Investitionen getätigt worden sind, wird die Universität als Trägerin des Investitionsrisikos im Regelfall Datenbankherstellerin i.S.d. §§ 87a ff. UrhG sein, so dass in Bezug auf die Langzeitarchivierung keine rechtlichen Probleme bestünden. Sofern ausnahmsweise jedoch ein außenstehender Dritter Datenbankhersteller wäre, müsste vor einer Archivierung dessen Genehmigung eingeholt werden, da das Recht der Vervielfältigung gem. § 87b Abs. 1 UrhG dem Datenbankhersteller zusteht. Sofern der Datenbankhersteller in diesen, zugegebenermaßen wohl eher seltenen Fällen seine Zustimmung verweigert oder diese nur gegen Zahlung einer Gebühr erteilen möchte, müsste geprüft werden, ob nicht die Schranke des § 87c Abs.1 Nr. 2 UrhG greift. Dazu müsste die zu archivierende Datenbank zuvor der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sein. Zu beachten ist jedoch, dass die Schranke nach der überwiegenden und überzeugenden Ansicht im Schrifttum nur zur Vervielfältigung eines wesentlichen Teils der Datenbank gestatten würde⁶⁶. Wann noch ein wesentlicher Teil vorliegt und ab wann die Gesamtheit der Datenbank erfasst ist, muss dabei im Einzelfall anhand qualitativer und quantitativer Gesichtspunkte geklärt werden und kann nicht von vornherein pauschal festgelegt werden.

⁶⁵ Für den Fall, dass die Universität nicht Inhaberin der Schutzrechte ist siehe Frage 3/4 B.II.3.

⁶⁶ Zur Schranke des § 87c UrhG siehe unten Frage 3. II.1.b) S. 62 ff.

D. Ergebnis

Damit bleibt festzuhalten, dass bei wissenschaftlichen Primärdaten grundsätzlich kein urheberrechtlicher oder leistungsrechtlicher Schutz entstehen wird. Ausnahmsweise kann jedoch ein leistungsrechtlicher Schutz gem. § 72 Abs. 1 UrhG an Röntgenbildern oder gem. §§ 87b) UrhG an Datensammlungen, wie etwa Tabellen bestehen. Letzterer setzt jedoch voraus, dass im Einzelfall eine wesentliche Investition im Sinne des § 87a UrhG getätigt worden ist. Sofern dies der Fall ist, hat derjenige Inhaber das Leistungsschutzrecht inne, der die besagte Investition getätigt hat. In der Regel dürfte dies die Universität Göttingen als Trägerin der einzelnen Forschungsprojekte sein. Zu beachten ist aber, dass Forschungsprojekte oftmals über sog. Drittmittel finanziert werden, so dass im Einzelfall geprüft werden muss, ob die fördernde Einrichtung nicht die Investition getätigt hat.

Frage 2:

Wer ist für die LZA der Daten verantwortlich, soweit eine rechtliche Pflicht zur Archivierung besteht?

A. Archivierungspflichten für Daten, die an der medizinischen Fakultät gewonnen werden

Sofern eine Pflicht zur Archivierung bestimmter Daten an der Universität bzw. den universitären Einrichtungen besteht, stellt sich die Frage, wer für die Durchführung dieser Archivierung verantwortlich ist. Gesetzliche Aufbewahrungspflichten finden sich dabei vor allem im Bereich der Buchführung⁶⁷, bei Personalsachen⁶⁸, bei Bankunterlagen⁶⁹, Akten der Verwaltung⁷⁰, Gerichtsakten⁷¹ und für medizinische Dokumentationen⁷². Im Rahmen des vorliegen-

⁶⁷ Vgl. bspw. §§ 238 ff. HGB.

⁶⁸ Vgl. bspw. § 623 BGB, § 2 Abs. 1 Satz 3 NachwG.

⁶⁹ Vgl. bspw. § 34 WpHG.

⁷⁰ Vgl. bspw. § 29 VwVfG.

⁷¹ Vgl. bspw. § 298a ZPO.

⁷² Vgl. bspw. § 28 Abs. 4 RöntgV; siehe auch *Roßnagel/Fischer-Dieskau/Jandt/Knopp*, Langfristige Aufbewahrung elektronischer Dokumente, 2007, S. 154 f.

den Sachverhaltes sind dabei vor allem Aufbewahrungs- und Archivierungspflichten von medizinischen Dokumentationen relevant, da diese auf Daten, die innerhalb der medizinischen Fakultät gewonnen werden, Anwendung finden können. In einem ersten Schritt ist somit zu prüfen, welche Archivierungspflichten für Daten aus dem Bereich der medizinischen Fakultät bestehen. Im Anschluss daran ist festzustellen, ob sich die Verantwortlichkeit für die Langzeitarchivierung dieser Daten aus diesen Vorschriften ergibt und falls dies nicht der Fall ist, wie die Verantwortlichkeit dann bestimmt werden kann.

Eine Archivierungs- und Aufbewahrungspflicht für medizinische Dokumentationen ergibt sich dabei zum einen aus § 28 Röntgenverordnung (RöntgV), § 42 Strahlenschutzverordnung (StrlSchV), § 1 Gentechnikaufzeichnungsverordnung (GenTAufzV) sowie aus der standesrechtlichen Regelung des § 10 Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen (BerufsO Ärzte Niedersachsen). Darüber hinaus folgt aufgrund des Persönlichkeitsrechts des Patienten eine ärztliche Dokumentationspflicht als Nebenpflicht aus dem Arzt- oder Krankenhausvertrag⁷³.

I. Dokumentationspflicht gem. § 28 RöntgV

Gem. § 28 Abs. 3 Satz 2 RöntgV sind Röntgenbilder zehn Jahre lang nach der letzten Untersuchung aufzubewahren. Dabei muss jedoch nicht das Original aufbewahrt werden. Vielmehr sieht der Wortlaut von § 28 Abs. 4 RöntgV vor, dass die Röntgenbilder auch als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern aufbewahrt werden können, wenn sichergestellt ist, dass die Wiedergaben der Daten mit den Bildern bildlich übereinstimmen und während der Dauer der Aufbewahrungsfrist verfügbar sind und jederzeit innerhalb angemessener Zeit lesbar gemacht werden können. Demzufolge besteht zwar keine direkte Pflicht, wohl aber die Möglichkeit die Bilder in digitaler Form zu archivieren. Damit stellt sich weiter die Frage, wer für die Archivierung der Röntgenbilder verantwortlich ist. Gem. § 15 Abs. 1 Nr. 4 RöntgV hat der Strahlenschutzverantwortliche dafür zu sorgen, dass die Vorschrift des § 28 Abs. 1 bis 3 Satz 1 und 2 sowie Abs. 4 bis 6 RöntgV eingehalten werden. Darüber hinaus hat auch der Strahlenschutzbeauftragte gem. § 15 Abs.2 Nr.1 RöntgV dafür zu sorgen, dass die in Abs. 1 Nr. 4 genannten Vorschriften, wozu auch § 28 Abs. 4 RöntgV zählt, eingehalten werden. Wer Strahlenschutzverantwortlicher und Strahlenschutzbeauftragter ist, ergibt sich dabei aus § 13 Abs. 1 RöntgV. Strahlenschutzverantwortlicher ist danach, wer einer Genehmigung nach § 3 bzw. § 5 bedarf oder wer eine Anzeige nach § 4 zu erstatten hat. Sofern es sich bei dem Strahlenschutzverantwortlichen um eine juristische Person handelt, werden seine

⁷³ BGH NJW 1978, 2337, 2338 f., *Roßnagel/Fischer-Dieskau/Jandt/Knopp*, S. 85; *Roßnagel/Schmücker*, *Be-weiskräftige elektronische Archivierung*, 2006, S. 27.

Aufgaben gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 RöntgV von der durch Gesetz, Satzung oder Vertrag zur Vertretung berechtigten Person wahrgenommen. Der Strahlenschutzbeauftragte wird dagegen gem. § 13 Abs. 2 RöntgV vom Strahlenschutzverantwortlichen bestellt. Im Rahmen der an der Universitätsklinik erhobenen Daten wäre somit der Universitätsvorstand als gesetzlicher Vertreter der Stiftung Strahlenschutzverantwortlicher. Die Vorstandsmitglieder haben jedoch nicht persönlich für die Einhaltung der in § 15 Abs. 1 Nr. 4 RöntgV und damit für die Dokumentation der Röntgenbilder gem. § 28 Abs. 4 RöntgV zu sorgen. Vielmehr schreibt § 15 Abs. 1 RöntgV vor, dass dies insbesondere durch geeignete Regelungen des Betriebsablaufs und durch Bereitstellung ausreichenden und geeigneten Personals zu erfolgen hat. Demzufolge sind der Vorstand der Universitätsmedizin, sowie die von ihm ernannten Strahlenschutzbeauftragten, dafür verantwortlich, dass Röntgenbilder gem. § 28 Abs. 3 Satz 2 RöntgV aufbewahrt werden, was gem. § 28 Abs. 4 RöntgV auch durch die Wiedergabe auf einem Datenträger mithin einer digitalen Archivierung oder auch Langzeitarchivierung zu erfolgen kann.

II. Dokumentationspflicht gem. § 42 StrlSchV (StrlSchV)

Eine weitere Dokumentationspflicht ergibt sich aus § 42 StrlSchV⁷⁴. Danach sind die Aufzeichnungen nach den §§ 40 und 41 so lange aufzubewahren, bis die überwachte Person das 75. Lebensjahr vollendet hat oder vollendet hätte, mindestens jedoch 30 Jahre nach Beendigung der jeweiligen Beschäftigung. Gem. § 42 Abs. 1 Satz 2 StrlSchV sind die Aufzeichnungen jedoch spätestens 95 Jahre nach der Geburt der betroffenen Person zu löschen. Gem. § 33 Abs. 1 Nr. 2 b) bb) aaa) StrlSchV hat dabei der Strahlenschutzverantwortliche unter Beachtung des Standes von Wissenschaft und Technik zum Schutz des Menschen und der Umwelt vor den schädlichen Wirkungen ionisierender Strahlung durch geeignete Schutzmaßnahmen, insbesondere durch Bereitstellung geeigneter Räume, Ausrüstungen und Geräte, durch geeignete Regelung des Betriebsablaufs und durch Bereitstellung ausreichenden und geeigneten Personals dafür zu sorgen, dass die Vorschrift des § 42 Abs. 1 StrlSchV eingehalten wird. Ähnlich wie bei der oben angesprochenen Pflicht zur Aufbewahrung von Röntgenbildern besteht also auch im Rahmen des § 42 Abs. 1 Satz 1 StrlSchV zwar keine Pflicht, die Aufzeichnungen elektronisch aufzubewahren. Allerdings werden die Aufzeichnungen heutzutage wohl in den meisten Fällen in elektronischer Form vorliegen. Es besteht somit eine, wenn auch zeitlich begrenzte Pflicht zur Archivierung der Daten. Verantwortlicher ist gem. § 33 Abs. 1 StrlSchV der Strahlenschutzverantwortliche, der den Betriebsablauf entsprechend zu regeln

⁷⁴ So auch *Uhlenbruck/Schlund* in Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 59 Rn. 3.

und entsprechendes Personal zur Verfügung zu stellen hat. Strahlenschutzverantwortlicher im Rahmen der StrlSchV ist dabei, wer einer Genehmigung nach § 7 StrlSchV bedarf. Dies dürfte in den vorliegenden Fällen vor allem die Universität als Trägerin des Universitätsklinikums und von Einrichtungen der Physikalischen Fakultät und sonstigen Einrichtungen sein, an denen mit ionisierenden Strahlen gearbeitet wird. Da es sich bei der Universität um eine juristische Personen handelt, werden die Aufgaben des Strahlenschutzverantwortlichen gem. § 31 Abs. 1 Satz 2 StrlSchV durch die Vorstände der Universität wahrgenommen. Demzufolge sind diese auch für die Archivierung der Aufzeichnungen verantwortlich.

III. Dokumentationspflicht gem. § 1 der Verordnung über Aufzeichnungen bei gentechnischen Arbeiten oder über Freisetzungen (GenTAufzV)

Eine Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht besteht ferner gem. § 1 GenTAufzV für denjenigen, der gentechnische Arbeiten oder Freisetzungen durchführt. Die inhaltlichen Anforderungen an diese Aufzeichnungen sind in § 2 GenTAufzV geregelt. Die Form der Aufzeichnungen ist in § 3 der Verordnung geregelt. Dieser sieht in Absatz 2 Satz 1 auch die Möglichkeit einer Aufzeichnung auf einem Bildträger oder anderen Datenträgern vor. Die Dauer der Aufbewahrungspflicht hängt dabei gem. § 4 GenTAufzV von der Sicherheitsstufe der durchgeführten Arbeiten ab und liegt zwischen zehn und dreißig Jahren jeweils nach Beendigung der gentechnischen Arbeiten oder der Freisetzungen. Demnach besteht für die Aufzeichnungen eine Pflicht zur Aufbewahrung. Damit stellt sich, wie auch schon bei den vorangegangenen Normen, die Frage, wer für die Archivierung verantwortlich ist. Die Aufbewahrungspflicht gem. § 1 GenTAufzV richtet sich seinem Wortlaut nach an denjenigen, der „...gentechnische Arbeiten oder Freisetzungen durchführt...“. Dies wäre im vorliegenden Fall die jeweilige Fakultät bzw. das Institut, das Forschungen im Bereich der Gentechnik durchführt. Die einzelnen Fakultäten sind jedoch nicht einzeln rechtsfähig, sondern vielmehr nur nichtrechtsfähiger Teil der Universität, die als Stiftung organisiert ist. Damit ist die Universität Adressatin der Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht. Diese handelt gem. §§ 87, 26 BGB durch ihren Vorstand. Demzufolge wäre auch im Rahmen der GenTAufzV der Vorstand der Universität für die Archivierung verantwortlich. Auch hier gilt aber, dass der Vorstand die Archivierung nicht persönlich vornehmen muss, sondern durch Bereitstellung des notwendi-

gen Personals und der erforderlichen Infrastruktur der Archivierungspflicht nachkommen würde⁷⁵.

IV. Dokumentationspflicht gem. § 10 Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen

Eine weitere (allerdings berufsständische) Dokumentationspflicht im medizinischen Bereich folgt aus der Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen. Gem. § 10 Abs. 1 BerufsO Ärzte Niedersachsen haben Ärzte über die in Ausübung ihres Berufes gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen. Dabei sieht Abs. 3 der Norm eine Aufbewahrungspflicht von zehn Jahren vor, soweit nicht nach gesetzlichen Vorschriften eine längere Aufbewahrungspflicht besteht. Darüber hinaus können sich längere Fristen vor allem daraus ergeben, dass die Informationen noch für spätere Behandlungen des Patienten benötigt werden⁷⁶. Bei Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien sind zwar grundsätzlich zulässig, bedürfen gem. § 10 Abs. 5 Satz 1 der Berufsordnung aber besonderer Sicherungs- und Schutzmaßnahmen, um deren Veränderung, Vernichtung oder unrechtmäßige Verwendung zu verhindern. Auch hierbei handelt es sich demnach genau genommen nicht um eine spezielle Pflicht zur elektronischen Archivierung, sondern einer Pflicht, überhaupt zu archivieren. Dabei ist festzuhalten, dass die Berufsordnung nicht nur Anwendung auf niedergelassene Ärzte Anwendung findet. Vielmehr stellt § 22 der Berufsordnung klar, dass ihre Regeln auch für Ärzte gelten, welche ihre ärztliche Tätigkeit im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ausüben. Die Berufsordnung findet demzufolge auch auf die am Universitätsklinikum Göttingen angestellten Ärzte Anwendung. Diese sind somit gem. § 10 BerufsO Ärzte Niedersachsen standesrechtlich dazu verpflichtet, die in Ausübung ihres Berufes erhobenen Daten aufzubewahren. Im Rahmen von Daten, die durch ärztliche Untersuchungen gewonnen werden, sind demzufolge die Ärzte für eine Archivierung verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit erstreckt sich zwangsläufig auch auf eine elektronische Archivierung, welche heutzutage wohl auch eher den Regelfall als die Ausnahme darstellen wird.

V. Dokumentationspflicht als Nebenpflicht

Darüber hinaus besteht eine Dokumentationspflicht in Form einer Nebenpflicht. Diese wird zum Teil aus dem Krankenhausaufnahme- bzw. Arztvertrag, teilweise auch aus dem Persönlichkeitsrecht des Patienten und aus der ärztlichen Behandlungspflicht hergeleitet. Nach Auf-

⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1980, 2810, 2811; *Schwarz/Schöpl* in Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, Bd. 1, § 31 Rn. 14

⁷⁶ *Roßnagel/Fischer-Dieskau/Jandt/Knopp*, S. 85; *Roßnagel/Schmücker*, S. 86.

fassung der Rechtsprechung handelt es sich der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht um eine „selbstverständliche therapeutische Pflicht“⁷⁷. Dabei stellt die Rechtsprechung an die Form der Dokumentation keine speziellen Anforderungen, so dass auch eine digitale Dokumentation zur Erfüllung der Nebenpflicht zulässig ist⁷⁸. Die Pflicht zur Dokumentation trifft dabei zum einen den behandelnden Arzt, zum anderen auch das Klinikum als Vertragspartner des Krankenhausaufnahmevertrages⁷⁹. Darüber hinaus wird in Rechtsprechung und Literatur die überwiegende Auffassung vertreten, dass unabhängig vom Vorliegen eines Behandlungsvertrags eine allgemeine Verpflichtung zur Dokumentation des Behandlungsgeschehens sowie pflegerischer Maßnahmen besteht⁸⁰.

B. Ergebnis

Eine Dokumentationspflicht für die im Rahmen dieses Gutachtens relevanten wissenschaftlichen Primärdaten ergibt sich demnach grundsätzlich nur für Daten, die am Universitätsklinikum erhoben wurden. Relevant sind dabei vor allem § 28 Abs. 4 RöntgV, § 42 StrlSchV sowie die von Rechtsprechung und Literatur als Nebenpflicht aus dem Krankenhausaufnahmevertrag abgeleitete Dokumentationspflicht. Darüber hinaus folgt aus § 1 GenTAufzV eine Aufzeichnungspflicht für den Fall, dass gentechnische Arbeiten oder Freisetzungen durchgeführt werden, was wohl auch vor allem das Universitätsklinikum aber unter Umständen auch naturwissenschaftliche Fakultäten betrifft. Dabei ist festzuhalten, dass es sich bei diesen Dokumentationspflichten nicht speziell um Pflichten zu einer digitalen Langzeitarchivierung handelt. Allerdings wird das Klinikum bzw. die Universitäten die betreffenden Daten in den meisten Fällen aufgrund des allgemeinen technischen Fortschrittes in digitaler Form und, wie oben aufgezeigt, für einen längeren Zeitraum speichern, so dass von einer digitalen Langzeitarchivierung dieser Daten gesprochen werden kann. Verantwortlich für die Dokumentation von Röntgenbildern und damit auch, sofern sie durchgeführt wird, für eine digitale Archivierung dieser Daten, ist zum einen der Vorstand Universität, zum anderen der oder die Strahlenschutzbeauftragten. Für die Archivierung von Behandlungs- und Untersuchungsdaten sind zum einen der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Universität als auch der jeweilige behandelnde Arzt verantwortlich. Sofern die Daten nicht vom Klinikum, sondern von einer Fa-

⁷⁷ BGH NJW 1978, 2337, 2338 f.; 1986, 2365; 1988, 762, 763; 1987, 1482, 1483.

⁷⁸ *Uhlenbruck/Schlund* in Laufs/Uhlenbruck, § 59 Rn. 11; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 338.

⁷⁹ so auch b; BGH NJW 1988, 762, 763; *Kern*, MedR 2000, 347, 348.

⁸⁰ BGH NJW 1986, 2365, 2366; 1988, 762; OLG Zweibrücken MedR 2000, 233, 235; *Uhlenbruck/Schlund* in Laufs/Uhlenbruck, § 59 Rn. 2; *Kern*, MedR 2000, 347, 348; *Höftberger*, MedR 2000, 505, 508 f.

kultät stammen, muss auch hier der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Universität die notwendigen Maßnahmen treffen, damit eine lückenlose Archivierung der Daten erfolgen kann.

Frage 3/4:

Wie kann das Kopieren/Verändern der Materialien (z.B. im Zuge der Migration oder bei redundanter Speicherung auf mehreren Maschinen) juristisch sicher gestaltet werden? Welche Änderungen müssten in der Gesetzgebung vorgenommen werden? Ist es ausreichend, wenn die Datenproduzenten einer für die Archivierung notwendigen technischen Änderung der Daten im Vorfeld zustimmen? Wie müsste eine solche Zustimmung aussehen, damit der LZA-Betreiber juristisch abgesichert ist?

A. Vorüberlegungen

Im Rahmen der digitalen Langzeitarchivierung ist es in der Regel notwendig, die zu archivierenden Dateien zu kopieren, da die Archivierung auf speziellen Servern bzw. Datenträgern vollzogen wird und mit den ursprünglichen Dateien weiterhin gearbeitet werden muss. Darüber hinaus werden im Rahmen der digitalen Langzeitarchivierung Dateien nicht nur auf einem, sondern zumeist auf mindestens zwei unterschiedlichen Datenträgern archiviert, die unabhängig voneinander bestehen und sich in der Regel an unterschiedlichen Orten befinden, so dass im Falle der Beschädigung oder Zerstörung des einen Datenträgers, immer noch mindestens ein kompletter Datensatz zur Verfügung steht. Des Weiteren kann es im Laufe der Jahre notwendig sein, das Dateiformat der gespeicherten Daten zu ändern, da das ursprüngliche Format inzwischen veraltet ist und man somit nicht mehr bzw. nur noch eingeschränkt auf die Datei zugreifen kann. Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, welche urheber- und leistungsrechtlichen Probleme solche Kopien und Veränderungen mit sich bringen können und wie ein derartiges Vorgehen juristisch sicher gestaltet werden kann. Aufbauend auf den so gewonnenen Ergebnissen soll dann dargelegt werden, ob bzw. inwieweit die momentane Gesetzeslage diesbezüglich geändert werden muss und wie eine entsprechende Vereinbarung zur Einholung der erforderlichen Nutzungsrechte ausgestaltet sein müsste. Da sich die Fragen 3 und 4 inhaltlich überschneiden, werden sie im Folgenden gemeinsam behandelt.

B. Urheberrechtliche und leistungsrechtliche Zulässigkeit der Kopie und Verarbeitung der Daten

Wie in Frage 1 dargestellt, wird der Fall, dass an wissenschaftlichen Primärdaten ein urheberrechtlicher Schutz entsteht, nur selten eintreten. Wenn überhaupt, kommt ein urheberrechtlicher Schutz an Datenbankwerken, in denen die Daten eingefügt wurden, in Betracht. Da jedoch die Möglichkeit der Entstehung eines urheberrechtlichen Schutzes nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Kopie eines Werkes, das ausnahmsweise doch urheberrechtlichen Schutz erlangt hat, zulässig ist. Die gleiche Frage stellt sich für Werke, die einen leistungsrechtlichen Schutz genießen, was, vor allem bei Datenbanken, aber auch bei digitalisierten Röntgenbildern der Fall sein kann.

I. Betroffene Nutzungsrechte

Im Rahmen der urheber- und leistungsrechtlichen Zulässigkeit einer Kopie stellt sich dabei zunächst die Frage, welche Nutzungsrechte hiervon betroffen sein können.

1. Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG

In Betracht kommt zunächst eine Beeinträchtigung des Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG. Der Wortlaut der Norm definiert das Vervielfältigungsrecht als „das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl“. Unter einer Vervielfältigung versteht man dabei „jede körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen“⁸¹. Die Kopie einer Datei bzw. deren Speicherung auf einem anderen Datenträger stellt demzufolge eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG dar⁸². Dabei ist die Anzahl der gefertigten Kopien unerheblich, so dass schon die Erstellung einer einzigen Kopie unter den Vervielfältigungs-begriff des § 16 UrhG fällt⁸³. Die Kopie einer urheber- oder leistungsrechtlich geschützten Datei im Rahmen der Langzeitarchivierung stellt demzufolge eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG dar. Gem. § 15 Abs.1 Nr. 1 UrhG steht dieses Recht jedoch ausschließlich dem Urheber zu. Das Gleiche gilt für den Datenbankhersteller gem. § 87b Abs. 1 Alt.1 UrhG. Dabei

⁸¹ BT-Drucks. IV/270, 47; BGH NJW 1955, 1276; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 16 Rn. 6; *Dustmann* in *Fromm/Nordemann*, § 16 Rn. 9; *Heerma* in *Wandtke/Bullinger*, § 16 Rn. 2.

⁸² BGH GRUR 1999, 325, 327; OLG Frankfurt a.M. CR 1997, 275, 276; KG GRUR 2002, 252, 253; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 20 Rn. 4, 11; *Kroitzsch* in *Möhring/Niccolini*, § 16 Rn. 4;

⁸³ BGHZ 18, 44, 46, *Dustmann* in *Fromm/Nordemann*, § 16 Rn. 10; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 16 Rn. 10; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 20 Rn. 4.

bezieht sich dessen Wortlaut auf den Vervielfältigungsbegriff des § 16 UrhG⁸⁴, so dass es im Ergebnis zunächst keinen Unterschied macht, ob das in Frage stehende Werk eine leistungsrechtlich geschützte Datenbank i.S.d. § 87a UrhG oder eine urheberrechtlich geschütztes Datenbankwerk i.S.d. § 4 Abs. 2 UrhG darstellt. Im Falle der Langzeitarchivierung müsste demnach anhand der unter Frage 1 aufgestellten Kriterien geprüft werden, ob ein urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz an den Daten bzw. den Datensammlungen oder Lichtbildern entstanden ist. In einem zweiten Schritt muss sodann festgestellt werden, wer Urheber bzw. Datenbankhersteller oder Lichtbildner ist. Sofern dies nicht die Universität oder eine ihrer Einrichtungen ist, muss zum Zwecke der Archivierung das entsprechende Nutzungsrecht vom Rechteinhaber eingeholt werden, sofern keine gesetzliche Schranke eingreift oder der urheberrechtliche bzw. leistungsrechtliche Schutz nicht abgelaufen ist⁸⁵.

2. Bearbeitungsrecht gem. § 23 UrhG

Ferner ist hinsichtlich der juristischen Zulässigkeit einer digitalen Langzeitarchivierung entscheidend, inwiefern das Verändern der Daten im Rahmen einer Migration oder Dateikonvertierung urheber- oder leistungsrechtliche Relevanz aufweisen kann. In Betracht kommt in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Bearbeitungsrechts des Urhebers gem. § 23 UrhG⁸⁶. Zwar bedarf gem. § 23 Satz 1 UrhG erst die Veröffentlichung oder Verbreitung eines bearbeiteten Werkes der Einwilligung des Urhebers. Nach Satz 2 ist jedoch bereits für die Herstellung der Bearbeitung oder die Umgestaltung eines Datenbankwerkes die Zustimmung des Urhebers erforderlich. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob das Bearbeitungsrecht nach § 23 UrhG ebenfalls dem Datenbankhersteller zusteht⁸⁷. Dagegen spricht zunächst, dass das Bearbeitungsrecht in § 87b UrhG nicht aufgeführt ist und sich der Schutzzumfang nur auf die Nutzung der in der Datenbank enthaltenen Rechte in unveränderter Form richtet⁸⁸. Dafür könnte allerdings sprechen, dass dem Datenbankhersteller im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung des § 87b UrhG das Bearbeitungsrecht nach § 23 UrhG deshalb zustehen könnte, weil damit eine wesentliche oder eine systematische und wiederholte unwesentliche Entnahme oder Weiterverwendung verbunden ist⁸⁹. Da die Frage noch nicht durch die Rechtsprechung geklärt worden ist, sollte davon ausgegangen werden, dass bei der Archivierung

⁸⁴ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87b Rn. 3; *Vogel* in *Schricker*, § 87b Rn. 16; 22, 27; *Decker* in *Möhring/Niccolini*, § 87b Rn. 3-5; *Thum* in *Wandtke/Bullinger*, § 87b Rn. 34.

⁸⁵ dazu siehe unten B.II.1. S. 58 ff.

⁸⁶ Vgl. *Euler*, AfP 2008, 474, 479.

⁸⁷ Für ein Bearbeitungsrecht des Datenbankherstellers: *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 87b Rn. 20; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87b Rn. 3; a.A. *Thum* in *Wandtke/Bullinger*, § 87b Rn. 10.

⁸⁸ *Vogel* in *Schricker*, § 87b Rn. 9

⁸⁹ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87b Rn. 3.

von Datenbanken das Bearbeitungsrecht nach § 23 UrhG ebenfalls betroffen sein könnte. Des Weiteren muss im Falle einer Datenbank geprüft werden, ob diese nicht gleichzeitig die Voraussetzungen eines Datenbankwerkes erfüllt, da ein Werk gleichzeitig Datenbank i.S.d. § 87a UrhG und Datenbankwerk i.S.d. § 4 Abs. 2 UrhG sein kann⁹⁰. Beim Lichtbildner ergibt sich die Anwendbarkeit von § 23 UrhG hingegen unproblematisch aus dem Verweis in § 72 Abs. 2 UrhG auf die Vorschriften des ersten Teils des UrhG, wozu auch § 23 UrhG zählt⁹¹. Damit ist die Frage, ob eine Migration eine Bearbeitung oder Umgestaltung i.S.d. § 23 Satz 2 UrhG darstellt, für die urheberrechtliche Zulässigkeit und juristisch sicheren Ausgestaltung der digitalen Langzeitarchivierung von wissenschaftlichen Primärdaten von Bedeutung.

Unter einer Bearbeitung versteht man dabei eine Veränderung des Originalwerkes, bei der das Werk geändert bzw. verändert wird, wobei die Veränderung nicht völlig unerheblich sein darf⁹². Bei der Frage, ob im Falle einer Migration oder Konvertierung der Datei eine Bearbeitung im Sinne des § 23 UrhG vorliegt, muss danach differenziert werden, ob sich bei der Überführung in ein anderes Dateiformat der geistige Inhalt des Werkes ändert. Ist dies nicht der Fall, so liegt nach Ansicht der Rechtsprechung grundsätzlich keine Bearbeitung nach § 23 UrhG, sondern lediglich eine Vervielfältigung nach § 16 UrhG vor, da es nicht zu einer Änderung des geistig-ästhetischen Gesamteindrucks des Werkes komme⁹³. Handelt es sich hingegen um eine verlustbehaftete Konvertierung, so wäre das Bearbeitungsrecht nach § 23 UrhG zumindest dann betroffen, wenn die Konvertierung eine weit reichende Beeinträchtigung des Werkes nach sich zöge⁹⁴. Dies wird allerdings in den vorliegend relevanten Fällen von Datenbanken und vor allem bei digitalisierten Röntgenbildern, bei denen es ja gerade auf eine hohe Qualität ankommt, wohl auszuschließen sein, so dass das Bearbeitungsrecht des § 23 UrhG bei der Archivierung wissenschaftlicher Primärdaten in der Regel nicht betroffen sein wird.

⁹⁰ *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 4 Rn. 49; *Vogel* in Schricker, Vor 87a ff. Rn. 32; *Thum* in Wandtke/Bullinger, Vor §§ 87a ff. Rn. 29.

⁹¹ *Schulze* in Dreier/Schulze, § 72 Rn. 16; *Vogel* in Schricker, § 23 UrhG; *Meckel* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 72 Rn. 11, 12.

⁹² BGH GRUR 2002, 532, 534; GRUR 1990, 669, 673 – Bibelreproduktion; GRUR 1994, 41, 43 – Videozeitauswertung; *Loewenheim* in Schricker, § 23 Rn. 6; *A. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 23 Rn. 8.

⁹³ BGH GRUR 2002, 532, 534; GRUR 1990, 669, 673; *Euler*, AfP 2008, 474, 481; a.A. *Hoeren*, Rechtsfragen zu Langzeitarchivierung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulschriften, 2005, S. 7 f., abrufbar unter: <http://www.langzeitarchivierung.de/downloads/mat/hoeren.pdf>.

⁹⁴ *Upmeier*, in: Neuroth/Liegmann/Oßwald/Scheffel/Jehn/Strathmann (Hrsg.), Nestor, Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung, Version 1.2, 2008, S. 2-6, abrufbar unter: http://www.langzeitarchivierung.de/modules.php?op=modload&name=PagEd&file=index&page_id=2#section18; *Heckmann/Weber*, AfP 2008, 269, 274.

3. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG

Des Weiteren könnte das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG betroffen sein. Zu bedenken ist, dass die Dateien nicht lediglich kopiert und archiviert werden, sondern dass ein Beweggrund für eine digitale Langzeitarchivierung auch die Verfügbarmachung gewonnener Daten für außenstehende Wissenschaftler und Forschungseinrichtungen im Rahmen von nationalen und internationalen Kooperationen ist. Damit stellt sich aber die Frage, ob bzw. ab wann dadurch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung betroffen ist. Gem. § 19a UrhG ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung „das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist“. Dabei wird der Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung auch durch die Formulierung „...öffentlich wiederzugeben...“ in § 87b UrhG erfasst⁹⁵. Die folgenden Überlegungen beziehen sich damit sowohl auf Datenbankwerke als auch auf Datenbanken nach § 87a UrhG sowie auf Lichtbilder nach § 72 I, der auf den ersten Teil des UrhG und damit auf § 19a UrhG verweist. Sofern Personen und Institutionen auf die archivierten Daten zugreifen können, wird dies über offene oder geschlossene Netzwerke geschehen, so dass die Daten unabhängig von Ort und Zeit anderen zugänglich sind. Für die Frage, ob das Recht nach § 19a UrhG betroffen ist, kommt es also entscheidend darauf an, unter welchen Voraussetzungen eine Zugänglichmachung an Mitglieder der Öffentlichkeit vorliegt und wann es sich lediglich um eine interne Zugänglichmachung handelt.

a) Begriff der Öffentlichkeit im Sinne des § 19a UrhG

Bei der Bestimmung des Begriffs der Öffentlichkeit im Rahmen von § 19a UrhG kann auf die Legaldefinition in § 15 Abs. 3 UrhG zurückgegriffen werden⁹⁶. Nach § 15 Abs. 3 UrhG ist eine Wiedergabe dann öffentlich, „wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist“. Wer zur Öffentlichkeit gehört, regelt in diesem Zusammenhang § 15 Abs. 3 Satz 2 UrhG. Danach gehört zur Öffentlichkeit jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Eine persönliche Verbundenheit liegt in diesem Zusammenhang dann vor, wenn die Beziehungen zum Verwerter oder untereinander stark genug sind, um das Bewusstsein einer persönlichen

⁹⁵ *Loewenheim* in *Schricker*, § 87b Rn. 28; *ders.* in *Loewenheim*, § 43 Rn. 21; *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 87b Rn. 9; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87b Rn. 3.

⁹⁶ *Dustmann* in *Fromm/Nordemann*, § 19a Rn. 12; v. *Ungern-Sternberg* in *Schricker*, § 19a Rn. 48; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 19a Rn. 9.

Verbundenheit zu begründen⁹⁷. Sofern eine juristische Person das Werk verwertet, kann unter den Teilnehmern aufgrund der persönlichen Beziehung zu der oder den für die juristische Person handelnden Personen eine persönliche Verbundenheit zustande kommen⁹⁸. Demzufolge ist im Einzelfall stets zu prüfen, durch wen und welchem Kreis die Daten zugänglich gemacht werden sollen.

b) Zugänglichmachung der an der Universität Göttingen erhobenen Daten

Geht man davon aus, dass das jeweilige Institut bzw. die jeweilige Forschungsstelle die Daten selbst archiviert und zum Abruf bereit hält, so läge wohl keine öffentliche Zugänglichmachung vor, solange nur die Mitarbeiter dieses Institutes oder der Forschungsstelle auf die Dateien zugreifen könnten. Unter Berücksichtigung der Größe der Einrichtung wäre im Regelfall eine persönliche Beziehung der Mitarbeiter zu der Person, die die Daten archiviert und damit verwertet, grundsätzlich anzunehmen. Etwas anderes würde jedoch gelten, wenn die Daten zentral durch die Universität archiviert würden. In diesem Fall würde die Universität als Verwerter gelten und es käme somit darauf an, ob die Mitarbeiter der Forschungsstelle in enger Verbundenheit zu den Personen, die für die Universität die Verwertung vornähmen, stünden. Dies wäre aber in den meisten Fällen zu verneinen. Der Fall, dass die archivierten Daten nur den Mitarbeitern einer Forschungsstelle zur Verfügung stehen, wird außerdem eher die Ausnahme darstellen. Denn gerade im Rahmen der Langzeitarchivierung wissenschaftlicher Daten soll ja unter anderem erreicht werden, dass diese Daten anderen Wissenschaftlern und Forschungseinrichtungen zukommen, um die Forschung auf einem bestimmten Gebiet weiter voranzutreiben. Aus diesem Grund werden die archivierten Daten in der Regel auch außertehenden Wissenschaftlern im Rahmen nationaler und internationaler Kooperationen zur Verfügung gestellt werden, so dass es, sofern man überhaupt noch einen abgrenzbaren Personenkreis annimmt, an der persönlichen Verbundenheit fehlen wird. Demnach wird also das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Rahmen der digitalen Langzeitarchivierung wissenschaftlicher Primärdaten ebenfalls grundsätzlich betroffen sein.

4. Zwischenergebnis zu A.I

Im Rahmen der digitalen Langzeitarchivierung ist grundsätzlich in jedem Fall das Recht der Vervielfältigung nach § 16 UrhG betroffen, sofern ein urheberrechtlich oder leistungsrechtlich geschütztes Werk kopiert wird. Das besagte Nutzungsrecht steht dabei nicht nur dem Urheber

⁹⁷ Dreier in Dreier/Schulze, § 15 Rn. 43; Dustmann in Fromm/Nordemann, § 15 Rn. 34; v. Ungern-Sternberg in Schricker, § 15 Rn. 76; Heerma in Wandtke/Bullinger, § 15 Rn. 18.

⁹⁸ BGH GRUR 1975, 33, 34; Dreier in Dreier/Schulze, § 15 Rn. 43; v. Ungern-Sternberg in Schricker, § 15 Rn. 73.

eines Werkes zu, sondern gem. § 72 UrhG und § 87b UrhG auch dem Lichtbildner und dem Datenbankhersteller.

Das Recht der Bearbeitung gem. § 23 UrhG wird indes, wenn überhaupt, nur in den seltensten Fällen relevant sein. Zum einen liegen, wenn überhaupt ein schutzfähiges Werk besteht⁹⁹, mangels geistig schöpferischer Tätigkeit in der überwiegenden Zahl der Fälle keine Datenbankwerke oder andere urheberrechtlich geschützte Werke, sondern meist nur Datenbanken nach § 87a UrhG vor, die lediglich einen leistungsrechtlichen Schutz genießen. Der Schutz vor einer Bearbeitung zählt jedoch nach umstrittener Ansicht wohl nicht dazu. Zum anderen wird auch in den Fällen, in denen ausnahmsweise doch ein Datenbankwerk oder ein Lichtbild vorliegt, bei einer Datenmigration keine solche qualitative Beeinträchtigung vorliegen, dass eine Bearbeitung im Sinne des § 23 UrhG gegeben ist.

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG wird indes in den meisten Fällen betroffen sein, da ein Ziel der Langzeitarchivierung die Verbreitung der gewonnenen Daten an andere Wissenschaftler und Forschungseinrichtungen ist. Eine Ausnahme käme jedoch dann in Betracht, wenn die Daten durch eine Forschungsstelle selbst archiviert würden und nur die Mitarbeiter der Forschungsstelle Zugriff auf die archivierten Dateien hätten. Allerdings wäre auch in diesen Fällen stets zu prüfen, ob die Zahl der Mitarbeiter nicht doch so groß ist, dass es an einer persönlichen Verbundenheit zum Verwerter mangelt und damit eine Zugänglichmachung gegenüber der Öffentlichkeit gem. § 19a UrhG vorliegt.

II. Erlangung der Erlaubnis zur Nutzung

Sofern im Einzelfall in eines der oben aufgeführten Nutzungsrechte durch die Archivierung eingegriffen wird, müsste die Universität bzw. die die Archivierung durchführende Einrichtung prüfen, ob die Verwertung des Werkes das Verwertungsrecht des Urhebers verletzt. Grundsätzlich hat der Urheber gem. § 15 Abs. 1 UrhG das ausschließliche Recht, sein Werk zu verwerten. Gleiches gilt aufgrund der Verweisung in § 72 UrhG auf den ersten Teil des UrhG für den Lichtbildner. Bei Datenbanken steht dem Datenbankhersteller gem. § 87b hingegen das ausschließliche Recht zu, die Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Sofern die Universität nicht selbst als Urheber des Werkes bzw. Datenbankhersteller im Sinne des § 87a UrhG anzusehen wäre, würde die Nutzung des Werkes somit eine Verletzungshandlung darstellen, die zivil- und auch strafrechtliche Konsequenzen

⁹⁹ Dies wird, wie in Frage 1 festgestellt, äußerst selten sein. S. oben S. 32.

zen nach sich ziehen könnte¹⁰⁰. Dies wäre jedoch dann nicht der Fall, wenn die Universität zur Verwertung berechtigt wäre. Eine solche Berechtigung könnte zum einen aus einer gesetzlichen Schranke folgen. Dies sind Vorschriften, die den Inhalt des Urheberrechts oder den leistungsrechtlichen Schutz zugunsten der Allgemeinheit, der Kulturwirtschaft oder auch einzelner Nutzer beschränken¹⁰¹ (dazu 1.). Sofern keine Schranke eingreift, müsste sich die Universität die entsprechenden Nutzungsrechte, die von der Archivierung betroffen sind, vom Rechtsinhaber einholen. Dies wird in den meisten Fällen der Urheber bzw. der Datenbankhersteller oder Lichtbildner sein, sofern er die Rechte nicht bereits an einen Dritten übertragen hat. Dabei geht das Gesetz in § 31 Abs. 1 UrhG ausdrücklich davon aus, dass Nutzungsrechte an einem Werk einem anderen eingeräumt werden können. Dies folgt für die Rechte an Lichtbildern aus dem Verweis in § 72 UrhG. Auch das Recht des Datenbankherstellers ist als verwandtes Schutzrecht frei übertragbar¹⁰². Dazu muss aber zunächst die Identität des Rechteinhabers ausfindig gemacht werden. Dies dürfte in der Regel noch recht unproblematisch sein, da die Daten an der Universität bzw. in den Universitätseinrichtungen erhoben wurden und der Inhaber demzufolge oftmals ein an der Universität forschender Wissenschaftler bzw. gerade im Rahmen von Datenbanken, eine finanzierende Stelle sein wird. Darüber hinaus müsste der Rechteinhaber der Einräumung der relevanten Rechte aber auch zustimmen, weshalb die Universität bei der Durchführung der digitalen Langzeitarchivierung auf die Kooperationsbereitschaft der Rechteinhaber angewiesen wäre.

Sofern keine Schranke greift, stellt sich damit die Frage, ob nicht unter Umständen eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Nutzungsrechtseinräumung für den Urheber bzw. den Inhaber der Leistungsschutzrechte besteht (dazu 2.). In diesem Fall müsste der Rechteinhaber eine entsprechende Vereinbarung mit der Universität schließen. Ist jedoch auch dies nicht der Fall, bleibt nur noch die Möglichkeit, dass der Inhaber der Verwertung freiwillig, wobei hier stets geprüft werden muss, ob eine zivilrechtliche Verpflichtung zur Nutzungsrechtseinräumung nicht aufgrund eines bestehenden Arbeitsverhältnisses zwischen Rechteinhaber und Universität besteht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche formalen und materiellen Anforderungen an eine solche Rechteeinräumung zu stellen sind (dazu 3.).

