

# FORSCHUNGSDATEN

Dr. Oliver Vettermann, PD Dr. Dr. Grischka Petri\*

## Should I CARE about FAIR?

– Ein juristischer Blick auf Prinzipien des Forschungsdatenmanagements –

Der Umgang mit Forschungsdaten und deren nachhaltige, langfristige Nutzung als Ziel des Forschungsdatenmanagements sind in aller Munde. Spätestens mit Beginn der Open-Data-Bewegung zeigt sich die Notwendigkeit übergeordneter Prinzipien für Forscher:innen. Beim Aufeinandertreffen von Forschenden diverser Wissenschaften und Jurist:innen erhalten die mit dem Thema eng verzahnten FAIR- und CARE-Prinzipien immer größere Bedeutung. Rechtliche Fragen sind oftmals nicht nur von einem juristischen Standpunkt, sondern auch aus einem ethischen Blickwinkel zu betrachten. Die Rechtswissenschaft verfügt aber bislang weder über eine Einordnung noch vertiefende Literatur zu diesen Prinzipien.

Ziel dieses Beitrags ist daher eine Einführung in die Prinzipien selbst sowie eine erste Einordnung, um Rechtswissenschaftler:innen in inter- und multidisziplinär forschenden Projekten einen Überblick zu geben. Zugleich soll so die Brücke zwischen Nicht-Jurist:innen und Jurist:innen geschlagen werden.

### I. Die Prinzipien

Zuerst bedarf es daher einer Darstellung der Prinzipien im Einzelnen in gebotener Kürze.

\* Dr. Oliver Vettermann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei FIZ Karlsruhe und bearbeitet im DFG-geförderten Projektvorhaben NFDI4Culture datenschutz- und grundrechtliche Fragestellungen entlang des Forschungsdatenlebenszyklus. PD Dr. Dr. Grischka Petri ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei FIZ Karlsruhe und dort für den Legal Helpdesk der NFDI4Culture mit dem Schwerpunkt Urheberrecht tätig.

## 1. FAIR-Prinzipien nach Wilkinson

Die FAIR Guiding Principles nach Wilkinson et al.<sup>1</sup> verfolgen das Ziel, das Datenmanagement allgemein zu verbessern. Die Prinzipien sind damit eine Leitlinie im Dschungel der Open-Data-Bewegung, um Datenproduzent:innen und -verarbeitende in den eigenen Prozessen zu unterstützen und den Nutzen der Datensätze zu maximieren. Dies schließt auch die forschungsbezogene Langzeitarchivierung ein.<sup>2</sup> Konkret bezeichnet FAIR vier Prinzipien<sup>3</sup>; auf die jeweils abgeleiteten (Unter-)Prinzipien wird hier nicht eingegangen<sup>4</sup>:

- **Findable** bezeichnet die Auffindbarkeit von Datensätzen. Um dieses Merkmal zu erhöhen, kann auf allgemein anerkannte Identifier oder Metadatenfelder zurückgegriffen werden. Dazu müssen die Metadaten entsprechend reichhaltig und treffend sein.
- **Accessible** adressiert die hauptsächlich technisch verstandene Zugänglichkeit bzw. Erreichbarkeit der Daten. Je nach Forschungsdisziplin soll hier eine geeignete Anwendungsschnittstelle oder eine andere Zugangsmöglichkeit für den Adressat:innenkreis gewählt werden. Prinzipiell sind dafür (quell-)offene Standards zu wählen, die für jede Person kostenfrei nutzbar sind und eine möglichst geringe Einstiegschürde aufweisen.
- **Interoperable** meint die Fähigkeit der Kompatibilität mit mehreren Systemen, Techniken oder Organisationen, um die Nachnutzbarkeit trotz möglicher Veränderungen auf der Software-Ebene zu ermöglichen. Form und Inhalt der (Meta-)Datensätze greifen also auf einen möglichst weit verbreiteten bzw. etablierten und offenen Standard zurück. Dies schließt die Möglichkeit ein, dass der Standard auch die Anreicherung durch eigene Verknüpfungen der (Meta-)Daten ermöglicht oder zumindest erleichtert.
- **Reusable** meint die Nachnutzbarkeit der Datensätze. Der recht allgemeine Grundsatz greift den inhaltlichen Aspekt der (Meta-)Datensätze auf. Erreicht werden kann sie u.a. mittels detaillierterer Anreicherung von Metadaten selbst, Angaben zur Provenienz, Hinweisen zu erfüllten oder verwendeten Community Standards (z.B. nicht-gesetzliche Symbole wie Creative Commons<sup>5</sup>).

Schon an den Definitionen lässt sich erkennen, dass die Prinzipien selten für sich allein stehen. Sie sind eng miteinander verzahnt und fördern einander, weshalb eine technische Maßnahme mehrere Prinzipien abdecken kann. Besonders gut erkennbar ist

1 Wilkinson et al., *Scientific Data* 3 (2016), Article 160018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1038/sdata.2016.18>.

2 Wilkinson et al., *Scientific Data* 3 (2016), Article 160018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1038/sdata.2016.18>, S. 1.

3 Siehe Wilkinson et al., *Scientific Data* 3 (2016), Article 160018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1038/sdata.2016.18>, S. 4 zu den nachfolgenden Punkten.

4 Ausführlich Beer, *Anwendbarkeit der FAIR Data Principles auf digitale Sammlungen in deutschen Forschungsmuseen*, S. 33 ff., abrufbar unter: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4732300>.

5 Siehe <https://creativecommons.org/licenses/%3Flang=de>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

dies an der spezifisch für Software im Forschungsdatenzyklus erarbeiteten Variante der FAIR-Prinzipien.<sup>6</sup>

## 2. CARE-Prinzipien der GIDA-Konferenz

Im Grundsatz verfolgen die CARE-Prinzipien ein ähnliches Ziel. Auch sie sind Leitlinien für den Umgang und die Arbeit mit Forschungsdatensätzen. Der Schwerpunkt ist hier aber eher inhaltlicher Natur – technische Aspekte finden sich hier nur mittelbar. Die im Rahmen der GIDA-Konferenz 2019 entwickelten Grundsätze haben Datensätze mit indigenem<sup>7</sup> Bezug als Maßstab genommen, um der technischen und allgegenwärtigen Verfügbarmachung auf Grundlage der FAIR-Prinzipien Grenzen aufzuzeigen. Konsequenterweise haben sich die CARE-Prinzipien also aus einer (menschlichen) Notwendigkeit heraus entwickelt, besonders mit Blick auf die 2007 verabschiedete UN-Deklaration der Rechte indigener Völker<sup>8</sup>. Im Einzelnen stehen die CARE-Prinzipien bei der Verarbeitung für:

- **Collective Benefit:** Die Datensätze sollen so verarbeitet werden, dass sich daraus ein Mehrwert für die Allgemeinheit – inklusive der indigenen Völker – ergibt. Dies kann z.B. durch eine für Regierungen und bürgerliche Initiativen förderliche Nutzung gelingen.
- 6 Umfänglich darstellend *Chue Hong et al.*, FAIR Principles for Research Software (FAIR4RS Principles), abrufbar unter: [https://www.rd-alliance.org/system/files/FAIR4RS\\_Principles\\_v0.3\\_RDA-RFC.pdf](https://www.rd-alliance.org/system/files/FAIR4RS_Principles_v0.3_RDA-RFC.pdf), zuletzt abgerufen am 10.03.2023, sowie *Engelhardt/Biernacka et al.*, How to be FAIR with your data, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5281/zenodo.5837500>.
- 7 Die Definition des Indigenen ist komplex und dynamisch. Noch immer zitiert wird die Definition, die José Martínez Cobo 1972 zum Ausgangspunkt der Arbeit der UNO Working Group on Indigenous Populations (2008 aufgegangen in dem Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples) formulierte (Study of the problem of discrimination against indigenous populations: preliminary report, 29. Juni 1972, E/CN.4/Sub.2/L.566, S. 10, abrufbar unter <https://digitallibrary.un.org/record/768953>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023), hier in der bei [humanrights.ch](http://humanrights.ch) publizierten Übersetzung: „Indigene Populationen bilden sich aus den heutigen Nachfahren der Völker, die das gegenwärtige Territorium eines Landes ganz oder teilweise bewohnten zur Zeit, als Menschen einer anderen Kultur oder ethnischen Herkunft aus anderen Teilen der Welt dort ankamen, und die ansässigen Völker unterwarfen und durch Eroberung, Besiedlung oder anderen Mitteln in eine untergeordnete oder koloniale Situation versetzten; die heute mehr in Übereinstimmung mit ihren sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Bräuchen und Traditionen leben als mit den Institutionen des Landes, von dem sie nun Teil sind, unter einer staatlichen Struktur, die hauptsächlich die nationalen, sozialen und kulturellen Merkmale anderer Bevölkerungssegmente verkörpert, die vorherrschend sind.“, abrufbar unter: [www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/minderheiten/echte-dossier/begriffe/definition-indigene-gruppen](http://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/minderheiten/echte-dossier/begriffe/definition-indigene-gruppen), zuletzt abgerufen am 10.03.2023. Differenzierend *Imeri/Rizzoli*, *o|bib* 2022/2, S. 5 f.; ferner *Haidy Geismar*, *Treasured Possessions: Indigenous Interventions into Cultural and Intellectual Property*, 2013, S. 46 m.w.N. In seiner Abhandlung „Geistiges Eigentum und kulturelle Identität“ spricht *Thomas Ramsauer* von autochthonen Kulturen.
- 8 A/RES/61/295, in der Übersetzung des deutschen Dienstes bei der UNO abrufbar unter <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Declaration%28German%29.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

- **Authority to Control:** Dieses Prinzip schafft ein Bewusstsein dafür, die Handhabung über die Datensätze bei der indigenen Bevölkerung zu belassen – betreffend sämtliche Formen von Datensätzen wie Kartierungen, historische Quellen oder Informationen über die Völker selbst. Dafür ist es u.a. notwendig, dass deren Rechte und Interessen hinreichend berücksichtigt und betroffene Personen auch aktiv in den Prozess eingebunden werden.
- **Responsibility:** Gemeint ist die umfängliche Verantwortlichkeit für die datenmäßige Darstellung indigener Völker. Ihr sollte sowohl auf der Ebene des diplomatischen Austauschs mit den indigenen Gemeinschaften selbst Rechnung getragen werden als auch bei der Erhebung, Organisation und Nutzung der Daten.
- **Ethics:** Die Interessen und das (kulturelle) Wohlbefinden der indigenen Bevölkerung sind angemessen über den gesamten Datenlebenszyklus zu berücksichtigen. Stigmatisierung, Diskriminierung und Marginalisierung sollen dadurch abgebaut und durch die Datennutzung eine inklusive Wirkung erzeugt werden. Die Berücksichtigung von Menschenrechten und ein Blick auf zukünftige, mögliche prinzipienkonforme Nutzungsmöglichkeiten sind nur einige Aspekte bei der Umsetzung. „Die Abarbeitung von Formularen und Checkboxes wird entsprechend nicht genügen.“<sup>9</sup>