¹⁰⁰ Vgl. nur § 97 UrhG oder zur Strafbarkeit § 106 UrhG.

¹⁰¹ *Rehbinder*, Rn. 432.

¹⁰² *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Vor. §§ 87a ff. Rn. 2; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 87a Rn. 41; siehe auch Art. 7 Abs. 3 der Datenbankrichtlinie 96/9/EG.

1. Gesetzliche Schranken

Zunächst ist zu prüfen, ob die Rechte des Urhebers bzw. des Inhabers der Leistungsschutzrechte einer gesetzlichen Schranke unterliegen. Dabei ist zum einen zwischen den urheberrechtlichen Schranken der §§ 44a ff. UrhG, die aufgrund der Verweisung des § 72 UrhG auch auf die Rechte des Lichtbildners Anwendung finden (dazu a)) und den speziellen leistungsschutzrechtlichen Schranken des § 87c UrhG zu unterscheiden (dazu b)).

a) Urheberrechtliche Schranken der §§ 44a ff. UrhG

Im Rahmen der urheberrechtlichen Schranken kommen hinsichtlich der Vervielfältigung des Werkes grundsätzlich die Schranken der §§ 44a, 53, 55a UrhG in Betracht. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung könnte dagegen durch die Schranke des § 52a UrhG beschränkt sein.

i. Schranke des § 44a UrhG

Zunächst könnte hinsichtlich der Vervielfältigung der urheber- oder leistungsschutzrechtlich geschützten Daten die Schranke des § 44a UrhG greifen. Diese bezieht sich ihrem Wortlaut nach jedoch nur auf vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, nicht jeden technischen Vervielfältigungsvorgang, der im Wege der Onlineübermittlung geschützter Werke in Zwischenspeichern oder Routern erforderlich ist, unter das Vervielfältigungsrecht des Urhebers fallen zu lassen¹⁰³. Im Rahmen der digitalen Langzeitarchivierung wird die zu archivierende Datei beim Speichern auf dem Datenträger jedoch gerade dauerhaft vervielfältigt. Dabei können sicherlich auch flüchtige Vervielfältigungen auftreten, so etwa, wenn die Datei mittels eines Netzwerkes an den Server der Archivierungseinrichtung gesendet wird. Hinsichtlich dieser Vervielfältigungen könnte § 44a UrhG somit durchaus greifen. Die im Mittelpunkt dieser Betrachtung stehende (dauerhafte) Speicherung der zu archivierenden Datei auf einem anderen Speichermedium ist indes von dauerhafter Natur, so dass § 44a UrhG diesbezüglich keine Anwendung findet.

ii. Schranke des § 53 UrhG

In Betracht kommt ferner die Schranke des § 53 UrhG. Dabei scheidet Abs. 1 der Vorschrift von vornherein aus, da er seinem Wortlaut nach lediglich auf Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch durch eine natürliche Person abstellt. Ein privater Gebrauch liegt nämlich nur dann vor, wenn das Vervielfältigungsstück von der Personen, welche es herstellt oder herstellen lässt, zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnissen, also zu außerberuflichen und außerer-

¹⁰³ Dreier in Dreier/Schulze, § 44a Rn. 1; Melichar/Loewenheim in Schricker, § 44a Rn. 1; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 44a Rn. 5.

werbswirtschaftlichen Zwecken gebraucht wird¹⁰⁴. Sofern hier überhaupt die Vervielfältigungshandlung einer natürlichen Person anzunehmen ist und nicht der Universität Göttingen als Stiftung und damit juristischer Person, wird die vervielfältigte Datei ja gerade nicht zu außerberuflichen Zwecken, sondern im Rahmen der beruflichen Tätigkeit der Wissenschaftler benötigt. Es fehlt also an der Tatbestandsvoraussetzung des privaten Gebrauchs.

(1) § 53 Abs. 2 Nr. 1

Allerdings könnte § 53 Abs. 2 UrhG Anwendung finden. Gem. § 53 Abs. 2 Nr.1 UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch herzustellen, oder herstellen zu lassen, soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist. Dabei ist das Merkmal des wissenschaftlichen Gebrauchs, d.h. einem methodisch-systematisch ausgerichteten Streben nach Erkenntnis¹⁰⁵, in den vorliegend relevanten Fällen unproblematisch gegeben, bezieht sich die vorliegende Untersuchung doch ausschließlich auf wissenschaftliche Primärdaten. Jedoch ist zweifelhaft, ob das Vervielfältigungsstück zum „eigenen“ wissenschaftlichen Gebrauch hergestellt wird. Wie oben bereits dargestellt¹⁰⁶, sollen die Daten nicht lediglich archiviert werden, damit anschließend die jeweilige Forschungsstelle darauf zugreifen kann. Vielmehr soll ein Austausch mit anderen Wissenschaftlern und Forschungseinrichtungen auf nationaler und internationaler Ebene erfolgen. § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UrhG greift aber nicht, sofern die Vervielfältigungsstücke nicht ausschließlich für den internen Gebrauch hergestellt werden¹⁰⁷. Demzufolge sind Vervielfältigungen im Rahmen der digitalen Langzeitarchivierung auch nicht nach § 53 Abs. 2 Nr.1 UrhG zulässig.

(2) § 53 Abs. 2 Nr. 2

Des Weiteren kommt die Schranke des § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG in Betracht. Danach ist die Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke zur Aufnahme in ein eigenes Archiv zulässig, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die besagte Vorschrift gem. § 53 Abs. 5 Satz 1 UrhG keine Anwendung auf Datenbankwerke

¹⁰⁴BGH GRUR 1997, 459, 461 – CB-infobank I; 1981, 355, 358 – Video-Recorder; 1978, 474, 475 – Vervielfältigungsstücke (zum früheren Begriff des persönlichen Gebrauchs, der aber mit dem Begriff des privaten Gebrauchs gleichgesetzt wird); siehe auch BT-Drucks. IV/270, S. 70; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 31 Rn. 21; *ders.* in *Schricker*, § 53 Rn. 12; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 53 Rn. 15.

¹⁰⁵*Loewenheim* in *Schricker*, § 53 Rn. 22; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 53 Rn. 51; *Lüft* in *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 25.

¹⁰⁶Siehe die Ausführungen unter A.I.3.

¹⁰⁷*Loewenheim* in *Loewenheim*, § 31 Rn. 27; *ders.* in *Schricker*, § 53 Rn. 17; *Lüft* in *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 24; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 53 Rn. 39; siehe auch BT-Drucks. 10/837, S.9.

findet, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind¹⁰⁸. Sofern es sich also bei den archivierten Dateien um Datenbankwerke handelt, sind deren Elemente mit Hilfe elektronischer Hilfsmittel zugänglich. Damit findet 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG auf diese aber von vornherein keine Anwendung. Zu prüfen bleibt demnach, ob die Schranke auf Lichtbilder, die an der Universität digitalisiert wurden und archiviert werden sollen, wie etwa Röntgenbilder, Anwendung findet. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei dem Langzeitarchiv, das an der Universität angelegt werden soll, um ein Archiv im Sinne des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG handelt. Darunter versteht man eine nach sachlichen Gesichtspunkten vorgenommene Sammlung und Aufbewahrung von Geistesgut jeglicher Art¹⁰⁹. Sofern die an der Universität Göttingen erhobenen wissenschaftlichen Primärdaten archiviert werden, stellt dies eine solche Sammlung von Geistesgut dar, die auch nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgt. Demzufolge handelt es sich bei dem geplanten Langzeitarchiv um ein Archiv im Sinne des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG. Wie aber auch bereits bei § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UrhG ist auch hier wieder problematisch, dass es sich um ein „eigenes“ Archiv handeln muss. Dies ist aber wiederum nur dann der Fall, wenn es sich um ein betriebsinternes Archiv handelt, da ein Archiv, das auch Dritte benutzen können, nicht unter die Schranke des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 fällt¹¹⁰. Sofern die archivierten Daten also auch außenstehenden Wissenschaftlern und Forschungseinrichtungen zur Verfügung gestellt werden, handelt es sich bei dem Langzeitarchiv demnach nicht mehr um ein „eigenes“ Archiv im Sinne des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG. Damit stellt sich die Frage, ob die Archivschränke wenigstens dann greifen würde, wenn die Daten ausschließlich den Mitarbeitern der Universität zur Verfügung stünden. Wäre dies der Fall, so könnten beispielsweise digitalisierte Röntgenbilder zumindest für Mitarbeiter der Universität bzw. der Forschungsstellen zugänglich gemacht werden, auch wenn der Urheber der Universität nicht das erforderliche Nutzungsrecht zur Vervielfältigung einräumt. In diesem Fall wäre die Vervielfältigung nämlich nach § 53 Satz 1 Abs. 2 Nr. 2 UrhG unter Umständen zulässig. Dazu müssten jedoch auch die restlichen Tatbestandsvoraussetzungen der Norm vorliegen. So müsste für die Vervielfältigung nach dem Wortlaut von § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG ein „eigenes Werkstück“ verwendet werden. Dies wäre im Regelfall wohl unproblematisch, da sich die als Vorlage dienenden Werkstücke, wie beispielsweise Röntgen-

¹⁰⁸ Euler, AfP 2005, 474, 477.

¹⁰⁹ BGH GRUR 1999, 324, 327 – Elektronische Pressespiegel; 1997, 459, 461 – CB-infobank I; Dreier in Dreier/Schulze, § 53 Rn. 27; Loewenheim in Schricker, § 53 Rn. 24; ders. in Loewenheim, § 31 Rn. 29.

¹¹⁰ BGH GRUR 1997, 459, 461 – CB-infobank I; LG Hamburg CR 1996, 734, 735; Dreier in Dreier/Schulze, § 53 Rn. 27; Dreier in Dreier/Kotthoff/Meckel, § 53 Rn. 60; Loewenheim in Schricker, § 53 Rn. 25; Lüft in Wandtke/Bullinger, § 53 Rn. 30; Euler, AfP 2008, 474, 477.

bilder, regelmäßig im Eigentum der Universität befinden werden. Aber auch von der SUB erstellte Digitalisate befinden sich im Regelfall im Eigentum der Universität, so dass die Voraussetzung eines „eigenen Werkstückes“ grundsätzlich gegeben sein wird.

Darüber hinaus müsste die Archivierung jedoch auch geboten sein¹¹¹. In der Gesetzesbegründung wurde dafür als Beispiel die Aufnahme eines Bibliothekenbestandes auf Mikrofilm genannt, um Platz zu sparen¹¹². Die Archivierung darf nach der Begründung aber beispielsweise nicht dazu dienen, den Bibliotheksbestand zu erweitern¹¹³. Der deutsche Gesetzgeber hat insoweit also keinen Gebrauch von der Möglichkeit des Art. 5 Abs. 2 c) der Europäischen Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts gemacht. Sofern an der Universität Göttingen erhobene Primärdaten bzw. in der Staats- und Universitätsbibliothek erstellte Digitalisate archiviert werden, soll dies zur langfristigen Sicherstellung dieser Daten für Forschung und Wissenschaft dienen, womit klassische Archivierungszwecke verfolgt würden. Solange die Archive also nicht zu gewerblichen Zwecken unter Verfolgung kommerzieller Ziele angelegt werden, dürfte die Vervielfältigung auch geboten sein¹¹⁴. Somit würde die Schranke des § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG zumindest hinsichtlich der Vervielfältigung von Lichtbildern greifen, sofern das Archiv nur zu betriebsinternen Zwecken genutzt würde. Da dies in der Regel aber nicht der Fall sein wird, scheidet § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG als Schranke für die Archivierung an der Universität Göttingen grundsätzlich aus.

iii. Dauer des urheberrechtlichen Schutzes

Hinsichtlich des urheberrechtlichen Schutzes ist jedoch ferner zu beachten, dass dieser zeitlich begrenzt ist. Gem. § 64 UrhG erlischt das Urheberrecht nämlich siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers. Dabei beginnt die Frist gem. § 69 UrhG mit Ablauf des Jahres, in dem der Urheber verstirbt. Sofern also ausnahmsweise ein urheberrechtlich geschütztes Werk etwa in Form eines Datenbankwerkes vorliegt und die Universität nicht Inhaberin der Nutzungsrechte ist, sollte im Einzelfall geprüft werden, ob der Urheber nicht bereits länger als siebenzig Jahre verstorben ist. Allerdings wird dies in den vorliegend relevanten Fällen wohl so gut wie nie zutreffen.

¹¹¹ Euler, AfP 2008, 474, 477.

¹¹² BT-Drucks. IV/270 S. 73; Euler, AfP 2008, 474, 477.

¹¹³ BT-Drucks. IV/270 S. 73; Euler, AfP 2008, 474, 477.

¹¹⁴ Vgl. Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 53 Rn. 54; Loewenheim in Schrickler, § 53 Rn. 26; Lüft in Wandtke/Bullinger, § 53 Rn. 28 f.

b) Beschränkung des leistungsrechtlichen Schutzes

Das Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers wird ebenfalls gesetzlich beschränkt. Dabei sind die Schranken der §§ 45 ff. UrhG nicht anwendbar, da diese sich ausschließlich auf das Urheberrecht und nicht auf verwandte Schutzrechte, wie dem Recht des Datenbankherstellers beziehen¹¹⁵. Vielmehr sieht das Gesetz in § 87c UrhG spezielle Schranken für die Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank unter bestimmte Voraussetzungen als zulässig an. Zum anderen werden die Rechte des Datenbankherstellers durch § 87d UrhG zeitlich begrenzt. Sofern nicht die Universität, sondern ein außenstehender Dritter Datenbankhersteller ist, wäre somit zu prüfen, ob es dessen Zustimmung zur Archivierung überhaupt bedarf oder ob seine Rechte nicht einer der Schranken des § 87c UrhG unterliegen oder gem. § 87d UrhG bereits erloschen sind.

i. Öffentliche zur Verfügungstellung der Datenbank

Dabei greift die Schranke des § 87c UrhG jedoch nicht bei allen Datenbanken. Vielmehr folgt aus Art. 9 der Datenbankrichtlinie im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung von § 87c UrhG, dass die dort aufgeführten Schranken nur auf bereits der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellten Datenbanken Anwendung finden¹¹⁶. Demzufolge beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen nur auf solche Datenbanken, die vor ihrer Archivierung bereits öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Dabei folgt aus § 87b UrhG, dass eine solche öffentliche zur Verfügungstellung nur durch den Datenbankhersteller bzw. nur mit dessen Genehmigung erfolgen kann¹¹⁷. Insofern stellt sich zunächst die Frage, was unter einer öffentlichen zur Verfügungstellung zu verstehen ist. In diesem Zusammenhang ist ein Rückgriff auf den Öffentlichkeitsbegriff des § 6 UrhG möglich¹¹⁸. Danach wäre die Datenbank der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, wenn vom Datenbankherstellers die Möglichkeit geschaffen wurde, dass die Allgemeinheit das Werk wahrnehmen kann¹¹⁹. Demzufolge müsste im Einzelfall jeweils geprüft werden, ob dies auf die Datenbank, die archiviert werden soll (und deren Herstellerin

¹¹⁵OLG Dresden ZUM 2001, 595, 597; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 87c Rn. 1; *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 87c Rn. 18; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 87c Rn. 1; *Vogel* in Schrickler, § 87c Rn. 1.

¹¹⁶*Loewenheim* in Loewenheim, § 43 Rn. 24; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 87c Rn. 4; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 87c Rn. 3. *Vogel* in Schrickler, § 87c Rn. 6.

¹¹⁷EuGH GRUR 2005, 244, 249 Tz. 62; *Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 87c Rn. 3; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 87c Rn. 4; *Thum* in Wandtke/Bullinger, § 87c Rn. 17.

¹¹⁸*Czychowski* in Fromm/Nordemann, § 87c Rn. 2; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, 2000, S. 198, 202 Fn. 948; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 87c Rn. 3;

¹¹⁹LG Frankfurt GRUR 1987, 168, 169 – Krankheiten auf Rezept; KG NJW 1995, 3392, 3393 – Botho Strauß; OLG Frankfurt ZUM 1996, 697, 701 – Yellow Submarine; *Marquardt* in Wandtke/Bullinger, § 6 Rn. 5; siehe zum Begriff der Öffentlichkeit auch *W. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 6 Rn. 10.

nicht die Universität ist) zutrifft. Nur wenn dies der Fall ist, kommt überhaupt eine Schranke des § 87c Abs.1 Nr.1-3 in Betracht.

ii. Schranke des § 87c Abs.1 Nr. 1 UrhG

Gem. § 87c Abs. 1 Nr. 1 UrhG ist eine Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank zum privaten Gebrauch zulässig. Dies gilt gem. § 87c Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 UrhG nicht für eine Datenbank, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind. Danach findet die Schranke seinem Wortlaut nach schon keine Anwendung auf die hier relevanten Fälle, da es sich in der Regel um Datenbanken handeln wird, auf die mit Hilfe elektronischer Mittel zugegriffen wird. Daneben handelt es sich bei der Langzeitarchivierung durch die Universität bzw. eine universitäre Einrichtung auch nicht um einen privaten Gebrauch. Ein solcher liegt nämlich nur dann vor, wenn das Vervielfältigungsstück von der Person, die es herstellt oder herstellen lässt, zu außerberuflichen und außererwerbswirtschaftlichen Zwecken, also nur der Befriedigung rein persönlicher Interessen gebraucht werden soll¹²⁰. Dies ist bei einer Langzeitarchivierung im universitären Bereich allerdings gerade nicht der Fall.

iii. Schranke des § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG

Des Weiteren könnte jedoch die Schranke des § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG greifen. Danach ist eine Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch zulässig, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und der wissenschaftliche Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt. Dabei liegt ein wissenschaftlicher Gebrauch bei einem methodisch-systematischen Streben nach Erkenntnis vor¹²¹. Die Archivierung der hier behandelten Datenbanken, die an der Universität Göttingen erstellt worden sind, dient eindeutig dem methodisch-systematischen Streben nach Erkenntnis, ist doch Sinn und Zweck der Langzeitarchivierung, die Daten für die weitere Forschung bereit zu halten und darauf auch in Zukunft zugreifen zu können. Demnach läge das Merkmal des wissenschaftlichen Gebrauchs unproblematisch vor. Allerdings verlangt § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG zusätzlich, dass die Vervielfältigung zum „eigenen wissenschaftlichen Gebrauch“ erfolgt. Dies ist der Fall, wenn die Vervielfältigung innerhalb einer geschlossenen Einheit stattfindet und keine Weitergabe an Dritte

¹²⁰ BGH GRUR 1981, 355, 358 – Video-Recorder; Dreier in Dreier/Schulze, § 87c Rn. 6 mit Verweis auf § 53 Rn. 7; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 53 Rn. 15; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 87c Rn. 7; Vogel in Schricker, § 87c Rn. 11.

¹²¹ Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 53 Rn. 51; W.Nordemann in Fromm/Nordemann, § 53 Rn. 19; Loewenheim in Schricker, § 53 Rn. 22.

beabsichtigt ist¹²². Somit würde die Schranke des § 87c Abs. 1 Nr.2 UrhG nur dann greifen, wenn die Universität bzw. die universitäre Einrichtung nicht beabsichtigt, die Datenbank nach der Archivierung Außenstehenden, wie etwa anderen Universitäten oder Forschungsstellen, mit denen Kooperationen bestehen, zugänglich zu machen.

Schließlich müsste die Vervielfältigung der zu archivierenden Datenbank nach dem Wortlaut des § 87c Abs.1 Nr.2 UrhG auch geboten sein, wobei die Formulierung mit der in § 53 UrhG übereinstimmt, so dass man sich an den dafür bestehenden Ansichten in der Literatur orientieren kann¹²³. Geboten wäre die Vervielfältigung zum Zwecke der Archivierung demnach, wenn die wissenschaftliche Arbeit dies erfordert und der Erwerb oder die Ausleihe des Exemplars unzumutbar erscheint oder nicht problemlos möglich wäre¹²⁴. Die hier in Frage stehenden Datenbanken sind zum einen für die wissenschaftliche Arbeit an der Universität erforderlich, da sich auf der Grundlage dieser Daten oftmals erst neue Erkenntnisse, sei es im naturwissenschaftlichen oder auch geisteswissenschaftlichen Bereich, ziehen lassen und eine langfristige Archivierung dieser Daten damit unumgänglich erscheint. Des Weiteren ist es den Forschungseinrichtungen der Universität wohl gerade in Zeiten knapper Budgets und angespannter Haushaltslagen, insbesondere unter Berücksichtigung der in Art. 5 Abs. 3 GG verankerten Wissenschaftsfreiheit nicht zumutbar und darüber hinaus wohl oftmals auch nicht möglich, Datenbanken käuflich zu erwerben. Die Archivierung von Datenbanken wäre in den hier relevanten Fällen demnach grundsätzlich auch geboten.

iv. Schranke des § 87c Abs.1 Nr.3

Ferner könnte das Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers durch § 87c Abs. 1 Nr. 3 UrhG beschränkt werden. Danach ist die Vervielfältigung für die Benutzung zur Veranschaulichung des Unterrichts zulässig, sofern sie nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt. Dabei umfasst der Begriff Unterricht auch Veranstaltungen an Hochschulen wie etwa Vorlesungen, so dass eine Anwendung von Nr. 3 auf die im Rahmen dieser Untersuchung relevanten Fälle nicht von vornherein ausscheidet. Allerdings dienen Vervielfältigungen im Rahmen einer Langzeitarchivierung nicht oder zumindest nicht ausschließlich der Benutzung im Unterricht

¹²² BGHZ 134, 250, 257 f. – CB Infobank I; *Decker* in Möhring/Niccolini, § 53 Rn. 18; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 9; *W. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, §§ 53 Rn. 16; siehe auch BT-Drucks. 10/837 S.9.

¹²³ *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 87c Rn. 8; *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 87c Rn. 8; *Vogel* in *Schricker*, § 87c Rn. 13; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 10; *Decker* in *Möhring/Niccolini*, § 87c Rn. 4.

¹²⁴ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23; *Loewenheim* in *Schricker*, § 53 Rn. 23; *Lüft* in *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 27, 29; *W. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 19.

bzw. in Vorlesungen, so dass die Schranke des § 87c Abs. 1 Nr. 3 UrhG im Rahmen der Langzeitarchivierung von Datenbanken nicht greift.

v. **Zwischenergebnis**

Sofern der Datenbankhersteller nicht die Universität, sondern ein außenstehender Dritter ist, kommt als Schranke für eine Vervielfältigung, wie sie im Rahmen der Langzeitarchivierung zur Speicherung der Datenbank auf dem Datenträger erforderlich ist, lediglich die Schranke des § 87c Abs. 1 Nr. 2 in Betracht. Dies gilt aber nur unter der Voraussetzung, dass die betreffende Datenbank zuvor bereits der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Des Weiteren greift die Schranke nur dann wenn die Universität bzw. die universitäre Einrichtung nicht beabsichtigt, die Datenbank nach der Archivierung Außenstehenden zugänglich zu machen. Dies wird aber grundsätzlich nicht der Fall sein, da die Daten auch Fremdforschern zur Verfügung gestellt werden sollen.

vi. **Wesentliche Teile der Datenbank**

Zu beachten ist indes, dass selbst wenn die Schranke des § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG greifen sollte, dies nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht zur Vervielfältigung der gesamten Datenbank berechtigt. Vielmehr ist *expressis verbis* nur die Vervielfältigung eines „nach Art und Umfang wesentlichen Teils der Datenbank zulässig“. Dabei ist umstritten, ob sich die Schranke auch auf die gesamte Datenbank bezieht oder nur auf wesentliche Teile, wie der Wortlaut zunächst vermuten lässt. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass unwesentliche Teile der Datenbank ohnehin erlaubnisfrei genutzt werden dürfen, da § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG dem Datenbankhersteller lediglich das ausschließliche Recht der Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe der Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank einräumt, unwesentliche Teile der Datenbank jedoch außen vor lässt¹²⁵. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass die Schranke des § 87c UrhG auch bei einer Vervielfältigung der gesamten Datenbank Anwendung finden würde. Als Begründung wird angeführt, die Formulierung in Art. 9 der Datenbankrichtlinie, die durch § 87c in nationales Recht umgesetzt wurde, diene lediglich einer Klarstellung, da eine frühere Fassung der Richtlinie lediglich Schranken in Bezug auf unwesentliche Teile von Datenban-

¹²⁵ *Vogel* in Schricker, § 87c Rn. 9; *Decker* in Möhring/Niccolini, § 87c Rn. 1; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 87b Rn. 9; *Loewenheim* in Loewenheim, § 43 Rn. 24; *Kotthoff* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 87c Rn. 4; *Thum* in Wandtke/Bullinger, § 87c Rn. 10.

ken gewährte¹²⁶. Gegen diese Ansicht führt die wohl herrschende Ansicht in der Literatur an, dass die Datenbankrichtlinie in allen sonstigen Vorschriften auch die Gesamtheit erwähnt und nur in Art. 9 lediglich von dem wesentlichen Teil der Datenbank spricht. Auch der effektive Schutz des Datenbankherstellers, der durch Art. 9 erreicht werden soll spricht gegen eine Ausdehnung der Schranke auf die gesamte Datenbank¹²⁷.

Demzufolge dürfte auch bei Eingreifen der Schranke des § 87c UrhG nicht die komplette Datenbank archiviert werden. Dies bedürfte vielmehr der Genehmigung durch den Datenbankhersteller. Im Rahmen der Langzeitarchivierung besteht jedoch zugegebenermaßen ein Interesse der Universität daran, sämtliche Daten bzw. komplette Datenbanken zu archivieren. Da es allerdings in dem Fall, in dem der Datenbankhersteller die Archivierung nicht genehmigt, für die Universität wohl immer noch besser ist, wenigstens einen wesentlichen Teil der Datenbank zu archivieren, als von einer Archivierung der Datenbank ganz abzusehen, kann die Schranke des § 87c UrhG in (wenn auch zugegebenermaßen wenigen) Ausnahmefällen für die Langzeitarchivierung der Datenbanken relevant werden. In diesen Fällen ist entscheidend, was unter einem „wesentlichen Teil“ zu verstehen ist bzw. ab wann die Datenbank als Gesamtheit betroffen ist. Dabei bietet die Datenbankrichtlinie selbst keine Anhaltspunkte für die Bestimmung des wesentlichen Teils. Grundsätzlich wird es jedoch wohl kaum ausreichend sein, wenn die Datenbank beispielsweise bis auf einen oder nur sehr wenige Datensätze vervielfältigt wird. In diesen Fällen würde genau genommen zwar nicht die gesamte Datenbank vervielfältigt werden. Würde man dies aber ausreichen lassen, liefe die Begrenzung der Schranke auf wesentliche Teile quasi ins Leere. Ab wann noch von einem wesentlichen Teil die Rede ist und ab wann die Schwelle zur Gesamtheit erreicht ist, wird sich demzufolge nicht pauschal beantworten lassen, sondern von Fall zu Fall anhand qualitativer als auch quantitativer Merkmale unter Berücksichtigung des Schutzzwecks von Art. 9 der Datenbankrichtlinie zu entscheiden sein.

¹²⁶ Siehe Art. 8 Abs. 4 und 5 des 1. Richtlinienvorschlags, KOM (92) 24 endg. - SYN 393 v. 13.5.1992 sowie Art. 11 Abs. 5 und 6 des 2. Richtlinienvorschlags, KOM (93) 464 endg. - SYN 393 v. 4.10.1993; *Decker* in Möhring Niccolini, der seine Ansicht allerdings nicht begründet; *Raue/Bensing*, MMR 1998, 507, 512.

¹²⁷ *Leistner*, S. 200 f.; ebenso *Gaster*, CR 1997, 669, 674; 717, 721; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 3; *Vogel* in *Schricker*, § 87c Rn. 9; *Thum* in *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 11, der allerdings einräumt, dass es Ausnahmen geben kann, in denen sich die Schranke auf die gesamte Datenbank bezieht. Dies allerdings auch nur im Rahmen von § 87c Abs.2; im Ergebnis ebenso *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, § 87c Rn. 5.

vii. Quellenangabe

Zu beachten ist schließlich, dass auch bei Eingreifen der Schranke des § 87c Abs. 1 Nr.2 die ursprüngliche Quelle des archivierten Teils der Datenbank anzugeben ist. Dies folgt aus § 87c Abs. 1 Satz 2 UrhG.

viii. Dauer des leistungsrechtlichen Schutzes

Auch wenn für die Archivierung der jeweiligen Datenbank im konkreten Fall keine Schranke greift, kann die Nutzung durch die Universität auch ohne Zustimmung des Datenbankherstellers zulässig sein, wenn die Dauer des leistungsrechtlichen Schutzes abgelaufen ist. Die Rechte des Datenbankherstellers erlöschen gem. § 87e Satz 1 UrhG fünfzehn Jahre nach der Veröffentlichung der Datenbank. Der Schutz erlischt ferner gem. § 87e Satz 1 Alt. 2 UrhG fünfzehn Jahre nach der Herstellung der Datenbank, wenn diese nicht innerhalb dieser Frist veröffentlicht worden ist. Soll also eine Datenbank archiviert werden, für die im konkreten Fall keine der Schranken des § 87c UrhG greift, so ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob diese Datenbank bereits veröffentlicht worden ist. Ist dies der Fall, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob seit dem Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits fünfzehn Jahre vergangen sind. Ist dies der Fall, so kann die Datenbank durch die Universität genutzt und damit auch archiviert und öffentlich zugänglich gemacht werden. Ist die Datenbank hingegen nicht veröffentlicht worden, so ist zu prüfen, ob seit der Herstellung der Datenbank bereits fünfzehn Jahre vergangen sind. Bei der Fristberechnung ist jedoch zu beachten, dass die Berechnung der Frist gem. § 87d Satz 2 UrhG nach § 69 UrhG erfolgt. Damit beginnt die Frist mit dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem das für den Beginn der Frist maßgebende Ereignis eingetreten ist. In den vorliegenden Fällen ist das also entweder die Veröffentlichung oder die Herstellung der Datenbank.

Ferner ist zu beachten, dass sich die Dauer des Schutzes von Datenbanken, die kontinuierlich ergänzt oder gepflegt werden, verlängert, da gem. § 87a Abs. 1 Satz 2 UrhG eine Datenbank, deren Inhalt nach Art oder Umfang wesentlich geändert wird, als neue Datenbank gilt, sofern diese Änderung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert¹²⁸. Sind also wesentliche Änderungen im Sinne des § 87a UrhG vorgenommen worden, so beginnt jeweils mit Ablauf des Jahres, in dem die wesentliche Änderung vorgenommen wurde, für die neue Datenbank eine neue Frist zu laufen. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob die Gesam-

¹²⁸ Dreier in Dreier/Schulze, § 87d Rn. 6; vgl. auch Art. 10 Abs. 3 der Datenbankrichtlinie.

theit der neuen Datenbank von dem Neubeginn der Schutzfrist erfasst ist¹²⁹ oder nur die Teile, die neu hinzugefügt worden sind¹³⁰. Nach einer vermittelnden Ansicht soll zwar die Gesamtheit der neuen Datenbank erfasst sein, bei der Beurteilung, ob ein wesentlicher Teil gem. § 87b Abs.1 Satz 1 UrhG genutzt worden ist, jedoch nur auf die Teile der Datenbank abgestellt werden, die noch nicht länger als 15 Jahre veröffentlicht sind bzw. deren Herstellung noch nicht länger als 15 Jahre zurückliegt, sofern sie noch nicht veröffentlicht worden sind¹³¹. Die Meinungen in der Literatur bezüglich des Schutzzumfangs für neue Datenbanken divergieren also teilweise stark. Da die Frage auch noch nicht durch die Rechtsprechung beantwortet wurde, sollte von der Verwertung einer Datenbank, deren Herstellung bzw. deren Veröffentlichung zwar grundsätzlich schon länger als fünfzehn Jahre zurückliegt, zu deren Änderung aber zwischenzeitlich wesentliche Investitionen getätigt worden sind, ohne Zustimmung des Rechteinhabers abgesehen werden¹³².

c) Zwischenergebnis zu B.II.1

Hinsichtlich der Vervielfältigung von wissenschaftlichen Primärdaten zum Zwecke der digitalen Langzeitarchivierung kommt für urheberrechtlich geschützte Werke, wenn überhaupt, nur die Schranke des § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG in Betracht. Diese wird gem. § 53 Abs. 5 Nr. 2 UrhG jedoch kaum Anwendung finden, da in den meisten der – verhältnismäßig wenigen – Fälle, in denen überhaupt ein urheberrechtlicher Schutz an wissenschaftlichen Primärdaten entsteht¹³³, Datenbankwerke vorliegen, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind. Auf diese ist die Schranke des § 53 Abs. 2 Nr. 2 gem. § 53 Abs. 5 Nr. 2 jedoch nicht anwendbar. Somit bliebe die Anwendbarkeit der Schranke von vornherein auf Lichtbilder gem. § 72 UrhG oder sonstige urheberrechtliche Werke beschränkt. Dabei wird eine Anwendbarkeit des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG auf diese Werke grundsätzlich daran scheitern, dass die archivierten Daten auch Dritten, nämlich Wissenschaftlern anderer Forschungseinrichtungen und Universitäten zugänglich gemacht und nicht nur für den internen Gebrauch archiviert werden sollen. Abschließend lässt sich damit festhalten, dass § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG auf die Vervielfältigung der vorliegend relevanten Primärdaten in den seltensten Fällen anwendbar ist. Hinsichtlich des leistungsrechtlichen Schutzes des Datenbankherstellers ist zu beachten, dass hier nur die Schranke des § 87c UrhG in Betracht kommt.

¹²⁹ So *Decker* in Möhring/Niccolini, § 87d Rn. 5/Thum in Wandtke/Bullinger, § 87d Rn. 12;

¹³⁰ So *Gaster*, Rechtsschutz von Datenbanken, Rn. 651 f.; *Bensinger*, Sui-generis Schutz für Datenbanken – Die EG-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts, 1999, S. 269.

¹³¹ *Dreier* in Dreier/Schulze, § 87d Rn. 8; *Vogel* in Schrickler, § 87d Rn. 6; *Leistner*, S. 213b

¹³² Zur Einholung der erforderlichen Rechte vom Datenbankhersteller s. unten A.II.3 Seite

¹³³ Siehe dazu Frage 1 CI und III.

Diese wird jedoch in den meisten Fällen nicht greifen, verlangt sie doch, dass die Datenbank zuvor öffentlich zur Verfügung gestellt worden ist, was zumeist nicht der Fall sein wird. Selbst wenn die Schranke des § 87c UrhG aber greifen sollte, wäre danach auch nur die Vervielfältigung eines wesentlichen Teils und nicht der kompletten Datenbank gerechtfertigt. Da die Universität aber regelmäßig eine vollständige Archivierung der Datenbank anstreben wird, käme die Schranke des § 87c UrhG lediglich als Notlösung in Betracht.

2. Öffentlich-rechtliche Pflicht zur Nutzungsrechtsübertragung

Damit ist weiter zu prüfen, ob eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Nutzungsrechtseinräumung für den Rechteinhaber bestehen kann. Eine solche Ablieferungspflicht besteht beispielsweise im „Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek“ (DNBG)¹³⁴. Dieses sieht jedoch nur Ablieferungspflichten gegenüber der Deutschen Nationalbibliothek vor. Eine vergleichbare Regelung, die eine Ablieferungspflicht gegenüber Universitäten vorsieht, existiert hingegen nicht. Demzufolge besteht für die Inhaber von Nutzungsrechten an wissenschaftlichen Primärdaten zumindest keine öffentlich-rechtliche Pflicht, diese der Universität einzuräumen.

3. Einräumung der Nutzungsrechte durch den Rechteinhaber

Damit bliebe der Universität nur die Möglichkeit, sich die jeweiligen Rechte vom Rechteinhaber einräumen zu lassen. In Betracht kommt dabei zum einen eine Vereinbarung, Kraft derer sich der Rechteinhaber im Vorfeld verpflichtet, der Universität die zur Vervielfältigung, Bearbeitung und öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Rechte an den noch herzustellenden Daten zu übertragen¹³⁵. Für bereits hergestellte Werke kann eine entsprechende Vereinbarung auch nachträglich geschlossen werden. Dabei bestünde zunächst das Problem, den Rechteinhaber ausfindig zu machen. Dies gilt insbesondere für urheber- oder leistungsrechtlich geschützte Daten, die bereits vor einem längeren Zeitraum erstellt wurden, da die Rechteinhaber zwischenzeitlich oftmals Arbeitgeber und Wohnort gewechselt haben werden, so dass zu ihrer Ausfindigmachung ein unter Umständen hoher Recherchebedarf besteht. Dieser entfällt auch dann nicht, wenn der Rechteinhaber mittlerweile verstorben ist. Vielmehr sind die Rechte dann gem. § 1922 BGB auf seine Rechtsnachfolger übergegangen, da das Urheberrecht gem. § 28 Abs. 1 UrhG vererblich ist, so dass die Erben wiederum ausfindig gemacht werden müssten. Ist der jeweilige Rechteinhaber ausfindig gemacht worden, muss mit diesem eine Vereinbarung getroffen werden, die den Übergang der durch die Archivie-

¹³⁴ Vgl. zum DNBG Heckmann/Weber, AfP 2008, 269.

¹³⁵ Vgl. Euler, AfP 2008, 474, 477.

rung betroffenen Nutzungsrechte regelt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie Nutzungsrechte übertragen werden können.

a) Umfang der übertragenen Rechte

Das Urheberrecht sieht in § 29 UrhG vor, dass die Nutzungsrechte, die der Urheber an seinem Werk erlangt, übertragen werden können. Dabei hat der Urheber gem. § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG die Möglichkeit, das Nutzungsrecht als ausschließliches oder einfaches Recht zu übertragen. Ferner kann er die Übertragung räumlich, zeitlich und inhaltlich beschränken.

i. Einräumung als ausschließliches oder einfaches Nutzungsrecht

Räumt der Urheber dem Erwerber ein einfaches Nutzungsrecht ein, so ist dieser berechtigt, das Werk auf die ihm gestattete Art zu nutzen. Er kann jedoch nicht andere von der Nutzung ausschließen¹³⁶. Die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechtes stellt damit lediglich eine positive Nutzungserlaubnis dar. Überträgt der Urheber dem Erwerber das Recht jedoch als ausschließliches Nutzungsrecht, so darf der Erwerber das Recht nicht nur auf die ihm erlaubte Art nutzen, sondern darüber hinaus andere (auch den Urheber selbst) von der Nutzung ausschließen¹³⁷. Des Weiteren darf der Erwerber eines ausschließlichen Nutzungsrechtes seinerseits Dritten einfache Nutzungsrechte einräumen. Für die vorliegend in Betracht kommenden Fälle würde der Universität bereits die Einräumung der Rechte als einfache Nutzungsrechte genügen. Zum einen ist der Universität hauptsächlich gelegen, die Daten auf lange Sicht zu sichern und Wissenschaftlern der Universität und außenstehenden Forschungsstellen zugänglich zu machen, so dass es für sie ohne Belang ist, ob auch andere dieses Recht haben. Zum anderen möchte die Universität die Rechte auch selbst ausüben und nicht selbst Dritten eine Lizenz einräumen.

Wird ein Nutzungsrecht übertragen, so kann der Inhaber die Übertragung gem. § 31 I 2 UrhG räumlich, zeitlich und inhaltlich beschränken.

ii. Räumliche Beschränkung

Der Urheber kann dem Erwerber das Nutzungsrecht örtlich beschränkt übertragen. Der Erwerber darf das Werk dann zwar (als ausschließliches oder einfaches Recht) nutzen, jedoch nur an dem vom Urheber festgelegten Ort bzw. Staat. So kann der Urheber Nutzungsrechte an einem Werk beispielsweise mit der Beschränkung übertragen, dass die jeweilige Nutzung nur

¹³⁶ Schrickler in Schrickler, § 31 Rn. 6; Spautz in Möhring/Niccolini, § 31 Rn. 39; Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, § 31 Rn. 28.

¹³⁷ J.B. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 31 Rn. 92; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 31 Rn. 104; Spautz in Möhring/Niccolini, § 31 Rn. 39; Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, § 31 Rn. 29.

in der Bundesrepublik Deutschland, nicht jedoch im Ausland erlaubt ist. In Bezug auf die vorliegend relevanten Fälle könnte sich die Universität somit die erforderlichen Nutzungsrechte räumlich beschränkt einräumen lassen, da sie die angestrebten Verwertungshandlungen wohl nur im Inland durchführen wird. Dies hätte den Vorteil, dass sich der Rechteinhaber unter Umständen schneller dazu bereit erklären würde, eine entsprechende Vereinbarung zu schließen.

iii. Zeitliche Beschränkung

Der Urheber kann die Rechteübertragung ferner zeitlich beschränken. In diesem Fall wird das jeweilige Nutzungsrecht nur für den vereinbarten Zeitraum übertragen. Eine zeitlich beschränkte Nutzungsrechtseinräumung wäre für die Universität hingegen nahezu wertlos, da gerade für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aber auch der Vervielfältigung im Rahmen der Migration, der Universität an einer zeitlich unbeschränkte Rechteeinräumung gelegen ist, um eine effektive Archivierung der Daten auf lange Sicht vornehmen zu können.

iv. Inhaltliche Beschränkung

Schließlich kann der Urheber das zu übertragende Nutzungsrecht auch inhaltlich beschränken. So kann er beispielsweise die Art und Weise des Vertriebswegs oder der Werkvermittlung festlegen. Diesbezüglich könnte man dem Rechteinhaber eine Vereinbarung anbieten, wonach die Nutzungsrechte lediglich im Rahmen der Archivierung und des Austauschs mit anderen Wissenschaftlern und Forschungsinstituten, nicht jedoch zu kommerziellen Zwecken ausgeübt werden dürfen.

b) Einräumung der Nutzungsrechte aufgrund eines Arbeitsverhältnisses

Eine besondere Konstellation kann sich ergeben, wenn der Inhaber der Nutzungsrechte zur Universität in einem Angestelltenverhältnis steht. In diesem Fall könnte sich eine Pflicht für den Arbeitnehmer zur Übertragung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag bestehen. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, soll im Folgenden dargestellt werden.