Vor dem Kontext der Entwicklung bleibt zu erwähnen, dass die dargestellten Prinzipien nicht zu allgemeinen Prinzipien erhoben werden sollen. Wenngleich der dahinterstehende Gedanke ehrbar ist, sind die CARE-Prinzipien als solche eng mit dem Bezug zu indigenen Völkern verknüpft. Die Benennung des Ethics-Prinzips als allgemeingültiger Grundsatz zur Berücksichtigung ethischer Aspekte im Datenlebenszyklus könnte den eigentlichen Kern der CARE-Prinzipien verkennen: die Berücksichtigung besonderer (indigener) Interessen vor dem historischen Kontext der Kolonialisierung. Durch eine Öffnung dieses Teilprinzips würde eine bestehende Marginalisierung nur noch vertieft anstatt abgebaut. Gewissermaßen würde die Kolonialisierung auf Datenebene dadurch wiederholt, da die indigenen Partikularinteressen vernachlässigt würden. Vereinzelte Stimmen wollen die CARE-Prinzipien dennoch universell verwenden.<sup>10</sup>

### 3. Systematik beider Prinzipien

Die generelle Systematik beider Prinzipien lässt sich anhand ihrer Entstehungszeitpunkte vermuten: Final herausgebildet haben sich die CARE-Prinzipien erst 2019, die FAIR-Prinzipien bereits 2016. *Wilkinson* et al. benennen in der Magna Charta der FAIR-Prinzipien auch, dass es bisher an einer Definition derartiger Prinzipien fehlt – und damit auch an den CARE-Prinzipien. Sie sind erst auf die FAIR-Prinzipien hin entstanden und stellen eine Prinzipialisierung von sog. Community Data Rights dar.

<sup>9</sup> So *Imeri/Rizzoli*, o|bib 2022/2, S. 12.

<sup>10</sup> *Caroll* et al., *Scientific Data* 8, Article 108 (2021), S. 3, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1038/s41597-021-00892-0>. Ähnlich an einer universellen Anwendung zweifelnd *Imeri/Rizzoli*, o|bib 2022/2, S. 11.

Label wie die Traditional Knowledge Label<sup>11</sup> oder die Biocultural Label<sup>12</sup> sind dagegen eher eine Umsetzung der Prinzipien, auch um sie maschinenlesbar implementieren zu können.<sup>13</sup>

Neben CARE haben sich außerdem die OCAP-Prinzipien herausgebildet. OCAP – stehend für Ownership, Control, Access und Possession – zielt auf das Berücksichtigen speziell der Rechte der First-Nation-Völker in Kanada, also ebenso indigene Völker. Denklogisch können diese Partikularinteressen daher die allgemeinen und technisch geprägten FAIR-Prinzipien<sup>14</sup> ebenso als ethische Grundsätze kontextsensibel beschneiden. Eine Anwendung von CARE und OCAP wäre also nur dann ratsam, wenn die Datensätze entsprechenden Bezug zu den betreffenden Völkern haben. Eine praktische Konsequenz ist dann z.B., dass die Nachnutzbarkeit der Datensätze (FAIR: Reusable) bei einer Anonymisierung mit ethischen oder die informationelle Selbstbestimmung fördernden Interessen indigener Völker (CARE: Authority to Control; Ethics) zu Konflikten führt. Letzterer Aspekt gewinnt an Relevanz, sofern die CARE-Prinzipien sowohl als informationelle wie territorial und kulturell begründete Datensouveränität zu verstehen sind.<sup>15</sup> Schon aus dieser Sicht erscheint es sinnvoll, in rechtlichen Termini von einem *lex-specialis*-Verhältnis zu sprechen: FAIR-Prinzipien sind *lex generalis*; CARE, OCAP und ähnliche Community Data Rights dagegen *lex specialis* und kontext- bzw. bereichsspezifisch. Datenbezogene Ansätze wie die FACT-Prinzipien (Fairness, Accuracy, Confidentiality, Transparency) des niederländischen Responsible-Data-Science-Konsortiums (RDS)<sup>16</sup> oder auch ROBUST und SHARED<sup>17</sup> liegen dagegen quer zu den FAIR-Prinzipien und könnten in diese integriert werden.

## II. Allgemeine rechtliche Einordnung

Beide Formen von Prinzipien suchen in den Rechtswissenschaften ihresgleichen. Da der Ursprung in den betroffenen Wissenschaftskreisen selbst liegt und nicht darin, z.B. rechtlich verankerte, branchenspezifische Standards zu etablieren, besteht grundsätzlich keine (rechtliche) Notwendigkeit einer Konstruktion von Leitlinien. Auch sind beide Prinzipien-Kataloge nicht rechtlich bindend. Ein rechtswissenschaftlicher Ursprung der Notwendigkeit des (übergeordneten) Austarierens kann sich aber aus rechtssoziologischen und rechtsethischen Grundlagen ergeben.

11 Siehe <https://localcontexts.org/labels/traditional-knowledge-labels>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

12 Siehe <https://localcontexts.org/labels/biocultural-labels>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

13 Hierzu auch *Imeri/Rizzoli*, *o|bib* 2022/2, S. 8.

14 *Caroll et al.*, *Scientific Data* 8, Article 108 (2021), S. 4.

15 So *Imeri/Rizzoli*, *o|bib* 2022/2, S. 6.

16 *van der Aalst/Bichler/Heinzl*, *Bus Inf Syst Eng* 59, 311–313 (2017), abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.1007/s12599-017-0487-z>.

17 Siehe hierzu <https://www.thedigitalsociety.info/about/data-principles>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

Die Rechtssoziologie wirft einen objektiven Blick auf die Rechtswissenschaft, losgelöst von der subjektiven Sicht der Rechtswissenschaftler:innen selbst.<sup>18</sup> Gegenstand ist dabei die Wechselwirkung zwischen Recht und Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf Kultur, Religion, Wirtschaft und Staat.<sup>19</sup> Dem Recht wird dabei ein wertender Maßstab zugeordnet,<sup>20</sup> da mit den Kategorien Recht und Unrecht gearbeitet wird<sup>21</sup>. Insofern formuliert das Recht mittels Normen Seinsregeln, also soziale Normen (i.S.v. Vorgaben) des Rechtslebens.<sup>22</sup> Der Wertebezug dieser Seinsregeln leitet sich auch aus dem Grundgesetz her, das die „Welt des Zusammenlebens, in der die Menschen frei und gleich sind“<sup>23</sup> widerspiegelt und damit die vom BVerfG stets benannte Normen- und Wertordnung<sup>24</sup> festhält. Recht ist also stets im sozialen Kontext zu betrachten, stellt aber zugleich eine Abstraktion sozialer Verhältnisse<sup>25</sup> zur (rechtlichen) Klärung einer Situation dar. Oft wird dafür auf althergebrachte Sitten, Gebräuche und Konventionen zurückgegriffen.<sup>26</sup> Zunehmend treten aber Interessen von Normadressat:innen – etwa die CARE-Prinzipien – in den Fokus: „Die Rechtsnorm regelt wenigstens nach der [subjektiven] Empfindung der Gruppe, von der sie ausgeht, eine Sache von großer Wichtigkeit, von grundlegender Bedeutung. [...] Nur Gegenstände von minderer Wichtigkeit werden anderen gesellschaftlichen Normen überlassen.“<sup>27</sup> Juristisch betrachtet bestehen also entweder abstrakt-generelle Lösungsansätze in Form von Gesetzen oder eine sonstige Struktur, um die Klärung durch die Einbeziehung von Institutionen herbeizuführen.

Die Verfassung ist dahingehend zunächst nur abstrakt-generell, zielt aber in der Anwendung mit der praktischen Konkordanz auf das übergeordnete Austarieren von Interessen ab. Damit nimmt sie mit der Wertordnung der Art. 1–19 GG als Abbild des ethisch-moralischen Grundkonstrukts der Gesellschaft eine besondere Rolle ein. Im wissenschaftlichen Kontext des Art. 5 Abs. 3 GG – der grundrechtlichen Wissenschaftsfreiheit – schlägt sich der Sozialbezug daher ebenfalls nieder. Schon denklogisch stehen die Errungenschaften der Wissenschaft und die nutznießende Allgemeinheit durch die übrigen Grundrechte miteinander in Bezug. Voraussetzung dafür ist die Verwertung der Forschungserkenntnisse, also eine gewisse Kommunikation – beispielsweise in Form urheberrechtlicher Werke. Kunst- und Wissenschaftsfreiheit ähneln sich daher dezent, weshalb die Position in Art. 5 GG passend erscheint: In beiden Fällen stellen die Ergebnisse Werke dar, die sowohl einen Werkbereich (Forschen und Schreiben) als auch einen Wirkbereich (Rezeption der Ergebnisse durch Forschungscommu-

18 Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 20.

19 Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 19.

20 Kießler, Recht und Gesellschaft, S. 92.

21 Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 21.

22 Kelsen, in: Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, S. 3 (S. 4).

23 Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 21.

24 StRSpr BVerfGE 6, 32 (Rn. 28); 7, 198 (205 f.); 25, 256 (263); 33, 1 (12).

25 Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts, S. 367.

26 Vgl. Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 25.

27 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 134.

nity und Gesellschaft) aufweisen.<sup>28</sup> Gesellschaft und Wissenschaft bedingen und beeinflussen damit einander, weshalb eine Reflexion ethisch-moralischer Fragen (also CARE) oder der freie Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen (also FAIR) schon aus diesem Grund geeignet erscheint.

Das Bundesverfassungsgericht konkretisierte diese ethische Verantwortung der Forschenden anlässlich des § 6 Hessisches Universitätsgesetz (HessUG): Das einst landesrechtlich verpflichtend geregelte Mitdenken gesellschaftlicher Folgen wissenschaftlicher Erkenntnisse ist nicht per se unzulässig, sondern restriktiv auszulegen. Die Forscher:in „muss nicht zwingend alle gesellschaftlichen und gesellschaftspolitischen Auswirkungen jeglicher Größenordnung“ berücksichtigen, sondern „schwerwiegende Folgen für verfassungsrechtlich geschützte Gemeinschaftsgüter [...] deren Beeinträchtigung bei der im Einzelfall gebotenen Abwägung nach der Wertordnung des Grundgesetzes schwerer wiegt als die dem Wissenschaftler auferlegte Verpflichtung.“<sup>29</sup> Wissenschaft und Forschung scheinen damit immer dann eine Abwägung vornehmen zu müssen, wenn eine mögliche Beeinträchtigung oder Kollision evident ist. Den Forschenden zwingt sich im Einzelfall also eine ethisch-moralische Auseinandersetzung bei der eigenen Forschungstätigkeit sogar ohne gesetzliche Regelung auf. Beispielsweise ergibt sich dies denklogisch bei der Forschung mit und an verändertem Erbgut als Folgenverantwortung, um die besondere Sorgfalt im Umgang mit den Forschungsergebnissen zu berücksichtigen, also die „Verantwortung für die Lebensgrundlagen der künftigen Generationen“ zu tragen.<sup>30</sup> Damit reflektiert das Gericht letztlich Art. 5 Abs. 3 GG als wertentscheidende Grundsatznorm, die die „Idee einer freien Wissenschaft“ enthält. Frei meint vor allem unabhängig, z.B. in Form einer adäquaten finanziellen Ausgestaltung.<sup>31</sup> Frei meint aber auch, die Art und Weise der Forschungstätigkeit im Werk- und Wirkungsbereich zu wählen, eingebettet in die gesamte grundrechtliche Interessenlage. Publikationen sind dabei ein „Angebot neuen Wissens an die immer öffentliche Wissenschaft“, das die Lesart der Wissenschaftsfreiheit als dritt-nütziges (der Allgemeinheit nützendes) Grundrecht<sup>32</sup> stützt. Entsprechend ist die Weitergabe als grundrechtlich geschütztes<sup>33</sup> und gestütztes Verhalten von hohem Wert, das die dargestellte ethische Verantwortung im Umgang mit den Forschungsergebnissen hinreichend berücksichtigt.