Der Arbeitnehmer ist aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitsergebnis zur Übertragung der Nutzungsrechte verpflichtet, die er in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Arbeits- oder Dienstvertrag erworben hat¹³⁸. Dabei erfolgt die Einräumung der Nutzungsrechte regelmäßig im Voraus bei Abschluss des Arbeits- oder Dienstver-

¹³⁸BGH GRUR 1991, 523, 525; 1952, 257, 258 – Krankenhauskartei; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 43 Rn. 18; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 43 Rn. 7, 13; *A. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, § 43 Rn. 1; *Rojahn* in *Schricker*, § 43 Rn. 37; *Wandtke*, GRUR 1999, 390, 392.

trages¹³⁹, spätestens jedoch mit Ablieferung des Werkes¹⁴⁰. Sofern der Urheber eines Werkes bzw. der Datenbankhersteller oder Lichtbildner in einem Angestellten- oder Dienstverhältnis zur Universität stand, wäre er also gegenüber der Universität grundsätzlich zur Übertragung der Nutzungsrechte verpflichtet. Zu beachten ist jedoch, dass aufgrund der durch Art. 5 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich garantierten Wissenschaftsfreiheit diese Grundsätze nicht auf Hochschulprofessoren übertragen werden können, da die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen nicht mehr zum Aufgabenbereich von Professoren gehört¹⁴¹. Handelt es sich bei dem Urheber des Datenbankwerkes oder dem Datenbankhersteller also um einen Hochschulprofessor, so ist die Universität nicht Inhaberin der entsprechenden Nutzungsrechte geworden. Dazu zählen auch außerplanmäßige, Honorar- und Gastprofessoren¹⁴². Das gleiche gilt für wissenschaftliche Mitarbeiter, sofern es sich bei den zu archivierenden Daten bzw. Datenbanken oder Datenbankwerken um ihre eigene wissenschaftliche Arbeit handelt. Auch in diesen Fällen greift der Schutz von Art. 5 Abs. 3 GG¹⁴³. Daraus folgt, dass eine Pflicht zur Übertragung der Nutzungsrechte aufgrund des Arbeitsverhältnisses in den hier untersuchten Fällen an der Universität Göttingen nur dann bestehen wird, wenn der Rechtsinhaber diese in Ausübung einer weisungsgebundenen Tätigkeit erlangt hat¹⁴⁴. Da in den meisten Fällen, in denen wissenschaftliche Primärdaten erhoben werden, jedoch Professoren oder wissenschaftliche Mitarbeiter tätig werden, kommt eine Pflicht zur Übertragung der Nutzungsrechte nur bei Letzteren in Betracht, sofern diese im konkreten Fall weisungsabhängig tätig werden.

c) Anspruch auf angemessene Vergütung

Sofern der Rechteinhaber der Universität die benötigten Rechte überträgt, hat er gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 UrhG einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Sofern die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, gilt gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 UrhG die angemessene Vergütung als vereinbart. Wann dies der Fall ist, regelt wiederum § 32 Abs. 2 Satz UrhG. Danach ist die Vergütung dann angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, in-

¹³⁹ Dreier in Dreier/Schulze, § 43 Rn. 19; Rojahn in Schrickler, § 43 Rn. 46;

¹⁴⁰ BGH GRUR 1974, 480, 483 – Hummelrechte; ; A. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 43 Rn. 30.

¹⁴¹ BGH GRUR 1991, 523, 525 – Grabungsmaterialien; 1985, 529, 530 – Happening; OLG Karlsruhe GRUR 1988, 536, 537 – Hochschulprofessor; Dreier in Dreier/Schulze, § 43 Rn. 12; Rojahn in Schrickler, § 43 Rn. 31, 65; A. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 43 Rn. 43.

¹⁴² Dreier in Dreier/Schulze, § 43 Rn. 12; Rojahn in Schrickler, § 43 Rn. 63.

¹⁴³ Dreier in Dreier/Schulze, § 43 Rn. 12; Rojahn in Schrickler, § 43 Rn. 63; Wandtke in Wandtke/Bullinger, § 43 Rn. 40.

¹⁴⁴ A. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 43 Rn. 9; Dreier in Dreier/Schulze, § 43 Rn. 9; Rojahn in Schrickler, § 43 Rn. 63; Rehbinder in FS Hubmann, 1985, S. 359, 370.

sbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung üblicherweise zu leisten ist. Erfolgt die Übertragung der Nutzungsrechte jedoch aufgrund einer Verpflichtung aus dem Dienst- oder Arbeitsvertrag, so ist die spätere Verwertung des Werkes durch den Arbeitgeber jedoch bereits bei der Vereinbarung des Arbeitslohnes berücksichtigt worden¹⁴⁵. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall somit keinen zusätzlichen Vergütungsanspruch für die Übertragung der Nutzungsrechte.

d) Form des Vertrags

Sofern mit dem Rechteinhaber ein entsprechender Lizenzvertrag geschlossen wird, stellt sich die Frage, welchen formalen Anforderungen dieser entsprechen muss. Grundsätzlich gilt dabei im Zivilrecht der allgemeine Grundsatz, dass Verträge keiner besonderen Form bedürfen¹⁴⁶. Eine Ausnahme findet sich jedoch in § 40 Abs. 1 Satz 1 UrhG. Danach bedarf ein Vertrag, durch den sich der Urheber zur Einräumung von Nutzungsrechten an künftigen Werken verpflichtet, die überhaupt nicht näher oder nur der Gattung nach bestimmt sind, der schriftlichen Form. Was unter der Schriftform zu verstehen ist, definiert § 126 BGB. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte aber nach Möglichkeit stets ein schriftlicher Vertrag geschlossen werden, da die Universität Göttingen im Falle einer Rechteverwertung Gefahr liefe, den Übergang bzw. den Anspruch auf die Übertragung dieser Rechte beweisen nicht zu können.

4. Formulierungsvorschlag für eine Nutzungsrechtsvereinbarung

Beim Abschluss einer Rechtevereinbarung ist zu beachten, dass eine in der Praxis häufig verwendete Formulierung nach der „der Urheber/Datenbankhersteller alle an dem Werk bestehenden Nutzungsrechte an die Universität abtritt“ für den vorliegenden Zweck ungenügend wäre, da es an der erforderlichen Bestimmtheit mangeln würde¹⁴⁷. Sind bei der Einräumung eines Nutzungsrechts die Nutzungsarten nämlich nicht ausdrücklich bezeichnet, so bestimmt sich gem. § 31 Abs.5 Satz 1 UrhG nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegten Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt. Aus diesem Grund sollte die Vereinbarung möglichst genau beschreiben, auf welche Nutzungsarten sich die Rechteeinräumung erstreckt, um spätere Auseinandersetzungen über die Zulässigkeit einer Nutzung von vornherein auszuschließen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Rechte für ein bereits hergestelltes

¹⁴⁵ Dreier/Schulze-Dreier, § 43 Rn 30; A. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 43 Rn. 58; Rojahn in Schrickler, § 43 Rn. 64; Kolle, GRUR 1985, 1016, 1024; Sundermann, GRUR 1988, 350, 354; a.A. Wandtke in Wandtke/Bullinger, § 43 Rn. 138.

¹⁴⁶ Ahrens in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 125 Rn. 1; Schulze in Dreier/Schulze, § 31 Rn. 22; Schrickler in Schrickler, Vor §§ 28 ff. Rn. 45.

¹⁴⁷ BGH GRUR 1996, 121, 122 – Pauschale Rechteinräumung, J.B. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 31 Rn. 123; Schulze in Dreier/Schulze, § 31 Rn. 111; Schrickler in Schrickler, § 31 Rn. 34.

Werk übertragen werden sollen oder für erst in der Zukunft entstehende Werke. Bei Letzterem bietet es sich an, eine entsprechende Klausel in die standardmäßig verwendeten Arbeitsverträge der Universität einzufügen, sofern dieses nicht schon geschehen ist.

a) Formulierungsvorschlag für bereits hergestellte Werke

Im Folgenden soll kurz dargestellt werden, wie eine Vereinbarung über die Übertragung bereits hergestellter Werke formuliert werden könnte:

Lizenzvertrag

Zwischen

Herrn/Frau <Name des Urhebers/Datenbankherstellers etc.>

-im Folgenden „Lizenzgeber“-

und der Universität Göttingen, vertreten durch den Präsidenten <Name des amtierenden Universitätspräsidenten>

- im Folgenden „Lizenznehmerin“-

wird folgender Vertrag geschlossen:

§ 1
Vertragsgegenstand

Gegenstand dieser Vereinbarung ist die Übertragung der in § 2 benannten Nutzungsrechte an dem im Anhang befindlichen Werk (siehe Anlage). *Anmerkung: Da es sich in den vorliegenden Fällen zumeist um Datenbanken handeln wird, die nicht ohne weiteres anhand ihres Titels identifiziert werden können, empfiehlt es sich, einen Ausdruck des jeweiligen Werkes als Anlage dem Vertrag beizufügen.*

§ 2
Rechteübertragung

2.1 Der Lizenzgeber räumt der Lizenznehmerin das Recht der Vervielfältigung, insbesondere der Speicherung auf Datenträgern (insbes. CD-ROM, DVD, HD-DVD, Blu-Ray-Disc) und in Datenbanken, der Bearbeitung des Werkes, insbesondere der Umwandlung in ein anderes Format, auch wenn dies qualitative Einschränkungen zur Folge haben sollte, und der öffentlichen Zugänglichmachung des Werkes, insbesondere in offenen und geschlossenen elektronischen Netzwerken, sowie das Recht, das Werk zum Download und Ausdruck durch Dritte bereitzuhalten, ein.

2.2 Die in § 2.1 bezeichneten Rechte werden der Lizenznehmerin ohne räumliche Beschränkung für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechtsschutzes zum Zwecke der Langzeitarchivierung und des nicht kommerziellen wissenschaftlichen Austauschs als einfache Nutzungsrechte eingeräumt.

2.3 Der Lizenzgeber stimmt einer Übertragung der bezeichneten Rechte an Dritte durch die Lizenznehmerin zu.

§ 3 Rechte Dritter

3.1 Der Lizenznehmer erklärt, dass er über die in § 2 benannten Rechte verfügen darf und durch die Rechtseinräumung keine Rechte Dritter verletzt werden.

3.2 Sollten durch die Einräumung der Rechte oder die Ausübung durch die Lizenznehmerin dennoch Rechte verletzt werden, so verpflichtet sich der Lizenzgeber, die Lizenznehmerin von Ansprüchen Dritter, die aufgrund dieser Verletzung entstehen, freizustellen.

§ 4 Vergütungsanspruch

Der Lizenzgeber erhält für die Einräumung der oben bezeichneten Rechte eine Vergütung von *<Höhe der Vergütung>*. *Eine Regelung, wonach kein Vergütungsanspruch besteht, wäre gem. § 32 Abs. 3 Satz 1 UrhG unwirksam.*

<Unterschrift der Vertragsparteien>

b) Formulierungsvorschlag für künftig entstehende Werke

Sofern die zu archivierenden Werke erst noch entstehen sollen, bietet es sich an, eine entsprechende Klausel von vornherein in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. Dies hat zum einen den Vorteil, dass man den Lizenzgeber eher zur Übertragung von Nutzungsrechten bewegen kann, da er ja am Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses interessiert ist. Somit wäre es unter Umständen sogar möglich, die Nutzungsrechte als ausschließliche Nutzungsrechte zu erlangen. Zum anderen folgt die Pflicht zur Übertragung zwar, wie bereits dargestellt, grundsätzlich aus dem Arbeitsverhältnis. Jedoch gilt auch in dieser Hinsicht die sogenannte Zweckübertragungsregel, so dass die Nutzungsrechte nur in dem Umfang auf die Universität übergingen, in welchem diese sie zur Erfüllung ihres betrieblichen Zwecks benötigt¹⁴⁸. Darüber hinaus, besteht die Pflicht zur Übertragung der Nutzungsrechte aufgrund des bloßen Bestehens eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses, wie oben festgestellt, nicht für Hochschulprofessoren und unter bestimmten Umständen auch nicht für wissenschaftliche Mitarbeiter. Insofern bietet sich eine Klausel, durch die die zur Archivierung erforderlichen Nutzungsrechte explizit eingeräumt werden, durchaus an. Die gleiche Vorgehensweise könnte beim Abschluss mit Dritten favorisiert werden, die ein bestimmtes Forschungsprojekt finanzieren, da aufgrund derartiger Drittmittelfinanzierungen, wie unter Frage 1 dargestellt, die finanzierende Einrichtung zu meist Datenbankhersteller sein wird, sofern im Rahmen des Projektes schutzfähige Datenbanken entstehen.

Für eine derartige Klausel bietet sich folgende Formulierung an:

§ X Rechteeinräumung

X.1 *<Name des Vertragspartners>* überträgt der Universität Göttingen die im Rahmen seiner Tätigkeit/im Rahmen des Projektes (*Kommentar: hier kommt es darauf an, ob die Klausel in einen Arbeitsvertrag oder in einen Vertrag mit einer finanzierenden Institution eingefügt*

¹⁴⁸ Dreier in Dreier/Schulze, § 43 Rn. 20; Rojahn in Schrickler, § 43 Rn. 51; A. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 43 Rn. 27, 45: . einschränkend hingegen Zöllner in FS Hubmann, S. 523, 531.

werden soll) entstehenden Nutzungsrechte an den entstehenden Werken oder Datenbanken an die Universität Göttingen. Dies gilt insbesondere für das Recht der Vervielfältigung, insbesondere der Speicherung auf Datenträgern (insbes. CD-ROM, DVD, HD-DVD, Blu-Ray-Disc) und in Datenbanken, der Bearbeitung des Werkes, insbesondere der Umwandlung in ein anderes Format, auch wenn dies qualitative Einschränkungen zur Folge haben sollte, und der öffentlichen Zugänglichmachung des Werkes, insbesondere dieses in offenen und geschlossenen elektronischen Netzwerken zum Download und Ausdruck durch Dritte bereitzuhalten.

X.2 Die in § 1.1 bezeichneten Rechte werden der Universität Göttingen ohne räumliche Beschränkung für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechtsschutzes zum Zwecke der Langzeitarchivierung und des nicht kommerziellen wissenschaftlichen Austauschs als einfache Nutzungsrechte eingeräumt. (*Kommentar: Natürlich wäre es auch möglich, eine weitergehende Rechteübertragung zu vereinbaren. Allerdings bestünde dann die Gefahr, dass der Vertragspartner von der Unterzeichnung abgeschreckt würde.*)

X.3 Der Lizenzgeber stimmt einer Übertragung der bezeichneten Rechte an Dritte durch die Lizenznehmerin zu.

C. Ergebnis

Wie die obigen Ausführungen zeigen, wird in den Fällen der digitalen Langzeitarchivierung von wissenschaftlichen Daten, die einem urheber- oder leistungsrechtlichen Schutz unterliegen, nur selten eine gesetzliche Schranke greifen. Dies liegt in erster Linie daran, dass die Dateien auch Wissenschaftlern, die nicht an der Universität beschäftigt sind, zugänglich gemacht werden sollen, um so im Rahmen von internationalen und nationalen Kooperationen Daten und Erkenntnisse auszutauschen. Ein solcher Austausch ist aber für die Universität notwendig, um auf wissenschaftlicher Ebene konkurrenzfähig zu bleiben. Dies ist gerade in Zeiten, in denen Forschungsprojekte oftmals nur mithilfe von Drittmittelgebern realisiert werden können, von existenzieller Bedeutung. Von daher müsste von Seiten des Gesetzgebers die Schranke des § 53 Abs. 2 UrhG dahingehend erweitert werden, dass die Archivierung nicht nur für eigenen Zwecke erfolgen darf, sondern die archivierten Daten auch anderen Wissen-

schaftlern zur Verfügung gestellt werden dürfen. Eine ähnliche Problematik besteht für Gedächtnisinstitutionen, wie der Deutschen Nationalbibliothek, die zwar urheberrechtliche geschützte Werke archiviert, diese jedoch nicht öffentlich zugänglich machen darf. Insofern ist zu erwarten, dass diese Thematik auch im Rahmen des sog. Dritten Korbs, der bereits vom Gesetzgeber angekündigt worden ist, Beachtung erfahren wird. Zu beachten ist jedoch, dass die Einschränkung von § 53 Abs. 5 UrhG auf der europäischen Datenbankrichtlinie beruht und der nationale Gesetzgeber daher in seinem Entscheidungsspielraum beschränkt ist. Von daher ist wohl ausgeschlossen, dass der nationale Gesetzgeber eine Schranke schafft, kraft derer auch Datenbankwerke zu Archivzwecken vervielfältigt und öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen. Da in den Fällen von wissenschaftlichen Primärdaten jedoch in den seltensten Fällen ein Datenbankwerk entstehen wird¹⁴⁹, wird § 53 Abs. 5 UrhG wohl ohnehin kaum eine praktische Rolle für die Langzeitarchivierung wissenschaftlicher Primärdaten spielen.

Änderungsbedarf besteht wohl auch hinsichtlich der Schranke des § 87c UrhG, da dieser sich nur auf wesentliche Teile der Datenbank bezieht, jedoch nicht die gesamte Datenbank erfasst. Da auch diese Norm der Umsetzung der Datenbankrichtlinie dient, wäre aber auch hier ein Handeln auf europäischer Ebene erforderlich, da der nationale Gesetzgeber an die Richtlinie gebunden ist und diese eine Vervielfältigung der gesamten Datenbank gerade nicht vorsieht. Abzuwarten bleibt, wie sich die Antworten auf das sogenannte Grünbuch der Europäischen Kommission in diesem Zusammenhang auswirken werden. Letztendlich wäre aber eine Archivierung der Datenbanken und der öffentlichen Zugänglichmachung von Datenbanken aufgrund der nach § 87e UrhG beschränkten Schutzdauer nach spätestens 30 Jahren möglich. Damit bleibt festzuhalten, dass in den Fällen, in denen an wissenschaftlichen Primärdaten ein urheberrechtlicher- oder leistungsrechtlicher Schutz entsteht und die Universität nicht Rechteinhaber ist und auch keine Verpflichtung des Rechteinhabers zur Übertragung der Nutzungsrechte besteht, eine Gesetzesänderung aufgrund der europäischen Vorgaben nur schwer möglich ist. Die Universität sollte daher versuchen, sich frühzeitig die benötigten Rechte einräumen zu lassen.

¹⁴⁹ Siehe oben Frage 1 S 37.

Frage 5/6:

Wie kann eine rechtsgültige Authentizität und Integrität eines Dokumentes sichergestellt werden? Müssen Forschungsdaten in einem elektronischen Langzeitarchiv mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden? Stellen medizinische Daten hierbei abweichende bzw. besondere Anforderungen?

A. Sicherstellung der Authentizität und Integrität der Daten

Sofern die Archivierung von wissenschaftlichen Primärdaten in elektronischer Form urheberrechtlich zulässig ist, muss darüber hinaus die Integrität der einzelnen Dateien sichergestellt werden, da die Daten im Rahmen der Langzeitarchivierung gerade so erhalten werden sollen, wie sie ursprünglich erfasst wurden¹⁵⁰. Um die Integrität und Authentizität von Daten sicher zu stellen, sind verschiedene Verfahren denkbar. Dabei kann man zwischen systembezogenen und organisatorischen Sicherungsmitteln, datenträgerbezogenen und dokumentbezogenen Sicherungsmitteln unterscheiden¹⁵¹.

B. Systembezogene und organisatorische Sicherungsmittel

Zunächst kann die Integrität und Authentizität der Daten dadurch sichergestellt werden, dass das Archiv so konfiguriert wird, dass nur ein bestimmter Personenkreis auf die Daten zugreifen kann. Des Weiteren sind auch Beschränkungen der Zugriffsfunktionen möglich. So können die archivierten Dateien anderen Forschungseinrichtungen beispielsweise nur derart zugänglich gemacht werden, dass diese sie nur lesen oder herunterladen, die Dateien jedoch nicht ändern können¹⁵². Darüber hinaus können auch integrierte Protokollierungssysteme als Sicherungsmittel eingesetzt werden. Diese zeichnen auf, wann und vor allem wer auf Dateien im Archiv zugegriffen hat¹⁵³. Darüber hinaus besteht ferner die Möglichkeit zur Speicherung solche Datenträger zu verwenden, die lediglich einmal beschreibbar sind.

C. Datenträgerbezogene Sicherungsmittel

Des Weiteren besteht die Möglichkeit, zur Archivierung Speichermedien zu verwenden, die lediglich einmal beschreibbar sind, so dass eine Veränderung der Daten nach der Speicherung nicht mehr möglich ist. Bei optischen Medien, wie etwa CD oder DVD wird die Oberfläche

¹⁵⁰ Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp, S.44.

¹⁵¹ Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp, S. 23.

¹⁵² Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp, S. 24.

¹⁵³ Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp, S. 24.

bei einer Speicherung dabei irreversibel verändert. Bei Festplattensystemen kann eine einmalige Beschreibbarkeit durch den Einsatz spezieller Software erreicht werden¹⁵⁴.

D. Dateibezogene Sicherungsmittel

Schließlich ist es auch möglich, bei der Sicherung der Integrität und Authentizität bei den archivierten Dateien selbst anzusetzen. So können die Dateien derart verschlüsselt werden, dass sie entweder von Unbefugten gar nicht erst gelesen werden können. Durch eine Verschlüsselung kann jedoch auch der Schutz vor einer Manipulation der Daten erreicht und damit deren Integrität und Authentizität gesichert werden. Unterschieden werden kann dabei zwischen symmetrischen und asymmetrischen Verschlüsselungssystemen.

Damit stellt sich jedoch die Frage, welchen rechtlichen Anforderungen die Verschlüsselung der Dateien genügen muss. Zunächst bleibt festzuhalten, dass keine gesetzlichen Regelungen existieren, wonach archivierte Dateien generell verschlüsselt werden müssen¹⁵⁵. Die Universität ist von daher grundsätzlich nicht verpflichtet, die Daten, die sie archiviert, zu verschlüsseln oder die Integrität der Daten anderweitig sicherzustellen. Vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit einer Sicherstellung der Integrität zunächst nur aus wissenschaftlicher Sicht, da die archivierten Daten sowohl für die Universität als auch ihre Kooperationspartner nahezu wertlos wären, wenn nicht sichergestellt wäre, dass diese nicht manipuliert wurden bzw. eine solche Manipulation für den Verwender der Daten nicht erkennbar wäre.

Die Signatur der archivierten Dokumente könnte jedoch im Rahmen der Haftung der Universität für Schäden, die auf manipulierten Daten beruhen, gegenüber ihren Kooperationspartnern eine Rolle spielen. Die Universität müsste gem. § 280 Abs. 1 BGB für solche Schäden nämlich nur dann haften, wenn sie eine Pflicht verletzt hätte. Die Pflichtverletzung könnte hierbei darin bestehen, dass keine Sicherungsmaßnahmen getroffen wurden, die ein Manipulieren der Daten verhindert haben bzw. die es dem Empfänger ermöglicht hätten, die Manipulation zu erkennen. Dabei liegt gem. § 276 I BGB ein Vertretenmüssen grundsätzlich bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln vor. Demzufolge könnte die Universität einer Haftung entgehen, wenn die Daten entsprechend verschlüsselt wären und es für den Empfänger damit möglich wäre, eine Manipulation selbst zu erkennen, bzw. die Daten gar nicht erst durch Dritte manipuliert werden könnten. Damit stellt sich die Frage, welchen Anforderungen eine sol-

¹⁵⁴ *Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp*, S. 24.

¹⁵⁵ *Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp*, S. 107; zur Notwendigkeit der Verschlüsselung medizinischer Daten siehe unten E.III. S. 83.

che Verschlüsselung entsprechen müsste. Da keine ausdrücklichen Regelungen für diese Fälle bestehen, könnten als Anhaltspunkte für eine sichere Verschlüsselung bereits existierende Vorschriften dienen, die sich auf elektronisch verschlüsselte Dokumente beziehen. Dies sind vor allem die § 126a BGB und § 371a ZPO. Soll die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform durch eine elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen. Sollen elektronische Dokumente im Zivilprozess die Beweiskraft privater Urkunden haben, so verlangt auch § 371a ZPO, dass diese Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind. Demnach wird eine qualifizierte elektronische Signatur vom Gesetzgeber als sicher genug erachtet, um derart verschlüsselte elektronische Dokumente als Ersatz für schriftliche Dokumente, sei es im Rahmen der Abgabe einer Willenserklärung oder als Beweisstück vor Gericht, zuzulassen. Auch wenn die archivierten Daten in der Regel nicht zur prozessualen Beweissicherung dienen werden, kann durch eine Signatur die Authentizität und Integrität der Daten und damit das Vertrauen Dritter in die Datenbestände gesichert werden¹⁵⁶.

E. Voraussetzungen einer qualifizierten elektronischen Signatur

Damit ist zunächst zu klären, was eine qualifizierte elektronische Signatur ist. Eine qualifizierte elektronische Signatur wird in § 2 Nr.3 SigG definiert als „elektronische Signatur nach § 2 Nr. 2 SigG, die a) auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruht und b) mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt wurde“. Der Inhalt des gültigen Zertifikates wird wiederum von § 7 SigG vorgeschrieben. Aus dem Zertifikat würde wiederum die Identität des Inhabers der Signaturschlüssels hervorgehen, § 7 Abs. 1 Nr. 1 SigG.

Wird eine Datei elektronisch signiert, so wird sie mit Hilfe eines Algorithmus verschlüsselt (sog. „Private Key“). Für das Entschlüsseln wird wiederum ein anderer Schlüssel verwandt (sog. Public Key) wobei man aus dem einen nicht den anderen Schlüssel errechnen kann¹⁵⁷. Durch Verwendung des öffentlichen Schlüssels kann der die Signatur Prüfende feststellen, ob die Datei verändert wurde. Damit bietet eine elektronische Signatur zwar keinen Schutz vor einer Veränderung der Datei. Allerdings stellt sie sicher, dass der Verwender der Datei durch Verwenden des öffentlichen Schlüssels feststellen kann, dass die Datei verändert worden ist. Im Unterschied zur symmetrischen Verschlüsselung, bei der zur Ver- und Entschlüsselung

¹⁵⁶ *Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp*, S.108; *Roßnagel/Schmücker*, *Beweiskräftige elektronische Archivierung*, 2006, S. 21.

¹⁵⁷ *Beutelspacher/Schwen/Wolfenstetter*, 2005, S. 6 ff.; *Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp*, S.25.

derselbe Schlüssel verwandt wird, erfolgt die Erstellung einer elektronischen Signatur somit asymmetrisch. Wird ein Dokument vom Versender (hier also der Universität als archivierenden Einrichtung) signiert, so wird aus der Datei ein sog. Hash-Wert gebildet. Dieser wird mit Hilfe des sog. Private Keys verschlüsselt und bildet die sog. Signatur. Der Private Key bleibt auch für den Verwender unbekannt und ist auf einer Chipkarte, die von einem sog. Trust Center erstellt wird, gespeichert. Möchte der Empfänger der Datei (also beispielsweise Wissenschaftler, die auf die archivierten Dateien zugreifen) deren Integrität überprüfen, so bildet auch er aus dem empfangenen Dokument den sog. Hashwert. Anschließend entschlüsselt er die Signatur mit Hilfe des sog. Public Keys, der für jeden Netzteilnehmer jederzeit abrufbar ist. Nach der Entschlüsselung liegen dem Empfänger zwei Hash-Werte vor. Zunächst der Hash-Wert, den der Empfänger durch Komprimierung des empfangenen Dokumentes erlangt hat. Des Weiteren der Hash-Wert des Ausgangsdokumentes, den er mit Hilfe des Public-Keys entschlüsselt hat. Wurde das Ausgangsdokument nicht verändert, sind die beiden Hash-Werte identisch, andernfalls weichen sie voneinander ab. Somit kann der Empfänger überprüfen, ob der von ihm heruntergeladene Datensatz zwischenzeitlich verändert wurde. Das Signieren der Dateien könnte dabei zum einen von der für die Archivierung zuständigen Stelle oder direkt von den Forschungsprojekten vorgenommen werden, die die Daten im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit ermittelt haben. Insofern bestünde die Möglichkeit, die zu archivierenden Dateien vor der Archivierung zu signieren.

I. Lebensdauer der Signatur vs. Archivierungsdauer

Problematisch ist jedoch, dass die archivierten Dateien für einen längeren Zeitraum aufbewahrt werden, als die zur Schlüsselung verwendeten Algorithmen und Parameter geeignet sind. Damit würde für Dateien, deren Archivierung und Signatur weit in der Vergangenheit liegt, die Gefahr bestehen, dass die Verschlüsselungstechnik unterlaufen wird und die Dateien unbemerkt verändert werden können. Zur Lösung dieses Problems bietet es sich auch hier wieder an, die gesetzlichen Regelungen für elektronische Signaturen als Orientierungspunkte zu Hilfe zu nehmen. So sind Daten mit einer qualifizierten elektronischen Signatur gem. § 17 Satz 1 SigV neu zu signieren, wenn diese für längere Zeit in signierter Form benötigt werden, als die für ihre Erzeugung und Prüfung eingesetzten Algorithmen oder der zugehörigen Parameter. Bevor die Neusignatur erfolgt, müssen die Daten gem. § 17 Satz 3 SigV unter Einbeziehung aller bereits bestehenden Signaturen mit einem qualifizierten Zeitstempel versehen werden. Die neue Signatur muss gem. § 17 Satz 3 SigV mit geeigneten neuen Algorithmen oder zugehörigen Parametern erfolgen, frühere Signaturen einschließen und einen qualifizier-

ten Zeitstempel tragen. Ein solcher Zeitstempel ist gem. § 2 Nr. 14 SigG die elektronisch Bescheinigung eines qualifizierten Zertifizierungsdiensteanbieters darüber, dass ihm bestimmte elektronische Daten zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen haben. Werden dabei Zeitstempel eingesetzt, die eine qualifizierte elektronische Signatur beinhalten, so ist eine weitere Signatur nicht notwendig, da diese nicht zu einer erhöhten Sicherheit führt¹⁵⁸. Die neue Signatur hat gem. § 17 Satz 2 SigV vor dem Zeitpunkt des Ablaufs zu erfolgen. Eine Übersicht der sicherheitsgeeigneten Algorithmen und der zugehörigen Parameter sowie der Zeitpunkt, bis zu dem die Eignung jeweils gilt, veröffentlicht die Bundesnetzagentur im Bundesanzeiger¹⁵⁹

II. Zwischenergebnis

Es bleibt damit festzuhalten, dass grundsätzlich keine Pflicht besteht, die archivierten Dateien vor der Archivierung mit einer elektronischen Signatur zu versehen. Um jedoch die Integrität und Authentizität der Daten zu gewährleisten, bietet es sich an, die Dateien mit einer solchen Signatur zu versehen. Dies ist zum einen aus wissenschaftlicher Sicht relevant. Zum anderen aber auch bei der Frage, ob die Universität für Schäden Dritter in Regress genommen werden kann, die aufgrund manipulierter Daten entstehen. Problematisch ist jedoch, dass die Signaturen in regelmäßigen Abständen erneuert werden müssten, zumal die Menge der zu signierenden Dateien im Laufe der Zeit ebenfalls zunehmen wird.

III. Ausnahme: Medizinische Daten

Eine ausdrückliche Pflicht zur elektronischen Signierung könnte jedoch bei der Archivierung medizinischer Daten bestehen. In diesen Fällen könnten die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) bzw. des Niedersächsischen Datenschutzgesetzes (NDSG) einschlägig sein. Gem. § 9 BDSG bzw. 7 NDSG¹⁶⁰ haben „öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die selbst oder im Auftrag personenbezogene Daten erheben, verarbeiten oder nutzen, die technischen oder organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften des BDSG(...) zu gewährleisten“. Der Begriff der personenbezogenen Daten wird dabei in § 3 Abs. 1 BDSG als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person“ definiert. Werden im Rahmen von medizinischen Untersuchungen oder auch Forschungsprojekten Personen untersucht, so handelt es sich bei den dadurch gewonnenen Daten um Einzelangaben über die per-

¹⁵⁸ Roßnagel/Schmücker, S. 29; Roßnagel/Pordesch in Roßnagel, A. (Hrsg.): Recht der Multimediendienste, § 17 SigV, Rn. 54.

¹⁵⁹ Roßnagel/Fischer-Dieskau/S.Jandt/M.Knopp, S.63

¹⁶⁰ Zur Frage, ob bzw. für welche der an der LZA beteiligten Institutionen das NDSG oder das BDSG einschlägig ist, siehe ausführlich Frage 9 S. 121 ff.

sönlichen Verhältnisse der natürlichen Person, bei deren Untersuchung die Daten erhoben wurden. Zwar werden im Rahmen medizinischer Forschungsreihen die erhobenen Daten anonymisiert, so dass von diesen nicht direkt auf die Person, von der sie stammen, geschlossen werden kann. Damit sind die Personen zwar nicht direkt bestimmt, jedoch bestimmbar, was gem. § 3 Abs. 1 BDSG genügt¹⁶¹. Des Weiteren folgt auch aus § 3 Abs. 9 BDSG, dass es sich zumindest bei den medizinischen Daten, die die Gesundheit einer Person beschreiben (was überwiegend der Fall sein wird), um personenbezogene bzw. besondere personenbezogene Daten handelt. Welche Maßnahmen die Universität bzw. der LZA-Verbund zu ergreifen hat, ergibt sich dabei insbesondere aus der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG. Dieser bezieht sich seinem Wortlaut nach zwar nur auf die automatisierte Nutzung oder Verarbeitung personenbezogener Daten. Der enthaltene Katalog kann jedoch auch bei einer manuellen Verarbeitung personenbezogener Daten je nach der damit verbundenen potentiellen Gefährdung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen als Anhaltspunkt dienen¹⁶². In diesem Zusammenhang definiert, § 3 Abs. 4 Satz 1 BDSG den Begriff des Verarbeitens als Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. In den vorliegenden Fällen der Archivierung medizinischer Daten würden diese gespeichert und im Rahmen des Datenaustauschs mit anderen Forschungseinrichtungen auch übermittelt werden. Damit hat die Universität in entsprechender Anwendung der Anlage zu § 9 Nr. 5 BDSG zu gewährleisten, dass nachträglich überprüft und festgestellt werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten in Datenverarbeitungssysteme eingegeben, verändert oder entfernt worden sind. Da durch eine elektronische Signatur gewährleistet werden kann, dass eine Veränderung der Daten feststellbar ist, besteht aufgrund der Anlage zu § 9 BDSG eine Pflicht zur elektronischen Signierung medizinischer Daten, bevor diese archiviert werden. Sofern gegen die sich aus dem BDSG bzw. dem NDSG ergebenden Pflichten seitens der Universität oder des LZA-Verbundes verstoßen werden sollte, hätte dies unter Umständen Schadensersatzansprüche der Betroffenen gegen die datenverarbeitende Stelle nach den §§ 8 BDSG bzw. 18 NDSG zur Folge.

F. Ergebnis

Damit lässt sich festhalten, dass eine grundsätzliche Pflicht für eine elektronische Signatur nicht besteht. Des Weiteren ist die Universität grundsätzlich auch nicht verpflichtet, die Integrität und Authentizität der archivierten Daten zu gewährleisten. Das Bedürfnis einer solchen

¹⁶¹ *Damman* in Simitis (Hrsg.), BDSG, 6. Aufl. 2006, § 3 Rn. 22.

¹⁶² *Damman* in Simitis, § 9 Rn. 18.

Gewährleistung ergibt sich indes daraus, dass die archivierten Daten andernfalls nutzlos wären, da ein Vertrauen in ihre Integrität konsequenterweise nicht bestünde. Darüber hinaus könnten sich unter gewissen Umständen auch haftungsrechtliche Probleme für die Universität ergeben, sofern Dritten aufgrund falscher Daten ein Schaden entstünde. Die Gewährleistung einer solchen Integrität kann dabei durch eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz erreicht werden, wie sie beispielsweise auch § 126a BGB oder § 371a ZPO verlangen. Für den Großteil der Daten besteht damit zwar keine ausdrückliche Pflicht, wohl aber ein praktisches Bedürfnis nach einer elektronischen Signierung der archivierten Dateien. Aufgrund des großen und im Laufe der Jahre stetig anwachsenden Datenvolumens wird die nach § 17 SigV erforderliche regelmäßige Neusignierung indes sehr zeitaufwendig sein, weshalb ein System eingerichtet werden muss, welches die Signaturen automatisch erneuert und mit einem qualifizierten Zeitstempel versieht. Im Rahmen von medizinischen Daten folgt hingegen eine Pflicht zur elektronischen Signierung aus Anlage 9 Nr. 5 BDSG, da hiernach gewährleistet werden muss, dass eine Veränderung personenbezogener Daten festgestellt werden kann. Andernfalls liefe die datenverarbeitende Stelle Gefahr, Schadensersatzansprüchen der jeweiligen Betroffenen ausgesetzt zu sein.

Frage 7:

Wer ist haftbar, wenn beim Ingest, Preservation Planning, Data Management, Archival Storage, Administration, Access der digitalen Daten Fehler auftreten bzw. Fehler durch äußere Einflüsse entstehen?

Die oben genannten Begriffe stellen die einzelnen Abschnitte vom Eingang der zu archivierenden Datei bei der für die Archivierung zuständigen Stelle bis hin zur Bereitstellung der Datei für die Öffentlichkeit dar, sowie die im Rahmen der Langzeitarchivierung unablässige regelmäßige Aktualisierung der Dateiformate und der Vornahme von Sicherungsdateien.

A. Erläuterung der Begriffe „Ingest“, „Preservation Planning“, „Data Management“, „Archival Storage“, „Administration“ und „Access“

Bevor auf die Frage der Haftung eingegangen werden kann, ist zunächst darzulegen, welche Aufgaben die einzelnen Archivierungseinheiten im Rahmen der Datenarchivierung haben, um anhand dieser Angaben feststellen zu können, welche Pflichtverletzungen jeweils in Betracht kommen.

I. „Ingest“

Das „Ingest“ stellt die Schnittstelle zwischen den Datenproduzenten und dem Archiv dar. Hier gehen die Datenpakete in Form von sog. „Submission Information Packages“ ein und ihr Inhalt wird für das „Archival Storage“ und das „Datamanagement“ vorbereitet¹⁶³. Dazu gehört unter anderem die Erstellung eines sog. Archival Information Package (AIP), das den Format- und Dokumentationsstandards des Archivs entspricht. Darüber hinaus werden die sog. Metadaten extrahiert und deren Weiterleitung zum Archival Storage koordiniert. Die AIPs wiederum werden an das Data Management weitergeleitet¹⁶⁴.

II. „Archival Storage“

Das Archival Storage regelt die dauerhafte Speicherung und die Instandhaltung der Daten, die vom „Ingest“ zugesendet werden. Des Weiteren wird durch das Archival Storage die Speicherhierarchie festgelegt und regelmäßig Fehlerprüfungen durchgeführt. Schließlich sorgt das Archival Storage auch dafür, dass die Speichermedien, also die Hardware, regelmäßig erneuert wird. Ferner ist es für die Wiederherstellung von zerstörten Daten zuständig¹⁶⁵.

III. „Data Management“

Das „Data Management“ stellt den Erhalt und die Abrufbarkeit der sog. administrativen Daten und der Metadaten sicher. Während im „Archival Storage“ die sog. AIP, also die „eigentlichen“ Forschungsdaten eingehen, erhält das Data Management vom Ingest die sog. Metadaten und die administrativen Daten. Anhand dieser können die sog. AIPs identifiziert und die Archivierung gesteuert werden. Das Data Management aktualisiert die Datenbank anhand dieser Daten und ermöglicht dem Nutzer der Datenbank das gezielte Suchen von Daten, indem es die Anfragen der Nutzer bearbeitet und Ergebnislisten erstellt¹⁶⁶.

IV. „Administration“

Dieser Arbeitsbereich kümmert sich zum einen um die Verhandlung und den Abschluss von Vereinbarungen mit den Datenproduzenten und trägt dafür Sorge, dass die geltenden Archivierungsstandards eingehalten werden. Darüber hinaus regelt das „Administration“ die Konfiguration von Hard- und Software und ermöglicht die Aktualisierung und die Migration des

¹⁶³ *Consultative Committee for Space Data Systems (ccsds)*, Reference Model for an Open Archival Information System (OAIS), CCSDS 650.0-B-1, January 2002, S. 4-1; abrufbar unter: <http://public.ccsds.org/publications/archive/650x0b1.pdf>.

¹⁶⁴ *Consultative Committee for Space Data Systems (ccsds)*, S. 4-1.

¹⁶⁵ *Consultative Committee for Space Data Systems (ccsds)*, S. 4-1 f.

¹⁶⁶ *Consultative Committee for Space Data Systems (ccsds)*, S. 4-2.

Archivinhalt. Außerdem ist dieser Arbeitsbereich verantwortlich für die Erstellung und Erhaltung von Archivierungsstandards und einer einheitlichen Archivierungspolitik, sowie für die Betreuung und Unterstützung der Nutzer des Archivierungssystems¹⁶⁷

V. Preservation Planning

Das sog. „Preservation Planning“ stellt sicher, dass die gespeicherten Informationen den Nutzern langfristig zugänglich bleiben. In diesem Zusammenhang wird der Archivinhalt regelmäßig evaluiert, um unter Berücksichtigung der gegenwärtigen technischen Veränderungen den Archivinhalt gegebenenfalls zu migrieren. Des Weiteren werden vom „Preservation Planning“ auch Empfehlungen für Archivierungsstandards erarbeitet, sowie Änderungen und Entwicklungen im Bereich der technischen Ausstattung und den Anforderungen der Nutzer beobachtet¹⁶⁸. Das „Preservation Planning“ stellt damit sicher, dass die archivierten Daten langfristig abrufbar sind, so dass die in ihnen enthaltenen Informationen auch in ferner Zukunft noch zugänglich sind. Dies ist insbesondere mit Blick auf die rasante technische Entwicklung im IT-Bereich bei einem auf Dauer angelegten Archivierungsprojekt zwingend erforderlich.

VI. „Access“

Der „Access“ stellt wiederum die Schnittstelle zwischen dem Archiv und dessen Nutzern dar. Hier gehen die Anfragen der Nutzer nach den gesuchten Daten ein und werden beantwortet. Darüber hinaus gibt diese Arbeitsstelle Auskunft über die Existenz, den Speicherort und die Verfügbarkeit der gewünschten Datei. Im Rahmen des „Access“ ist es auch möglich, zu kontrollieren, wer Zugriff auf die Dateien haben darf.

B. Umsetzung der einzelnen Arbeitsschritte

Neben der Frage, welche Maßnahmen in den oben dargestellten Arbeitsschritten vorgenommen werden, kommt es für die Frage der Haftung vor allem darauf an, von wem diese Arbeitsschritte ergriffen werden.

Dabei ist zum einen denkbar, dass die Universität die komplette Archivierung selbständig übernimmt. Denkbar wäre aber auch, dass einzelne Arbeitsschritte an Dritte ausgelagert werden. Damit stellt sich jedoch die Frage, wer haften muss, wenn im Rahmen der oben genann-

¹⁶⁷ *Consultative Committee for Space Data Systems (ccsds)*, S. 4-2.

¹⁶⁸ *Consultative Committee for Space Data Systems (ccsds)*, S. 4-2.

ten Arbeitsschritte Fehler auftreten. Darüber hinaus sind Fälle denkbar, in denen ein Datenverlust nicht aufgrund menschlichen Versagens eintritt, sondern aufgrund mangelhaftem Materials, wie etwa defekten Festplatten oder anderen Speichermedien, so dass sich auch hier die Frage stellt, wer in einem solchen Fall haften muss.

Im Rahmen der Frage, wer für einen Fehler haftet, ist dabei daher danach zu differenzieren, ob der Fehler durch einen Dritten verursacht worden ist (dazu I.) oder durch interne Fehler im Rahmen des LZA-Verbundes (dazu II.).

I. Archivierung durch Dritte

Zunächst ist denkbar, dass der Datenfehler durch innere Einflüsse verursacht wird. Dies kann durch menschliches Fehlverhalten (dazu 1.), wie beispielsweise dem versehentlichen Löschen eines Datensatzes oder durch Materialfehler (dazu 2.) geschehen, wobei Letzteres auch wiederum auf menschliches Fehlverhalten, wie etwa unterlassener Wartungsarbeiten zurückzuführen sein kann.

1. Datenfehler aufgrund menschlichen Fehlverhaltens

Ein Datenfehler kann zunächst durch menschliches Fehlverhalten entstehen. Unter Berücksichtigung der einzelnen Archivierungseinheiten und der ihnen zufallenden Aufgaben ist dabei zunächst denkbar, dass eine Datei vollständig gelöscht wird. Dies wäre insbesondere im Rahmen des Ingest denkbar, wohin die Daten zunächst vom Datenproduzenten gesendet werden, bevor sie von dort an das „Data Management“ und das „Archival Storage“ weitergesendet werden. Darüber hinaus wäre aber auch denkbar, dass die Daten zwar nicht beschädigt werden, ihnen jedoch die falsche Identifikationsdatei zugeordnet wird. Darüber hinaus könnte ein Datenverlust auch im Rahmen der Migration oder durch Fehler bei der Erneuerung der Hardware durch das „Archival Storage“ entstehen. Tritt ein Datenfehler auf, stellt sich die Frage, wer für diesen Fehler haftet und vor allem gegenüber wem. Dabei ist danach zu differenzieren, ob die Universität die Archivierung selbst vornimmt, oder ob die Archivierung oder zumindest Teile davon an außenstehende Firmen ausgelagert werden.