Den dargestellten Prinzipien kommt in diesem Konstrukt aber keine originär rechtliche Einordnung zu. Unbestreitbar dienen die CARE- und FAIR-Prinzipien dazu, bei Forscher:innen ein Bewusstsein für verschiedene Interessen von Forschungssubjekten

28 Löwer, in: Merten/Papier, HGr IV, § 99 Rn. 11. Vgl. auch BVerfGE 47, 327 (369).

29 BVerfGE 47, 327 (380).

30 BVerfGE 128, 1 (37, 41). Ähnlich argumentierend in Belangen des Klimaschutzes BVerfGE 157, 30 (157).

31 Löwer, in: Merten/Papier, HGr IV, § 99 Rn. 35, 37.

32 Kempfen, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (3. Aufl.), § 1 Rn. 15, 29.

33 So BVerfGE 35, 79 (112): „In diesen Freiheitsraum fallen vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei dem Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe.“

und an Forschungsobjekten zu wecken. Dabei werden (menschen-)rechtliche Interessen denen der Wissenschaft und Forschung gegenübergestellt. Im eben dargestellten *Procedere* könnten sie damit als Hilfsmittel dienen, andere Interessen aktiv mitzudenken: Während CARE-Prinzipien kraft ihrer Definition klar eine menschenrechtliche Prägung besitzen, sind die FAIR-Prinzipien technisch-abstrakt und nahezu gesetzesähnlich. In sie lassen sich zahlreiche rechtliche und wissenschaftliche bzw. forschungsbezogene Interessen hineinlesen: Rechtlich gesehen kann das Interoperability-Merkmal gut im Art. 20 DSGVO verankert werden, das aber nur den subjektiven Aspekt der betroffenen Person adressiert. Im gleichen Atemzug verkörpert das Merkmal auch das in Art. 89 Abs. 1 und 6 Abs. 4 DSGVO normierte Bewusstsein der Weiterverarbeitung. Schließlich zielen die FAIR-Prinzipien darauf ab, die Datensätze für Forscher:innen bestmöglich nach- und aufzubereiten. Schon hierin zeigt sich, dass beide Prinzipien-Komplexe auf eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Positionen hinzielen. Damit greifen sie den Mechanismus auf, der der Rechtswissenschaft genuin ist: die Interessenabwägung in Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Dennoch ist zumindest erwähnenswert, dass beide Prinzipienkataloge durch ihre Verwendung in Ausschreibungen von Förderprogrammen der DFG<sup>34</sup> oder des BMBF<sup>35</sup> eine faktisch bindende Wirkung entfalten. Forschungsförderung erhalten Forscher:innen somit nur, wenn sie die Prinzipien in ihrem Forschungsdatenmanagement berücksichtigen und überzeugend bei der Beantragung darstellen können. Dadurch droht eine normative Kraft des Faktischen, die sich auf die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit ähnlich der verfassungsrechtlich diskutierten „chilling effects“<sup>36</sup> negativ auf die Forschungspraxis auswirken könnte.

Fernab haben die Prinzipien nicht nur eine anregende Wirkung auf den Diskurs, sondern lassen sich qua Leitlinien-Gedanke auch als solche in der Auslegung des Rechts instrumentalisieren. Nicht-gesetzliche und branchenübliche Spezifika eignen

34 Exemplarisch fragt die DFG einzelne FAIR-Kriterien seit März 2022 über eine Checkliste ab, siehe [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/grundlagen\\_dfg\\_foerderung/forschungsdaten/forschungsdaten\\_checkliste\\_de.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/grundlagen_dfg_foerderung/forschungsdaten/forschungsdaten_checkliste_de.pdf), zuletzt abgerufen am 10.03.2023. Dennoch erkennt die DFG im Positionspapier „Open Science als Teil der Wissenschaftskultur“ (S. 7) an, dass die Prinzipien nur in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit existieren und diese nicht verkürzen dürfen – siehe [https://www.dfg.de/foerderung/info\\_wissenschaft/2022/info\\_wissenschaft\\_22\\_79/index.html](https://www.dfg.de/foerderung/info_wissenschaft/2022/info_wissenschaft_22_79/index.html), zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

35 Exemplarisch erwähnen Ausschreibungen einzelne FAIR-Kriterien in der Ausführung, in einem Projekt erarbeitete Forschungsdaten seien „der breiten Gesellschaft zugänglich zu machen. Gleichzeitig dient die wissenschaftliche Begleitung dazu, Indikatoren wie Patente, Publikationen und Normungsaktivitäten zu nutzen, um sektorale Abgrenzungen der Forschungsfelder zu identifizieren und das volle Innovationspotential für den Transfer und Ausgründungen zu heben.“ – siehe nur <https://www.bmbf.de/bmbf/shareddocs/bekanntmachungen/de/2023/01/2023-01-18-Bekanntmachung-SINATRA.html>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

36 In Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung anschaulich darstellend *Assion*, Chilling Effects und Überwachung, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/chilling-effects-und-ueberwachung>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023. Vertiefend *Staben*, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1628/9783161554889>.

sich in der Regel dazu, in wertungsoffene Generalklauseln einbezogen zu werden. Denkbar wäre insoweit, bei Datenlieferungsverträgen mit entsprechenden Erwartungen an ethisch angemessene Datensätze in den unbenannten Nebenpflichten der §§ 241 Abs. 2, 242 BGB oder in Verbindung mit § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) die CARE- und FAIR-Prinzipien hineinzulesen. Sie wirken dann ähnlich einem branchenüblichen und erwartbaren Standard als Maßstab für die Datenlieferung.

### III. Konkrete rechtliche Ausprägungen der Prinzipien

Aufgabe der Gesetzgebung ist es stets, die bi- und multilateralen Kollisionen von Interessen – ergo Grundrechten – durch einfachgesetzliche Regelungen aufzulösen. Auch wenn sich, wie eben angedeutet, die Prinzipien in bestehende Generalklauseln hineinlesen lassen, möchte dieser Beitrag auch nach konkreten Ansätzen einer rechtlichen Implementierung suchen. Die Open-Data-Bewegung im Blick ist sich zunächst völkerrechtlichen (1.) und europarechtlichen Implikationen inklusive der Open-Data-Richtlinie bzw. PSI-Richtlinie selbst (2.) zu widmen. Anschließend wird deren Umsetzung im föderal geprägten Hochschulrecht (3.) näher betrachtet. Zum Schluss wird das Verhältnis der Prinzipien zum Urheberrecht und Lizenzmodellen in den Blick genommen (4. und 5.).

#### 1. Völkerrecht

Das Völkerrecht kann mit seinem Zweck, durch staatliche bi- und multilaterale Vereinbarungen eine internationale Ordnung zu schaffen<sup>37</sup>, dabei nur als Richtschnur dienen. Dabei behilft es sich auch der Schaffung internationaler Organisationen wie der UNO oder der UNESCO, die entsprechende völkerrechtliche Rechtsquellen kreiert haben:

So hat die Organisation der Vereinten Nationen (kurz: UNO) im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR) verschiedene Menschenrechte benannt und z.T. konkret beschrieben. Für den wissenschaftlich-kulturellen Kontext kommt Art. 15 ICESCR in Betracht. Darin einigen sich die Vertragsstaaten darauf, die „Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung“ der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen, zugleich aber zugunsten der Forschenden „den Schutz der geistigen und materiellen Interessen“ sicherzustellen. Dazu unternehmen die Staaten gem. Art. 15 Abs. 2 alle „Schritte zur vollen Verwirklichung dieses Rechts [... wie die] Erhaltung, Entwicklung und Verbreitung von Wissenschaft und Kultur“. Seinem Gehalt nach ähnelt Art. 15 ICESCR dem des Art. 5 Abs. 3 GG. Ungewiss ist jedoch, ob sich aus dem völkerrechtlichen Vertrag ein Bezug zur ethischen Verantwortlichkeit von Forschenden – und damit zumindest ein Fingerzeig in Richtung FAIR und CARE – erkennen lässt. Der Norm selbst lässt sich zwar ein kultureller Bezug der Wissenschaft und Forschung entnehmen, aber nicht notwen-

37 Herdegen, Völkerrecht (20. Aufl.), § 1 Rn. 1; von Arnould, Völkerrecht (4. Aufl.), Rn. 1.

digerweise eine Art Rücksichtnahme. Mit Blick auf die völkerrechtliche Auslegungsweise gem. Art. 31f Wiener Vertragsrechtskonvention (WRV) ist neben dem Telos (Art. 31 Abs. 1) auch die Präambel (Art. 31 Abs. 2) heranzuziehen. Letztere bestätigt nicht nur die Ähnlichkeit zur Verfassung mit einem Hinweis auf Menschenrechte, sondern fordert auch „dass der einzelne gegenüber seinen Mitmenschen und der Gemeinschaft, der er angehört, Pflichten hat und gehalten ist, für die Förderung und Achtung der in diesem Pakt anerkannten Rechte einzutreten“. Indirekt lässt sich Art. 5 Abs. 1 ICESCR auch so verstehen, dass die Auslegung einzelner Rechte des Pakts nicht zur unangemessenen Beeinträchtigung anderer kodifizierter Rechte führt. Damit zeigt der Pakt nicht unmittelbar auf eine ethische Betrachtungsweise von Menschenrechten. Vielmehr nutzt auch dieses Regelwerk den Mechanismus der (eigenverantwortlichen) Abwägung bzw. Verhältnismäßigkeit, verschiedene Interessen auszugleichen.