Sofern die Universität die Archivierung oder zumindest Teile davon an außenstehende Dritte übertragen würde, läge dem ein Vertrag zugrunde, kraft dessen sich der Dritte zur Archivierung beziehungsweise zu einzelnen Arbeitsschritten, die zur Archivierung erforderlich sind, gegen die Zahlung einer Vergütung verpflichten würde. Sofern Datenfehler bei dem Dritten auftreten, käme damit eine Haftung des Dritten gegenüber der Universität gem. § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Danach kann der Gläubiger Ersatz für den durch die Pflichtverletzung des

Schuldners entstandenen Schaden verlangen. Insofern wäre im Einzelfall zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen.

a) Schuldverhältnis

Zunächst müsste dafür ein Schuldverhältnis vorliegen. Darunter wird nach allgemeiner Ansicht ein Rechtsverhältnis verstanden, das für die einzelnen Parteien Rechte und Pflichten begründet¹⁶⁹. Ein solches Schuldverhältnis stellt der Vertrag zwischen der Universität und der Fremdfirma dar. Der genaue Vertragstyp kann dabei von Fall zu Fall divergieren. Denkbar sind aber vor allem Dienst-, Werk- oder auch Mietverträge bzw. typengemischte Verträge, die Elemente der genannten Vertragstypen enthalten.

b) Pflichtverletzung

Des Weiteren müsste der Dritte eine Pflicht aus diesem Vertrag verletzt haben. Die Pflichten, die aus dem Schuldverhältnis folgen, richten sich dabei nach § 241 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Nach Abs. 1. folgen die Pflichten der Parteien aus dem Schuldverhältnis. In dem Vertrag zwischen der Universität und dem Dritten wird dabei regelmäßig vereinbart sein, dass die Datensätze in einem entsprechenden Zustand erhalten werden. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, so folgt diese Pflicht aus § 241 Abs. 2, wonach die Parteien Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet sind. Die Beschädigung oder sogar Löschung von Daten stellt damit eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

c) Vertretenmüssen

Der Vertragspartner müsste diese Pflichtverletzung ferner zu vertreten haben. Dabei bestimmt § 276 BGB, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Fahrlässig handelt gem. § 276 Abs. 2 BGB, „wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt“. Es kommt also darauf an, dass der Vertragspartner den Datenfehler aufgrund mindestens fahrlässigen Verhaltens herbeigeführt hat. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im Falle eines Prozesses nicht die Universität das Beweisrisiko hinsichtlich des Vertretenmüssens treffen würde. Vielmehr müsste der Schuldner, hier also den für die Archivierung zuständige Vertragspartner, aufgrund der in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgesehenen Beweislastumkehr, beweisen, dass er die Pflichtverletzung gerade nicht zu vertreten hat. Um trotzdem im Falle eines Datenfehlers- oder Verlustes abschätzen zu

¹⁶⁹ *Grüneberg* in *Bamberger/Roth*, Bd. 1, § 241 Rn. 3 f.; *Kramer* in *Münchener Kommentar BGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, Einl. Rn. 13.

können, ob ein Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB besteht, soll im Folgenden darauf eingegangen werden, unter welchen Umständen ein Vertretenmüssen vorläge. Dabei ist zu beachten, dass der Vertragspartner die notwendigen Arbeiten zumeist nicht selbst vornehmen wird sondern sich dazu seiner Angestellten bedient. Damit stellt sich aber ferner die Frage, ob und wie ihm deren Fehlverhalten zuzurechnen ist.

i. Eigenes Vertretenmüssen des Vertragspartners

Dabei kommt zum einen ein eigenes Vertretenmüssen des Vertragspartners in Betracht, wenn dieser seine Angestellten nicht sorgfältig ausgesucht oder den Betriebsablauf nicht sorgfältig organisiert hat. Ist dies der Fall, so hat er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und damit fahrlässig gehandelt, so dass er die Pflichtverletzung zu vertreten hätte. Sofern es sich bei dem Vertragspartner um eine juristische Person handelt, würde dieser ein solches Organisationsverschulden ihres Vorstands in analoger Anwendung des § 31 BGB als eigenes Verschulden zur Last fallen¹⁷⁰.

ii. Vertretenmüssen der Angestellten

Sofern der Vertragspartner seine Angestellten jedoch unter Beachtung der erforderlichen Sorgfalt ausgesucht hat, kommt eine Zurechnung des Vertretenmüssens des Angestellten über § 278 BGB in Betracht. Danach hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Handelt ein Angestellter des Vertragspartners also fahrlässig oder vorsätzlich und hat dieser damit die Pflichtverletzung zu vertreten, so würde dieses Vertretenmüssen gem. § 278 BGB dem Vertragspartner zugerechnet werden, so dass dieser die Beschädigung des Datensatzes zu vertreten hätte.

iii. Haftungsbeschränkung

Da der Schuldner gem. § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit nur dann zu vertreten hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung nicht bestimmt ist, könnte der Vertragspartner versuchen, sein Vertretenmüssen durch entsprechende Klauseln in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) möglichst weit zu begrenzen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit dies möglich ist und wann derartige Klauseln unwirksam wären. Die Wirksamkeit von AGB richtet sich dabei grundsätzlich nach den §§ 307 ff. BGB. Da es sich bei der Universität Göttingen um eine Stiftung und damit um eine juristische Person öffentlichen Rechts handelt,

¹⁷⁰ *Ellenberger* in Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage 2009, § 31 Rn. 2, 3; *Schwarz/Schöpflin* in Bamberger Roth, Bd. 1, § 31 Rn. 1, 3;

finden die §§ 308 und 309 BGB auf AGB, die ihr gegenüber gestellt werden, jedoch gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Anwendung. Vielmehr sind diese AGB nur anhand des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu prüfen, wobei die §§ 308 und 309 BGB jedoch eine gewisse Indizwirkung für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners entfalten können¹⁷¹. Zunächst ist festzuhalten, dass eine Freizeichnung für eigenes vorsätzliches Handeln des Vertragspartners schon gem. § 276 Abs. 3 BGB unwirksam wäre. Es stellt sich damit die Frage, inwieweit der Vertragspartner die Haftung für eigenes fahrlässiges Verhalten sowie fahrlässiges und vorsätzliches Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen einschränken kann.

(1) Ausschluss der Haftung für grob fahrlässiges Verhalten

Unter grob fahrlässigem Verhalten versteht man das außer Acht lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem und ungewöhnlich hohem Maße¹⁷². Die Wirksamkeit einer Klausel, wonach der Vertragspartner grob fahrlässiges Verhalten nicht zu vertreten hat, hängt von § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ab. Bestimmungen in AGB sind gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, „wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“. Eine unangemessene Benachteiligung ist gem. § 307 Abs. 2 BGB dabei im Zweifel anzunehmen, „wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist“. Ein Haftungsausschluss für eigenes grob fahrlässiges Verhalten und solches des Erfüllungsgehilfen wäre gem. § 309 Nr. 7b BGB unwirksam. Dieser findet hier, wie erwähnt, gem. § 310 Abs. 1 BGB zwar keine direkte Anwendung, entfaltet allerdings eine Indizwirkung für eine unangemessene Benachteiligung der Universität und damit eine Unwirksamkeit eines solchen Haftungsausschlusses nach § 307 Abs. 1 BGB. Damit wäre eine Klausel, wonach eine Haftung des Vertragspartners für eine eigene, grob fahrlässige Pflichtverletzung ausscheidet, nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur unwirksam¹⁷³. Hinsichtlich des Ausschlusses der Haftung für grob fahrlässiges Verhalten der Mitarbeiter des Vertragspartners

¹⁷¹ BGH NJW 1984, 1750, 1751; 1988, 1785, 1788; ZIP 1986; 653, 656; *P. Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 310 Rn. 27; *K.P. Berger* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 310 Rn. 3; *Basow* in *MüKo*, § 310 Rn. 7.

¹⁷² BGH NJW 1988, 1265, 1266; *Unberath* in *Bamberger/Roth*, § 276 Rn. 19; *Schmidt-Kessel* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 276 Rn. 17; siehe auch die Legaldefinition in § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X.

¹⁷³ BGH NJW 1985, 623, 627; NJW-RR 1988, 1437, 1438; 1989, 953, 955; NJW 1999, 942, 943 f.; *P. Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Berger*, § 307 Rn. 285; § 310 Rn. 33; *Basedow* in *Münchener Kommentar*, Bd. 2, § 309 Nr. 7 Rn. 34; *Heinrichs* in *Palandt*, § 309 Rn. 48; *Spindler* in *Spindler (Hrsg.)*, *Vertragsrecht der Internet-Provider*, 2. Aufl. 2004, Teil IV Rn. 330

würde dies zumindest auch für leitende Angestellte gelten. Hinsichtlich der Erfüllungsgehilfen wäre der Haftungsausschluss für eine grob fahrlässige Pflichtverletzung zumindest bei Verstößen gegen vertragliche Hauptpflichten unwirksam¹⁷⁴.

(2) Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz

Ferner könnte der Vertragspartner durch seine AGB die Haftung auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen und Vorsatz beschränken wollen, so dass er im Falle von „einfach“ fahrlässigen Pflichtverletzungen durch sich selbst oder einen seiner Angestellten nicht haften müsste. Ein solcher Haftungsausschluss wäre jedoch im nichtkaufmännischen Verkehr gem. § 309 Nr. 7 b) BGB unwirksam, sofern die Verletzung des Körpers, des Lebens oder der Gesundheit von der Freizeichnung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wären. Dabei ist allgemein anerkannt, dass dies im unternehmerischen Geschäftsverkehr ebenso gilt¹⁷⁵.

Sofern die Verletzung der genannten Rechtsgüter jedoch vom Haftungsausschluss nicht erfasst wäre, würde die Klausel nicht gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB verstoßen, so dass dieser nicht als Indiz für eine unangemessene Benachteiligung herangezogen werden könnte. Die Unwirksamkeit einer solchen Klausel könnte sich indes aus § 307 Abs. 2 BGB ergeben. Dieser enthält Regelbeispiele für eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des Abs. 1¹⁷⁶. Dabei könnte eine solche Haftungsbeschränkung die Einschränkung wesentlicher Rechte oder Pflichten darstellen, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben. Wie oben bereits dargestellt, wird bei der Beauftragung eines Dritten mit der Langzeitarchivierung oder zumindest einzelnen Arbeitsschritten, die dazu erforderlich sind, zumeist ein typengemischter Vertrag vorliegen. In Betracht kommt aber beispielsweise auch ein reiner Mietvertrag gem. § 535 BGB, sofern die Universität lediglich Speicherplatz für die archivierten Dateien anmietet. Welche Leistungen von dem Begriff der wesentlichen Pflichten erfasst sind, hängt also von dem konkreten Vertrag ab. Bei einer genauen Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu derartigen Freizeichnungen, stellt man fest, dass der BGH ein Verbot der Freizeichnung für die Haftung bei der Verletzung von sogenannten Kardinalpflichten entwickelt hat¹⁷⁷. Auch nach der Schuldrechtsreform scheint die Rechtsprechung im Rahmen der §§ 307 ff. BGB an

¹⁷⁴ BGH NJW 1984, 1350, 1351; 1985, 623, 627; NJW-RR 1989, 953, 955; NJW 1999, 942, 943 f.

¹⁷⁵ OLG München BB 1993, 1753; OLG Hamm NJW-RR 1996, 969; *Heinrichs* in Palandt, § 307 Rn. 48; *Stoffels*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rn. 980.

¹⁷⁶ BGHZ 153, 148, 155; *Grüneberg* in Palandt, § 307 Rn. 25; *K.P. Berger* in Prütting/Wegen/Weinreich, § 307 Rn. 19; *A. Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 Rn. 3.

¹⁷⁷ BGH NJW 1956, 1065, 1066; ; BGH NJW 1985, 914, 916; 1165, 1166; 1993, 335; NJW-RR 1993, 560; NJW 1994, 1060, 1063; 1999, 1031, 1032 unter II 1 NJW-RR 2000, 998; NJW 2001, 292, 302 unter XV 2 b.; NJW-RR 2001, 342; NJW 2002, 673, 674; *A. Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 Rn. 288; vgl. auch BGHZ 65, 364, 367.

diesen Grundsätzen festzuhalten¹⁷⁸. Dabei ist zwar zu beachten, dass in den entschiedenen Fällen oftmals § 309 Nr. 7 BGB direkt Anwendung fand, da die Klausel gegenüber Verbrauchern gestellt wurde. Im Rahmen des Haftungsausschlusses für die Verletzung wesentlicher Pflichten differenziert die Rechtsprechung allerdings kaum zwischen dem Geschäftsverkehr mit Verbrauchern und dem mit Unternehmern¹⁷⁹. Insofern ist davon auszugehen, dass die Haftungsfreizeichnung, sofern sie auch die Verletzung wesentlicher Pflichten erfasst, unwirksam ist. Eine Freizeichnung für „einfach“ fahrlässige Pflichtverletzungen nicht wesentlicher Pflichten wäre demnach möglich. Zu beachten ist jedoch, dass die AGB des Vertragspartners die Haftungsbeschränkung ausdrücklich auf unwesentliche Pflichten beziehen müssten. Eine pauschale Haftungsfreizeichnung, wonach der Vertragspartner „lediglich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat“, würde hingegen unwirksam sein. Zum einen würde unter eine solche Klausel auch die gerade angesprochene Verletzung wesentlicher Pflichten fallen. Zum anderen würde eine solche Klausel auch eine Haftungsbeschränkung für Schäden aufgrund der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit umfassen. Aufgrund des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion von AGB, dass aus § 305c Abs. 2 BGB folgt, wäre eine solche Klausel insgesamt unwirksam, so dass auch eine Haftungsbeschränkung für eine fahrlässig verursachte Verletzung von nicht wesentlichen Nebenpflichten von der Unwirksamkeit erfasst würde¹⁸⁰. Der Vertragspartner könnte sich ferner auch nicht durch eine sog. salvatorische Klausel behelfen, wonach die Haftung nur ausgeschlossen ist, „soweit der Ausschluss gesetzlich zulässig ist“¹⁸¹.

(3) Zwischenergebnis

Eine Haftungsbeschränkung durch den Vertragspartner auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen und Vorsatz ist damit wohl nur hinsichtlich nicht wesentlicher Pflichten möglich. Sofern eine haftungsbeschränkende Klausel einen generellen Haftungsausschluss für leicht fahrlässiges Verhalten vorsieht, ohne die Verletzung wesentlicher Pflichten sowie die Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit von der Haftungsbefreiung auszunehmen, wäre die Klausel insgesamt unwirksam. Sofern die Pflichtverletzung darin besteht, dass der Vertragspartner Daten, die er archivieren bzw. zum Zwecke einer Archivierung bearbeiten soll, be-

¹⁷⁸ BGH NJW 2005, 422, 424; 2005, 1774 unter II.1.; NJW-RR 2005, 1496, 1505 f; A. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 Rn. 289.

¹⁷⁹ Als Beispiele für das Verbot der Freizeichnung im unternehmerischen Geschäftsverkehr siehe nur BGH NJW 1985, 3016; NJW-RR 1988, 559; NJW 1993, 335 ; NJW-RR 1993, 560.

¹⁸⁰ BGHZ 93, 29, 48; Spindler in Spindler, Teil IV Rn. 342.

¹⁸¹ BGHZ 93, 29, 48; NJW 1996, 1407.; LG Köln, CR 2003, 697, 698; Basedow in Münchener Kommentar BGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, § 305 Rn. 71; § 306 Rn. 29; Schmidt in Bamberger/Roth, Bd. 1, § 306 Rn. 17; Spindler in Spindler, Teil IV Rn. 335.

schädigt oder sogar löscht, wird es sich aber grundsätzlich um die Verletzung einer wesentlichen Pflicht handeln, da der Hauptzweck des Vertrages die ordnungsgemäße Archivierung bzw. Bearbeitung der Daten oder Bereitstellung von Speicherplatz ist.

d) Kausaler Schaden

Damit müsste der Vertragspartner der Universität den aufgrund der Pflichtverletzung kausal entstandenen Schaden ersetzen. Ob überhaupt ein Schaden vorliegt, bestimmt sich dabei nach der sog. Differenzhypothese. Dabei wird die tatsächliche Vermögenslage des Geschädigten nach dem schädigenden Ereignis mit der hypothetischen Vermögenslage des Geschädigten verglichen, die zum gleichen Zeitpunkt ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Sofern bei einer Subtraktion des Wertes des hypothetischen Vermögens von dem des tatsächlichen Vermögens eine negative Differenz entsteht, ist ein Schaden gegeben¹⁸². Dieser müsste des Weiteren auch kausal auf der Pflichtverletzung beruhen. Dies ist der Fall, wenn die Pflichtverletzung nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Form entfiel¹⁸³ und der Eintritt des Schadens als Folge der Pflichtverletzung ferner nicht völlig unwahrscheinlich ist und außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt¹⁸⁴. Ein Schaden der Universität kann dabei insbesondere in den Kosten bestehen, die für die Neugewinnung der entsprechenden Daten anfallen würden.

e) Schadensausgleich

Im Rahmen des Schadensausgleichs, der sich nach den §§ 249 ff. BGB richtet, ist zu beachten, dass dieser nach dem Grundsatz der sogenannten „Naturalrestitution“ erfolgt. Danach bestimmt § 249 Abs. 1, dass der zum Schadensersatz verpflichtete den Zustand wiederherzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Geschädigte soll durch den Schadensersatz folglich nicht besser gestellt werden als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Auf der anderen Seite soll der Schädiger – anders als beispielsweise im anglo-amerikanischen Rechtsraum – auch nicht bestraft werden. In den vorliegenden Fällen wäre der Vertragspartner gem. § 249 Abs. 1 BGB also verpflichtet, die beschädigten Daten zu reparieren oder diese neu zu erstellen bzw. gem. § 249 Abs. 2 BGB der Universität den dafür erforderlichen Betrag zu zahlen. Sofern die Datensätze jedoch irreparabel zerstört worden sind, wird eine Wiederherstellung allerdings regelmäßig nicht möglich

¹⁸² *Oetker* in Münchener Kommentar BGB, Bd. 2, § 249 Rn. 19; *Schmidt* in Bamberger/Roth, Bd. 1, § 249 Rn. 11.

¹⁸³ *C. Schubert* in Bamberger/Roth, Bd. 1, § 249 Rn. 44; *Oetker* in Münchener Kommentar, Bd. 1, § 249 Rn. 98.

¹⁸⁴ *Heinrichs* in Palandt, § 249 Rn. 58 f; *C. Schubert* in Bamberger/Roth, Bd. 1, § 249 Rn. 46.

sein. In diesem Fall hätte der Vertragspartner der Universität unter Umständen gem. § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu entschädigen.

f) Mitverschulden der Universität

Des Weiteren ist im Rahmen der Haftung des Vertragspartners entscheidend, ob die Universität ein Mitverschulden trifft. Der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes hängt gem. § 254 Abs. 1 BGB in den Fällen, in denen die Universität bei der Entstehung dieses Schadens ein Verschulden trifft, davon ab, inwieweit der Schaden von der Universität oder dem Vertragspartner verursacht worden ist. Sofern die Universität also ein Mitverschulden an der Beschädigung oder der Löschung der Daten trifft, würde ihr Mitverschuldensanteil von dem zu zahlenden Schadensersatz des Vertragspartners entsprechend abgezogen werden. Dabei würde der Universität wieder das Verschulden ihrer Mitarbeiter gem. § 278 BGB zugerechnet werden. Dies folgt aus § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB, der nach überwiegender Ansicht als Absatz 3 zu lesen ist und sich damit auch auf ein Mitverschulden im Rahmen der Haftungs begründung gem. § 254 Abs. 1 BGB bezieht¹⁸⁵.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Universität im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten von den zu archivierenden Daten Sicherungskopien erstellen und aufbewahren muss¹⁸⁶. Das Bestehen derartiger Kopien würde einen Schaden nämlich regelmäßig nahezu entfallen lassen, da man auf die unversehrten Kopien zurückgreifen könnte und die Informationen damit nicht verloren wären. Eine solche Sorgfaltspflicht zur Erstellung von Sicherungskopien würde dann bestehen, wenn ein verständiger Mensch im eigenen Interesse derartige Sicherungskopien erstellt hätte. Maßgebend ist in diesem Zusammenhang also die vernünftige Verkehrsanschauung¹⁸⁷. Dabei ist zu bedenken, dass das Anlegen eines solchen Sicherungsarchives würde für die Universität jedoch einen erheblichen personellen und wohl auch finanziellen Aufwand darstellen würde. Insbesondere müsste der Universität genügend Speicherplatz zur Verfügung stehen. Bei der Prüfung, ob eine Sorgfaltspflicht zur Erstellung von Sicherungskopien besteht, ist deshalb darauf abzustellen, inwieweit der Vertragspartner mit der Archivierung beauftragt wird. Soll er lediglich bei einzelnen Arbeitsschritten unterstützend tätig werden, so kann von der Universität bzw. dem LZA-Verbund wohl erwartet werden, entsprechende Sicherungskopien bereit zu halten, da sie ja auch die sonstige Archi-

¹⁸⁵ BGH NJW 1951, 477; *Unberath* in Bamberger/Roth, Bd. 1, § 254 Rn. 40; *Oetker* in Münchener Kommentar, Bd. 2, § 254 Rn. 126; *Heinrichs* in Palandt, § 254 Rn. 49.

¹⁸⁶ Zum Erstellen einer Sicherungskopie als Mitwirkungsleistung des Kunden bei Software-Verträgen siehe *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Auflage 2003, J. Rn. 197.

¹⁸⁷ BGH NJW 2001, 149, 150; 2004, 3328; 2006, 1426, 1427; NJW-RR, 2006, 965, 966; *Oetker* in Münchener Kommentar BGB, Bd. 2, § 254 Rn. 30; *Unberath* in Bamberger/Roth, § 254 Rn. 9.

vierung organisiert und damit über die dafür erforderliche Infrastruktur verfügt. Anders wird es sich jedoch wohl verhalten, wenn der Vertragspartner mit der gesamten Archivierung beauftragt wird oder wenn seine Leistung gerade in der Bereitstellung von Speicherplatz besteht, wie etwa bei einem Mietvertrag über Servermodule. In diesen Fällen gibt die Universität die Archivierung ja gerade deshalb in die Hände eines Dritten, weil es ihr nur schwer oder sogar überhaupt nicht möglich ist, die Archivierung selbst durchzuführen. Würde man nun jedoch von ihr erwarten, zusätzliche Sicherungskopien aufzubewahren, da ihr ansonsten ein Mitverschulden zur Last fiel, könnte sie die Archivierung gleich selbst durchführen. Demzufolge wäre in diesen Fällen das Bereithalten von Sicherungskopien aufgrund des nicht unerheblichen Aufwands, der damit verbunden ist, nicht als Sorgfaltspflicht einzustufen, so dass die Universität im Falle eines Schadens aufgrund der Löschung oder Beschädigung der Datensätze kein Mitverschulden nach § 254 Abs. 1 BGB treffen würde.

Etwas anderes würde jedoch gelten, sofern der Vertragspartner nur Teile der Archivierung vornimmt und die Universität bzw. der LZA-Verbund ihm zu diesem Zweck die Daten zur Verfügung stellt. Da die sonstigen Arbeitsschritte und der damit verbundene Aufwand durch die Universität erledigt würden, würde es als „Herrin“ der Archivierungsmaßnahmen auch zu ihren Sorgfaltspflichten zählen, entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu treffen.

2. Datenfehler- oder Verlust aufgrund eines Materialfehlers

Neben der Beschädigung oder Löschung von Datensätzen aufgrund menschlichen Fehlverhaltens können Fehler auch infolge von Materialversagen entstehen. Dies kann zum einen Fehler oder Beschädigungen der Hardware zur Ursache haben, aber auch Softwarefehler, die beispielsweise zum Absturz des Systems führen können. Die Pflichtverletzung besteht in diesen Fällen also nicht darin, dass Daten versehentlich gelöscht oder falsch bearbeitet werden. Eine Pflichtverletzung kann in diesen Fällen jedoch darin bestehen, dass der Vertragspartner seine Geräte nicht ordnungsgemäß gewartet oder keine entsprechenden Datensicherung vorgenommen hat. Darüber hinaus kann der Vertragspartner eine Pflichtverletzung auch dadurch begehen, dass er von den ihm zur Archivierung übermittelten Daten keine Sicherungskopien erstellt hat. Dies wird, wie oben gezeigt, zumindest dann der Fall sein, wenn der Vertragspartner überwiegend oder vollständig allein für die Archivierung zuständig ist. Die Pflicht, die Geräte und Software zu warten und damit den unversehrten Bestand der Daten zu schützen, würde generell als Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB folgen, wonach die Parteien des Schuldverhältnisses zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet sein können. Sofern die Leistung des Vertragspartners jedoch darin besteht, dass er

der Universität Speicherplatz zur Verfügung stellt, läge dem ein Mietvertrag zugrunde¹⁸⁸. In diesem Fall würde die Pflicht zur regelmäßigen Wartung der Server wohl direkt aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB folgen, wonach der Vermieter die Mietsache in dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten hat¹⁸⁹. In diesem Fall wäre der vertragsgemäße Gebrauch die Speicherung der zur Archivierung bestimmten Daten auf den angemieteten Speichermedien. Zu beachten ist, dass der Vertragspartner in diesen Fällen nicht nach § 280 Abs. 1 BGB sondern nach § 536a Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangen könnte. Bedeutung hat dies im Rahmen des Vertretenmüssens. Sofern die vom Vertragspartner zur Verfügung gestellten Speichermedien nämlich schon bei der Überlassung mangelhaft wären, würde der Vertragspartner, sofern aufgrund dieses Mangels ein Datenverlust entstünde, der Universität gem. § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB und der darin enthaltenen Garantiehaftung auch dann haften, wenn er den Mangel nicht zu vertreten hätte. Sofern der Mangel erst später auftritt, müsste der Vermieter Schadensersatz leisten, sofern er die Umstände, die zur Mangelhaftigkeit der Speichermedien geführt haben – wozu auch die nicht ordnungsgemäße Durchführung von Wartungsarbeiten zählt – zu vertreten hat. Zu beachten ist, dass das Vertretenmüssen von der Universität im Rahmen eines Prozesses bewiesen werden müsste, da die oben angesprochene Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen des § 536a BGB keine Anwendung findet.

II. Archivierung innerhalb des LZA-Verbundes

Sofern der Fehler innerhalb der Universität auftritt, ist fraglich, wer dann für den entstehenden Schaden haftet. Auch hier ist wieder danach zu unterscheiden, ob der Fehler durch menschliches Fehlverhalten (dazu 1.) entstanden ist oder durch Materialversagen (dazu 2.).

1. Datenfehler aufgrund menschlichen Fehlverhaltens

Sofern der Datenfehler innerhalb der Universität auftritt, kommt auch hier zum einen ein menschliches Fehlverhalten in Betracht, wie es bereits unter B.I.1. dargestellt worden ist. Allerdings wäre hier der Schädiger ein Angestellter der Universität sein, so dass sich eventuelle Schadensersatzansprüche nur gegen diesen selbst richten könnten.

Als Anspruchsgrundlage käme auch hier wieder zunächst § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht. Das zugrunde liegende Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB wäre dabei

¹⁸⁸ *Schneider*, F. Rn. 216

¹⁸⁹ *Schneider* F. Rn. 221.

der zugrunde liegende Arbeitsvertrag zwischen der Universität und dem Arbeitnehmer. Dabei handelt es sich um einen Dienstvertrag, so dass die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertrags gem. §§ 634 ff. BGB von vornherein ausscheiden¹⁹⁰.

a) Pflichtverletzung des Arbeitnehmers

Die Pflicht des Arbeitnehmers, die Datensätze der Universität nicht zu beschädigen, folgt wiederum gem. § 241 Abs. 2 BGB als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis, sofern sich nicht ohnehin eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag findet.

b) Vertretenmüssen des Arbeitnehmers

Sofern die Pflichtverletzung jedoch von einem eigenen Arbeitnehmer erfolgt ist, wird es oftmals an dessen Vertretenmüssen mangeln. Grundsätzlich würde auch der Arbeitnehmer gem. § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten haben. Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen ist diesbezüglich jedoch der Grundsatz des sog. „innerbetrieblichen Schadensausgleichs“, der in ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für Verletzungshandlungen und Pflichtverletzungen von Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis angewandt wird¹⁹¹, zu beachten. Nach dem Grundsatz des „innerbetrieblichen Schadensausgleichs“ hat der Arbeitnehmer leichte Fahrlässigkeit nicht zu vertreten¹⁹². Im Falle von mittlerer Fahrlässigkeit tragen Arbeitnehmer und Arbeitgeber den Schaden anteilig. Lediglich bei grober Fahrlässigkeit und bei vorsätzlichem Handeln trägt der Arbeitnehmer den Schaden allein. Dabei kann jedoch auch bei grob fahrlässigem Handeln des Arbeitnehmers eine Schadensteilung in Betracht kommen, wenn zwischen dem Schadensrisiko und dem Verdienst des Arbeitnehmers ein grobes Missverhältnis besteht¹⁹³. Sofern der Datenfehler also auf leicht fahrlässigem Verhalten des Arbeitnehmers bei einer betriebsbezogenen Tätigkeit beruht, so steht der Universität mangels Vertretenmüssen des Arbeitnehmers kein Anspruch gem. § 280 I 1 BGB zu. Vielmehr müsste sie den entstandenen Schaden selbst tragen. Sofern dem Arbeitnehmer zwar keine leichte sondern einfache Fahrlässigkeit zur Last fällt, hätte die Universität einen Schadensersatzanspruch auf zumindest teilweisen Ersatz des entstandenen Schadens. Lediglich bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Handeln des Arbeitnehmers könnte somit ein Anspruch auf Ausgleich des gesamten Schadens gegen den Arbeitnehmer entstehen. Zu beachten ist

¹⁹⁰ *Sprau* in Palandt, Vorb v § 633 Rn. 2; *Voit* in Palandt, § 631 Rn. 4.

¹⁹¹ BAG NJW 2003, 377, 378; NJW 1993, 1732; *Weidenkaff* in Palandt, § 611 Rn. 152 ff; *Fuchs* in Bamberger/Roth (Hrsg.), Bd. 2, 2. Aufl. 2008, § 611 Rn. 93 f.

¹⁹² *Fuchs* in Bamberger/Roth, Bd. 2, § 611 Rn. 94; *Schmidt-Kessel* in Prütting/Wegen/Weidenreich, BGB Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 276 Rn. 20; *Weidenkaff* in Palandt, § 611 Rn. 157.

¹⁹³ BAG NJW 1990, 468, 469 f.; NZA 1999, 263; *Fuchs* in Bamberger/Roth, Bd. 2, § 611 Rn. 94.

schließlich, dass die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB gem. § 619a BGB im Arbeitsverhältnis keine Anwendung zu Lasten des Arbeitnehmers findet.

2. Datenfehler aufgrund Materialverschleißes

Sofern der Datenfehler aufgrund eines Materialfehlers hervorgerufen worden ist, kommt es zunächst darauf an, ob es sich bei der defekten Hardware um Eigentum der Universität handelt oder um gemietete oder geleaste Geräte. Sofern sich die defekte Hardware im Eigentum der Universität befindet, käme ein Anspruch gegen den Verkäufer gem. §§ 280 Abs. 1, 433 Abs. 1 im Rahmen des Ersatzes des sog. Mangelfolgeschadens in Betracht. Der Verkäufer müsste den Mangel der Hardware allerdings zu vertreten haben, was jedoch gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB widerleglich vermutet wird. Sofern der Verkäufer nicht beweisen kann, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat, könnte die Universität den Ersatz des durch den Datenverlust entstandenen Schaden von dem Verkäufer verlangen. Dieser Schadensersatzanspruch würde neben eventuellen Nacherfüllungsansprüchen der Universität nach den §§ 437 ff. BGB stehen und nach der regelmäßigen Frist des § 195 innerhalb von drei Jahren ab Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und die Universität Kenntnis davon erlangt hat, verjähren. Zu beachten ist, dass auch hier ein Mitverschulden der Universität gem. § 254 Abs. 1 BGB vom Schadensersatzanspruch abzuziehen wäre. Dabei wäre ein Verschuldensbeitrag eines Mitarbeiters dieser wiederum gem. § 254 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 278 BGB zuzurechnen. Ein Mitverschulden könnte dabei insbesondere darin bestehen, dass der Mangel nicht rechtzeitig dem Verkäufer angezeigt wurde. Ferner könnte auch in diesen Fällen eine Pflicht zur Erstellung von Sicherungskopien als Sorgfaltspflicht bestehen.

Sofern die Universität die Hardware gemietet hätte, käme ein Schadensersatzanspruch gem. § 536 a Abs. 1 BGB in Betracht. Sofern der Mangel bereits bei Überlassung der Hardware vorgelegen hätte, müsste der Vermieter unabhängig vom Vertretenmüssen des Mangels für den entstandenen Schaden haften. Sofern der Schaden erst nach Überlassung der Hardware entstanden wäre, müsste er jedoch nur dann haften, wenn er den Umstand, auf dem der Mangel beruht, zu vertreten hat oder er mit der Beseitigung des Mangels in Verzug kommt.

a) Haftungsbegrenzung durch AGB

Dabei stellt sich auch hier wieder die Frage, ob der Vertragspartner die Haftung im Rahmen seiner AGB begrenzen kann. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob zwischen der Universität und dem Dritten ein Kaufvertrag oder ein Mietvertrag vorliegt.

i. Haftungsbegrenzung im Rahmen eines Kaufvertrages

Zu beachten ist, dass das Verhalten des Verkäufers im konkreten Fall zunächst auch als fahrlässig einzustufen sein müsste. Dies ergibt sich jedoch nicht allein daraus, dass er eine mangelhafte Sache geliefert hat. Insbesondere trifft den Verkäufer nicht von vornherein eine Pflicht, die Kaufsache zu überprüfen¹⁹⁴. Etwas anderes kann jedoch ausnahmsweise gelten, wenn es sich um besonders anfällige oder hochwertige Produkte handelt oder der Verkäufer eine besondere Sachkunde aufweist¹⁹⁵. Im Einzelfall ist also zu prüfen, ob es sich bei der mangelhaften Hardwarekomponente um ein besonders fehleranfälliges oder hochwertiges Produkt handelt oder ob der Verkäufer eine besondere Sachkunde aufweist, was in den hier besprochenen Fällen durchaus zutreffen kann, da die Universität die Hardware im Regelfall bei spezialisierten Großhändlern erwerben wird, bei denen eine solche Sachkunde wohl im Normalfall vorausgesetzt werden kann. Ein eventuelles Verschulden des Herstellers wird dem Verkäufer allerdings nicht gem. § 278 BGB zugerechnet, da es sich bei ihm nicht um den Erfüllungsgehilfen des Verkäufers handelt¹⁹⁶. Hat der Verkäufer dadurch, dass er die Kaufsache zuvor nicht geprüft hat, ausnahmsweise also doch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, könnte seine Haftung dennoch aufgrund der AGB auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten beschränkt sein. Auch hier muss zunächst geprüft werden, ob die Universität eine solche Haftungsfreizeichnung gegen sich gelten lassen müsste.

(1) Freizeichnung von der Haftung bei grob fahrlässigem Verhalten

Der Verkäufer kann seine Haftung aufgrund der Indizwirkung des § 309 Nr. 7 b) BGB nicht für grob fahrlässiges Handeln ausschließen. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden¹⁹⁷.

(2) Begrenzung für einfache Fahrlässigkeit

Die Wirksamkeit einer Klausel, die die Haftung des Verkäufers auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt, würde davon abhängen, ob die Universität durch diese gem. § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen würde. Zu beachten ist dabei, dass der Verkäufer gem. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB dazu verpflichtet ist, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Dies würde damit eine Freizeichnung für die Haftung der Ver-

¹⁹⁴ BGH NJW 1968, 2238, 2239; 1981, 1269, 1270; *Heinrichs* in Palandt, § 280 Rn. 19; *Schmidt-Kessel* in Prütting/Wegen/Weinreich, § 280 Rn. 65.

¹⁹⁵ *Heinrichs* in Palandt, § 280 Rn. 19. *H.P. Westermann* in Münchener Kommentar BGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, § 280 Rn. 70.

¹⁹⁶ OLG Köln NJW-RR 2006, 677; *Weidenkaff* in Palandt, § 437 Rn. 37; *S. Lorenz*, ZGS 2004, 408, 410.

¹⁹⁷ Siehe oben Seite 91.

letzung einer wesentlichen Pflicht darstellen, was nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung jedoch nicht zulässig wäre¹⁹⁸. Damit könnte der Verkäufer sich nicht von der Haftung für einen fahrlässig verursachten Mangelfolgeschaden befreien.

Sofern den Verkäufer also durch die Lieferung einer mangelhaften Sache ausnahmsweise fahrlässig gehandelt hat, scheidet der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens also auch nicht aufgrund einer Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit aus.

ii. Begrenzung der Haftung im Rahmen eines Mietvertrages

Denkbar ist ferner, dass die Universität die defekte Hardware gemietet hatte. Auch hier könnte der Vermieter versuchen, durch entsprechende Klauseln im Vertrag seine Haftung weitestgehend auszuschließen.

(1) Ausschluss der verschuldensunabhängigen Haftung

Da der Vermieter gem. § 536a Abs.1 Alt.1 BGB für Mängel, die bei Überlassung der Mietsache bereits vorlagen, verschuldensunabhängig haftet, könnte der Vermieter versuchen, diese Garantiehaftung durch seine AGB auf eine verschuldensabhängige Haftung zu beschränken. Diese Klausel wäre jedoch gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, sofern sie mit wesentlichen Grundgedanken der Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist. Die für Schadensersatzansprüche untypische Garantiehaftung des § 536 Abs. 1 Alt. 1 BGB stellt jedoch gerade kein gesetzliches Leitbild im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar, sondern eine Ausnahme¹⁹⁹. Somit wäre ein Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel an der Mietsache zulässig²⁰⁰.

(2) Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit

Da der Ausschluss der Haftung für grobes Verschulden generell unzulässig ist, wäre eine derartige Klausel auch im Rahmen eines Mietvertrages unzulässig²⁰¹.

(3) Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit

Schließlich stellt sich die Frage, ob eine Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zulässig ist oder ob der Vermieter auch haften muss, wenn er die Umstände, auf denen der Mangel beruht, leicht oder einfach fahrlässig zu vertreten hat. Eine solche Klausel wäre un-

¹⁹⁸ Siehe oben Seite 92 Fn. 177.

¹⁹⁹ BGH NJW-RR 1993, 519, 520; *Häublein* in Münchener Kommentar BGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, § 536a Rn. 21; *Feldhahn* in Prütting/Wegen/Weinreich, § 536a Rn.3.

²⁰⁰ BGH NJW-RR 1993, 519, 520; 2002, 3232; *Weidenkaff* in Palandt, § 536a Rn. 7; *G. Christensen* in Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 7 Rn. 41; *Feldhahn* in Prütting/Wegen/Weinreich, § 536a Rn. 3.

²⁰¹ Zur Unwirksamkeit der Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit siehe schon oben S. 91.

wirksam, wenn dies eine Freizeichnung von der Haftung für den Verstoß gegen wesentliche Pflichten darstellte²⁰². Bei der sich aus § 535 BGB ergebenden Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, handelt es sich aber um eine wesentliche Vertragspflicht im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB²⁰³. Dürfte sich der Vermieter für fahrlässig verursachte Schäden freizeichnen, würde dies seine Instandhaltungspflicht nicht unerheblich zu Lasten des Mieters einschränken. Der Vermieter müsste die Mietsache zwar immer noch instandhalten, müsste jedoch nicht mit Sanktionen rechnen, wenn er diese Pflicht verletzen würde²⁰⁴. Zwar würde sich der zu entrichtende Mietzins ipso iure gem. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB mindern; dies stellt aber keine hinreichende Kompensation der Verschuldenshaftung dar. Die einschlägige Rechtsprechung zu diesem Problem befasst sich zwar mit Fällen der Wohnraummiete. Die angeführten Argumente lassen sich jedoch auf die vorliegenden Fälle der Miete von Speicherplatz übertragen. Auch in diesen Fällen wäre der Vertragszweck bei einer Freizeichnung des Vermieters für fahrlässiges Verhalten gefährdet, zumal der Mieter, hier also die Universität Göttingen bzw. der LZA-Verbund, sich nicht zumutbar gegen den aufgrund eines Mangels an den Speichermedien drohenden Datenverlust schützen könnte. Für die Unwirksamkeit einer solchen Klausel spricht darüber hinaus auch ein Urteil des OLG Koblenz, in dem eine Haftungsfreizeichnung für fahrlässiges Verhalten im Rahmen der Gewerberaummiete für zulässig erachtet wurde²⁰⁵. Das Gericht begründete seine Entscheidung nämlich damit, dass ein Großteil der Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten in üblicher und zulässiger Weise dem Mieter auferlegt worden waren²⁰⁶. Damit bestand in diesem Fall jedoch gerade nicht die Gefahr, dass der Vermieter seine Instandhaltungspflicht sanktionslos verletzt, da die Instandhaltung größtenteils sowieso Sache des Mieters war. Dies wird in den Fällen der Anmietung von Speicherplatz aber wohl grundsätzlich nicht der Fall sein. Darüber hinaus ist zu beachten, dass das Urteil des OLG Koblenz²⁰⁷ noch vor dem oben zitierten Urteil des BGH²⁰⁸ ergangen ist. Damit kann davon ausgegangen werden, dass auch die Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit unwirksam wäre.

²⁰² Siehe dazu schon oben Seite 92 f. sowie die Rechtsprechungsnachweise in Fn. 177.

²⁰³ BGH NJW 2002, 673, 675.

²⁰⁴ BGH NJW 2002, 673, 675.

²⁰⁵ OLG Koblenz NZM 2000, 622.

²⁰⁶ OLG Koblenz NZM 2000, 622.

²⁰⁷ Siehe Fn. 205.

²⁰⁸ Siehe Fn. 203.

b) Zwischenergebnis zu 2.

Sofern ein Datenverlust aufgrund mangelhafter Hardware entsteht, kommen grundsätzlich Ansprüche gegen den Verkäufer bzw. gegen den Vermieter der Hardware in Betracht. Ein Schadensersatzanspruch wird jedoch häufig daran scheitern, dass der Verkäufer die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten hat bzw. der Vermieter sich von der gesetzlich vorgesehenen Garantiehaftung für anfängliche Mängel freizeichnen kann. Eine Freizeichnung des Verkäufers und Vermieters von einfach fahrlässig verursachten Mängeln durch AGB würde einer gerichtlichen AGB-Kontrolle demnach grundsätzlich nicht standhalten. Das Gleiche gilt erst Recht für die Freizeichnung von grob fahrlässigem Verhalten oder gar Vorsatz.