Beachtenswert erscheint ebenso die Präambel der Verfassung der UNESCO. Da es sich bei der UNESCO um eine Sonderorganisation i.S.d. Art. 53, 67 UNCh handelt und diese über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, hat das Regularium entsprechend Gewicht. Die Präambel selbst gibt einen Aufschluss darüber, welches Verständnis sich die UNO in kulturellen Belangen gibt. Dabei fallen zwei Passagen ins Auge:

*„Der große furchtbare Krieg, der jetzt zu Ende ist, wurde nur möglich, weil die demokratischen Grundsätze der Würde, Gleichheit und gegenseitigen Achtung aller Menschen verleugnet wurden und an deren Stelle unter Ausnutzung von Unwissenheit und Vorurteilen die Lehre eines unterschiedlichen Wertes von Menschen und Rassen\* propagiert wurde.“<sup>38</sup>*

Neben den menschenrechtlichen Werten der Würde und Gleichheit aller Menschen weist dieser Abschnitt deutlich auf die Vermeidung einer Diskriminierung durch Abstammung, Ethnien oder unterschiedliche Glaubensrichtungen hin.

*„Die weite Verbreitung von Kultur und die Erziehung zu Gerechtigkeit, Freiheit und Frieden sind für die Würde des Menschen unerlässlich und für alle Völker eine höchste Verpflichtung, die im Geiste gegenseitiger Hilfsbereitschaft und Anteilnahme erfüllt werden muss.“*

Der darauf folgende Abschnitt lenkt den Blick daher auf die Überwindung einer Diskriminierung durch die Verbreitung von Kultur mit Rücksicht bzw. Respekt auf Werte wie Gerechtigkeit, Freiheit, Frieden und Würde. Liest man den Sinn beider Abschnitte zusammen, ist erkennbar, dass die Verbreitung und der Schutz von Kultur, Wissenschaft und Bildung stets mit einer Auseinandersetzung kulturell-historischer Kontexte einhergeht. Nur so kann der Respekt und Frieden interkulturell gewahrt werden; die Würde der Menschen oder damit ganzer Völker bzw. Kulturen bleibt erhalten.

38 Anmerkung der UNESCO zum Begriff „Rasse“: „Der Begriff ‚Rasse‘ wird in der UNESCO-Verfassung dreifach verwendet, da es sich um ein historisches Dokument handelt. Dieser veraltete Sprachgebrauch suggeriert fälschlich die tatsächliche Existenz verschiedener menschlicher Rassen, was nach einhelliger wissenschaftlicher Überzeugung und gemäß vieler Veröffentlichungen der UNESCO nicht zutrifft.“

Zugleich fungiert der Gehalt der Abschnitte als negative Definition wissenschaftlicher Praktiken: Wissenschaftliche Handlungen, die diese Werte verkennen, sind nicht mit den Werten der UNESCO – und damit völkerrechtlich festgehaltenen ethischen Grundwerten, vgl. auch der ICESCR – vereinbar. Im Ergebnis bietet die Präambel der UNESCO-Verfassung den idealen Boden zur Anwendung der CARE-Prinzipien. Dennoch verbleiben die Prinzipien in ihrem nicht-gesetzlichen Rahmen und dienen auch hier nur als Richtschnur.

In der Gesamtschau weist das Völkerrecht im Hinblick auf Menschenrechte wie das Verfassungsrecht Grundlagen auf, die auf ein Ausbalancieren verschiedener Interessen hindeuten. Die aufgezeigten Regularien haben im Vergleich zum Grundgesetz aber einen deutlichen kulturellen Bezug, der sich durch die supranationale Wirkweise völkerrechtlicher Verträge noch verstärkt. Sie bieten damit den Nährboden für eine Einbeziehung der CARE-Prinzipien als Teil der Abwägungen. Ein besonderes Bewusstsein in ethischer oder kultureller Hinsicht fordern die Vertragsklauseln aber nicht.

## 2. Unionsrecht

### a) Primärrechtliche Ansätze

Das Unionsrecht könnte mit seiner territorialen Nähe für die Untersuchung nützlicher sein. Zumindest scheint die Anwendung der Prinzipien vor allem in der europäischen Forschung verbreitet zu sein.<sup>39</sup> Ob die EU mit ihren Entschlüssen in Art. 179 ff. AEUV hierzu positiv beiträgt, ist ungewiss. Dennoch durchzieht das unionsrechtliche Regelungskonstrukt aus AEUV, GRCh und EMRK durchgehend eine Förderung und grundrechtliche Privilegierung der Wissenschaft: Schon die unionspolitische Ausrichtung durch Art. 179 AEUV bezieht die Wissenschaft und Forschung ein, begreift sie in Abs. 1 aber ersichtlich als Wirtschaftsfaktor – weniger in seiner allgemeinbildenden Wirkung. Auch ein Bezug zu Art. 167 AEUV, dem allgemeinen Bekenntnis der EU zur Stärkung des eigenen kulturellen Erbes und der kulturellen Vielfalt, lässt sich höchstens systematisch herstellen. So wäre es denkbar, die Wahrung, Förderung und Kenntnisverbreitung europäischer Kulturen gem. Art. 167 Abs. 2, 4 AEUV im Kontext des Art. 179 AEUV zu lesen; Forschung könnte den kulturfördernden Zwecken des Art. 167 AEUV dienen. Inhaltlich bietet Art. 179 Abs. 2 AEUV selbst mit dem eher forschungsbezogenen Hinweis auf eine Unterstützung des intra- und interdisziplinären Austausches aber wenig Raum. Zudem wird auch mit Blick auf Förderinstrumente der EU in der Regel klar zwischen Kultur und Forschung unterschieden.