C. Ergebnis

Sofern im Rahmen der einzelnen Archivierungsschritte Daten gelöscht oder beschädigt werden, kommt grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 I BGB in Betracht. Sofern der Datenverlust durch einen Fehler eines Fremdunternehmens entstanden ist, an das die Archivierung ausgegliedert wurde, richtet sich der Schadensersatzanspruch gegen diesen Vertragspartner. Dabei ist dem Unternehmen ein eventuelles Vertretenmüssen seiner Mitarbeiter zuzurechnen. Sofern der Datenfehler hingegen durch einen Mitarbeiter der Universität bzw. des LZA-Verbundes selbst verursacht wird, würde sich der Schadensersatzanspruch gegen diesen richten. Dabei wird der Arbeitnehmer aber aufgrund des im Arbeitsrecht geltenden sog. „innerbetrieblichen Schadensausgleichs“ den Schaden nur dann komplett alleine tragen müssen, wenn er grob fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat. Sofern die Schadenshöhe außer Verhältnis zum Einkommen des Arbeitnehmers steht, würde der Schaden sogar bei grob fahrlässigem Verhalten von Arbeitnehmer und LZA-Verbund bzw. Universität anteilig getragen werden.

Beruhet der Datenverlust hingegen nicht auf menschlichem Versagen, sondern auf mangelhafter Hardware, so kommen unter Umständen Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer bzw. den Vermieter der Hardware in Betracht. Diese müssen den Mangel jedoch zu vertreten haben, wobei eine Freizeichnung im Rahmen von AGB nur in Ausnahmefällen möglich ist.

Frage 8:

Wie kann durch den Langzeitarchivierungsverbund sichergestellt werden, dass durch Fremdforscher abgerufene Forschungsdaten nicht an Dritte weitergegeben werden?

Welche Inhalte muss eine Nutzungsvereinbarung hierzu umfassen? Wie ist das im speziellen bei personenbezogenen medizinischen Daten?

A. Vorüberlegungen

Um eine Weitergabe von abgerufenen Daten durch Fremdforscher entgegenzuwirken, kommen zunächst technische Schutzmechanismen wie etwa sog. Digital Rights Management Systeme (DRMS) in Betracht, die dem Fremdforscher die Weitergabe der Daten erschweren bzw. dafür sorgen, dass der Empfänger die Dateien nicht verwerten kann. Darüber hinaus ist zu untersuchen, welche rechtlichen Möglichkeiten dem Langzeitarchivierungsverbund zur Verfügung stehen, wenn ein Fremdforscher Daten weitergibt oder derartige technische Sicherungsmaßnahmen aufhebt oder umgeht.

B. Technische Schutzmaßnahmen

Hinsichtlich technischer Schutzmechanismen käme die Verwendung eines Digital Rights Management Systems in Betracht. Mit Hilfe dieser Systeme könnten die Dateien auf der einen Seite zwar Fremdforschern zur Verfügung gestellt und durch diese auch genutzt werden, sofern dies im Sinne des Langzeitarchivierungsverbundes ist. Auf der anderen Seite könnte aber verhindert werden, dass diese Fremdforscher die Dateien unbefugt kopieren und an Dritte weiterleiten. Mit Hilfe von DRM-Systemen kann also sowohl der Zugang zur jeweiligen Datei kontrolliert werden als auch die Nutzung der Datei selbst, wozu beispielsweise auch Kopierschutzsysteme gehören²⁰⁹.

III. Funktionsweise von DRM-Systemen

Eine Zugangskontrolle kann zum einen durch entsprechende Kontrollmechanismen an der Datenquelle erreicht werden²¹⁰. Dies wäre in den vorliegenden Fällen die Internetplattform, auf der die archivierten Dateien anderen Forschern und Forschungseinrichtungen zum Download bereitgestellt werden. Der Abruf der archivierten Daten müsste dabei so gestaltet werden, dass diese nicht von Jedermann heruntergeladen werden können, sondern der jeweilige Nutzer sich zunächst mittels eines Benutzernamens und eines Passwortes anmelden müsste um Zugang zu den archivierten Daten zu erhalten. Solche Systeme werden beispielsweise auch von Anbietern digitaler Zeitschriften oder Musikdateien verwendet. Da die entsprechenden Zugangsdaten vom Langzeitarchivierungsverbund vergeben würden, könnte man auf diesem Weg darüber hinaus sicherstellen, dass bestimmte Daten nur ausgewählten Nutzern zur Ver-

²⁰⁹ Arlt, Digital Rights Management Systeme, 2006, S. 15 f.

²¹⁰ Arlt, S. 25.

fügung stehen. Dies ist insbesondere für personenbezogene medizinische Daten relevant²¹¹. Zusätzlich käme eine Verschlüsselung der archivierten Daten mittels eines kryptographischen Verfahrens in Betracht. Dabei wird der Inhalt der Bits der jeweilige Datei mittels eines bestimmten Algorithmus so verändert, dass der ursprüngliche Inhalt der Datei nicht mehr gelesen werden kann²¹². Damit der Empfänger der Datei den Inhalt lesen kann, müsste er diese zunächst mit Hilfe eines entsprechenden Schlüssels zurücktransformieren und so die Originalinformation wiederherstellen²¹³. Der Langzeitarchivierungsverband könnte damit durch die Vergabe des jeweiligen Schlüssels kontrollieren, wer die Datei öffnen kann. Die Vergabe des Schlüssels müsste wiederum nicht manuell erfolgen. Vielmehr könnte sowohl die Verschlüsselung als auch Entschlüsselung durch einen Lizenzserver verwaltet werden²¹⁴. Sobald die Datei jedoch entschlüsselt ist, wären das Anfertigen einer Kopie und deren Weitergabe allerdings problemlos möglich, so dass auch hiergegen ein Schutzmechanismus eingebaut werden muss. Dies könnte erreicht werden, indem die Dateien zusätzlich mit einem elektronischen Kopierschutz versehen werden, so dass nicht nur das Öffnen der Datei sondern auch ihre spätere Nutzung durch den Langzeitarchivierungsverbund kontrolliert werden könnte. Solche Kopierschutzmaßnahmen sind vor allem aus der Musik- und Filmindustrie bekannt²¹⁵. Durch Verwendung derartiger Kopierschutzmechanismen könnte verhindert werden, dass Fremdforscher, die zum Download der archivierten Datei befugt sind, selbige kopieren und unbefugt weitergeben. Darüber hinaus kann auch festgelegt werden, dass die Datei nur bis zu einer begrenzten Anzahl kopiert werden kann. Sofern der Fremdforscher versucht, die Datei zu kopieren, werden zunächst die Metadaten, also die Zusatzinformationen gelesen, aus denen hervorgeht, ob bzw. wie oft die Datei kopiert werden darf. Die Kopie wird nur dann erstellt, wenn dies nach besagten Zusatzinformationen erlaubt ist bzw. die Maximalanzahl der erlaubten Kopien noch nicht erreicht ist²¹⁶.

Schließlich kann die Datei zusätzlich mit einem sogenannten digitalen Wasserzeichen versehen werden. Dabei wird der digitale Inhalt der Datei derart mit Metadaten verknüpft, dass eine anschließende Entfernung des Wasserzeichens nicht mehr möglich ist, ohne den digitalen

²¹¹ Siehe dazu unten Frage 11 S 133

²¹² *Trayer*, Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtswahrnehmungssysteme, 2003, S. 34; *Hornung*, Die digitale Identität, 2006, S. 70 f.

²¹³ Zum Unterschied zwischen asymmetrischen und symmetrischen Verschlüsselungsverfahren siehe bereits oben Frage 5/6 S. 80 sowie *Hornung*, S. 71m.w.N.

²¹⁴ *Wolter*, JurPC Web-Dok. 160/2008, Abs. 20.

²¹⁵ *Gottschalk*, GRUR Int. 2002, 95, 104 f.; *Arlt*, S. 18;

²¹⁶ *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, S. 34; *Arlt*, S. 15 f.

Inhalt zu beschädigen²¹⁷. Diese Metadaten sind für das menschliche Auge oder Ohr nicht wahrnehmbar und geben, wenn sie ausgelesen werden, unter anderem Auskunft über den Urheber bzw. den Inhaber verwandter Schutzrechte geben. Durch Verwendung derartiger Wasserzeichen kann eine unbefugte Weitergabe der Daten zwar nicht unmittelbar verhindert werden. Allerdings können digitale Wasserzeichen als Beweis dienen, wenn in Frage steht, ob die Universität bzw. der Langzeitarchivierungsverbund wirklich Inhaber der geltend gemachten Rechte ist. Entscheidende Bedeutung hat dies vor allem bei der Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, auf die im Folgenden noch eingegangen wird²¹⁸.

IV. Zwischenergebnis

Die Weitergabe der Daten durch Fremdforscher kann also zum einen durch technische Maßnahmen erreicht werden. Zunächst kann durch die Zuweisung von Nutzerdaten, ohne die ein Download der Dateien nicht möglich ist und eine Verschlüsselung der Dateien erreicht werden, dass nicht Jedermann unbegrenzt auf den Bestand der archivierten Daten zugreifen kann. Auf der anderen Seite müssen die benötigten Daten auch nicht jedesmal manuell verschickt werden, sondern die registrierten Nutzer können sich die benötigten Dateien unter Verwendung ihrer Nutzerdaten selbst herunterladen. Die Verhinderung der unbefugten Weitergabe der Dateien wird dadurch allein jedoch noch nicht erreicht. Dies ist jedoch insbesondere mit Hilfe von Kopierschutzmaßnahmen im Rahmen von DRM-Systemen möglich. Darüber hinaus können die Daten mit sog. digitalen Wasserzeichen versehen werden, was im Falle der prozessualen Geltendmachung eines Beseitigungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruches Beweisvorteile für die Rechteinhaberschaft der Universität mit sich bringen kann.

C. Rechtlicher Schutz vor der Weitergabe durch Fremdforscher

Neben der technischen Komponente ist ferner entscheidend, ob und wie der Langzeitarchivierungsverbund der Weitergabe der Dateien rechtlich vorbeugen bzw. entgegenreten kann. Da an den einzelnen Daten oder Datenpaketen grundsätzlich kein urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz entstehen wird, muss der LZA-Verbund versuchen, durch vertragliche Vereinbarungen den Fremdforschern die Weitergabe zu untersagen. Eine solche Vereinbarung hätte aufgrund der nur relativen Wirkung von Schuldverhältnissen zwar keine Wirkung gegenüber Dritten, die die Daten vom Fremdforscher erlangen. Der LZA könnte jedoch gegebenenfalls aufgrund vertraglicher Ansprüche Rückgriff bei dem vertragsbrüchigen Fremdforscher nehmen. Dabei kommt vor allem der Abschluss eines Lizenzvertrages zwischen dem LZA und

²¹⁷ Dittman, Digitale Wasserzeichen, 2000, S. 2; Bechtold, S. 54.

²¹⁸ Siehe unten S. 115.

den einzelnen Fremdforschern in Betracht. Daneben besteht die Möglichkeit, dass einzelne Daten bzw. Datenpakete einem urheber- oder leistungsrechtlichen Schutz nach den Vorschriften des UrhG unterliegen²¹⁹.

V. Weitergabeverbot aufgrund vertraglicher Vereinbarung

Im Rahmen eines Lizenzvertrages könnte der LZA-Verbund mit den Fremdforschern eine Verschwiegenheitsklausel vereinbaren, die diesen die Weitergabe der erlangten Daten untersagt. Zur effizienten Durchsetzung dieser Verschwiegenheitsklausel sollte ferner eine Vertragsstrafe für den Fall vorgesehen werden, dass der Fremdforscher die Daten trotzdem weitergibt²²⁰.

Wie oben bereits im Rahmen der technischen Schutzmechanismen festgestellt, müsste der Langzeitarchivierungsverbund den Abruf der Daten nicht Jedermann gestatten, sondern könnte den Abruf der Daten auf diejenigen Fremdforscher beschränken, die einem entsprechenden Lizenzvertrag zugestimmt und damit vom LZA-Verbund die entsprechenden Zugangsdaten zur Verfügung gestellt bekommen hätten. Im Rahmen eines solchen Lizenzvertrages könnte die Universität dem Fremdforscher zum einen das Recht einräumen, die Daten abzurufen und im Rahmen seiner wissenschaftlichen Tätigkeit zu verwenden. Ob der Abruf dabei unentgeltlich erfolgen soll oder ob eine entsprechende Nutzungsgebühr beim Abruf der Daten fällig wird, muss im Rahmen der vorhergehenden Planungen überlegt werden. Zum anderen könnte man den Fremdforscher durch Einfügen einer Verschwiegenheitsklausel dazu verpflichten, die Forschungsdaten nicht bzw. nur innerhalb seines Forschungsprojektes weiterzugeben. Derartige Klauseln sind vor allem im Rahmen von sog. „Know-how-Verträgen“, aber auch Forschungs- und Entwicklungsverträgen üblich²²¹.

Darüber hinaus müssten für den Fall, dass der Fremdforscher die Verschwiegenheitsklausel verletzt, entsprechende Konsequenzen in der vertraglichen Vereinbarung geregelt sein. Diese müssten dabei eine abschreckende Wirkung auf den Vertragspartner haben, so dass der Fremdforscher vor einem Verstoß gegen die Vereinbarung zurückschrecken würde. Dies könnte durch Vereinbarung einer durch den Fremdforscher im Falle des Verstoßes zu zahlenden Vertragsstrafe bewirkt werden. Dadurch würde zum einen erreicht, dass der Fremdforscher zur Einhaltung der Verschwiegenheitsverpflichtung angehalten wird und erleichtert zum

²¹⁹ Dazu siehe oben Frage 1 S. 27 ff.

²²⁰ Vgl. *Möffert* in Schütze/Weipert (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3 Wirtschaftsrecht II, 6. Aufl. 2009, IV. 2 Anm. 18.

²²¹ Vgl. *Möffert* in Schütze/Weipert, IV. 1.

anderen dem LZA-Verbund bei Zuwiderhandlung des Fremdforschers die Schadloshaltung²²². Im Fall einer Vertragsverletzung stünden dem LZA-Verbund unter Umständen zwar auch unabhängig von einer solchen Klausel gem. § 280 I BGB Schadensersatzansprüche gegen den Fremdforscher zu. Allerdings müsste er aufgrund der Beweislastverteilung im Zivilprozess den ihm entstandenen Schaden nachweisen²²³, der allerdings teilweise nur schwer zu beziffern ist. Mitunter kann es sogar gänzlich an einem materiellen Schaden fehlen. Bei Vereinbarung einer Vertragsstrafe müsste der LZA-Verbund hingegen lediglich nachweisen, dass der Fremdforscher die Daten unbefugt weitergegeben hat. Ferner empfiehlt sich die Verwendung einer Freistellungsklausel, kraft derer der Forscher verpflichtet ist, Ansprüche Dritter gegen den LZA-Verbund abzuwehren und diesen gegebenenfalls freizustellen, die aufgrund einer unbefugten Weitergabe durch den Fremdforscher geltend gemacht werden²²⁴. Vor Verwendung einer solchen Verschwiegenheitsklausel in Verbindung mit einer Vertragsstrafe ist jedoch zu prüfen, ob diese einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würden. Dabei stehen vor allem die §§ 305 ff. BGB im Mittelpunkt.

1. Zulässigkeit nach den §§ 305 ff. BGB

Zu prüfen ist, ob derartige Klauseln nach den §§ 305 ff. BGB zulässig wären. Da es sich bei den in Frage stehenden Klauseln um Vertragsbedingungen handelt, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert werden und die den jeweiligen Fremdforschern vom LZA-Verbund gestellt werden, handelt es sich gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB um AGB, so dass der Schutzbereich der § 305 ff. BGB grundsätzlich eröffnet ist²²⁵.

c) Überraschende Klausel nach § 305c BGB

Zunächst könnte es sich dabei um eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB handeln. Danach würde die Vereinbarung eines Weitergabeverbotes und einer Vertragsstrafe bei Zuwiderhandlung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil des Vertrages werden, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner, hier also der Fremdforscher oder eine fremde Forschungseinrichtung, mit ihr nicht zu rechnen bräuchte. Eine ungewöhnliche Klausel ist dabei dann anzunehmen, wenn mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen ist, da sie nach den gesamten Umständen und dem äußere-

²²²BGH NJW 1983, 385, 387; *Medicus* in Schwab/Wegen/Weinreich, Vor §§ 339 bis 345 Rn. 1.

²²³ *Musielak* in Musielak, ZPO. 6. Aufl. 2008, Einl. Rn. 37.

²²⁴BGH NJW 2002, 2382; *Brinkmann* in Schwab/Wegen/Weinreich, § 157 Rn. 42; zu einem Entwurf für eine entsprechende Klausel siehe unten S. 119.

²²⁵ Vgl. *Grüneberg* in Palandt, § 305 Rn. 8 ff.; *J. Becker* in Bamberger/Roth, § 305 Rn. 16 ff.; *K.P. Berger* in Prütting/Wegen/Weinreich, § 305 Rn. 5 ff.

ren Erscheinungsbild des Vertrages von den Erwartungen abweicht, die der redliche Geschäftsverkehr typischerweise an den Vertragsinhalt knüpft²²⁶. Überraschend ist eine Klausel dann, wenn zwischen ihrem Inhalt und den berechtigten Erwartungen des Kunden eine solche erhebliche Diskrepanz besteht, dass der Klausel ein Übrumpelungseffekt innewohnt²²⁷. Abzustellen ist dabei auf den vertragstypischen Kundenkreis²²⁸, in den hier relevanten Fällen also Fremdforschern bzw. fremden Forschungseinrichtungen.

i. Verschwiegenheitsklausel

Das Verbot der Weitergabe von wissenschaftlichen Daten ist nicht unüblich, so dass Forscher, die an fremden Forschungseinrichtungen Daten abrufen, erwarten können, dass ein solches Verbot besteht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass zur Erhebung dieser Daten oftmals erhebliche Forschungsmittel aufgewendet werden mussten und die Universität damit ein für außenstehende erkennbares Interesse daran hat, dass sie die Weitergabe der Daten kontrollieren kann. Somit wohnt dem Weitergabeverbot auch kein Übrumpelungseffekt inne; vielmehr wird ein durchschnittlicher Wissenschaftler oder wissenschaftlicher Mitarbeiter mit einer solchen Klausel rechnen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ein erheblicher Teil der Daten aus dem medizinischen Bereich stammt, so dass es sich oftmals um medizinische personenbezogene Daten handeln wird und die Universität bezüglich der Weitergabe dieser datenschutzrechtlich sensiblen Daten besondere Sorgfaltspflichten zu treffen hat²²⁹. Damit stellt eine derartige Klausel keine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB dar.

ii. Vertragsstrafe

Als überraschende Klausel könnte sich indes die Vereinbarung einer Vertragsstrafe darstellen. Dabei sollte eine solche Klausel jedoch sowohl durch die gewählte Drucktype als auch eine drucktechnisch herausgestellte Überschrift, aus der der Klauselinhalt eindeutig hervorgeht, hervorgehoben werden, so dass erwartet werden kann, dass der Verwender von ihr Kenntnis nimmt. Darüber hinaus sollte ein ausdrücklicher Hinweis in die AGB auf die drohende Vertragsstrafe aufgenommen werden²³⁰. Des Weiteren sollte die Klausel neben ihrer optischen

²²⁶ BGH NJW-RR 2004, 780, 781; NJW 2000, 1179, 1181; *Grüneberg* in Palandt, § 305c Rn. 3; *H. Schmidt* in Bamberger/Roth, § 305c Rn. 11; *K.P. Berger* in Prüttinge/Wegen/Weinreich, § 305c Rn. 5.

²²⁷ BGH NJW-RR 2002, 485; NJW 2001, 1416 f.; *K.P. Berger* in Prüttinge/Wegen/Weinreich, § 305c Rn. 6.

²²⁸ BGH NJW-RR 2001, 439, 440; NJW 1994, 2145; NJW 1981, 117, 118; *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 305c Rn. 14.

²²⁹ Zu medizinischen Daten siehe bereits Frage 5/6 S. 83.

²³⁰ BGH NJW 1992, 1822, 1823; 1985, 848, 849; BGH NJW 1978, 1519, 1520; *Heinrichs* in Palandt, § 305c Rn. 4; *P. Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 305c Rn. 24.

Hervorhebung auch verständlich verfasst sein, so dass ihre inhaltliche Bedeutung und Tragweite erkennbar ist, um eine überraschende Wirkung von vornherein zu vermeiden²³¹. Da die Vereinbarung einer Vertragsstrafe gerade abschreckend wirken soll, um die Weitergabe der Daten zu verhindern, ist eine Hervorhebung der Klausel ohnehin im Interesse des Langzeitarchivierungsverbundes.

d) Unwirksamkeit der Klauseln nach den §§ 307 – 309 BGB

Soweit die Klauseln Vertragsbestandteil geworden sind, stellt sich ferner die Frage, ob sie einer Prüfung nach § 307 BGB standhalten. Ob bei der Prüfung die §§ 308 und 309 BGB Anwendung finden, hängt davon ab, ob es sich bei dem jeweiligen Fremdforscher bzw. der Forschungseinrichtung um einen Unternehmer im Sinne der §§ 310 Abs. 1, 14 BGB handeln wird. Forschungseinrichtungen werden dabei in der Regel juristische Personen sein, so dass die Unternehmereigenschaft hier in der Regel gegeben sein wird. Die Wirksamkeit der Ihnen gestellten AGB ist damit gem. § 310 Abs. 1 BGB nur an § 307 BGB zu messen²³². Bei Fremdforschern ist danach zu differenzieren, ob diese den Vertrag mit dem Langzeitarchivierungsverbund im Rahmen ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit schließen oder als Angestellte. Dabei wird grundsätzlich Letzteres der Fall sein, weshalb diese Fremdforscher regelmäßig als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB anzusehen sein werden. Die Ihnen gestellten AGB unterfallen damit auch der Prüfung der §§ 308 und 309.

i. Unwirksamkeit der Verschwiegenheitsklausel

Unabhängig davon, ob die §§ 308 und 309 BGB im jeweiligen Fall Anwendung finden oder ob sie nach § 310 Abs.1 BGB ausgeschlossen sind, ist ein Verstoß gegen die §§ 308 und 309 BGB durch Vereinbarung eines Weitergabeverbotes nicht ersichtlich. Somit bleibt zu prüfen, ob ein derartiges Verbot gegen § 307 BGB verstoßen würde. Zum einen ist jedoch keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung ersichtlich. Zum anderen wird auch keine Gefährdung des Vertragszwecks gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gegeben sein. Denn Grundlage des Nutzungsvertrages wird die Förderung der Forschung anderer Wissenschaftler sein, denen die an der Universität gewonnenen Daten zum Abruf bereitgestellt werden. Dieser Vertragszweck wird jedoch nicht dadurch gefährdet, dass dem Fremdforscher die Weitergabe an Personen untersagt wird, mit denen er nicht zusammenarbeitet. Solange sich das Weitergabeverbot also nicht auch auf Kollegen des Fremdforschers bezieht, die mit ihm unmittelbar zusammen arbeiten, wird seine forschende Tätigkeit, und damit die

²³¹ BGH NJW 1996, 191, 192; WM 1984, 1056, 1058; P. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 305c Rn. 24.

²³² Siehe dazu bereits Frage 7 S. 90.

Grundlage des Vertrages, nicht gefährdet. Ein Weitergabeverbot würde damit unter diesen Umständen auch einer Prüfung nach § 307 BGB standhalten.

ii. Unwirksamkeit der Vertragsstrafe

Hinsichtlich der Vertragsstrafe könnte sich dabei eine Unwirksamkeit vor allem aus § 309 Abs. 1 Nr. 6 BGB ergeben, sofern die §§ 308 und 309 BGB anwendbar sind. Ist ihre Anwendbarkeit hingegen ausgeschlossen, könnte ein Verstoß gegen die genannten Normen jedoch eine Unwirksamkeit nach § 307 BGB indizieren²³³. Darüber hinaus kommt eine Unwirksamkeit nach der Generalklausel des § 307 BGB in Betracht, sofern die Vertragsstrafe den Fremdforscher unangemessen benachteiligt.

(1) Unwirksamkeit gem. § 309 Nr.6 BGB

Nach § 309 Abs. 1 Nr. 6 BGB ist eine Vereinbarung in AGB unwirksam, sofern dadurch die Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall versprochen wird, dass der andere Vertragsparteil sich vom Vertrag löst. Insofern wäre die Vereinbarung der Vertragsstrafe nicht nach § 309 Abs. 1 Nr. 6 BGB unwirksam, sofern daraus deutlich hervorginge, dass die Vertragsstrafe nur für den Fall gezahlt werden muss, dass der Fremdforscher die Daten weitergibt.

(2) Unwirksamkeit gem. § 307 BGB

Eine Unwirksamkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe könnte sich damit nur noch aus § 307 BGB ergeben und zwar unabhängig davon, ob der Vertragspartner Unternehmer oder Verbraucher ist. Es kommt gem. § 307 Abs. 1 BGB somit darauf an, ob die Vereinbarung einer Vertragsstrafe den Vertragspartner, also den Fremdforscher oder die Forschungseinrichtung, unangemessen benachteiligt. Dies wäre wiederum gem. § 307 Abs. 2 BGB anzunehmen, wenn die Vereinbarung einer Vertragsstrafe mit wesentlichen Grundgedanken der Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Nr.1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt würden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet würde (Nr.2). Durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird jedoch gerade nicht von dem Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abgewichen. Vielmehr sehen die §§ 339-345 BGB die Vereinbarung einer Vertragsstrafe gerade vor. Des Weiteren folgt aus einem Umkehrschluss, dass in der Regel von der Wirksamkeit der Klausel auszugehen sein wird, sofern die Voraussetzungen des § 309 Nr.6 BGB nicht vorlie-

²³³ BGH NJW 1988, 1785, 1788; BGH NJW 1984, 1750, 1751; *Grüneberg* in Palandt, § 307 Rn. 41; *K.P. Berger* in Prütting/Wegen/Weinreich, § 307 Rn. 34; siehe auch die Nachweise in Fn. 171

gen, was wie festgestellt der Fall ist. Des Weiteren besteht der Sinn und Zweck eines Vertrags, durch den der Langzeitarchivierungsverbund Fremdforschern die Nutzung und den Abruf der archivierten Daten gestattet, darin, den Fremdforschern den wissenschaftlichen Dialog und fremde Forschungsprojekte durch die Bereitstellung der bereits erlangten Kenntnisse zu fördern. Dazu ist hingegen nicht erforderlich, dass der Fremdforscher die Daten seinerseits an andere Forscher weitergibt, die außerhalb seines Forschungsprojektes bzw. seiner Forschungseinrichtung stehen. Der Vertragszweck würde durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe damit auch nicht gefährdet. Darüber hinaus dürfte die Vertragsstrafe nicht außer Verhältnis zur Pflichtverletzung stehen, da sie anderenfalls nach § 307 Abs. 1 unwirksam wäre²³⁴.

3. Zwischenergebnis zu B.III

Somit bleibt festzuhalten, dass die Vereinbarung einer Verschwiegenheitsklausel als auch einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung grundsätzlich keine überraschende Klausel im Sinne des § 305c BGB darstellt, sofern die Vereinbarung der Vertragsstrafe inhaltlich verständlich sowie optisch hervorgehoben worden ist. Darüber hinaus wären die besagten Klauseln unter den genannten Voraussetzungen auch nicht nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam.

Damit wäre es möglich, durch Abschluss eines Lizenzvertrages Fremdforscher unabhängig vom Vorliegen eines urheberrechtlichen oder leistungsrechtlichen Schutzes der Daten, an einer Weitergabe der Daten zu hindern.

VI. Rechtlicher Schutz aufgrund gesetzlicher Regelungen

Auch wenn ein effektiver Schutz durch den Abschluss von Lizenzverträgen erreicht werden kann, ist ferner zu prüfen, inwieweit die Daten einem gesetzlichen Schutz unterliegen, sofern an ihnen doch ein urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz entsteht. Bedeutung kann dies vor allem in Fällen haben, in denen entweder kein Lizenzvertrag geschlossen wurde oder die geschlossene Vereinbarung unwirksam ist. In diesen Fällen könnte der Fremdforscher zur Unterlassung der Weitergabe verpflichtet sein, sofern die Weitergabe der Daten eine Verletzung der an ihnen bestehenden Nutzungsrechte darstellen.

²³⁴BGH NJW 2003, 1805; 2000, 2106, 2107; 1987, 380; *H.-D. Hensen* in Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 6 Rn. 13; *Medicus* in Schwab/Wegen/Weinreich, § 343 Rn. 15.

1. Vervielfältigung gem. § 16 UrhG

Sofern der Fremdforscher Dritten die Daten zukommen lässt, wird er im Regelfall eine Kopie der jeweiligen Datei erstellen und diese an den Dritten senden. Dieses Kopieren der Datei bzw. ihre Speicherung auf einem anderen Datenträger würde dabei eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG darstellen²³⁵. Gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 UrhG hat jedoch der Urheber das ausschließliche Recht der Vervielfältigung. Die Universität wird sich dabei das Nutzungsrecht der Vervielfältigung zumindest als einfaches Nutzungsrecht eingeräumt haben lassen, um die Datei archivieren zu können. Die Universität wird dem Dritten das Recht der Vervielfältigung in der Regel jedoch nicht einräumen. Demzufolge würde der Fremdforscher eine Urheberrechtsverletzung begehen, sofern er die Datei einem Dritten zukommen ließe und sie zu diesem Zweck kopieren bzw. auf einem anderen Datenträger speichern würde²³⁶.

2. Verbreitung gem. § 17 UrhG

Des Weiteren könnte von der Weitergabe an einen Dritten das Verbreitungsrecht gem. § 17 Abs. 1 UrhG betroffen sein. Das Verbreitungsrecht ist nach § 17 Abs.1 das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Gem. § 15 Abs. 1 Nr.2 UrhG steht auch das Verbreitungsrecht ausschließlich dem Urheber zu.

a) Angebot an die Öffentlichkeit

Zunächst könnte die Weitergabe der Daten ein Angebot an die Öffentlichkeit gem. § 17 Abs. 1 Alt. 1 UrhG darstellen. Dabei kommt es nicht auf die Anzahl der Personen an. Vielmehr kann ein Angebot an die Öffentlichkeit bereits dann vorliegen, wenn es sich an eine einzige Person richtet, sofern der Anbieter zu dieser keine persönliche Beziehung hat²³⁷. Damit scheiden Angebote an Freunde, Bekannte oder Angestellte aus²³⁸. Sofern der Dritte die Daten also lediglich an Kollegen weitergibt, wird keine Verbreitung im Sinne des § 17 Abs. 1 UrhG vorliegen. Anders wird es jedoch wohl sein, wenn der Dritte die Daten an Forscher weitergibt, mit denen er nicht zusammenarbeitet. In diesem Fall wird also regelmäßig ein Angebot an die Öffentlichkeit und damit eine Verbreitung im Sinne des § 17 Abs. 1 UrhG vorliegen.

²³⁵ BGH, GRUR 1999, 325, 327; OLG Frankfurt a.M. CR 1997, 275, 276; KG GRUR 2002, 252, 253; OLG München MMR 1998, 365, 367; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, § 16 Rn. 6, 11; *Loewenheim* in *Loewenheim*, § 20 Rn. 4, 11; *Kroitzsch* in *Möhring/Niccolini*, § 16 Rn. 4; Siehe auch bereits oben Frage 3/4 S. 51 sowie die Nachweise in Fn. 82.

²³⁶ Zu den rechtlichen Konsequenzen siehe unten S. 115.

²³⁷ *Heerma* in *Wandtke/Bullinger*, § 17 Rn. 10; *Loewenheim* in *Schricker*, § 17 Rn. 11; so bereits zur Rechtslage vor 2003; BGH GRUR 1982, 102, 103; NJW 1991, 1234, 1235; OLG Köln GRUR 1992, 312, 313; KG GRUR 2000, 49; siehe auch BT-Drucks. 15/38 S. 17.

²³⁸ KG GRUR 1983, 174, 175 –Videoraubkasseten; *Loewenheim* in *Schricker*, § 17 Rn. 10.

b) Inverkehrbringen

Sofern kein Angebot an die Öffentlichkeit vorliegt, kann die Weitergabe ein Inverkehrbringen im Sinne des § 17 Abs. 1 Alt. 2 darstellen. Dies ist jede Handlung, durch die Werkstücke aus der internen Betriebssphäre der Öffentlichkeit zugeführt werden²³⁹. Dabei genügt die Überlassung eines einzelnen Exemplars²⁴⁰, sofern die Überlassung gegenüber der Öffentlichkeit erfolgt²⁴¹.

3. Öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19 UrhG

Durch die Weitergabe der Daten an Dritte kann darüber hinaus auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG betroffen sein. Darunter versteht man gem. § 19a UrhG das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dabei wäre das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beispielsweise dann tangiert, wenn der Fremdforscher die von der Universität erlangten Daten auf einer Homepage zum Abruf bereithielte²⁴². Damit könnte das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ebenfalls durch die Weitergabe an Dritte betroffen sein.

4. Schranken

Der Fremdforscher wäre allerdings zur Vornahme der urheberrechtlich relevanten Handlungen berechtigt, wenn im Einzelfall eine urheber- oder leistungsrechtliche Schranke greifen würde. Dabei sind für die Fälle, in denen die einzelnen Daten für sich einen urheber- oder leistungsrechtlichen Schutz genießen, jedoch keine Schranken ersichtlich. Insbesondere scheidet die Schranke des § 52a Abs. 1 daran, dass dieser sich nur auf die öffentliche Zugänglichmachung „...veröffentlichter kleiner Teile eines Werkes...“ bezieht und nicht auf das Werk insgesamt²⁴³. Ferner wäre eine Vervielfältigung der Datei durch den Fremdforscher, um sie einem Dritten zukommen zu lassen, nicht durch § 53 Abs. 2 Nr. 1 gerechtfertigt, verlangt dieser doch die Vervielfältigung „...zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch...“. Gleiches gilt für die leistungsrechtliche Schranke nach § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG, sofern die Datei für sich genommen eine Datenbank im Sinne des § 87a UrhG darstellt²⁴⁴.

²³⁹ EuGH GRUR 2008, 604; BGH GRUR 1991, 316, 317 – Einzelangebot; OLG Hamburg GRUR 1972, 375, 376 – Polydor II; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 17 Rn. 12; *Loewenheim* in *Schricker*, § 17 Rn. 12.
~~in *Schricker*, § 17 Rn. 12.~~

²⁴¹ *Loewenheim* in *Schricker*, § 17 Rn. 13; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 17 Rn. 13.

²⁴² Vgl. *Dreyer* in *Dreyer/Schulze*, § 19a Rn. 8; v. *Ungern-Sternberg* in *Schricker*, § 19a Rn. 1.

²⁴³ *Loewenheim* in *Schricker*, § 52a Rn. 6; *Dreyer* in *Dreyer/Schulze*, § 52a Rn. 25.

²⁴⁴ Siehe dazu Frage 1 Seite 38.

5. Zwischenergebnis

Sofern die Datei für sich genommen urheberrechtlichen oder leistungsrechtlichen Schutz genießt, stellt die Weitergabe an Dritte zumindest eine unzulässige Vervielfältigung im Sinne von § 16 Abs. 1 I UrhG dar. Des Weiteren kann daneben eine unzulässige Verbreitung nach § 17 Abs. 1 UrhG oder öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG vorliegen. Eine urheber- oder leistungsrechtliche Schranke wird in den Fällen in der Regel ebenfalls nicht greifen.

6. Rechtsfolgen der unerlaubten Verwertung des Werkes

Sofern der Fremdforscher die urheber- oder leistungsrechtlich geschützten Dateien unbefugt an Dritte weiterleiten würde, hätte dies sowohl zivil- als auch strafrechtliche Konsequenzen. Vor dem Hintergrund der Frage, wie eine Weitergabe an Dritte verhindert werden kann, soll hier vorwiegend auf die zivilrechtlichen Konsequenzen eingegangen werden.

a) Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz

Zunächst hätte die Universität gegen den Fremdforscher gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 UrhG einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung. Dieser kann zum Beispiel auf das Entfernen der zum Download bereitgestellten Datei auf einer Homepage durch den Fremdforscher gerichtet sein, der die Verletzung begangen hat. Wichtiger für die vorliegenden Fälle ist jedoch, dass der Universität außerdem bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 UrhG ein Anspruch gegen den Fremdforscher auf Unterlassung zustünde. Dabei indiziert die Rechtsverletzung grundsätzlich die Wiederholungsgefahr²⁴⁵. Der Verletzer kann die Wiederholungsgefahr jedoch durch die Abgabe einer sog. strafbewehrten Unterlassungserklärung ausräumen²⁴⁶. Darunter versteht man das Versprechen des Verletzers, der Universität im Falle einer nochmaligen Verletzung eine angemessen hohe Vertragsstrafe zu zahlen²⁴⁷. Sofern sie dieses Versprechen annimmt, kann die Universität im Falle einer nochmaligen Verletzung die Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe verlangen und den anderen erneut auf Unterlassen in Anspruch nehmen, da die Wiederholungsgefahr in diesem Fall wieder aufleben würde²⁴⁸. Die Unterlassungserklärung des Schädigers und die darin enthaltene Vertragsstrafe stellen somit ein probates Mittel dar, um zu vermeiden, dass der Fremdforscher die Verletzung nochmals begeht. Des Weiteren wird ein Hinweis auf die soeben dargestellten

²⁴⁵ BGH GRUR 1997, 929, 930 ; BGH 1961, 138, 140 ; *Wild* in Schricker, § 97 Rn. 42; v. *Wolff* in Wandtke/Bullinger, § 97 Rn. 36.

²⁴⁶ BGH GRUR 1997, 379, 380; *Meckel* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 97 Rn. 42; v. *Wolff* in Wandtke/Bullinger, § 97 Rn. 37; *J.B. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 97 Rn. 32.

²⁴⁷ V. *Wolff* in Wandtke/Bullinger, § 97 Rn. 38; *Meckel* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 97 Rn. 42; *Wild* in Schricker, § 97 Rn. 42.

²⁴⁸ BGH GRUR 1980, 241, 242 – Rechtsschutzbedürfnis; *Meckel* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 97 Rn. 44; *Wild* in Schricker, § 97 Rn. 42; v. *Wolff* in Wandtke/Bullinger, § 97 Rn. 40.

Konsequenzen Fremdforscher wohl von vornherein davon abhalten, die Daten unbefugt weiterzugeben.

Die Inanspruchnahme des Verletzers kann jedoch problematisch werden, sofern die Person, die die Daten tatsächlich weitergegeben hat, nicht ermittelt werden kann. Denkbar ist dies etwa in den Fällen, in denen die Universität die Daten nicht einer einzelnen natürlichen Person zur Verfügung stellt, sondern einer Forschungseinrichtung, wie etwa einer Fakultät zur Verfügung gestellt werden und ein Angestellter dieser Einrichtung die Daten unbefugt weitergibt. Gerade bei großen Forschungseinrichtungen mit vielen Mitarbeitern stellt sich dann das Problem, dass die Person nur schwer oder mitunter sogar gar nicht ermittelt werden kann, die die Daten weitergegeben hat. Dies ist etwa dann der Fall, wenn zwar festgestellt werden kann, dass die Datei von einer bestimmte IP-Adresse einem Dritten zugesandt wurde, jedoch im Nachhinein nicht mehr ermittelt werden kann, welche Person zur fraglichen Zeit an dem betreffenden Computer gearbeitet hat. Allerdings kann der aus § 97 Abs. 1 UrhG folgende Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in diesen Fällen unter Umständen gem. § 99 UrhG²⁴⁹ gegenüber dem Inhaber des Unternehmens selbst geltend gemacht werden.

b) Inhaber des Unternehmens

Inhaber des Unternehmens im Sinne des § 99 UrhG ist derjenige, unter dessen Namen der Betrieb geführt wird und der damit nach außen die Verantwortung übernimmt²⁵⁰. Wer dies im Einzelfall ist, hängt von der jeweiligen Einrichtung ab. Sofern es sich um die Fakultät einer Universität handelt, wird diese zumeist Trägerin der Fakultät und damit Inhaberin des Unternehmens sein.

c) Arbeitnehmer oder Beauftragter

Der die Verletzung begehende Fremdforscher müsste gem. § 99 UrhG Arbeitnehmer oder Beauftragter des Unternehmens sein. Arbeitnehmer in diesem Sinne ist eine Person, die aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses, wie einem Dienst- oder Werkvertrag, aber auch Auftrag verpflichtet ist, in dem Geschäftsbetrieb Dienste zu leisten²⁵¹. Dabei fallen insbesondere Angestellte, Arbeiter, Beamte, freiberufliche Mitarbeiter sowie Auszubildende und Praktikanten unter den Arbeitnehmerbegriff des § 99 UrhG, sofern sie weisungsabhängig sind²⁵².

²⁴⁹ § 100 a.F. UrhG

²⁵⁰ *Meckel* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 99 Rn. 5; *Wild* in Schricker, § 100 a.F. Rn. 2.

²⁵¹ BGH GRUR 1993, 37, 39 – Seminarkopien; *Meckel* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 99 Rn. 4; *Wild* in Schricker § 100 a.F. Rn. 4.

²⁵² *J.B. Nordemann* in Fromm/Nordemann, § 99 Rn. 4; *Köhler*, GRUR 1991, 344, 346.

Dabei wird das Merkmal des Arbeitnehmers regelmäßig unproblematisch vorliegen, da die Fremdforscher in der überwiegenden Zahl der Fälle in einem Arbeitsverhältnis zur Forschungseinrichtung stehen werden, zumindest jedoch ein Auftragsverhältnis zugrunde liegen wird.

d) Verletzung innerhalb des Unternehmens

Die Rechtsverletzung müsste gem. § 99 UrhG innerhalb des Unternehmens begangen worden sein. Dies wäre dann der Fall, wenn der Angestellte oder Beauftragte die Rechtsverletzung im Rahmen seiner Obliegenheiten begangen hätte; eine Verletzung, die nur bei Gelegenheit und im eigenen Interesse erfolgt ist, reicht dagegen nicht aus²⁵³. In den vorliegenden Fällen wird die Verletzungshandlung im Regelfall darin bestehen, dass ein unbefugt handelnder Fremdforscher die Daten an andere Forscher bzw. Forschungseinrichtungen weitergibt. Damit wird die Rechtsverletzung in den meisten Fällen im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit begangen, so dass die Rechtsverletzung zumeist „innerhalb des Unternehmens“ begangen werden wird.

Im Großteil der Fälle, in denen ein Fremdforscher die Daten unbefugt weitergibt, werden die Voraussetzungen des § 99 UrhG somit vorliegen. Demnach müsste nicht erst aufwendig nach dem eigentlichen Verletzer gesucht werden. Vielmehr könnte man sich gleich an das Unternehmen halten, dessen Mitarbeiter oder Beauftragter die Verletzung begangen hat und dieses zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bewegen. Aufgrund der bereits oben beschriebenen abschreckenden Wirkung der damit einhergehenden Vertragsstrafe würde das Risiko einer erneuten Weitergabe an Dritte damit weitestgehend eingeschränkt.

VII. Urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz an dem Langzeitarchiv insgesamt

Ein urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz könnte an den Daten jedoch entstehen, sobald sie in das Langzeitarchiv der Universität aufgenommen und damit Bestandteil dieses Archives geworden sind. Das Langzeitarchiv, also die Gesamtheit der archivierten Daten, ist zwar nicht als Datenbankwerk im Sinne des § 4 Abs. 2 UrhG einzuordnen, da es ja gerade auf Vollständigkeit angelegt ist und es somit wieder an der schöpferisch gestaltenden Tätigkeit mangelt²⁵⁴. Bei dem elektronischen Langzeitarchiv handelt es sich jedoch um eine Datenbank im Sinne

²⁵³ Wild in Schricker, § 100 a.F. Rn. 3; J.B. Nordemann in Fromm/Nordemann, § 99 Rn. 6; Köhler, GRUR 1991, 344, 352.

²⁵⁴ BGH GRUR 1999, 923, 924 – Tele-Info-CD; OLG Hamburg GRUR 2000, 319, 320 – Börsendaten; OLG Düsseldorf MMR 1999, 729, 731; Dreier in Dreier/Schulze, § 4 Rn. 20.

des § 87a UrhG. Zum einen handelt es sich um eine Sammlung voneinander unabhängiger Daten, die einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind. Zum anderen erfordert das Sammeln der an der Universität entstandenen Daten sowie deren ständige Pflege, wozu unter anderem auch die regelmäßigen Umformatierungen in aktuelle Dateiformate zählen, einen nicht unerheblichen Arbeitsaufwand. Damit sind - anders als bei den in Frage 1 behandelten Fallgruppen - bei der Beschaffung, Überprüfung und vor allem Darstellung der einzelnen Daten im Archiv wesentliche Investitionen erforderlich. Das Langzeitarchiv unterliegt damit dem sui-generis Schutz der §§ 87a ff. UrhG. Gem. § 87b Abs. 1 UrhG hat jedoch der Datenbankhersteller das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben²⁵⁵. Damit könnte die Vervielfältigung einer Datei, die für sich genommen zwar nicht schutzfähig ist, jedoch Teil der geschützten Datenbank ist, eine Nutzungsrechtsverletzung darstellen²⁵⁶. Damit stünden dem Langzeitarchivierungsverbund wieder die Ansprüche nach §§ 97 ff. UrhG zu. Eine einzelne Datei stellt jedoch noch keinen wesentlichen Teil der Datenbank dar. Dies verlangt § 87b Abs. 1 UrhG aber gerade. Zwar steht gem. § 87b Abs. 1 Satz 2 der Nutzung eines wesentlichen Teils die wiederholte und systematische Nutzung von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen gleich. Dadurch soll verhindert werden, dass der Schutz nach Abs. 1 Satz 1 durch eine gezielte und häufige Nutzung unwesentlicher Teile umgangen wird²⁵⁷. Dies ist in den vorliegend relevanten Fällen jedoch eher abwegig.

D. Besonderheiten hinsichtlich personenbezogener medizinischer Daten

Sofern der LZA Fremdforschern auch personenbezogene Daten zugänglich macht, stellt sich zunächst die Frage, ob diese Zugänglichmachung generell zulässig ist oder ob dem die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) bzw. des Niedersächsischen Datenschutzgesetzes (NDSG) entgegenstehen²⁵⁸. Hinsichtlich der hier behandelten Frage, wie Fremdforschern die Weitergabe personenbezogener Daten rechtlich wirksam untersagt werden kann, ergeben sich durch das Vorliegen personenbezogener Daten hingegen keine Besonderheiten, da der Zweck der Datenschutzgesetze darin besteht, den einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht be-

²⁵⁵ Zum Schutz von Datenbanken siehe EuGH GRUR 2007, 688; BGH GRUR 2007, 685; siehe auch *Spindler*, K&R 2008, 565, 571.

²⁵⁶ Zum Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Datenbankherstellers siehe auch EuGH GRUR 2007, 688, 690 Tz. 22.

²⁵⁷ EuGH GRUR 2005, 244, 251 Tz. 86; *Thum* in Wandtke/Bullinger, § 87b Rn. 60; *Cyichowski* in Fromm/Nordemann, § 87b Rn. 21, 23.

²⁵⁸ Siehe dazu Frage 11 S. 133.

einträchtig wird²⁵⁹, nicht jedoch denjenigen, der diese Daten erhoben hat, vor einer Weitergabe durch Dritte zu schützen.

E. Ergebnis

Damit bleibt festzuhalten, dass dem Langzeitarchivierungsverbund Unterlassungsansprüche zustünden, sofern ein Fremdforscher die Daten an Dritte weitergeben würde und an den Daten ein urheberrechtlicher oder leistungsrechtlicher Schutz entstanden ist. Da dies jedoch nur selten der Fall sein wird, sollten zunächst technische Schutzmaßnahmen ergriffen werden, wie etwa der Einrichtung einer Zugangsbeschränkung zu dem Datenarchiv und der Installation eines Kopierschutzes. Des Weiteren sollten mit den Fremdforschern, denen der Abruf der archivierten Daten gewährt werden soll, entsprechende Lizenzverträge geschlossen werden. Darin sollte dem Vertragspartner die Weitergabe der Daten an Dritte, die nicht zum Kreis seiner Forschungsstelle bzw. seines Forschungsprojektes gehören, im Rahmen einer Verschwiegenheitsklausel untersagt werden. Zur Durchsetzung dieser Klausel empfiehlt sich die Vereinbarung einer entsprechenden Vertragsstrafe bei Zuwiderhandlung. Zu beachten ist dabei, dass eine solche Klausel sowohl optisch hervorgehoben als auch eindeutig formuliert werden sollte, damit sie einer Prüfung nach den §§ 307 ff. BGB standhält. Darüber hinaus müsste die Vertragsstrafe auch in einem angemessenen Verhältnis zur begangenen Pflichtverletzung stehen. Hinsichtlich personenbezogener medizinischer Daten sind im Rahmen der eigentlichen Archivierung zwar eine Reihe von Vorschriften zu beachten²⁶⁰. In Bezug auf die Vereinbarung mit Fremdforschern ergeben sich hingegen keine Besonderheiten.

F. Anlage Entwurf einer Verschwiegenheitsklausel

§ X Verschwiegenheitsverpflichtung

X.1 Der Vertragspartner verpflichtet sich zur Geheimhaltung über die ihm vom LZA zur Verfügung bzw. zum Abruf bereit gestellten Daten und diese keinem Dritten zugänglich zu machen. Zur Erfüllung dieser Geheimhaltungspflicht hat der Vertragspartner alle notwendigen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen.

X.2 Der Vertragspartner darf die Daten nur denjenigen Mitarbeitern zugänglich machen, die diese Daten im Rahmen ihrer Forschungstätigkeit zwingend benötigen. Diese Mitarbeiter sind

²⁵⁹ Siehe § 1 BDSG; § 1 NDSG; *Simitis* in *Simitis*, § 1 Rn. 23 ff.

²⁶⁰ Siehe dazu Frage 9 S. 121 und Frage 11 S. 133.

vom Vertragspartner gemäß den Regelungen dieser Geheimhaltungsvereinbarung schriftlich zu verpflichten. Der Vertragspartner hat dem LZA auf Anforderung unverzüglich Auskunft über die mit diesen Mitarbeitern getroffenen Geheimhaltungsregelungen zu erteilen und Kopien entsprechender Geheimhaltungsdokumente auszuhändigen.

X.3 Für den Fall, dass der Vertragspartner gegen die Geheimhaltungsverpflichtung verstößt, hat er dem LZA-Verbund eine Vertragsstrafe in Höhe von XX € zu zahlen. Darüber hinaus stellt der Vertragspartner den LZA-Verbund von Ansprüchen Dritter frei, die diese aufgrund der unbefugten Weitergabe der Daten durch den Vertragspartner gegen den LZA-Verbund geltend machen. Die Geltendmachung von sonstigen Schadensersatzansprüchen bleibt davon unberührt.

X.4 Sind einzelne der vorstehenden Ziffern oder Teile dieser Ziffern nichtig, so bleibt die Vereinbarung im Übrigen wirksam. und an die Stelle der unwirksamen Regelung tritt entweder die gesetzliche Vorschrift oder, sofern eine solche Vorschrift nicht existiert, eine solche Regelung, die die Parteien nach Treu und Glauben zulässigerweise getroffen hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit bekannt gewesen wäre.

Frage 9:

Wie muss die rechtsgültige Einverständniserklärung von Probanden in medizinischen Forschungsvorhaben im Kontext mit der elektronischen Langzeitarchivierung gestaltet sein? Kann die rechtsgültige Einverständniserklärung auch separat als reine Papierversion bei dem Prüfarzt bzw. Sponsor gelagert werden?

A. Erfordernis einer rechtsgültigen Einverständniserklärung

Zur Beantwortung der Frage nach der Gestaltung einer rechtsgültigen Einverständniserklärung des Probanden ist entscheidend, aufgrund welcher Norm eine Einverständniserklärung überhaupt erforderlich ist. Dabei kommen vor allem das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie das Niedersächsische Landesdatenschutzgesetz (NDSG) in Betracht. Fraglich ist, ob bzw. welches dieser beiden Gesetze im Rahmen von medizinischen Forschungsvorhaben Anwendung findet, so dass zunächst die Anwendbarkeit der beiden Gesetze geprüft werden muss.

I. Anwendbarkeit des BDSG

Der Anwendungsbereich des BDSG richtet sich nach § 1 BDSG. Gem. § 1 Abs. 2 BDSG findet das Gesetz Anwendung auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen des Bundes, öffentliche Stellen der Länder, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist und die Voraussetzungen von § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) und b) BDSG vorliegen. Für die Erhebung personenbezogener Daten durch nicht öffentliche Stellen richtet sich die Anwendbarkeit hingegen nach § 1 Abs. 3 BDSG. Die Universität Göttingen ist eine Stiftung öffentlichen Rechts und steht gem. § 1 Abs. 1 NHG unter der Verantwortung des Landes Niedersachsen. Es handelt sich somit bei der Universität Göttingen nicht um eine öffentliche Stelle des Bundes, sondern um eine öffentliche Stelle des Landes Niedersachsen. Demzufolge fände das BDSG nur dann auf sie Anwendung, sofern der Datenschutz nicht durch ein Gesetz des Landes Niedersachsen geregelt wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr regelt das Niedersächsische Datenschutzgesetz (NDSG) das Datenschutzrecht in Niedersachsen. Der Anwendungsbereich des BDSG wird also, unabhängig von der Frage, ob die zusätzlichen Voraussetzungen von § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) oder b) BDSG vorliegen, nicht eröffnet. Da die Universität Göttingen als Stiftung des öffentlichen Rechts öffentlich-rechtlich organisiert ist, handelt es sich folglich auch nicht um eine nicht-öffentliche Stelle, so dass der Anwendungsbereich des BDSG auch nicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG eröffnet wird. Das BDSG findet im Rahmen von medizinischen Forschungsvorhaben zumindest keine Anwen-

dung auf die Universität Göttingen. Da zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch nicht endgültig geklärt ist, in welcher Rechtsform der LZA organisiert sein wird und aus welchen Institutionen er bestehen wird, ist trotzdem zu prüfen, ob an eine rechtsgültige Einwilligung des Betroffenen andere Anforderungen zu stellen sind, wenn das BDSG Anwendung findet. Dies wäre aufgrund der Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG denkbar. Danach findet das BDSG nämlich auch Anwendung auf nicht-öffentliche Stellen, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben, es sei denn, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten erfolgt ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten. Dabei sind unter nicht-öffentlichen Stellen natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts zu verstehen, soweit sie nicht unter § 2 Abs. 1 bis 3 BDSG fallen. Damit wäre zunächst zu klären, ob der LZA gem. § 2 Abs. 3 BDSG eine Vereinigung von öffentlichen Stellen des Bundes und der Länder ist und Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Sofern dies der Fall wäre, würde er unter den weiteren Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1-3 BDSG als öffentliche Stelle des Bundes gelten. Die Archivierung der Daten wäre dann eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung, wenn der betroffene Hoheitsträger die Aufgabe auch hoheitlich oder schlichthoheitlich erfüllen könnte, er sich jedoch einer „eigenen“ privatrechtlichen Vereinigung bedient, wie dies zum Beispiel bei beliebigen Unternehmern wie Schornsteinfegern oder Notaren der Fall ist²⁶¹. Reine Finanzbeteiligungen des Bundes und der Länder fallen hingegen nicht unter § 2 Abs. 3 BDSG²⁶². Bei dem LZA handelt es sich jedoch nicht um eine Vereinigung von öffentlichen Stellen des Bundes und der Länder. Vielmehr handelt es sich um einen Zusammenschluss der Universität Göttingen, zu der auch die Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen gehört, und juristischen Personen des Privatrechts, wie etwa der GWDG, die in der Rechtsform der GmbH organisiert ist. Demnach ist § 2 Abs. 3 BDSG nicht einschlägig, so dass es bei den Vorgaben § 2 Abs. 4 S. 1 BDSG bleibt. Damit handelt es sich beim LZA-Verbund um eine nicht-öffentliche Stelle, sofern man voraussetzt, dass dieser nicht nur eine Vereinigung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen des Landes Niedersachsen darstellt. Das BDSG findet folglich gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG Anwendung auf den LZA-Verbund. Dies hat jedoch zur Folge, dass die Einwilligungen des Probanden aus Sicht des LZA auf jeden Fall den Vorgaben des BDSG entsprechen müssen.

²⁶¹ Wedde in Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, 4.3 Rn. 34.

²⁶² Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 2 Rn. 5; Simitis in Simitis, § 2 Rn. 41.

II. Anwendbarkeit des NDSG

Ferner ist zunächst zu prüfen, ob das NDSG in diesen Fällen ebenfalls Anwendung findet und sich aus seinen Vorschriften das Erfordernis einer Einverständniserklärung des Probanden ergibt bzw. ob diese von den Anforderungen, die das BDSG stellt, abweichen.

Gem. § 2 Abs. 1 S.1 NDSG ist der Anwendungsbereich des NDSG eröffnet, wenn personenbezogene Daten durch Behörden und sonstige öffentliche Stellen des Landes, der Gemeinden und Landkreise, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts verarbeitet werden. Daten verarbeitende Stelle ist jede Stelle, die personenbezogene Daten selbst verarbeitet oder verarbeiten lässt. Im vorliegenden Fall wäre somit die Universität Göttingen die Daten verarbeitende Stelle. Diese ist eine Stiftung öffentlichen Rechts und fällt folglich gem. § 2 Abs.1 S.1 Nr. 3 Alt. 3 NDSG in den Anwendungsbereich des NDSG.

Personenbezogene Daten definiert das Gesetz dabei in § 3 Abs. 1 NDSG als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse von bestimmten oder bestimmbar natürlichen Personen“. Sofern solche vorliegen, dürfen sie gem. § 4 Abs.1 NDSG nur „erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn das NDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat“. Sofern es sich bei den Daten um personenbezogene Daten handelt, wird deren Archivierung also zunächst durch das NDSG beschränkt, so dass sie nur dann archiviert werden dürfen, wenn das NDSG dieses erlaubt.

Im Rahmen von medizinischen Forschungsvorhaben fallen Daten an, die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse der Probanden enthalten und somit personenbezogene Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 NDSG sind²⁶³.

Demzufolge erfordert die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten gem. § 4 Abs. 1 NDSG die Einwilligung des Betroffenen, soweit das NDSG oder eine andere Rechtsvorschrift die Nutzung der Daten nicht ausdrücklich erlaubt oder anordnet²⁶⁴.

Das NDSG definiert „Erheben“ dabei in § 3 Abs. 2 Nr.1 als „das Beschaffen von Daten über die Betroffenen“. Im Rahmen der Langzeitarchivierung ist vor allem die „Verarbeitung“ personenbezogener Daten von Bedeutung, die das Gesetz in § 3 Abs. 2 S.1 NDSG als das „Erheben, Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren, Löschen und Nutzen personenbezogener Daten definiert“. Sofern der Langzeitarchivierungsverbund also auch Daten aus medizini-

²⁶³ Schirmer in Roßnagel, 7.12 Rn. 25; zum Grundrecht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung siehe BVerfG NJW 1984, 419; vgl. auch Dammann in Simitis, § 3 Rn. 5.

²⁶⁴ Zu den Erlaubnistatbeständen des NDSG siehe ausführlich Frage 11.

schen Forschungsvorhaben archiviert, bringt dies zunächst eine Speicherung mit sich. Darüber hinaus werden die Daten von der Forschungsstelle an den Langzeitarchivierungsverbund und von diesem gegebenenfalls an Fremdforscher übermittelt. Damit werden die personenbezogenen Daten im Rahmen der Langzeitarchivierung im Sinne des § 3 Abs. 2 S.1 NDSG verarbeitet. Eine solche Verarbeitung bedarf demnach gem. § 4 Abs. 1 NDSG aus datenschutzrechtlicher Sicht einer Einwilligung des Betroffenen, es sei denn, dass das NDSG oder eine andere Rechtsvorschrift die Verarbeitung der Daten erlauben würde.

III. Zwischenergebnis zu A.

In den vorliegenden Fällen können also sowohl das BDSG als auch das NDSG einschlägig sein. Zwar haben beide Vorschriften unterschiedliche Adressaten, da das BDSG vorliegend auf den LZA als nicht-öffentliche Stelle Anwendung findet, das NDSG hingegen auf die Universität und die sonstigen beteiligten Stellen des Landes Niedersachsen. Da im Fokus der Frage jedoch die Wirksamkeit der Zustimmung des Betroffenen (unabhängig aufgrund welcher Norm) steht, sind bei der Prüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen beide Vorschriften zu berücksichtigen. Ob eine derartige Vorschrift existiert, kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn die Verarbeitung ohne Einwilligung des Patienten noch aus anderen Gründen unzulässig wäre. Zu beachten ist dabei, dass der Arzt, der den Probanden behandelt bzw. untersucht, der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt. Diese wird zum einen aus § 203 StGB hergeleitet, zum anderen auf das Persönlichkeitsrecht des Patienten gestützt²⁶⁵. Die ärztliche Schweigepflicht umfasst dabei neben der Privatsphäre des Kranken auch dessen Krankendaten. Der Zweck der Schweigepflicht wird außerdem mit dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten begründet²⁶⁶. Auch wenn es sich bei den Probanden nicht zwangsläufig um einen Kranken handelt, besteht demzufolge die ärztliche Schweigepflicht auch im Verhältnis des Arztes zu einem nicht erkrankten Probanden, da auch in diesem Fall ein vergleichbares Vertrauensverhältnis besteht. Somit erfolgt das Bedürfnis einer Einwilligung sowohl aus den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des NDSG als auch aus dem privatrechtlichen Verhältnis zwischen Arzt und Patient. Eine Einwilligung ist damit selbst dann erforderlich, wenn die Datenverarbeitung nach dem NDSG ausnahmsweise zulässig wäre. Etwas anderes kann lediglich hinsichtlich anonymisierter Daten gelten²⁶⁷. Da eine Anonymisierung jedoch nicht immer möglich ist, sollte grundsätzlich von dem Bedürfnis einer Einwilligung ausgegangen werden. Nur

²⁶⁵ *Deutsch*, AcP 192 (1992), 162 ff; *Schirmer* in Roßnagel, Handbuch des Datenschutzrechts, 2003, 7.12 Rn. 22; *Ulsenheimer* in Laufs/Uhlenbruck, § 69 Rn. 15.

²⁶⁶ *Schirmer* in Roßnagel, 7.12 Rn. 23; *Ulsenheimer* in Laufs/Uhlenbruck, § 69 Rn. 8, 16

²⁶⁷ *Ulsenheimer* in Laufs/Uhlenbruck, § 70 Rn. 8.

so kann nämlich sichergestellt werden, dass wirklich alle vorgenommenen Datenverwertungen rechtmäßig sind. Des Weiteren ist die Einholung von Einwilligungen auch aus prozessualer Sicht geboten. Selbst wenn die Verwertung personenbezogener Daten ausnahmsweise ohne Einwilligung und ohne Aufhebung der ärztlichen Schweigepflicht möglich wäre, müsste der Langzeitarchivierungsverbund das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Norm im Prozess beweisen. Dies kann mitunter jedoch sehr schwer sein, zumal die einschlägigen Sachverhalte weit in der Vergangenheit liegen können.

B. Rechtliche Anforderungen an eine Einverständniserklärung des Probanden

Damit stellt sich die Frage, wie eine solche Einwilligungserklärung nach den Vorgaben des BDSG und des NDSG ausgestaltet sein muss und ob eine bestimmten Form erforderlich ist. Ferner ist zu klären, ob für die Einwilligung im Rahmen der Datenschutzgesetze die gleichen Anforderungen gelten, wie für eine Einwilligung, die den Arzt von seiner Schweigepflicht entbindet.

I. Einwilligung im Rahmen der datenschutzrechtlichen Bestimmungen

Sofern der Betroffenen einwilligt, ist gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 NDSG die Verarbeitung personenbezogener Daten auch in den Fällen erlaubt, in denen dies nicht ausdrücklich durch eine andere Rechtsvorschrift vorgesehen ist. Gleiches gilt gem. § 4 BDSG, sofern dessen Anwendungsbereich eröffnet ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte mit Probanden daher grundsätzlich immer eine entsprechende Vereinbarung geschlossen werden, da ansonsten bei jedem Datensatz geprüft werden müsste, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Erlaubnisnorm vorliegen oder nicht. Darüber hinaus kann die Einwilligung des Probanden unter Umständen weiter gehen, als die gesetzlichen Erlaubnisnormen, sofern diese überhaupt Anwendung finden.

1. Form

Gem. § 4 Abs. 2 S. 1 NDSG und § 4a BDSG bedarf die Einwilligung des Betroffenen der Schriftform. Die Einwilligung muss demzufolge gem. § 126 Abs. 1 BGB vom Betroffenen eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Eine Kopie oder ein Fax genügen demzufolge nicht²⁶⁸. Ebenso wenig eine eingescannte und ausgedruckte Unterschrift oder eine Email²⁶⁹. Die Einwilligung muss viel-

²⁶⁸ *Ellenberger* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 126 Rn. 8; *Wendtland* in Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 126 Rn. 6.

²⁶⁹ *Simitis* in Simitis, § 4a Rn. 38; *Ellenberger* in Palandt, § 126 Rn. 8; *Wendtland* in Bamberger/Roth, Bd. 1, § 126 Rn. 8, 11.

mehr die Originalunterschrift des Verfassers tragen, um die Schriftform zu wahren²⁷⁰. Dabei kann die schriftliche Form gem. § 126 Abs. 3 BDSG durch die elektronische Form ersetzt werden, sofern dies nicht gesetzlich ausgeschlossen ist. Einen solchen Ausschluss der elektronischen Form enthält jedoch zumindest § 4 NDSG nicht²⁷¹. Sofern die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden soll, hat der Betroffene seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur²⁷² nach dem Signaturgesetz versehen. Darüber hinaus hat die verantwortliche Stelle die Erklärungen der Betroffenen zu protokollieren und der Einwilligungstext muss dem Betroffenen jederzeit zugänglich sein²⁷³. Sofern die Einwilligung des Probanden nicht der Schriftform entspricht und nicht die Voraussetzungen einer wirksamen elektronischen Form erfüllt, ist sie, sofern wegen besondere Umstände keine andere Form angemessen ist, gem. § 125 BGB grundsätzlich nichtig²⁷⁴. Das Nichterfordernis der Schriftform aufgrund besonderer Umstände wird unter anderem bei einer Geschäftsbeziehung von längerer Dauer, bei telefonisch durchgeführten Meinungsumfragen oder im Falle einer besonderen Eilbedürftigkeit angenommen²⁷⁵.

2. Ausnahmen vom Schriftformerfordernis

Das Schriftformerfordernis gilt allerdings nicht uneingeschränkt. So bedarf die Einwilligung gem. § 25 Abs. 6 NDSG ausnahmsweise nicht der Schriftform, wenn hierdurch das Forschungsvorhaben erheblich beeinträchtigt würde. Dies sieht auch das BDSG in § 4a Abs. 2 S. 1 vor. Dies gilt nicht nur für Forschungseinrichtungen sondern vielmehr für den Gesamtbereich der wissenschaftlichen Forschung, so dass eine institutionelle Anbindung nicht erforderlich ist. Zu beachten ist jedoch, dass § 25 Abs. 6 NDSG und § 4a Abs. 2 S. 1 BDSG aufgrund ihres Ausnahmecharakters, der sowohl am Wortlaut als auch der Intention des Gesetzgebers festgemacht wird, möglichst restriktiv anzuwenden sind²⁷⁶. Auch wenn besondere Umstände der Norm vorliegen, bedarf es zumindest einer mündlichen Erklärung des Betroffenen. Stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligungen genügen aber in keinem Fall, da anderenfalls

²⁷⁰ *Ellenberger* in Palandt, § 126 Rn. 8; *Wendtland* in Bamberger/Roth, § 126 Rn. 8.

²⁷¹ *Der Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen*, Kommentar zum NDSG, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/master/C52351301_N38588372_L20_D0_I560.html (Stand: 09.01.2009), § 4 Zu Abs.2 Nr.6; zur Entbehrlichkeit der Schriftform im Rahmen des BDSG siehe *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4a Rn. 13; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 36.

²⁷² Zu den Anforderungen an eine qualifizierte elektronische Signatur siehe bereits Frage 5/6 S. **Fehler!**

Textmarke nicht definiert..

²⁷³ *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 38.

²⁷⁴ *Gola/Schomerus*, BDSG § 4a Rn. 13; *Roßnagel/Holznapel/Sonntag*, Handbuch Datenschutzrecht Rn. 40; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 26.

²⁷⁵ *Gola/Schomerus*, BDSG Rn. 13; *Holznapel/Sonntag* in *Roßnagel*, 4.8 Rn. 29; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 61.

²⁷⁶ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts: Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, 2001, S. 94; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 44; vgl. auch LG Darmstadt, RDV 1999, 28; 29; siehe zur Ausnahmevorschrift des § 25 Abs. 6 NDSG: Kommentar zum NDSG, § 25 Zu Abs. 6 Nr. 24.

der Betroffene übergangen würde²⁷⁷. Das Einwilligungserfordernis scheidet darüber hinaus auch nicht deshalb aus, weil es dem Betroffenen an der Einwilligungsfähigkeit fehlt. In diesen Fällen ist vielmehr auf das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters abzustellen²⁷⁸. Gesetzliche Vertreter können dabei gem. § 1629 BGB die Eltern sein, sofern der Proband noch minderjährig ist. Wurde für den Probanden ein Betreuer nach § 1897 BGB bestellt, so kann, je nach Reichweite der Betreuung, dieser für die Abgabe der Einwilligung zuständig sein.

Demzufolge sollte aus Gründen der Rechtssicherheit stets eine schriftliche Einwilligung des Probanden eingeholt werden, da es im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein wird, ob ein besonderer Umstand nach Abs. 1 Satz 2 vorliegt oder nicht.

3. Persönliche Abgabe

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob der Proband die Einwilligung persönlich abgeben muss oder ob er sich zu dieser Erklärung auch eines Stellvertreters bedienen kann. Dabei steht das oben angesprochene Schriftformerfordernis einer Vertretung nicht von vornherein entgegen, da der Vertreter grundsätzlich im Namen des Vertretenen unterschreiben darf²⁷⁹. Für die persönliche Abgabe der Einwilligung könnte aber das Informationsbedürfnis des Probanden sprechen²⁸⁰. Für die Möglichkeit einer Stellvertretung könnte wiederum sprechen, dass auch in diesem Fall der Vertretungsberechtigte umfassend aufgeklärt werden müsste und dem Informationsbedürfnis damit genüge getan wird²⁸¹. Zu beachten ist jedoch, dass nur der Betroffene selbst, hier also der Proband, in der Lage ist, die Auswirkungen der Verarbeitung seiner Daten zu beurteilen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er der Datenverarbeitung zustimmen möchte oder nicht. Dies spricht wiederum dafür, dass nur eine höchstpersönliche Abgabe in Betracht kommt²⁸². Da der Meinungsstand zu dieser Frage nicht einheitlich ist und auf eine gefestigte Rechtsprechung nicht zurückgegriffen werden kann, empfiehlt es sich, stets eine höchstpersönliche Einwilligungen der Probanden einzuholen, um nicht das Risiko einer unwirksamen Einwilligung und einer damit einhergehenden Verletzung des Datenschutzrechts einzugehen und daraus resultierenden Haftungsansprüchen ausgesetzt zu sein. Darüber hinaus wird es im Rahmen von medizinischen Forschungsvorhaben in der Regel

²⁷⁷ *Wohlgemuth/Gerloff*, Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 182; *Kroll*, Datenschutz im Arbeitsverhältnis, 1981, S. 181.

²⁷⁸ *Bizer*, Forschungsfreiheit, S. 260; *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 21; *Wolters*, Datenschutz und medizinische Forschungsfreiheit, 1988, S. 42.²⁷⁹ BGHZ 45, 193, 195; *Ellenberger* in Palandt, § 126 Rn. 9; *Wendtland* in Bamberger/Roth, § 126 Rn. 9.

²⁷⁹ BGHZ 45, 193, 195; *Ellenberger* in Palandt, § 126 Rn. 9; *Wendtland* in Bamberger/Roth, § 126 Rn. 9.

²⁸⁰ Siehe dazu unten S. 128.

²⁸¹ *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 27.

²⁸²; *Simitis* in Simitis, § 4a Rn. 4a Rn. 30 m.w.N.; *Podlech/Pfeifer*, RDV 1998, 139, 152.

auch unproblematisch sein, eine entsprechende Einwilligung vom Probanden selbst einzuholen.

4. Erkennbarkeit

Schließlich ist zu beachten, dass die Einwilligung für den Probanden erkennbar sein muss. Daran kann es fehlen, wenn dieser die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen abgibt und sich aus diesem Grund über den Inhalt und die Tragweite der einzelnen Erklärung gar nicht im Klaren ist²⁸³. Der Proband muss also erkennen können, dass er eine Willensbekundung abgibt²⁸⁴. Aus diesem Grund schreiben sowohl § 4 Abs. 2 S. 3 NDSG als auch § 4a Abs. 1 S. 4 BDSG vor, dass die Einwilligungserklärung im äußeren Erscheinungsbild hervorzuheben ist, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden soll. Erreicht werden kann dies zum Beispiel durch einen schriftlichen Hinweis auf die Einwilligung im selben Dokument oder eine visuelle Hervorhebung, wie etwa einer Einrahmung oder einem Fettdruck. Geeignet ist auch die Verwendung eines besonders gekennzeichneten getrennten Formulars²⁸⁵.

5. Inhalt der Einwilligung

Neben der Form der Einwilligung ist für die Wirksamkeit ferner entscheidend, welchen inhaltlichen Anforderungen die Einwilligung genügen muss.

a) Ausreichende Information des Probanden

Erforderlich ist zunächst, dass die Einwilligung des Probanden in Kenntnis der Sachlage erfolgen muss. Dies folgt sowohl aus § 4 Abs. 2 S. 4, 5 NDSG bzw. § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG als auch aus Art. 2 h) der Datenschutzrichtlinie (DSRL)²⁸⁶. Gem. § 4 Abs. 2 S. 4, 5 NDSG und § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG ist der Betroffene auf den vorgesehenen Verwendungszweck der Daten sowie auf die Möglichkeit und die Rechtsfolgen einer Verweigerung der Einwilligung und der Möglichkeit des Widerrufs hinzuweisen²⁸⁷. Diese Aufzählung ist dabei keineswegs als abschließend zu verstehen, sondern enthält vor dem Hintergrund des Wortlautes der DSRL und dem Sinn und Zweck der Informationspflicht lediglich Beispiele für besonders wichtige Angaben²⁸⁸. Da die Einwilligung nur soweit reichen kann, wie die Kenntnis des Probanden von

²⁸³ *Holznel* in Roßnagel, 4.8 Rn. 41; *Simitis* in Simitis, § 4a Rn. 41.

²⁸⁴ OLG Celle, NJW 1980, 347, 348; *Holznel* in Roßnagel, 4.8 Rn. 41; *Simitis* in Simitis, § 4a Rn. 40.

²⁸⁵ *Holznel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 43; *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 13; *Simitis* in Simitis, § 4a Rn. 41; *H. Geiger*, CR 1985, 72, 76.²⁸⁶ Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

²⁸⁶ Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

²⁸⁷ Siehe auch OLG Hamm NJW-RR 1986, 927, 931.

²⁸⁸ *Holznel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 44.

den wesentlichen Informationen, sollte die Belehrung den konkreten Zweck der Verarbeitung benennen, den Namen und die Anschrift des Verantwortlichen oder dessen Vertretungsberechtigten für die Datenverarbeitung enthalten, über geplante Übermittlungen der Daten an Dritte informieren und darüber hinaus erkennen lassen, welche Daten, in welcher Art und über welchen Zeitraum gespeichert werden sollen. Des Weiteren ist der Proband über die Konsequenzen, die eine Verweigerung, der Einwilligung für den Betroffenen nach sich zieht sowie über alle sonstigen für die Beurteilung des Datenverarbeitungsvorgangs erforderlichen Informationen zu belehren²⁸⁹. Der Proband ist dabei vor Beginn der Datenerhebung zu informieren²⁹⁰, so dass im Rahmen des medizinischen Forschungsvorhabens die Einwilligungen und die damit verbundenen Information der Probanden vor Beginn der Versuchsreihe eingeholt bzw. vorgenommen werden sollten.

b) Ausreichende Bestimmtheit der Einwilligung

Die Einwilligung des Probanden muss demzufolge so formuliert sein, dass man ihr entnehmen kann, unter welchen Bedingungen und welche Daten nach Vorstellung des Probanden verarbeitet werden dürfen. Dabei gilt, dass die Erklärung umso umfangreicher sein muss, je komplexer die Datenverarbeitung ist²⁹¹. Speziell im Rahmen der vorliegend relevanten Fallkonstellationen von medizinischen Forschungsvorhaben ist außerdem zu beachten, dass es sich dabei zumeist um personenbezogene Angaben über die Gesundheit des Probanden handeln wird, so dass gem. § 4 Abs.2 S. 2 NDSG auf diese Daten ausdrücklich hingewiesen werden muss.

c) Freie Entscheidung des Probanden

Schließlich muss die Einwilligung des Probanden gem. § 4 Abs. 3 NDSG und § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG auf seiner freien Entscheidung beruhen und ist unwirksam, wenn sie durch Androhung rechtswidriger Nachteile bewirkt wurde²⁹². Die Forschungsstelle darf jedoch von der Einwilligung abhängig machen, ob sie die betreffende Person als Probanden annimmt oder nicht, sofern der Proband im Einzelfall dadurch nicht in eine Zwangssituation gedrängt wird²⁹³. Da die Probanden aber grundsätzlich freiwillig an dem Forschungsvorhaben teilnehmen, wird

²⁸⁹ OLG Hamm, NJW-RR 1986, 927, 931; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 302, 304; *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 45; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 72.

²⁹⁰ *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 48; *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 11; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 70.

²⁹¹ *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 49.

²⁹² BVerfG NJW 1992, 1875 f; *Gola/Schomerus*, § 4a Rn.6; *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 54; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 62.

²⁹³ Vgl. *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 54; *Simitis* in *Simitis*, § 4a Rn. 62.

regelmäßig eine freiwillige Einwilligung des Probanden vorliegen²⁹⁴. Dennoch ist im Einzelfall darauf zu achten, dass die Probanden nicht unter Druck gesetzt und zur Abgabe der Einwilligung gedrängt werden, da es dann an der notwendigen Freiwilligkeit fehlen würde.

6. Zwischenergebnis zu B.I.

Somit bleibt festzuhalten, dass es hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen an eine Einwilligung des Betroffenen keinen Unterschied macht, ob das BDSG oder das NDSG einschlägig ist, da beide Gesetze die gleichen Anforderungen an die rechtliche Wirksamkeit einer Einwilligung stellen.

II. Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht

Sofern der Proband in die Nutzung seiner Daten eingewilligt hat, stellt sich weiter die Frage, ob er dadurch den Arzt, der die Untersuchungen im Rahmen des Forschungsvorhabens durchgeführt hat, von der zivilrechtlich begründeten ärztlichen Schweigepflicht entbunden hat oder ob es dazu einer weiteren Einwilligung bedarf. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass ein Vorrang der datenschutzrechtlichen Regelungen vor der ärztlichen Schweigepflicht nicht besteht, sondern diese vielmehr parallel nebeneinander stehen²⁹⁵. Der Arzt darf die Daten seiner Patienten preisgeben, sofern sich der Proband damit einverstanden erklärt. Dabei kann der Proband nicht nur über das „Ob“ sondern auch das „Wie“ der Weitergabe seiner Daten entscheiden²⁹⁶. Fraglich ist, ob in der Einwilligung nach § 4 Abs. 1 BDSG bzw. § 4 Abs. 1 NDSG gleichzeitig eine Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht zu sehen ist. Im Gegensatz zur Einwilligung im Rahmen des Datenschutzrechtes muss die Aufhebung der Schweigepflicht nicht ausdrücklich erfolgen und bedarf außerdem keiner bestimmten Form. Eine konkludente Einwilligung oder schlüssiges Verhalten können damit genügen²⁹⁷. Damit stellen sich an die Aufhebung der ärztlichen Schweigepflicht deutlich geringere Anforderungen als im Rahmen des NDSG und des BDSG. Damit ist davon auszugehen, dass der Proband den Arzt, der die Untersuchung bzw. das Forschungsvorhaben leitet, konkludent durch Einwilligung in die Nutzung seiner personenbezogenen Daten von dessen Schweigepflicht entbindet. Dabei reicht diese Entbindung so weit, wie auch die Einwilligung in die datenschutzrechtlich relevante Nutzung der Daten erfolgt ist.

²⁹⁴ Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn es sich beispielsweise um Forschungsreihen zur Entwicklung eines Medikamentes gegen eine unheilbare Krankheit handelt und sich die Teilnahme für den Probanden quasi als „letzte Chance“ darstellt, geheilt zu werden bzw. sein Leiden zu mindern.

²⁹⁵ Schirmer in Roßnagel, 7.12 Rn. 26.

²⁹⁶ Schirmer in Roßnagel, 7.12 Rn. 41.

²⁹⁷ Schirmer in Roßnagel, 7.12 Rn. 42.

C. Ergebnis

Hinsichtlich der aus datenschutzrechtlichen Gründen erforderlichen Einwilligung des Probanden ist zunächst zu beachten, dass diese der Schriftform entsprechen muss. Aus diesem Grund empfiehlt es sich für den Fall, dass die Einwilligung beschädigt oder gar zerstört wird, vom Probanden gleich mehrere Einwilligungen unterschreiben zu lassen. Die Anfertigung von Kopien genügt hingegen nicht, da es diesen an der erforderlichen Schriftform mangeln würde. Auch wenn das Gesetz Ausnahmefälle vorsieht, in denen die Einwilligung auch formlos möglich ist, sollte aus Gründen der Rechtssicherheit stets eine schriftliche Einwilligung eingeholt werden, da die Beurteilung, wann die Schriftform entbehrlich ist, im Einzelfall mitunter schwierig sein kann. Darüber hinaus ist der Proband darauf aufmerksam zu machen, dass er in die Verwertung seiner Daten einwilligt. Dies kann dadurch erreicht werden, dass die Einwilligung visuell hervorgehoben oder im Dokument explizit darauf hingewiesen wird. Der Proband muss ferner vor Abgabe ausdrücklich darüber informiert werden, welche seiner Daten auf welche Art verarbeitet oder genutzt werden sollen. Insbesondere ist er darauf hinzuweisen, dass seine Daten, wenn auch anonymisiert oder pseudonymisiert, anderen Fremdforschern zugänglich gemacht werden. Hinsichtlich des Inhalts der Erklärung muss diese ebenfalls genau spezifizieren, hinsichtlich welcher Daten der Proband seine Einwilligung erteilt und auf welche Arten die Daten genutzt werden dürfen. Dabei ist in den vorliegenden Fällen zu berücksichtigen, dass es sich zumeist um besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG handeln wird, so dass sich die Einwilligung gerade auch ausdrücklich auf diese beziehen muss. Letztlich muss die Einwilligung des Probanden auf dessen freier Entscheidung beruhen. Sofern eine rechtsgültige Einwilligung des Probanden vorliegt, kann diese auch separat beim Prüfarzt oder dem Sponsor gelagert werden. Sofern eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung des Probanden vorliegt, ist darin gleichzeitig eine zumindest konkludent erteilte Entbindung des Arztes von seiner ärztlichen Schweigepflicht zu sehen. Die Entbindung von der Schweigepflicht entspricht dabei konsequenterweise in ihrer Reichweite dem Umfang, in welchem der Proband auch der datenschutzrechtlich relevanten Nutzung seiner Daten eingewilligt hat.

Frage 10:

Welche Folgen hat ein Zurückziehen der rechtsgültigen Einverständniserklärung eines Probanden auf elektronische Langzeitarchivierung der medizinischen Forschungsdaten?

A. Rechtliche Möglichkeit des Zurückziehens der Einverständniserklärung

Der Proband der ursprünglich eine rechtsgültige Einwilligung abgegeben hat, ist an diese nicht endgültig gebunden, sondern kann sie noch nachträglich widerrufen. Dieses Widerrufsrecht kann auch nicht durch einen Verzicht ausgeschlossen werden. Der Betroffene muss sich im Rahmen seiner Einwilligung auch nicht den Widerruf vorbehalten.

Hinsichtlich der Folgen des Widerrufs ist danach zu differenzieren, ob dieser vor oder nach der Datenerhebung erfolgt.

B. Widerruf vor Datenerhebung

Widerruft der Proband seine Einwilligung noch bevor die ersten Untersuchungen oder Tests durchgeführt worden sind, in deren Zusammenhang Daten des Probanden erhoben werden, so steht der Langzeitarchivierungsverbund so da, als hätte er die Einwilligung niemals erhalten. Das heißt, dass die Daten des Probanden gem. § 4 Abs. 1 NDSG bzw. § 4 BDSG gar nicht erst gespeichert werden dürfen.

C. Widerruf nach Datenerhebung

Sofern die Verarbeitung von personenbezogenen Daten des Probanden allerdings bereits begonnen hat, gilt sein Widerrufsrecht unter Umständen nicht unbegrenzt. Vielmehr scheidet die Möglichkeit eines Widerrufs dann aus, wenn die Daten bereits anonymisiert worden sind. Sofern nämlich eine vollständige Anonymisierung vorgenommen wurde, fehlt es bereits am Personenbezug der (anonymisierten) Daten, so dass in diesen Fällen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht mehr betroffen ist²⁹⁸. Da gerade im Rahmen von medizinischen Forschungsvorhaben eine Anonymisierung nicht immer möglich ist, sondern die Daten oftmals pseudonymisiert werden, sind Fälle denkbar, in denen der Personenbezug trotzdem weiterhin besteht, da die Zuordnung der Daten zu dem Betroffenen ohne einen verhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist²⁹⁹. Widerruft ein Proband seine Einwilligung in einem solchen Fall wirksam, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies für die bereits erfolgten und künftigen Datennutzungen hat. Ein solcher Widerruf würde dabei -anders als zum Bei-

²⁹⁸ Roßnagel/Scholz, MMR 2000, 721, 723.

²⁹⁹ Roßnagel/Scholz, MMR 2000, 721, 725 f.

spiel die Anfechtung einer Willenserklärung- ex-nunc, also mit Wirkung für die Zukunft wirken. Das heißt, dass die in der Vergangenheit vorgenommenen Datenverarbeitungen nicht nachträglich rechtswidrig würden. Vielmehr dürfte die Datenverarbeitung bzw. Datenspeicherung nicht mehr für die Zukunft vorgenommen werden. Die erhobenen und gespeicherten Daten des Probanden dürften damit vom Langzeitarchivierungsverbund nicht weiterverwendet werden. Konkret bedeutet dies, dass die Daten zum einen nicht mehr weitergeleitet werden dürften. Zum anderen müssten die entsprechenden Datensätze vollständig gelöscht werden, da sie nicht mehr erforderlich wären³⁰⁰. Würden die Daten hingegen trotz des Widerrufs der Einwilligung weiterverwendet werden bzw. weiter auf den Speicherplätzen des Langzeitarchivierungsverbundes oder der Forschungsstelle gespeichert bleiben, würde dies eine unzulässige Datenverarbeitung nach § 4 Abs. 1 BDSG darstellen, wodurch der Langzeitarchivierungsverbund sich unter Umständen Schadensersatzansprüchen des Probanden nach den §§ 7, 8 BDSG bzw. § 18 NDSG ausgesetzt wäre.

D. Ergebnis

Widerruft der Proband seine Einwilligung, so entfällt diese für die Zukunft. Das heißt, dass die bis zu diesem Zeitpunkt erfolgten Datenverarbeitungen zwar von der Einwilligung gedeckt sind (die zu diesem Zeitpunkt ja noch bestand), die Daten des Probanden ab dem Zeitpunkt des Widerrufs jedoch nicht mehr verarbeitet werden dürfen, es sei denn, dass eine Rechtsvorschrift dies ausdrücklich erlaubt. Das Recht des Betroffenen, seine Einwilligung zu widerrufen, kann dabei auch unter keinen Umständen ausgeschlossen werden. Darüber hinaus muss der Betroffene sich den Widerruf auch nicht bei Erklärung der Einwilligung vorbehalten.

Frage 11:

Besteht eine rechtliche Einschränkung bezüglich der Inhalte medizinischer Forschungsdaten, die in einem elektronischen Langzeitarchiv abgelegt werden dürfen? Dürfen auch die sogenannten Trial-Master-Files in einem elektronischen Archiv abgelegt werden, sofern eine Digitalisierung der Inhalte möglich ist?

³⁰⁰ Holznaegel/Sonntag in Roßnagel, 4.8 Rn. 67; siehe auch § 20 Abs. 2 Nr.2 BDSG; § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG.

Da bei wissenschaftlichen Primärdaten generell nur selten ein urheber- oder leistungsrechtlicher Schutz entsteht³⁰¹, ist bei der Frage nach dem zulässigen Inhalt medizinischer Forschungsdaten vor allem entscheidend, inwiefern die Daten dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), dem Niedersächsischen Datenschutzgesetzes (NDSG) oder dem Sozialgesetzbuch X (SGB X) unterliegen.

A. Rechtliche Einschränkung durch das BDSG

Rechtliche Einschränkungen hinsichtlich des Inhalts der Daten, die archiviert werden sollen, könnten sich zunächst aus dem BDSG ergeben. Wie bereits oben in Frage 9 festgestellt, findet dieses zwar keine Anwendung auf die Universität Göttingen, da diese eine öffentliche Einrichtung des Landes Niedersachsen ist und damit in den Anwendungsbereich des NDSG fällt³⁰². Da an dem Langzeitarchivierungsverbund jedoch voraussichtlich auch nicht-öffentliche Einrichtungen, wie die Max-Planck-Gesellschaft (MPG) oder die Deutsche Forschungsgesellschaft (DFG)³⁰³ beteiligt sein werden, würde auf diese das BDSG Anwendung finden. Demzufolge wären diese Einrichtungen grundsätzlich Adressaten des BDSG. Sofern dessen Anwendungsbereich in den vorliegenden Fällen eröffnet wäre, könnten sich somit grundsätzlich rechtliche Einschränkungen der Langzeitarchivierung auch aus dem BDSG ergeben. Ob dies der Fall ist, wird im Folgenden geprüft.

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs des BDSG

Wie in Frage 9 bereits dargelegt, wäre der Anwendungsbereich des BDSG gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG für nicht-öffentliche Stellen eröffnet, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben würden bzw. die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder erheben, es sei denn, dass diese Maßnahmen ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten erfolgen. Der LZA speichert und übermittelt die Daten und handelt dabei als nicht-öffentliche Stelle³⁰⁴. Die Speicherung und Übermittlung der zu archivierenden bzw. bereits archivierten Daten erfolgt dabei auch mittels elektronischer Datenverarbeitungssysteme, so dass der Anwendungsbe-

³⁰¹ Siehe dazu Frage 1 S. 32, 37, 43.

³⁰² Siehe Frage 9 S. 123.

³⁰³ Diese ist als eingetragener Verein und damit privatrechtlich organisiert, so dass sie eine nicht-öffentliche Stelle im Sinne des § 2 Abs. 4 S. 1 BDSG darstellt. An diesem Ergebnis ändert auch die finanzielle Beteiligung von Bund und Ländern nichts; vgl. *Wedde* in Roßnagel, 4.3 Rn. 28.

³⁰⁴ Dazu siehe Frage 9 S. 121.

reich des BDSG eröffnet ist. Adressat ist dabei der LZA-Verbund, soweit er die Daten verarbeitet³⁰⁵.

II. Zulässigkeit der Archivierung medizinischer personenbezogener Forschungsdaten nach den Vorschriften des BDSG

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung medizinischer personenbezogener Forschungsdaten ist damit gem. § 4 Abs. 1 BDSG nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Die für die Langzeitarchivierung der Daten zwangsläufig einhergehende Speicherung der Daten stellt dabei gem. § 3 Abs. 4 S. 1 BDSG eine Verarbeitung dar. Des Weiteren ist auch geplant, die archivierten Daten für Fremdforscher zugänglich zu machen, was gem. § 3 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 b) BDSG eine Übermittlung darstellt. Der LZA bedarf zur Archivierung personenbezogener Daten demnach entweder der Einwilligung des Betroffenen oder des Vorliegens einer Erlaubnisnorm.

1. Einwilligung des Betroffenen

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist nach Möglichkeit stets die Einwilligung des Betroffenen einzuholen, da andernfalls die Gefahr besteht, dass eine Norm, die die jeweilige Verarbeitung oder Nutzung der Daten im konkreten Fall vermeintlich erlaubt, im Endeffekt doch nicht greift. Darüber hinaus können sich auch Beweisschwierigkeiten ergeben, die durch die vorherige Einwilligung des Betroffenen weitestgehend vermieden werden³⁰⁶. Sofern eine Einwilligung eingeholt worden ist, stellt sich die Frage, inwieweit diese den Langzeitarchivierungsverbund zur Speicherung der Daten berechtigt. In diesem Zusammenhang stellt § 4 Abs. 1 BDSG klar, dass die Verarbeitung der Daten nur zulässig ist, „...soweit...“ der Betroffene eingewilligt hat, weshalb eine pauschale Einwilligungserklärung im Rahmen des BDSG nicht genügt³⁰⁷. Sofern eine Einwilligung vorliegt, bestimmt sich die Reichweite der erlaubten datenschutzrechtlich relevanten Maßnahmen also nach dem Inhalt der Einwilligung.

2. Zulässigkeit der Archivierung aufgrund einer Erlaubnisnorm des BDSG

Auch wenn eine Einwilligung aus datenschutzrechtlicher Sicht für datenverarbeitende Stelle aus den oben genannten Fällen am vorteilhaftesten ist, kann es im Einzelfall auf das Vorliegen

³⁰⁵ Zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen für die Universität aufgrund des NDSG siehe unten B S. 138.

³⁰⁶ Siehe dazu bereits Frage 9 124 III.

³⁰⁷ BGHZ 95, 362, 367 f.; 116, 268, 273; OLG Schleswig, NJW-RR 1998, 54, 56; OLG Frankfurt RDV 1998, 174, 175, ; OLG Celle, NJW 1980, 347, 348; LG Halle CR 1998, 85, 86; siehe auch die entsprechende Kommentierung zu den Voraussetzungen einer rechtswirksamen Einwilligung im Rahmen des BDSG: *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4a Rn. 11; *Holznapel/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 53; siehe Frage 9 S. 129.

einer Erlaubnisnorm des BDSG ankommen. Denkbar ist dies etwa für den Fall, dass Daten archiviert werden sollen, die bereits in der Vergangenheit erhoben worden sind und für die entweder keine Einwilligung der Betroffenen vorliegt und auch nicht eingeholt werden kann oder deren Einwilligung nicht die Speicherung in einem Langzeitarchiv und die Übermittlung an Fremdforscher erfasst. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob die Archivierung aufgrund einer Vorschrift des BDSG erlaubt ist. Die Erlaubnisnormen für die Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen finden sich in den §§ 27 ff. BDSG. Dabei könnte sich die Zulässigkeit der Speicherung und Übermittlung personenbezogener Daten durch den LZA aus § 28 oder § 29 BDSG ergeben.

d) Zulässigkeit nach § 28 BDSG

Die Datenverarbeitung in den vorliegenden Fällen zum Zwecke der Archivierung und Zugänglichmachung für Fremdwissenschaftler könnte nach § 28 BDSG zulässig sein. Dabei finden die Abs. 1 und 2 sowohl auf die Datenerhebung als auch die Datenverarbeitung oder Nutzung Anwendung. Für die Datenverarbeitung und Nutzung schreibt Abs. 1 S. 2 jedoch vor, dass der Zweck, für den die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, bereits bei der Erhebung konkret festzulegen ist. § 28 Abs. 1 BDSG enthält dabei drei Tatbestandsvarianten. Im Mittelpunkt aller Tatbestandsvarianten steht jedoch, dass die verarbeitende Stelle die Daten „als Mittel zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke“ verarbeitet. Die Datenverarbeitung muss demnach zur Erfüllung bestimmter anderer eigener Zwecke der Daten verarbeitenden Stelle erfolgen, wie zum Beispiel der Abwicklung von eingegangenen Verträgen oder der Betreuung von Kunden³⁰⁸. Dies ist bei einer Datenverarbeitung durch den LZA-Verbund jedoch zweifelhaft. Bei der Tätigkeit des LZA steht die Speicherung und Zugänglichmachung der Daten ja gerade im Mittelpunkt und bildet damit sein eigentliches Geschäftsinteresse. Die Verarbeitung dürfte gem. § 28 Abs. 1 S. 1 BDSG aber lediglich Mittel zum Zweck sein, um einen dahinterstehenden Geschäftszweck zu erreichen³⁰⁹. Damit wird die Verarbeitung der Daten durch den LZA-Verbund nicht von § 28 BDSG gerechtfertigt.

e) Zulässigkeit nach § 29 BDSG

Damit bleibt zu prüfen, ob sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch den LZA-Verbund aus § 29 BDSG ergibt. Danach ist das geschäftsmäßige Erheben, Speichern, oder Verändern personenbezogener Daten zulässig, wenn dies zum Zweck der Übermittlung geschieht. Der Tatbestand des § 29 BDSG erfasst also die Fälle, in denen im Gegensatz zu § 28

³⁰⁸ Gola/Schomerus, § 28 Rn. 4.

³⁰⁹ Gola/Schomerus, § 28 Rn. 4.

BDSG die Datenverarbeitung für den Selbstzweck erfolgt³¹⁰. Zwar ist im Rahmen der Langzeitarchivierung geplant, dass die dort archivierten Daten auch Fremdforschern zugänglich gemacht werden, was eine Übermittlung darstellen würde. Allerdings verlangt § 29 Abs. 1 BDSG, dass die Daten genau zu diesem Zweck erhoben, gespeichert oder verändert werden. Die Erhebung der Daten erfolgt vorliegend jedoch zum Zweck der Forschung und Wissenschaft. Auch die Speicherung durch den LZA-Verbund hat nicht primär den Zweck, die Daten zu übermitteln; vielmehr soll dadurch sichergestellt werden, dass die Daten erhalten bleiben. Die Übermittlung an Fremdforscher erfolgt dabei nur beiläufig. Auch aus der Aufzählung des § 29 Abs. 1 S. 1 BDSG, wonach die Norm insbesondere im Rahmen der Werbung, der Tätigkeit von Auskunftsteilen, dem Adresshandel oder der Markt- und Meinungsforschung einschlägig ist, folgt nicht ausdrücklich die Anwendbarkeit auf die vorliegenden Fälle. Zwar ist die Aufzählung in Abs. 1 nicht abschließend³¹¹. Jedoch folgt aus den dargestellten Tätigkeitsbereichen, dass die Übermittlung der Daten im Mittelpunkt steht. Dies ist bei der Speicherung der Daten durch den LZA-Verbund jedoch gerade nicht der Fall, weshalb auch § 29 BDSG hier keine Anwendung findet. Zu beachten ist ferner, dass die Speicherung der Daten selbst bei der Anwendbarkeit von § 29 BDSG nicht durch diesen erlaubt würde. Dies wäre nämlich gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG nur der Fall, wenn die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden könnten oder gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG kein Grund zu der Annahme bestünde, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung hat. Zum einen wird Nr. 2 jedoch in der Regel ausscheiden. Zum anderen ist zu beachten, dass es sich bei medizinischen Forschungsdaten um besondere Arten personenbezogener Daten gem. § 3 Abs. 9 BDSG handelt, da sie Angaben über die Gesundheit des Betroffenen machen. Diese Daten hat der Gesetzgeber jedoch gerade unter einen besonderen Schutz gestellt. Daraus folgt dann aber konsequenterweise, dass bei sensiblen Daten grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen im Sinne des § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG besteht³¹². Damit scheidet eine Zulässigkeit der Archivierung der Daten aufgrund von § 29 BDSG selbst dann aus, wenn dessen Anwendungsbereich in den vorliegenden Fällen ausnahmsweise doch eröffnet wäre.

f) Zwischenergebnis zu 2

Die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den LZA-Verbund ist somit weder nach § 28 noch nach § 29 BDSG zulässig. Ferner sind auch keine anderen Vor-

³¹⁰ Hoeren in Roßnagel, 4.6. Rn. 56.

³¹¹ Gola/Schomerus, § 29 Rn. 6.

³¹² Hoeren in Roßnagel, 4.6 Rn. 65.

schriften im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG ersichtlich, die die Verarbeitung erlauben. Folglich bedarf der LZA-Verbund in jedem Fall der Einwilligung durch den Betroffenen.

B. Rechtliche Einschränkung durch das NDSG

Des Weiteren ist zu prüfen ob bzw. inwieweit die Archivierung medizinischer Forschungsdaten durch das NDSG eine rechtliche Einschränkung erfährt.

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs des NDSG auf die Universität Göttingen

Der Anwendungsbereich des NDSG ist dabei gem. § 2 Abs. 1 S. 1 für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Universität eröffnet³¹³.

II. Zulässigkeit der Archivierung medizinischer personenbezogener Forschungsdaten nach den Vorschriften des NDSG

Medizinische Forschungsdaten dürften, sofern es sich um personenbezogene Daten handelt, somit gem. § 4 Abs. 1 S. 1 NDSG nur verarbeitet werden, sofern das NDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies vorsieht oder die Betroffenen eingewilligt haben³¹⁴.

Dabei stellt die vorliegend in Frage stehende Speicherung der Daten gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 NDSG eine Verarbeitung dar. Darüber hinaus sollen die archivierten Daten für andere Forscher und Forschungseinrichtungen zum Abruf bereit gehalten werden. Gem. § 3 Abs.2 S.2 Nr.4 b) NDSG stellt ein solches zum Abruf oder zur Einsicht durch Dritte Bereithalten der Daten eine Übermittlung und folglich gem. § 3 Abs.2 Satz 1 NDSG ebenfalls eine Verarbeitung dar. Folglich ist die Archivierung personenbezogener Daten aus Forschungsvorhaben insoweit eingeschränkt, als es dazu entweder der Erlaubnis des Betroffenen bedarf oder die Archivierung durch das NDSG oder eine andere Rechtsvorschrift vorgesehen wird.

1. Einwilligung durch Betroffenen

Wie bereits bei den Ausführungen zum BDSG betont³¹⁵, sollte aus Gründen der Rechtssicherheit nach Möglichkeit stets die Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden. Im Rahmen des Anwendungsbereichs des NDSG stellt sich jedoch die Frage, welche Reichweite die Einwilligung des Betroffenen hat. Anders als § 4 Abs. 1 BDSG, wonach die Datenverarbeitung nur zulässig ist, „...soweit...“ der Betroffene eingewilligt hat³¹⁶, verlangt der Erlaubnistatbestand des § 4 Abs. 1 NDSG seinem Wortlaut nach nur, dass überhaupt eine Einwilligung abgegeben wurde („...wenn...“). Im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung von § 4

³¹³ Siehe dazu bereits Frage 9 S. 123 .

³¹⁴ Zu den Anforderungen an eine rechtswirksame Einwilligungserklärung siehe bereits Frage 9 S. 125.

³¹⁵ Siehe oben S. 135.

³¹⁶ Siehe oben S. 135 sowie die Nachweise in Fn. 307.

Abs. 1 NDSG vor dem Hintergrund der Datenschutzrichtlinie³¹⁷ muss die Einwilligungserklärung des Betroffenen jedoch auch im Rahmen des NDSG genau beschreiben, welche Daten in welcher Art verarbeitet werden sollen. Des Weiteren werden Daten, die im Rahmen von medizinischen Forschungsvorhaben erhoben werden, Angaben über die Gesundheit des Betroffenen machen. Demnach muss sich die Einwilligung gem. § 4 Abs. 2 S. 2 NDSG ausdrücklich auch auf diese besonderen personenbezogenen Daten beziehen. Daraus folgt, dass eine Speicherung der Daten insoweit möglich ist, als dies durch die der Betroffene ausdrücklich einwilligt. Aus diesem Grund sollte die Einwilligungserklärung möglichst ein breites Spektrum der Datenverarbeitung erfassen, um hinsichtlich der Datenverarbeitung einen ausreichenden Spielraum zu haben. Dabei sei aber nochmals darauf hingewiesen, dass in diesem Zuge die Einwilligungserklärung nicht zu pauschal oder unbestimmt gestaltet sein darf.

2. Zulässigkeit der Archivierung aufgrund einer Vorschrift des NDSG

Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen eine Einwilligung des Betroffenen nicht eingeholt werden konnte. Hinsichtlich dieser Daten wäre eine Speicherung der Forschungsdaten, sofern es sich bei diesen um personenbezogene Daten handelt, ohne Einwilligung des Betroffenen gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 NDSG nur zulässig, wenn das NDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt.

a) Erlaubnistatbestand des § 25 NDSG i.V.m. § 10 NDSG

Als Erlaubnisnorm kommt dabei § 25 NDSG i.V.m. § 10 NDSG in Betracht. Gem. § 25 Abs. 1 NDSG sind für die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Durchführung von wissenschaftlichen Forschungsvorhaben die §§ 9-15 nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 des § 25 NDSG anzuwenden. Somit ist zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 NDSG auf die zu archivierenden Daten vorliegen.

Gem. § 10 Abs. 1 NDSG ist das Speichern, Verändern oder Nutzen von personenbezogenen Daten zulässig, wenn es zur Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Stellen erforderlich ist und die Daten für diese Zwecke erhoben worden sind.

i. Erforderlichkeit der Datenarchivierung

Damit stellt sich zunächst die Frage, ob die Archivierung der Daten zur Erfüllung der Aufgaben der Universität erforderlich ist. Die Aufgaben der Universität Göttingen ergeben sich da-

³¹⁷ RL 95/46/EG; siehe insbesondere Art. 7 a) der Richtlinie; zum Erfordernis einer eindeutigen Einwilligung aufgrund der RL siehe auch *Holzner/Sonntag* in Roßnagel, 4.8 Rn. 49; OLG Schleswig, NJW-RR 1998, 54; LG Halle, CR 1998, 85f.; OLG Frankfurt RDV 1998, 174, 175.

bei aus dem Niedersächsischen Hochschulgesetz³¹⁸ (NHG). Die Aufgaben der Hochschulen sind in § 3 NHG geregelt. Gem. § 3 Abs.1 S.1 Nr.1 gehört es unter anderem zur Aufgabe der Hochschulen, die Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste durch Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Des Weiteren sollen die Hochschulen gem. § 3 Abs.1 S.1 Nr. 4 NHG den Wissens- und Technologietransfer zu fördern. Zu diesen Zwecken ist es erforderlich, Forschungsdaten zu erheben und auch für längere Zeit zu speichern. Dabei ist es teilweise auch nicht möglich, diese Daten zu anonymisieren.

Die Bereitstellung der Daten für Fremdforscher ist wiederum erforderlich, um den Wissenstransfer mit anderen Forschungseinrichtungen zu fördern. Somit würde die Speicherung zur Erfüllung der Aufgaben der Universität erforderlich sein.

ii. Erhebung der Daten zum gleichen Zweck

Darüber hinaus müssten die Daten aber gem. § 10 Abs. 1 S.1 NDSG auch zu diesem Zweck erhoben worden sein. Der Zweck der Datenverarbeitung erfolgt dabei aus der jeweiligen Fachaufgabe³¹⁹. Die im Rahmen von medizinischen Forschungsvorhaben an der Universität Göttingen erlangten Daten werden in den meisten Fällen zu dem Zweck erhoben worden sein, die Forschung zu fördern und in diesem Zusammenhang die Daten auch zu speichern bzw. auf lange Sicht zu archivieren. Dennoch ist dies nicht zwangsläufig so. Es sind ebenso Fälle denkbar, in denen die Archivierung der erhobenen Daten nicht Zweck der Erhebung war und eine Archivierung der Daten erst im Nachhinein entschieden wurde. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Bereitstellung dieser Daten für Fremdforscher in den meisten Fällen nicht Zweck der Erhebung gewesen ist. Dies gilt insbesondere auch für Daten, die zu Zeiten erhoben wurden, in denen die Technologie noch nicht so fortgeschritten war, wie dies heutzutage der Fall ist und damit eine Zugänglichmachung für Fremdforscher gar nicht in Betracht kam. In derartigen Fällen, in denen die Daten zu einem anderen als dem ursprünglichen Zweck verarbeitet werden, bedarf es jedoch auch gem. § 10 Abs.2 Nr.1 NDSG entweder der Einwilligung des Betroffenen es sei denn, dass die Voraussetzungen der Nr. 2 oder Nr. 3 vorliegen. Aufgrund der Tatsache, dass es sich in den vorliegenden Fällen um Forschungsdaten handelt, ist jedoch zu beachten, dass die für ein Forschungsvorhaben gespeicherten und übermittelten Daten gem. § 25 Abs. 3 NDSG nur für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung verarbeite-

³¹⁸ (Nds. GVBl. S. 286 - VORIS 22210 -) zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2006 (Nds. GVBl. S.538).

³¹⁹ Kommentar zum NDSG, § 10 Zu Abs.1 Nr. 2.

ten werden dürfen. Aufgrund dieser endgültigen Zweckbindung kommen die Tatbestände des § 10 Abs. 2 Nr. 2 und 3 in den vorliegenden Fällen somit nicht einschlägig³²⁰.

Die Zulässigkeit würde sich in diesen Fällen vielmehr nach § 25 Abs. 2 NDSG richten, wonach die Verarbeitung für andere Zwecke nur erlaubt ist, wenn der Betroffene eingewilligt hat, eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder Art und Verarbeitung der Daten darauf schließen lassen, dass ein schutzwürdiges Interesse der Betroffenen der Verarbeitung der Daten für das Forschungsvorhaben nicht entgegensteht oder das öffentliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das schutzwürdige Interesse der Betroffenen erheblich überwiegt. Sofern also keine Einwilligung des Betroffenen vorliegt, die die Bereitstellung der Daten für fremde Forschungsstellen ausdrücklich genehmigt, dürften diese nur dann Fremdforschern zugänglich gemacht werden, wenn die Voraussetzungen von § 25 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr.3 NDSG vorliegen. Dabei wird grundsätzlich keine Rechtsvorschrift im Sinne von § 25 Abs.2 Nr.2 NDSG einschlägig sein. Somit müsste im Einzelfall eine Abwägung gem. § 25 Abs. 2 Nr. 3 NDSG getroffen werden. Nur wenn im Rahmen dieser Abwägung das Interesse der Betroffenen der Bereitstellung nicht entgegensteht oder das öffentliche Interesse an der Bereitstellung das schutzwürdige Interesse des Betroffenen erheblich überwiegt, wäre die Verarbeitung für andere Zwecke zulässig.

Zu beachten ist jedoch auch hier wiederum, dass auch wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs.2 NDSG vorliegen, die Daten gem. § 25 Abs. 3 NDSG nur für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung verwendet werden dürfen. Dies dürfte in den vorliegenden Fällen jedoch unproblematisch der Fall sein.

Darüber hinaus schreibt § 25 Abs. 4 NDSG vor, dass die Merkmale, mit deren Hilfe ein Bezug auf eine bestimmte natürliche Person hergestellt werden kann, gesondert zu speichern sind, sobald der Stand des Forschungsvorhabens es gestattet. Dabei darf eine Reanonymisierung nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person möglich sein³²¹. Des Weiteren sind die zur Identifizierung des Betroffenen geeigneten Merkmale gem. Abs. 4 zu löschen, sobald der Forschungszweck dies zulässt.

b) Zwischenergebnis zu B.II.2

Somit ist die Speicherung und Übermittlung medizinischer Forschungsdaten gem. § 10 Abs. 1 S. 1 NDSG grundsätzlich möglich. Oftmals werden die Tatbestandsvoraussetzungen der

³²⁰ Kommentar zum NDSG, § 25 Zu Abs.4 Nr. 19.

³²¹ Kommentar zum NDSG, Zu § 25, Zu Abs. 4 Nr. 19; siehe auch die Legaldefinition in § 6 Abs. 3 BDSG.

Norm jedoch nicht einschlägig sein, da die Daten nicht zum Zweck der Archivierung bzw. der Übermittlung erhoben worden sind weshalb es in diesen Fällen der zusätzlichen Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 NDSG bedarf. Da dies im Einzelfall teilweise nur schwer zu bestimmen sein wird, sei auch hier wieder angemerkt, dass aus diesem Grund stets dazu zu raten ist, eine Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden sollte, da die Datenverarbeitung dann bereits nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 NDSG bzw. § 25 Abs. 2 Nr. 1 zulässig ist. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Daten unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 NDSG gegebenenfalls anonymisiert werden müssen.

C. Einschränkung durch SGB X

Neben den rechtlichen Beschränkungen hinsichtlich des Inhalts der zu archivierenden Daten durch das BDSG kommt ferner eine Anwendung der Vorschriften des SGB X in Betracht.

Das Speichern von Sozialdaten ist gem. § 67b Abs. 1 SGB X zulässig, soweit dies durch eine Vorschrift des SGB X oder eine andere Rechtsvorschrift erlaubt oder vorgeschrieben ist oder der Betroffene eingewilligt hat.

I. Anwendbarkeit des § 67b SGB X auf die vorliegenden Fälle

Dazu müsste es sich gem. § 67b SGB X bei den Forschungsdaten zunächst um Sozialdaten im Sinne des SGB X handeln. Diese definiert das Gesetz in § 67 Abs. 1 S. 1 SGB X als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener), die von einer in § 35 des Ersten Buches genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach diesem Gesetzbuch erhoben, verarbeitet oder genutzt werden“. Zwar wird es sich bei den Forschungsangaben in der Regel um Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person handeln. Fraglich ist jedoch, ob die Universitätsklinik, die diese Daten erhebt, eine in § 35 SGB X genannte Stelle ist. Die Universität ist aber weder einer der in den §§ 18 – 29 SGB I genannten Leistungsträger und fällt auch nicht unter die sonstigen Stellen, die § 35 SGB I nennt. Eine Ausnahme könnte sich jedoch dann ergeben, wenn Leistungen im Rahmen eines Forschungsprojektes in Verbindung mit der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden. Letztere sind nämlich gem. § 21 i.V.m. § 12 SGB I Leistungsträger im Sinne des § 35 SGB I. Damit fallen sie in den Anwendungsbereich des § 67b SGB X. Sofern also Daten archiviert werden sollen, die im Rahmen von Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherungen erhoben wurden, kann es sich dabei durchaus um Sozialdaten handeln. Damit wäre das Speichern dieser

Daten in einem Langzeitarchiv nur dann zulässig, wenn eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Betroffene in die Verarbeitung eingewilligt hat.

II. Zulässigkeit der Archivierung aufgrund der Erlaubnisnorm des § 67c SGB

X

Als Erlaubnisnorm könnte in diesen Fällen § 67 c SGB X greifen. Die Zulässigkeit der Speicherung könne sich dabei entweder aus § 67c Abs. 1 oder Abs. 2 SGB X ergeben.

1. Zulässigkeit nach § 67c Abs. 1 SGB X

Das Speichern, Verändern oder Nutzen der Sozialdaten wäre gem. § 67c Abs. 1 SGB X zulässig, wenn es zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden gesetzlichen Aufgaben nach diesem Gesetzbuch erforderlich ist und es für die Zwecke erfolgt, für die die Daten erhoben worden sind. Dabei ist zu beachten, dass Adressat der Norm die jeweilige gesetzliche Krankenkasse ist, die bei der Erhebung der Daten Leistungen erbracht hat. Die Archivierung fällt aber nicht zwangsläufig in deren gesetzliche Aufgaben. Des Weiteren müsste die Speicherung gem. § 67 Abs. 1 SGB X auch zu dem Zweck erfolgen, zu dem sie erhoben wurden. Zweck der Erhebung von Daten durch die gesetzlichen Krankenversicherungen wird jedoch in der Regel nicht die Archivierung dieser Daten und Zugänglichmachung für Fremdforscher sein. Damit scheidet eine Zulässigkeit nach § 67c Abs. 1 SGB X aus.

2. Zulässigkeit nach § 67c Abs. 2 SGB X

Als Erlaubnisnorm käme außerdem § 67 Abs. 2 SGB X in Betracht. Danach dürfen Sozialdaten von der Stelle, die diese erhoben hat, für andere Zwecke nur gespeichert, verändert oder genutzt werden, wenn die Daten für die Erfüllung von Aufgaben nach anderen Rechtsvorschriften des SGB X als denjenigen, für die sie erhoben wurden, erforderlich sind, der Betroffene im Einzelfall eingewilligt hat oder es zur Durchführung eines bestimmten Vorhabens der wissenschaftlichen Forschung oder Planung im Sozialleistungsbereich erforderlich ist und die Voraussetzungen des § 75 Abs. 1 vorliegen. Zum einen ist jedoch keine andere Rechtsvorschrift aus dem SGB X ersichtlich, zu deren Erfüllung es der Speicherung der Sozialdaten in einem Langzeitarchiv bedarf. Zum anderen ist die Langzeitarchivierung auch nicht zur Durchführung eines bestimmten Vorhabens der wissenschaftlichen Forschung oder Planung im Sozialleistungsbereich erforderlich. Somit blieb auch hier nur die Möglichkeit einer Einwilligung durch den Betroffenen.

3. Zwischenergebnis zu II

Die Zulässigkeit der Speicherung von Sozialdaten, die im Rahmen von wissenschaftlichen Forschungsprojekten anfallen, ist somit nicht vom Tatbestand des § 67c SGB X gedeckt. Eine andere Rechtsvorschrift, die die Speicherung erlaubt, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Demzufolge wäre auch im Rahmen des SGB X die Speicherung der Daten nur zulässig, wenn eine Einwilligung vorliegt.

4. Anforderungen an eine Einwilligung gem. § 67b SGB X

Wie bereits oben festgestellt, ist die Einholung einer Einwilligung beim Betroffenen schon aufgrund der Vorschriften des BDSG und des NDSG anzuraten. Damit stellt sich jedoch die Frage, ob an die Wirksamkeit einer Einwilligung im Rahmen des § 67b SGB X strengere Anforderungen zu stellen sind, als im Rahmen des BDSG bzw. des NDSG. Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung sind dabei in § 67b Abs. 2 SGB X geregelt. Danach ist der Betroffene auf den Zweck der vorgesehenen Verarbeitung oder Nutzung sowie auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung des Betroffenen ist gem. § 67b Abs. 2 S. 2 SGB X nur wirksam, wenn sie auf dessen freier Entscheidung beruht. Schließlich bedürfen die Einwilligung und der Hinweis gem. Satz 3 der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, so ist die Einwilligungserklärung gem. Satz 4 im äußeren Erscheinungsbild der Erklärung hervorzuheben. Demnach ergeben sich hinsichtlich der Anforderungen an die Einwilligungen im Rahmen des SGB X keine strengeren Anforderungen als im Rahmen des BDSG oder NDSG. Sofern also eine nach den Vorschriften des BDSG oder NDSG wirksame Einwilligung³²² des Betroffenen vorliegt, ist die Speicherung auch gem. § 67b Abs.1 SGB X zulässig, sofern dieser im Einzelfall Anwendung finden sollte.

5. Zwischenergebnis

Demzufolge kann die Archivierung medizinischer Forschungsdaten auch durch die Vorschriften des SGB X rechtliche Einschränkungen erfahren. Auch im Hinblick auf diese Vorschriften ist dem LZA zur Einholung einer Einwilligung zu raten. Zwar sieht auch das SGB X Erlaubnistatbestände in § 67c vor. Zum einen stellt sich auch hier wieder zum einen ein beweisrechtliches Problem. Zum anderen werden die Tatbestandsvoraussetzungen des § 67c SGB X in den meisten Fällen nicht vorliegen, in denen das SGB X einschlägig ist.

³²² Siehe dazu Frage 9 S.125.

D. Ergebnis

Wie gezeigt, wird der Inhalt von medizinischen Forschungsdaten, die in einem elektronischen Langzeitarchiv abgelegt werden sollen, vor allem durch das BDSG, das NDSG sowie im Einzelfall auch durch die Vorschriften des SGB X rechtlich eingeschränkt, sofern es sich bei den Daten um personenbezogene Daten handelt, was bei medizinischen Forschungsdaten jedoch meistens der Fall sein wird. Als Erlaubnisnorm im Anwendungsbereich des NDSG kommt grundsätzlich § 25 Abs. 1, 2 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 NDSG in Betracht, wobei im Einzelfall jedoch stets geprüft werden muss, ob die Archivierung und Bereitstellung der Daten für Fremdforscher auch Zweck der Erhebung der Daten war. Auch wenn das BDSG und das SGB X keine direkte Anwendung auf die Universität haben, kommen als Adressaten dieser Normen der LZA (BDSG) und die gesetzlichen Krankenkassen in Betracht (SGB X). Die Erlaubnisnormen des BDSG und des SGB X werden jedoch im Regelfall nicht vorliegen, weshalb stets eine Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden sollte. Sofern eine solche nämlich vorliegt, ist die Speicherung der personenbezogenen Daten in einem elektronischen Langzeitarchiv, sowie die Bereitstellung der Daten für andere Forscher zulässig, sofern sich die Einwilligung ausdrücklich hierauf bezieht. Dies gilt unter den genannten Bedingungen auch für die sogenannten Trial-Master-Files. Dabei stellen die oben genannten Gesetze an die Wirksamkeit der Einwilligung die gleichen Anforderungen. Die Einholung einer Einwilligungserklärung hat dabei außerdem den Vorteil, dass sie weitreichender sein kann als ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand. Darüber hinaus ist eine Einwilligung aber vor allen aus Gründen der Beweissicherheit für die an der Archivierung beteiligten Stellen vorteilhaft und daher in jedem Fall anzuraten

Frage 12:

Bestehen besondere Anforderungen an einen Vertrag zwischen einer Forschungseinrichtung und einem Langzeitarchivierungsverbund, wenn medizinische Forschungsdaten durch den LZA-Verbund verarbeitet werden sollen?

A. Ausgangslage

Die Archivierung medizinischer Forschungsdaten, die an der Universität Göttingen erhoben werden, wird nicht durch die einzelnen Forschungsstellen selbst durchgeführt werden, sondern durch den Langzeitarchivierungsverbund, dessen Zusammensetzung momentan noch

nicht feststeht. Es ist jedoch davon auszugehen, dass an diesem LZA auch außeruniversitäre Einrichtungen beteiligt sein werden. In diesem Fall werden Universität und LZA einen Vertrag schließen, wodurch sich letzterer verpflichtet, die Daten nach den Vorgaben der Universität zu archivieren. Damit stellt sich die Frage, ob hinsichtlich der Archivierung von medizinischen Forschungsdaten besondere Anforderungen an einen solchen Vertrag zu stellen sind. Da es sich bei medizinischen Daten in der Regel um personenbezogene Daten im Sinne des NDSG handeln wird³²³, kommen vor allem Besonderheiten aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen in Betracht. Dabei ist zum einen festzustellen, ob bzw. inwiefern das NDSG spezielle Vorschriften für die Verträge zwischen der verarbeitenden Stelle und einem Dritten beinhaltet. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob der Universität aufgrund der mittelbaren Wirkung datenschutzrechtlicher Bestimmungen anzuraten ist, bestimmte Regelungen in einen solchen Vertrag aufzunehmen.

B. Gesetzliche Vorschriften hinsichtlich des Vertragsinhalts

Die Tatsache, dass die Universität mit der Archivierung der Dateien den LZA-Verbund beauftragt, ändert zwar nichts an der Tatsache, dass die Universität verarbeitende Stelle im Sinne von § 10 NDSG ist, da gem. § 3 Abs. 3 NDSG dazu auch solche Stellen gehören, die personenbezogenen Daten im Auftrag verarbeiten lassen. Dies wäre vorliegend der Fall, wenn der LZA die Daten im Auftrag der Universität speichert und für Fremdforscher zum Abruf bereithält, diesen die Daten also übermittelt. Die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit einer solchen Datenverarbeitung wurde bereits in den Ausführungen zu Frage 11 behandelt³²⁴. Die Übermittlung der Daten durch die Universität an den LZA müsste jedoch ebenfalls rechtlich zulässig sein. Die Weitergabe der Daten durch die Universität an den LZA-Verbund zum Zwecke der Archivierung stellt dabei wiederum eine Übermittlung im Sinne des § 3 Nr.4 a) NDSG dar, die von der bereits in Frage 11 angesprochenen Übermittlung der Daten durch den LZA-Verbund an Fremdforscher zu unterscheiden ist. Sofern keine Einwilligung des Betroffenen vorliegt, die einer solchen Übermittlung an den Verbund ausdrücklich zustimmt, müsste gem. § 4 Abs. 1 Nr.1 NDSG die Übermittlung personenbezogener Daten zum Zwecke der Archivierung durch eine Norm des NDSG oder eine andere Rechtsvorschrift vorgesehen sein. Dabei kommt § 10 NDSG als Erlaubnistatbestand für die Übermittlung der Daten nicht in Betracht, legitimiert die Norm nach dem klaren Wortlaut doch nur die Speicherung, Änderung oder Nutzung personenbezogener Daten, nicht jedoch deren Übermittlung an Dritte.

³²³ Siehe bereits die Ausführungen zu den Fragen 9 und 11.

³²⁴ Siehe Frage 11 S. 135 ff.

I. Erlaubnistatbestand des § 13 Abs. 1 NDSG

In Betracht kommt jedoch § 13 Abs. 1 Nr. 1 NDSG. Danach ist die Übermittlung personenbezogener Daten an Personen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs zulässig, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der übermittelnden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist und die Daten nach § 10 NDSG verarbeitet werden dürfen. § 13 Abs. 2 NDSG schreibt jedoch vor, dass die übermittelnde Stelle (in den vorliegenden Fällen also die Universität Göttingen) die Empfänger (in den vorliegenden Fällen der LZA-Verbund) zu verpflichten hat, die Daten nur für die Zwecke zu verarbeiten, zu denen die Universität sie ihm übermittelt hat.

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 NDSG

Insofern ist fraglich, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 NDSG vorliegen, womit die Universität den LZA-Verbund zur Zweckgebundenen Verarbeitung der Daten verpflichten müsste.

a) Stelle außerhalb des öffentlichen Bereichs

Dabei kommt es zunächst darauf an, dass es sich beim LZA-Verbund um eine Stelle außerhalb des öffentlichen Bereichs handelt. Damit sind sowohl natürliche Personen, sowie Stellen des privaten Rechts als auch öffentliche Stellen im Sinne des § 2 Abs. 3 NDSG gemeint, die am Wettbewerb teilnehmen³²⁵. Auch wenn noch nicht feststeht, in welcher Rechtsform der LZA-Verbund organisiert werden wird, so ist doch davon auszugehen, dass dies in Form einer juristischen Person des Privatrechts, also etwa einer GmbH, geschehen wird und die Daten demzufolge von der Universität an eine Stelle außerhalb des öffentlichen Bereichs übermittelt werden, so dass § 13 NDSG grundsätzlich einschlägig sein könnte.

b) Zusätzliche Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 1-3 NDSG

Dafür müssten außerdem die Voraussetzungen der Nummern 1-3 des Absatzes 1 erfüllt sein. Die Übermittlung an eine Stelle außerhalb des öffentlichen Bereichs wäre gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 NDSG zulässig, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der übermittelnden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist und sie die Daten nach § 10 NDSG verarbeitet werden dürfen. Wie bereits in Frage 11 festgestellt, ist dabei letzteres grundsätzlich der Fall. Die Archivierung und Bereitstellung von Forschungsdaten ist, wie ebenfalls in Frage 11 festgestellt, auch zur Erfüllung der Förderung der Lehre und des Wissenstransfers als in der Zu-

³²⁵ Kommentar zum NDSG, § 13, Zu Abs. 1 Nr.1.

ständigkeit der Universität liegenden Aufgaben auch erforderlich³²⁶. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass einzelne Forschungsstellen der Universität gar nicht über die notwendige Infrastruktur und technischen Voraussetzungen verfügen, um die von ihnen erhobenen Daten selbst zu archivieren und Fremdforschern zugänglich zu machen. Darüber hinaus kann die Archivierung auch effektiver gestaltet werden, wenn dies durch den LZA erfolgt.

2. Zwischenergebnis bzgl. I

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 NDSG liegen damit grundsätzlich vor, so dass die Übermittlung der Daten an den LZA-Verbund durch die Universität in der Regel zulässig wäre. Die Universität müsste den Verbund aber gem. § 13 Abs. 2 NDSG verpflichten, die Daten nur zu den Zwecken zu verarbeiten, zu denen sie übermittelt wurden. Dies sind die Speicherung auf einem Datenträger sowie die Bereitstellung für Fremdforscher, welche gem. § 3 Abs. 2 Nr. 4 b) NDSG eine Übermittlung darstellt.

II. Zwischenergebnis bzgl. B

Demzufolge müsste eine entsprechende Klausel in den Vertrag zwischen Universität und LZA aufgenommen werden. Aus dieser Klausel sollte klar hervorgehen, auf welche Arten und zu welchem Zweck der LZA-Verbund die Daten verarbeiten darf. Darüber hinaus sollte die Universität sicherstellen, dass sie darüber informiert wird, in welchem Umfang und auf welche Art der LZA-Verbund bzw. die von diesem beauftragte Fremdfirma die Daten verarbeitet. Dies kann erreicht werden, indem der Universität vertraglich garantiert wird, Einsicht in die entsprechenden Protokolle und Unterlagen des LZA-Verbundes nehmen zu können. Darüber hinaus müsste dieser dazu verpflichtet werden, vergleichbare Vereinbarungen mit Fremdfirmen im Falle eines „Outsourcing“ bestimmter Archivierungsaufgaben abzuschließen. Andernfalls bestünde zwar auf dem Papier die Verpflichtung des LZA-Verbundess, die Daten nur zu dem von der Universität vorgeschriebenen Zweck zu verarbeiten. Ohne die entsprechenden Einsichts- und Kontrollrechte könnte diese jedoch gar nicht die Einhaltung dieser Verpflichtung überprüfen. Dies könnte jedoch dazu führen, dass die Universität ihrer Verpflichtung aus § 13 NDSG nicht nachkommt. Eine pauschale Klausel, wonach der LZA-Verbund „die Daten nur zu dem Zweck verwenden, zu dem sie übermittelt wurden“, sollte dabei nicht verwendet werden, da diese zu unbestimmt wäre und den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 NDSG nicht genügen würde.

³²⁶ Siehe Frage 11 S. 139 B.II.2.a) i.

C. Vorgaben für den Vertragsinhalt aufgrund des § 18 NDSG

Neben § 13 Abs. 2 NDSG, der ausdrücklich eine Verpflichtung des Empfängers durch die Universität vorsieht, könnten sich weitere Besonderheiten für einen Vertrag zwischen der Universität und dem LZA-Verbund aufgrund einer mittelbaren Wirkung anderer Normen ergeben. Das bedeutet, dass diese Normen zwar nicht ausdrücklich Bestimmungen hinsichtlich des Vertragsinhalts beinhalten, die Universität aufgrund der Rechtsfolge dieser Normen jedoch bestimmte Klauseln in einen Vertrag aufnehmen sollte. Eine solche Norm könnte § 18 NDSG darstellen.

I. Inhalt der Norm und Rechtsfolgen für die Universität

Danach hat die die Daten verarbeitende Stelle den Betroffenen den Schaden zu ersetzen, der ihnen aufgrund einer unzulässigen Verarbeitung ihrer Daten entsteht. Diese Schadensersatzpflicht besteht dabei gem. § 18 Abs. 1 S. 1 NDSG unabhängig von einem Verschulden der die Daten verarbeitenden Stelle. Voraussetzung ist lediglich eine unzulässige Verarbeitung, wozu jede Verarbeitung zählt, die gegen Vorschriften über den Datenschutz verstößt³²⁷. Sofern der LZA-Verbund die Daten also unzulässig verarbeiten würde, könnte der Betroffene, sofern ihm aufgrund dieser unzulässigen Verarbeitung ein Schaden entstünde, die Universität als die Daten verarbeitende Stelle gem. § 18 Abs. 1 NDSG auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, selbst wenn dieser gar kein Verschulden zur Last fiel³²⁸. Gem. § 18 Abs. 1 S. 2 NDSG kann der Betroffene sogar den immateriellen Schaden, also den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, ersetzt verlangen, sofern eine schwere Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt.

Wann dies der Fall ist, wird durch § 18 NDSG hingegen nicht geregelt. Im Einzelfall ist daher auf den Grad der Diskriminierung und den objektiven Umfang der Beeinträchtigung abzustellen, die der Betroffene erleidet³²⁹.

II. Anforderungen an Vertragsinhalt

Die Universität liefe aufgrund der Regelung des § 18 NDSG folglich Gefahr, Ersatz für Schäden leisten zu müssen, die aufgrund einer rechtswidrigen Verarbeitung des LZA-Verbundes entstanden sind. Die Universität hätte in einem solchen Fall zwar ihrerseits Schadensersatzansprüche gegen den Verbund, da dieser ihr gegenüber dazu verpflichtet ist, die Daten nur zu

³²⁷ Kommentar zum NDSG, § 18, Zu Abs. 1 Nr.4.

³²⁸ Siehe auch Kommentar zum NDSG, § 18 Zu Abs. 1 Nr. 1.

³²⁹ Kommentar zum NDSG, § 18 Zu Abs. 1 Nr. 4.

dem von der Universität festgelegten Zweck zu verarbeiten; trotzdem sollte in den Vertrag eine Klausel aufgenommen werden, wonach sich der LZA verpflichtet, die Universität von Ansprüchen Dritter, die aufgrund einer unrechtmäßigen Verwendung der Daten durch den LZA entstehen, unabhängig von einem Verschulden des LZA, freizustellen.

Durch eine derartige Klausel könnte die Universität sicherstellen, nicht für eine rechtswidrige Verarbeitung der Daten durch den LZA in Anspruch genommen zu werden. Des Weiteren müsste die Universität dem LZA-Verbund, anders als im Rahmen eines Schadensersatzanspruches wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht, kein Verschulden nachweisen. Eine solche Absicherung macht auch dann Sinn, wenn die Universität an der tragenden Rechtsform des Verbundes beteiligt sein sollte. Da dieser wohl in der Rechtsform einer GmbH oder UG organisiert wäre, würde für seine Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haften³³⁰, so dass die Universität selbst nicht mit hohen Schadensersatzansprüchen konfrontiert würde, was gerade in Fällen relevant ist, in denen eine Vielzahl Betroffener Schadensersatzansprüche geltend macht.

D. Ergebnis

Abschließend lässt sich festhalten, dass im Rahmen von Verträgen zwischen der Universität und dem Langzeitarchivierungsverbund hinsichtlich der Verarbeitung von medizinischen Forschungsdaten Letztere aufgrund der gesetzlichen Vorgaben dazu verpflichtet werden sollte, die Daten nur zu den von der Universität bestimmten Zwecken zu verarbeiten. Im Rahmen dieser Vereinbarung sollten der Universität außerdem weitreichende Einsichts- und Kontrollrechte eingeräumt werden, damit diese die Verarbeitung der Daten auch kontrollieren kann. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen der LZA-Verbund bestimmte Archivierungsaufgaben auf andere Fremdfirmen überträgt. Zum anderen sollte eine Klausel aufgenommen werden, wonach der LZA-Verbund die Universität, unabhängig von seinem Verschulden, von Forderungen Dritter freistellt, die dadurch entstehen, dass der LZA-Verbund die Daten rechtswidrig verarbeitet.

³³⁰ Siehe § 13 Abs. 2 GmbHG

Frage 13:

Können personenbezogene Daten pseudonymisierter medizinischer Forschungsdaten durch den gleichen Langzeitarchivierungsverbund gespeichert werden, wenn die nicht-personenbezogenen und personenbezogenen medizinischen Forschungsdaten bei unterschiedlichen Institutionen innerhalb des Verbunds langzeitarchiviert werden?

A. Gesetzliche Vorgaben zur Anonymisierung und Pseudonymisierung

Um feststellen zu können, ob die nicht-personenbezogenen und die personenbezogenen Bestandteile medizinischer Forschungsdaten durch den gleichen Langzeitarchivierungsverbund gespeichert werden dürfen, ist zunächst zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben eine Pseudonymisierung oder Anonymisierung von personenbezogenen Daten vorschreiben (dazu I.). Sofern diese nicht schon klare Vorgaben hinsichtlich der Zulässigkeit einer gemeinsamen Speicherung machen, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob eine solche Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bei einer teleologischen Auslegung der Norm ermitteln lässt (dazu II.)

I. Pflicht zur Anonymisierung und Pseudonymisierung nach dem klaren Gesetzeswortlaut

Werden personenbezogene Daten zur Durchführung von wissenschaftlichen Forschungsvorhaben verarbeitet, so sind gem. § 25 Abs. 4 Hs. 2 NDSG die Merkmale zu löschen, mit deren Hilfe ein Bezug auf eine bestimmte natürliche Person hergestellt werden kann, sobald der Forschungszweck dies zulässt. Ist dies nicht der Fall, so sind diese Merkmale gem. § 25 Abs. 4 Hs.1 NDSG gesondert zu speichern sobald der Stand des Forschungsvorhabens dies gestattet. Dabei schreibt die Norm allerdings nicht vor, welche Voraussetzungen an eine solche gesonderte Speicherung der pseudonymisierten Daten und der personenbezogenen Merkmale zu stellen sind. Gleiches gilt für § 3a S. 2 BDSG, aus dem ebenfalls hervorgeht, dass die Daten nach Möglichkeit zu anonymisieren oder pseudonymisieren sind³³¹. Ginge man nach dem reinen Gesetzeswortlaut, wäre es somit unproblematisch, dass die Daten und die zur Identifikation des dazugehörigen Betroffenen erforderlichen Merkmale durch den gleichen LZA gespeichert werden.

II. Pflicht zur separaten Speicherung aufgrund teleologischer Auslegung

Fraglich ist aber, ob sich aufgrund des Sinn und Zwecks von § 25 Abs. 4 NDSG bzw. § 3a S. 2 BDSG strengere Voraussetzungen im Rahmen einer teleologischen Auslegung der Norm

³³¹ Bizer in Simitis, § 3a Rn. 68.

ergeben und die Speicherung der Daten und der personenbezogenen Merkmale beim gleichen LZA-Verbund deshalb unzulässig ist.

1. Sinn und Zweck von § 25 Abs. 4 NDSG und § 3a BDSG

Ausschlaggebend ist dafür unter anderem, welchen Zweck § 25 Abs. 4 NDSG und § 3a BDSG verfolgen und was der gesetzgeberische Hintergrund dieser Regelung ist. Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Normen den „Grundsatz der Erforderlichkeit“ konkretisieren, wonach die Speicherung personenbezogener Daten nur zulässig ist, solange und soweit anonymisierte Daten für den Zweck des Vorhabens nicht ausreichen bzw. der angestrebte Zweck ohne die Erhebung oder Speicherung personenbezogener Daten nicht erreicht werden kann³³². Dieser Grundsatz hat seinen Niederschlag beispielsweise ebenfalls in § 40 Abs. 2 BDSG gefunden. Der Grundgedanke ist somit, dass die Daten nicht dem jeweiligen Betroffenen zugeordnet werden können, weshalb die zur Identifizierung dienenden Merkmale nach Möglichkeit gelöscht werden müssen. Da die Möglichkeit der Identifizierung der Betroffenen jedoch gerade bei medizinischen Langzeitprojekten oftmals unumgänglich ist, hat die Löschung gem. § 25 Abs. 4 NDSG erst dann zu erfolgen, wenn der Forschungszweck dies zulässt. Bis zu dieser Anonymisierung sind die zur Identifizierung erforderlichen Merkmale allerdings gesondert zu speichern. Hintergrund des § 25 Abs. 4 Hs. 1 NDSG ist es also, dass auch in den Fällen, in denen die zur Identifizierung dienenden Merkmale nicht gelöscht werden können, die im Forschungsbetrieb verwendeten Daten trotzdem keinen Rückschluss auf ihren Inhaber zulassen und die Betroffenen damit vor den Gefahren geschützt werden, die sich aus einer langen Aufbewahrung ergeben können³³³. Aus diesem Grund sind die Daten aufzuspalten und ihr personenbezogener Teil gesondert zu speichern.

2. Erreichung des Zwecks bei Speicherung im selben LZA-Verbund

Dieser Zweck kann jedoch nur erreicht werden, wenn die Unzugänglichkeit der personenbezogenen Merkmale sichergestellt wird. Dies kann grundsätzlich auch dann erreicht werden, wenn die personenbezogenen Merkmale beim gleichen LZA-Verbund gespeichert werden, wie der nichtpersonenbezogene Teil. Demzufolge spricht auch der Sinn und Zweck von § 25 Abs. 4 NDSG grundsätzlich nicht gegen eine solche Speicherung. Hinzu kommt, dass laut Fragestellung vorgesehen ist, dass die Daten und die personenbezogenen Merkmale bei unterschiedlichen Institutionen gespeichert werden. Es kommt also vielmehr darauf an, dass der

³³² Kommentar zum NDSG, § 25 Zu Abs. 4 Nr. 19.; *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3a Rn. 4; *Roßnagel*, DuD 1999, 253; siehe auch den Bericht der Bundesregierung zur Umsetzung des IuKDG, BT-Drucks. 14/1191, S. 13.

³³³ *Gola/Schomerus*, BDSG, 9.Aufl. 2007, § 40 Rn. 14; *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 40 Rn. 74.

LZA-Verbund bzw. die Universität die erforderlichen Maßnahmen trifft, um zu verhindern, dass Unbefugte Zugriff auf die zur Identifizierung der Betroffenen erforderlichen Merkmale erlangen. Diese Anforderungen würden jedoch auch dann bestehen, wenn Daten und personenbezogene Merkmale bei unterschiedlichen Einrichtungen gespeichert würden.

3. Zwischenergebnis

Sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck der §§ 25 Abs. 4 NDSG und § 3a BDSG sprechen demzufolge nicht dagegen, dass eine Speicherung innerhalb desselben LZA-Verbundes erfolgt.

B. Organisationspflichten der Universität gem. § 7 NDSG

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner § 7 NDSG, wonach öffentliche Stellen die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen haben, die erforderlich sind, um ein den Vorschriften des NDSG entsprechende Verarbeitung personenbezogener Daten sicherzustellen. Eine automatisierte Datenverarbeitung ist dabei in § 3 Abs. 5 NDSG als eine „Verarbeitung personenbezogener Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen“ definiert. Da in den vorliegenden Fällen stets eine elektronische Archivierung im Mittelpunkt steht, ist eine automatisierte Datenverarbeitung stets gegeben, so dass § 7 NDSG auf die vorliegend relevanten Fälle Anwendung findet. Auch wenn es sich beim dem LZA-Verbund nicht um eine öffentliche Stelle handeln wird, so wird durch § 7 NDSG doch die Universität verpflichtet, da diese den Verbund mit der Archivierung beauftragen und deshalb wohl gem. § 3 Abs. 3 NDSG Daten verarbeitende Stelle sein wird. Insofern hat sie sicherzustellen, dass der LZA-Verbund die entsprechenden technischen und organisatorischen Maßnahmen trifft³³⁴.

C. Ergebnis

Personenbezogene Daten pseudonymisierter medizinischer Forschungsdaten dürfen demzufolge zumindest dann durch den gleichen Langzeitarchivierungsverbund gespeichert werden, wenn die nicht-personenbezogenen und personenbezogenen medizinischen Forschungsdaten bei unterschiedlichen Institutionen innerhalb des Verbunds langzeitarchiviert werden. Die Universität muss jedoch aufgrund der Bestimmungen in § 7 NDSG die technischen und organisatorischen Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um eine den Vorschriften des NDSG entsprechende Verarbeitung personenbezogener Daten sicherzustellen.

³³⁴ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 1 Nr. 3; zu den erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen im Einzelnen siehe Frage 14.

Frage 14:

Müssen für die Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten besondere technische sowie organisatorische Zugangssicherungsmaßnahmen getroffen werden? Wie stellt sich dies im Kontext bei Daten mit und ohne Personenbezug dar?

A. Rechtliche Grundlagen für technische und organisatorische Zugangssicherungsmaßnahmen

Wie bereits in den Ausführungen zu Frage 13 dargelegt, gilt hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten der Grundsatz der Erforderlichkeit³³⁵. Aus diesem Grund müssen gem. § 25 Abs. 4 Hs. 2 NDSG die Merkmale, die einen Bezug von personenbezogenen Forschungsdaten zu den Betroffenen ermöglichen, gelöscht werden, sobald der Forschungszweck dies gestattet. Sofern dies nicht der Fall ist, sind die Merkmale, mit deren Hilfe ein Personenbezug hergestellt werden kann, gesondert zu speichern. Dabei ist nicht erforderlich, dass diese Merkmale bei einem anderen LZA-Verbund gespeichert werden, als der nicht-personenbezogene Teil der Daten³³⁶. Da § 25 NDSG aber keine weiteren Aussagen hinsichtlich der Anforderungen an eine rechtmäßige Speicherung der Daten enthält, stellt sich die Frage, welchen Anforderungen die gesonderte Speicherung genügen muss. Wie bereits im Rahmen von Frage 13 erläutert, hat die Universität als Daten verarbeitende öffentliche Stelle gem. § 7 NDSG die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um eine den Vorschriften des NDSG entsprechende Verarbeitung personenbezogener Daten sicherzustellen. Grundsätzlich sind dabei technische Sicherungsmaßnahmen gegenüber organisatorischen Maßnahmen zu bevorzugen. Dabei muss gem. § 7 Abs. 1 S. 2 NDSG der Aufwand für die Maßnahmen unter Berücksichtigung des Standes der Technik in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen. Dabei sind unter dem „Stand der Technik“ Produkte und Verfahren zu verstehen, die ausreichend erprobt und damit

³³⁵ Siehe Frage 13 S. 151

³³⁶ Siehe Frage 13 S. 153.

marktgängig sind³³⁷. Dabei sollten vor allem Produkte verwendet werden, die sicherheitsgeprüft und zertifiziert sind³³⁸.

B. Anforderungen an die verwendeten technischen Sicherungsprodukte

Um sicher zu stellen, dass die verwendeten technischen Sicherungsprodukte auch tatsächlich den rechtlichen Anforderungen entsprechen, sollte ein Abgleich mit dem Nachweis über sicherheitsgeprüfte Produkte des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) durchgeführt werden³³⁹. Dazu gehören unter anderem, dass Betriebssysteme eingesetzt werden, die sowohl die Software als auch die Datenbestände ausschließlich auf Servern verwalten, das Verschlüsseln von Datenbeständen, die automatische Verdunkelung der Bildschirme von nicht benutzten Arbeitsplätzen, um zu verhindern, dass Unbefugte durch einen „zufälligen“ Blick auf den unbesetzten Computerarbeitsplatz Einblick in die vertraulichen Daten erlangen. Ferner sollten Büroräume, in denen sich die Datenträger mit personenbezogenen Daten befinden oder die die zur Zuordnung erforderlichen Merkmale enthalten, über elektronisch gesteuerte Schließsysteme verfügen³⁴⁰. Neben diesen technischen Maßnahmen sind außerdem organisatorische Maßnahmen zu treffen.

Des Weiteren ist zu beachten, dass § 7 Abs. 2 NDSG einen speziellen Katalog mit Maßnahmen vorschreibt, die vorzunehmen sind, wenn personenbezogene Daten automatisiert verarbeitet werden. Die Universität hat daher Maßnahmen zu ergreifen, die je nach Art der Daten und ihrer Verwendung geeignet sind, eine Zugangskontrolle (Nr.1), Datenträgerkontrolle (Nr.2), Speicherkontrolle (Nr. 3), Benutzerkontrolle (Nr. 4), Zugriffskontrolle (Nr. 5), Übermittlungskontrolle (Nr. 6), Eingabekontrolle (Nr. 7), Verfügbarkeitskontrolle (Nr. 8), Auftragskontrolle (Nr. 9), Transportkontrolle (Nr. 10) und Organisationskontrolle sicherzustellen, wobei die Aufzählung in § 7 Abs. 2 NDSG nicht als starre Vorgabe zu verstehen ist, sondern es jeweils einer Abwägung zwischen der Sensibilität und der Bedeutung der Daten, den potentiellen Gefahren und dem Aufwand bedarf, der für die Sicherungsmaßnahmen erforderlich ist³⁴¹. Das Schutzniveau bestimmt sich dabei nach den datenschutzrechtlich sensibelsten Daten³⁴².

³³⁷ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 1 Nr. 3.

³³⁸ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 Nr. 5.

³³⁹ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 Nr. 5; siehe auch www.bsi.bund.de

³⁴⁰ Siehe zum Ganzen Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 1 Nr. 4.

³⁴¹ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 Nr. 5.

³⁴² Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 Nr.5

C. Ergebnis

Um die Voraussetzungen des Katalogs von § 7 Abs. 2 NDSG zu erfüllen, hat die Universität demnach zunächst zu verhindern, dass Unbefugte überhaupt Zutritt zu den Datenverarbeitungsanlagen erhalten. Dazu ist zunächst erforderlich, alle Verarbeitungsanlagen des LZA-Verbundes zu erfassen und festzulegen³⁴³. Darüber hinaus hat sie unter anderem festzulegen, welche Personen in welchem Umfang Zugang zu den Verarbeitungsanlagen und den IT-Systemen haben sollen³⁴⁴. Des Weiteren sind die Bedingungen und die Form der Identifikation und Authentisierung der Zugriffsberechtigten festzulegen³⁴⁵. Hinsichtlich des Zugriffs und der Bearbeitung der Daten ist darüber hinaus genau festzulegen, wie die Authentisierung und Identifikation von Mitarbeitern und Zugriffsgeräten zu erfolgen hat und welche Aktionen bei einer nicht erfolgreichen Authentisierung zu erfolgen haben³⁴⁶. Dies kann unter anderem erreicht werden, indem für den Zugriff auf den Datenkatalog und die Eingabe neuer bzw. die Veränderung bereits gespeicherter Daten spezielle Zugriffsrechte entsprechend den Aufgabenfeldern der einzelnen Mitarbeiter zugeteilt werden³⁴⁷. Damit könnte nur ein begrenzter und möglichst kleiner Kreis von Mitarbeitern Eingaben vornehmen und die gespeicherten personenbezogenen Daten ändern. Dabei sind die Zugriffsrechte nur insoweit zu erteilen, als die Inhaber der Nutzungsrechte diese auch tatsächlich ihrem Tätigkeitsfeld entsprechend benötigen. So könnten separate Nutzungsrechte für den Zugang zu den Daten, der Eingabe von neuen Daten, der Übertragung der Daten an einen anderen Speicherort, der Veränderung sowie der Löschung der Daten erteilt werden. Die Vergabe, Änderung oder Entziehung der Nutzungsrechte dürfte dabei nur durch autorisierte Personen erfolgen und ist genau zu dokumentieren, damit stets Klarheit darüber herrscht, wie groß der Personenkreis ist, der Zugriff auf die Daten hat und welche Personen er umfasst. Die Datenbestände sind infolge dessen so aufzubereiten, dass bei einer Eingabe in den Datenbestand zunächst geprüft wird, ob die jeweilige Person auf die Daten zugreifen darf, bzw. ob und inwieweit sie Änderungen an den Datensätzen vornehmen darf³⁴⁸. Dies kann beispielsweise durch die Einrichtung von Zugriffssicherungen in Form von Passwörtern oder durch chipkartenbasierte oder biometrische Identifika-

³⁴³ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 (Nr. 1) Nr. 6.

³⁴⁴ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 Nr. 5.

³⁴⁵ *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik BSI* (Hrsg.), Handbuch für die sichere Anwendung der Informationstechnik, 1992, 11.2.4; abrufbar unter: <http://www.bsi.bund.de/literat/kriterie.htm>.

³⁴⁶ *BSI*, 11.2.4.

³⁴⁷ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 (Nr.2) Nr. 7; Handbuch für die sichere Anwendung der Informationstechnik, *BSI*, 1992, 11.2.4; 11.2.5; 11.2.6.

³⁴⁸ *BSI*, 11.2.4.

tionsverfahren geschehen³⁴⁹. Des Weiteren empfiehlt sich in diesem Zusammenhang die Installation eines physikalischen Schreibe- und Schreibschutzes, damit die Daten nicht nachträglich manipuliert werden können³⁵⁰. Daneben sollten Regeln für die Aufbewahrung von Datenträgern wie etwa CD-ROM oder Festplatten aufgestellt werden, auf denen sich personenbezogene Daten befinden. Neben diesen Maßnahmen, die eine unbefugte Veränderung bzw. einen unbefugten Zugriff verhindern sollen, sollten die archivierten Daten unter Umständen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden, um so etwaige Manipulationen von Datenbeständen möglichst schnell aufzufinden, die trotz aller getroffenen Sicherheitsvorkehrungen unter Umständen nicht verhindert werden könnten³⁵¹. Ferner sollten Ereignisse im Zusammenhang mit den personenbezogenen Daten protokolliert werden, um so feststellen zu können, zu welchem Zeitpunkt welche Daten von welchem Zugriffsgerät aufgerufen bzw. verändert worden sind³⁵². Eine Protokollierung sollte ferner hinsichtlich der erteilten Zugriffsrechte erfolgen. Zu beachten ist dabei, dass die vorgenommenen Protokollierungen vollständig und klar aufgebaut sein müssen, um im Ernstfall tatsächlich nachvollziehen zu können, zu welchem Zeitpunkt welche Veränderung von welchem Arbeitsplatz vorgenommen wurde.

Frage 15:

Ist bereits absehbar, inwieweit die elektronische Gesundheitskarte und der elektronische Heilberufsausweis Auswirkungen auf die elektronische Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten haben werden? Dies gilt insbesondere im Kontext mit der qualifizierten elektronischen Signatur.

A. Erläuterung der Begriffe elektronische Gesundheitskarte und elektronischer Heilberufsausweis

Bevor auf eventuelle Auswirkungen der elektronischen Gesundheitskarte und des elektronischen Heilberufsausweises eingegangen werden kann, ist kurz darzulegen, was sich hinter diesen Begriffen verbirgt.

³⁴⁹ Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 (Nr.3, 4 und 5) Nr. 8.

³⁵⁰ BSI, 11.2.5.

³⁵¹ Zu Fragen hinsichtlich einer elektronischen Signatur siehe bereits die Ausführungen zu den Fragen 5/6 E. S. 81.

³⁵² Kommentar zum NDSG, § 7 Zu Abs. 2 (Nr.6) Nr. 7; BSI, 11.2.4.

I. Elektronische Gesundheitskarte

Die elektronische Gesundheitskarte soll die bisherige Krankenkassenkarte ersetzen und für alle Bürger verpflichtend sein³⁵³. Die auf der Karte gespeicherten Daten lassen sich dabei in zwei Gruppen teilen. Zum einen sind auf der Karte verpflichtende Angaben und Daten gespeichert. Dazu gehören zum einen die Versichertenangaben des Karteninhabers sowie die Daten, die zur Ausgabe eines elektronischen Rezepts erforderlich sind und die dazu berechtigen, im Ausland behandelt zu werden³⁵⁴. Neben diesem verpflichtenden Teil ist es möglich, auf freiwilliger Basis des Karteninhabers auch dessen Gesundheitsdaten auf der Karte zu speichern. Dies können zum Beispiel Angaben über eingenommene Arzneimittel oder Informationen über Allergien und Erkrankungen des Karteninhabers sein. Mittelfristig ist in diesem Zusammenhang außerdem geplant, auch Röntgenbilder, Ultraschallaufnahmen, Untersuchungsberichte und Laborbefunde auf der Karte zu speichern. Die Karte wird demnach nicht nur die Funktion der bisherigen Krankenkassenkarte erfüllen, sondern darüber hinaus eine elektronische Patientenakte beinhalten, in der alle medizinischen Daten des Patienten gespeichert sind, sofern dieser darin einwilligt³⁵⁵. Nicht ganz geklärt ist jedoch, wie die Speicherung dieser medizinischen Daten technisch gestaltet werden soll. Zum einen ist denkbar, dass die Daten direkt auf der Karte gespeichert werden und die Karte somit als Speichermedium dienen würde. Denkbar wäre darüber hinaus jedoch, die Daten auf einem zentralen Server abzulagern und den Zugriff auf die Daten nur mit Hilfe der jeweiligen Gesundheitskarte zu ermöglichen, was einer elektronischen Archivierung, wie sie vorliegend an der Universität Göttingen geplant ist, sehr nahe kommt. Es bleibt daher abzuwarten, für welche der in Betracht kommenden technischen Möglichkeiten sich durchsetzen wird. Interessant sind dabei vor allem die damit einhergehenden gesetzlichen Änderungen. Wie diese genau aussehen werden, kann jedoch mangels konkreter Planungen des Gesetzgebers noch nicht gesagt werden. Er-

³⁵³ Hornung, S. 41 f.

³⁵⁴ Bundesministerium für Gesundheit, Elektronische Gesundheitskarte, Stand: 16.06.2008; abrufbar unter: http://www.bmg.bund.de/cln_117/nn_1211088/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/E/Glossarbegriff-Elektronische-Gesundheitskarte.html?__nnn=true; Hornung, S. 42.

³⁵⁵ Bundesministerium für Gesundheit, Elektronische Patientenakte als Anwendung der elektronischen Gesundheitskarte, Stand: 21.05.2008; abrufbar unter: http://www.bmg.bund.de/cln_117/nn_1168248/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/E/Glossar-Elektronische-Gesundheitskarte/Elektronische-Patientenakte.html; zu den ablehnenden Stimmen gegen die weitreichende Speicherung von sensiblen Daten auf der elektronischen Gesundheitskarte siehe: ct-Meldung vom 21.02.2007, abrufbar unter: <http://www.heise.de/ct/Die-Auseinandersetzung-um-die-Digitalisierung-des-Gesundheitswesens--/hintergrund/meldung/85635>; Borchers/Kuri, Plakataktion gegen elektronische Gesundheitskarte, heise online, abrufbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/Plakataktion-gegen-elektronische-Gesundheitskarte--/meldung/121972>.

schwerend kommt hinzu, dass sich gegen die elektronische Gesundheitskarte als solche bereits starker Protest erhebt³⁵⁶.

Ob bzw. in welchem Umfang die medizinischen Daten auf der Gesundheitskarte gespeichert werden, entscheidet der Karteninhaber dabei selbst. Sofern er dies wünscht, werden die Gesundheitsdaten wieder von der Karte gelöscht³⁵⁷.

Durch Speicherung dieser Gesundheitsdaten auf der Karte soll dabei zum einen eine bessere Kommunikation zwischen Hausärzten, Krankenhäusern, Apotheken und sonstigen, an der Behandlung des Patienten teilnehmenden Einrichtungen erreicht werden³⁵⁸. Auf diese Weise könnte erreicht werden, dass der behandelnde Arzt im Notfall oder nach einem Arztwechsel schnell über alle erforderlichen Daten verfügt und damit beispielsweise belastende Doppeluntersuchungen oder unerwünschte Arzneimittelwirkungen vermieden werden. Zum anderen sollen durch die Vermeidung von Doppeluntersuchungen und der Umstellung auf elektronische Rezepte Kosten eingespart werden. Schließlich soll dem Patienten die Möglichkeit eingeräumt werden, sich möglichst unkompliziert über seinen Gesundheitszustand zu informieren und damit zu einer gesünderen Lebensweise motiviert werden.

II. Elektronischer Heilberufsausweis

Der elektronische Heilberufsausweis ist hingegen erforderlich um die Daten, die auf der Gesundheitskarte gespeichert sind, zu lesen. Ärzte, Apotheker und Zahnärzte müssen sich damit zwingend bei jedem Zugriff auf die Patientendaten mit dem Heilberufsausweis identifizieren³⁵⁹. Damit dient dieser neben der PIN, die nur der Karteninhaber kennt, als zweite Zugangssperre, ohne die man die auf der Karte gespeicherten Daten nicht öffnen kann. Der behandelnde Arzt kann auf die Daten somit nur zugreifen, wenn der Patient seine PIN eingibt und der Arzt bzw. Apotheker sich mit seinem Heilberufsausweis identifiziert hat. Dabei kann der Patient nicht nur bestimmen, ob der Arzt auf die Daten zugreifen kann, sondern auch, in welchem Umfang. Damit wird vermieden, dass beispielsweise der Zahnarzt auf Daten zu-

³⁵⁶ Siehe bereits die Nachweise in Fn. 355.

³⁵⁷ Bundesministerium für Gesundheit, Elektronische Gesundheitskarte, Stand: 16.06.2008.

³⁵⁸ *Hornung*, S. 43; Bundesministerium für Gesundheit, Elektronische Gesundheitskarte, Stand: 16.06.2008; abrufbar unter:

http://www.bmg.bund.de/cln_117/nn_1211088/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/E/Glossarbereich-Elektronische-Gesundheitskarte.html?__nnn=true.

³⁵⁹ *Hornung*, S. 45; Bundesministerium für Gesundheit, Elektronische Gesundheitskarte, Stand: 16.06.2008; abrufbar unter:

http://www.bmg.bund.de/cln_117/nn_1211088/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/E/Glossarbereich-Elektronische-Gesundheitskarte.html?__nnn=true.

greift, die der Orthopäde des Patienten auf der Karte gespeichert hat³⁶⁰. Relevant ist dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass auf der Karte auch eine elektronische Patientenakte gespeichert sein soll, die überwiegend wenn nicht sogar ausschließlich besondere personenbezogene Daten des Karteninhabers beinhalten wird. Des Weiteren ermöglicht der Heilberufeausweis auch die Protokollierung der Personen, die auf die Daten zugegriffen haben.

B. Rechtliche Grundlagen

Des Weiteren ist entscheidend, auf welcher Rechtsgrundlage die elektronische Gesundheitskarte basiert. Zentrale Norm ist dabei § 291a SGB V. Dieser schreibt in Absatz 1 zunächst die Erweiterung der bisherigen Krankenversichertenkarte zu einer elektronischen Gesundheitskarte vor. In den Absatz 2 und 3 finden sich spezielle datenschutzrechtliche Vorschriften, die den allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften vorgehen³⁶¹. So ist eine Erweiterung der Einwilligung des Betroffenen gem. § 291a Abs. 8 SGB V auf andere Zwecke als denen der Versorgung der Versicherten und anderen als den in § 291a Absatz 4 Satz 1 SGB V genannten Personen entgegen § 4 BDSG unzulässig. Darüber hinaus schreibt § 291a Abs. 5 S. 3 SGB V auch vor, dass der Zugriff auf die Daten des elektronischen Rezepts und die freiwilligen Funktionen nach § 291a Abs. 3 S. 1 SGB V nur unter Verwendung des bereits oben angesprochenen elektronische Heilberufeausweis möglich sein darf. Dieser muss gem. Abs. 5 S. 3 mit einer elektronischen Signatur versehen sein³⁶², womit gemeint ist, dass der Ausweis selbst die Möglichkeit zur Erstellung einer elektronischen Signatur haben muss, so dass im Nachhinein Sicherheit über die Authentizität der gespeicherten Daten besteht³⁶³. Die Vorschrift des § 291a SGB V bezieht sich somit ausdrücklich auf die Daten, die auf der Gesundheitskarte gespeichert sind und enthält Vorgaben darüber, wer unter welchen Voraussetzungen auf diese Daten zugreifen darf. Darüber hinausgehende Vorschriften über die Archivierung von medizinischen Daten gehen aus den Vorschriften über die elektronische Gesundheitskarte jedoch nicht hervor.

³⁶⁰ Bundesministerium für Gesundheit, Die elektronische Patientenakte als Anwendung der elektronischen Gesundheitskarte, Stand: 21.05.2008; abrufbar unter: http://www.bmg.bund.de/cln_117/nn_1168248/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/E/Glossar-Elektronische-Gesundheitskarte/Elektronische-Patientenakte.html.

³⁶¹ *Hornung*, S. 61.

³⁶² Siehe auch Bundesministerium für Gesundheit, Rechtliche Grundlagen, Stand: 21.05.2008; abrufbar unter: http://www.bmg.bund.de/cln_117/nn_1211088/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/E/Glossar-Elektronische-Gesundheitskarte/Rechtliche-Grundlagen.html?__nnn=true; *Hornung*, S. 63.

³⁶³ *Hornung*, S. 63 Fn. 256.

C. Ergebnis

Die elektronische Gesundheitskarte und der elektronisch Heilberufausweis haben somit voraussichtlich keine Auswirkungen auf die elektronische Langzeitarchivierung medizinischer Forschungsdaten. Zwar sieht § 291a Abs. 3 SGB V vor, dass der Heilberufausweis elektronische Signaturen vergeben können muss. Allerdings regelt die Norm nur die Speicherung und den Zugriff auf der elektronischen Gesundheitskarte. Darüber hinaus macht die Norm weder datenschutzrechtliche noch sonstige Angaben zur Verwendung medizinischer Daten.

Literaturverzeichnis

- Arlt, C.*, Digital Rights Management Systeme: Der Einsatz technischer Maßnahmen zum Schutz digitaler Inhalte, 2006.
- Bamberger, H. G./Roth, H.* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2007.
- Dies.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2008.
- Bechtold, S.*, **Vom Urheber- zum Informationsrecht: Implikationen des Digital Rights Management, 2002.**
- Bensinger, V.*, Sui-generis Schutz für Datenbanken – Die EG-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts, 1999.
- Berger, C.*, „Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996“, GRUR 1997, 169.
- Beutelspacher, A./Schwenk, J./Wolfenstetter, K.-D.*, Moderne Verfahren der Kryptographie : von RSA zu Zero-Knowledge, 2006.
- Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik BSI* (Hrsg.), Handbuch für die sichere Anwendung der Informationstechnik, 1992, abrufbar unter: <http://www.bsi.bund.de/literat/kriterie.htm>.
- Consultative Committee for Space Data Systems (ccsds)*, Reference Model for an Open Archival Information System (OAIS), CCSDS 650.0-B-1, January 2002; abrufbar unter: <http://public.ccsds.org/publications/archive/650x0b1.pdf>
- Der Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen*, Kommentar zum NDSG; abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/master/C52351301_N38588372_L20_D0_I560.html , (Stand: 09.01.2009).

-
- Deutsch, E.*, „Das Persönlichkeitsrecht des Patienten“, AcP 192 (1992), 162.
- Dittmann, J.*, Digitale Wasserzeichen: Grundlagen, Verfahren, Anwendungsgebiete, 2000.
- Dreier, T.*, „Die Harmonisierung des Rechtsschutzes von Datenbanken in der EG“ GRUR Int. 1992, 739.
- Dreier, T./Schulze, G.*, Urheberrechtsgesetz: Kommentar, 3. Aufl. 2009.
- Dreyer, G./Kotthoff, J./Meckel, A.* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2009.
- Erdmann, W.*, „Schutz der Kunst im Urheberrechtsgesetz“ in Erdmann, W/Mees, H.-K./Piper, H/Otto, T. (Hrsg.), Festschrift für O.-F. Frhr. v. Gamm, 1990, S. 389-404.
- Euler, E.*, „Zur Langzeitarchivierung digital aufgezeichneter Werke und ihrer urheberrechtlichen Einordnung und Beurteilung“, AfP 2008, 474.
- Flehsig, N.P.*, „Der rechtliche Rahmen der europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken“, ZUM 1997, 577.
- Fromm, F.K./Nordemann, W.* (Hrsg.), Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 10. Aufl. 2009.
- Gaster, J.*, „Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie (I)“, CR 1997, 669.
- Ders.*, „Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie (II)“, CR 1997, 717.
- Geiger, H.*, „BGH-Urteil zur SCHUFA-Klausel - Analyse und Konsequenzen“, CR 1985, 72.

-
- Gola, P./Schomerus, R.,* BDSG: Kommentar, 9. Aufl. 2007.
- Gottschalk, E.,* „Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht“, GRUR Int. 2002, 95.
- Heckmann, J./Weber, M.,* „Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG)“, AfP 2008, 269.
- Hoebbel, C.,* „EG-Richtlinienentwurf über den Rechtsschutz von Datenbanken“, CR 1993, 12.
- Hoeren, T.* Rechtsfragen zu Langzeitarchivierung (LZA) und zum Anbieten von digitalen Dokumenten durch Archivbibliotheken unter besonderer Berücksichtigung von Online-Hochschulschriften, 2005, abrufbar unter: <http://www.langzeitarchivierung.de/downloads/mat/hoeren.pdf>
- Höftberger, C.,* Österreichische Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 2000, 505.
- Hornung, G.,* Die digitale Identität: Rechtsprobleme von Chipkartenausweisen, 2006.
- Katzenberger, P.,* „Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie - Reproduktionsphotographie, Luftbild- und Satellitenaufnahmen“, GRUR-Int. 1989, 116.
- Kern, B.-R.,* Organisationsverschulden – Ausdruck institutioneller Sorgfaltpflichtverletzungen, MedR 2000, 347.
- Köhler, H.,* „Die Haftung des Betriebsinhabers für Wettbewerbsverstöße seiner Angestellten und Beauftragten (§ 13 IV UWG)“, GRUR 1991, 344.
- Kolle, G.,* „Der angestellte Programmierer - Zur rechtlichen Zuordnung von in Arbeitsverhältnissen geschaffenen, insbesondere urheberrechtlich geschützten Softwareprodukten“, GRUR 1985, 1016.
- Kroll, J.,* Datenschutz im Arbeitsverhältnis, 1981.

-
- Laufs, A./Uhlenbruck, W.* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002.
- Leistner M.*, „Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung anhand des Datenbankherstellerschutzes“ in *Urheberrecht Gestern - Heute – Morgen: Festschrift für A. Dietz zum 65. Geburtstag*, 2001, S. 493-516.
- Ders.*, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, 2000.
- Loewenheim, U.* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2003.
- Lorenz, S.*, „Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach neuem Schuldrecht - was bleibt vom Dachziegel-Fall?“, *ZGS* 2004, 408.
- Maaßen, W.*, „Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung“, *ZUM* 1992, 338.
- Mehring, J.*, *Der Rechtsschutz computergestützter Fachinformationen – unter besonderer Berücksichtigung von Datenbanken*, 1990.
- Möhring, P./Niccolini, K.* (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, 2. Aufl. 2000.
- Musielak, H.-J.* (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Aufl. 2008.
- Neuroth, H./Liegmann, H./Oßwald, A./Scheffel, R./Jehn, M./Strathmann, S.* (Hrsg.), *Nestor, Eine kleine Enzyklopädie der digitalen Langzeitarchivierung, Version 1.2*, 2008; abrufbar unter: http://www.langzeitarchivierung.de/modules.php?op=modload&name=PagEd&file=index&page_id=2#section18
- Ortner, F.-J./Geis, I.*, „Die elektronische Patientenakte“, *MedR* 1997, 337.

-
- Palandt, O.* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009.
- Podlech, A./Pfeifer, M.*, „Die informationelle Selbstbestimmung im Spannungsverhältnis zu modernen Werbestrategien“, RDV 1998, 139.
- Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G.* (Hrsg.), BGB: Kommentar, 3. Aufl. 2008.
- Raue, P./Bensinger, V.*, „Umsetzung des sui-generis-Rechts an Datenbanken in den §§ 87a ff. UrhG“, MMR 1998, 507.
- Rehbinder, M.*, „Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen“ in Forkel, H/Kraft, A. (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer besonderen schöpferischen Leistung, Festschrift für H. Hubmann zum 70. Geburtstag, 1985, S. 359-372.
- Ders.*, Urheberrecht: Ein Studienbuch, 15. Aufl. 2008.
- Roßnagel A./Schmücker, P.*, Beweiskräftige elektronische Archivierung: Bieten elektronische Signaturen Rechtssicherheit?, 2006.
- Roßnagel, A.* (Hrsg.), Recht der Multimediadienste: Kommentar zum IuKDG und zum MDStV, Losebl.-Ausg., 7. Aufl. 2005, Stand: April 2005.
- Ders.*, Handbuch Datenschutzrecht: Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, 2003.
- Ders.*, „Datenschutz in globalen Netzen – Das TDSG – Ein wichtiger Schritt“, DuD 1999, 253.
- Roßnagel, A./Fischer-Dieskau, S./Jandt, S./Knopp, M.*, Langfristige Aufbewahrung elektronischer Dokumente, 2007.
- Roßnagel, A./Pfitzmann, A./Garstka, H.*, Modernisierung des Datenschutzrechts: Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, 2001.

-
- Roßnagel, A./Scholz, P.,* „Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität“, MMR 2000, 721.
- Säcker, F.S./Rixecker, R. (Hrsg.),* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2007.
- Dies.,* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. 2008.
- Schneider, J.,* Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003.
- Schricker, G. (Hrsg.),* Urheberrecht: Kommentar, 3. Aufl. 2006.
- Schütze, R.A./Weipert, L. (Hrsg.),* Münchener Vertragshandbuch, Bd.3 Wirtschaftsrecht II, 2009.
- Simitis ,S. (Hrsg.),* Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl. 2006.
- Spindler G. (Hrsg.),* Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl. 2004
- Spindler, G.,* „Die Entwicklung des EDV-Rechts 2007/2008“, K&R 2008, 565.
- Stoffels, M.,* AGB-Recht, 2. Aufl. 2009.
- Trayer, M.,* Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtewahrnehmungssysteme: Die Umsetzung von Art. 6 und 7 der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht und der Schutz des Nutzers urheberrechtlicher Werke, 2003.
- Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.),* AGB-Recht: Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, 10. Aufl. 2006.

-
- Vogel, M.*, „Die Umsetzung der Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken in Art. 7 des Regierungsentwurfs eines Informations- und Kommunikationsdienstegesetz“, ZUM 1997, 592.
- Wandtke, A.*, „Reform des Arbeitnehmerurheberrechts?“, GRUR 1999, 390.
- Wandtke, A.A./Bullinger, W.* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009.
- Wiebe, A.*, „Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung“, CR 1996, 198.
- Wohlgemut, Hans. H./Gerloff, J.*, Datenschutzrecht: Eine Einführung mit praktischen Fällen, 3. Aufl. 2005, Rn. 182.
- Wolter, H.T.*, „Rechtliche Betrachtung von Digital Rights Management in Peer-to-Peer-Netzwerken“, JurPC Web-Dok. 160/2008.
- Wolters, K.*, Datenschutz und medizinische Forschungsfreiheit, 1988.
- Zöllner, W.*, „Die Reichweite des Urheberrechts im Arbeitsverhältnis untypischer Urheber“ in Forkel, H/Kraft, A. (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer besonderen schöpferischen Leistung, Festschrift für H. Hubmann zum 70. Geburtstag, 1985, S. 523-539.