Sinnvoll erscheint es daher, den Blick auf das europarechtliche Pendant des Art. 5 Abs. 3 GG – namentlich Art. 13 GRCh und Art. 10 EMRK – heranzuziehen. Beide erfassen qua Schutzbereich mit ihrem Wissenschaftsbegriff Forschung und Lehre als aka-

<sup>39</sup> Vgl. Beer, Anwendbarkeit der FAIR Data Principles auf digitale Sammlungen in deutschen Forschungsmuseen, S. 15.

demische Freiheiten. Wissenschaft wird aber, anders als im verfassungsrechtlichen Verständnis des Bundesverfassungsgerichts, als „methodisch geleitetes Generieren neuen Wissens“<sup>40</sup> verstanden. Wiederum der nationalen Wissenschaftsfreiheit ähnlich ist Art. 13 GRCh aufgrund seiner Nähe zu den Kommunikationsfreiheiten und der Kunst ein Toleranzgedanke immanent. „Zum einen gewährleistet die Wissenschaftsfreiheit jenseits bloßer Toleranz auch die personale Verwirklichung des Wissenschaftlers. [...] Zum anderen kann wissenschaftlicher Fortschritt mit seinem Nutzen für das Gemeinwesen nur von freier Wissenschaft erwartet werden.“<sup>41</sup> Gerade letzterer Punkt beschwört mit den Vorgaben des Art. 52 GRCh die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Einbeziehung gesellschaftlich-kultureller Interessen (siehe Art. 167 AEUV) herauf. Das unionsrechtliche Primärrecht weist damit aber ebenso wenig konkrete Angriffspunkte auf wie das nationale Verfassungsrecht.

## b) PSI-Richtlinie

Den ersten konkreten Anhaltspunkt zur Anwendung der Prinzipien enthält das Sekundärrecht in Form der PSI-Richtlinie (EU) 2019/1024: Die Richtlinie selbst legt den harmonisierenden Grundstein für eine breite „Weiterverwendung von öffentlichen und öffentlich finanzierten Informationen“ (ErwGr 3) zur „Ausschöpfung des Potenzials der Informationen des öffentlichen Sektors für die europäische Wirtschaft und Gesellschaft“ (ErwGr 4). An einer Förderung des Gemeinwohls entlang des (unions-)verfassungsrechtlichen Verständnisses der Wissenschaftsfreiheit bestehen keine Zweifel.

Konkret besteht der Grundstein im Herausbilden eines normierten Open-Data-Konzepts: Das Konzept „bezeichnet nach dem allgemeinen Verständnis Daten in einem offenen Format, die von allen zu jedem Zweck frei verwendet, weiterverwendet und weitergegeben werden können.“ (ErwGr 16) Zugleich implementiert die Richtlinie mit ihrer Definition der Forschungsdaten auch den FAIR-Grundsatz als Maßgabe für die „Politik des offenen Zugangs“. Offener Zugang in der wissenschaftlichen Praxis bedeutet danach nicht nur „Forschungsergebnisse dem Endnutzer kostenlos und ohne Beschränkung der Verwendung und Wiederverwendung [...] online verfügbar zu machen“ sondern auch „dass die Planung des Datenmanagements gängige wissenschaftliche Praxis wird [...] um die Verbreitung von auffindbaren, zugänglichen, interoperablen und weiterverwendbaren [...] Forschungsdaten zu unterstützen“ (ErwGr 27, Art. 10 Abs. 1). Korrelierend mit diesem Verständnis benennt die Richtlinie normativ die einzelnen FAIR-Kriterien (Art. 5 Abs. 1 S. 1) sowie den Grundsatz „open by design and by default“ (Art. 5 Abs. 2) für das Verfassen und Zurverfügungstellen von Dokumenten. Systematisch könnte der Grundsatz des Art. 5 Abs. 2 auch als Vertiefung des FAIR-I – also der Interoperabilität – gelesen werden. Dafür könnte eine Parallele zu den Prinzipien „Privacy by Design“ und „Privacy by Default“ in Art. 25 DSGVO sprechen, die sich ebenfalls auf den technischen Aspekt des Datenschutzes – die Da-

40 So Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (6. Aufl. 2022), Art. 13 GrCh Rn. 6.

41 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (6. Aufl. 2022), Art. 13 GrCh Rn. 7 m.w.N.

tensicherheit – beziehen.<sup>42</sup> Dagegen spricht allerdings, dass ErwGr 16 der Richtlinie das Open-Data-Konzept vorstellt und die Erläuterung in selbiger Formulierung kulminiert. Liest man sowohl die Definition des offenen Formats (Art. 2 Nr. 14) als auch des formellen, offenen Standards (Art. 2 Nr. 15) hinein, ergibt sich zumindest eine gewisse Janusköpfigkeit der Formulierung; Dokumente wären dann sowohl aus technischer wie inhaltlicher Sicht offen zu erstellen. Mehr noch zeigt Absatz 2 eine Zukunftstendenz auf, während Absatz 1 sich nur auf bestehende Dokumente bezieht. Warum hier nicht erneut mit den FAIR-Prinzipien gearbeitet wurde, erschließt sich nicht.

Die nationale Umsetzung der PSI-Richtlinie gelang 2021 durch §§ 12a, 19 EGovG und das Datennutzungsgesetz (DNG). Während sich § 12a EGovG ausschließlich an Bundesbehörden richtet<sup>43</sup>, adressiert das Datennutzungsgesetz alle öffentlichen Stellen, Unternehmen der Daseinsvorsorge und mit öffentlichen Geldern finanzierte Hochschulen und Forschungseinrichtungen – § 2 Abs. 2 DNG. Im Kern übernimmt das DNG den Wortlaut der PSI-RL, was an den Definitionen des § 3 (siehe Art. 2 PSI-RL), den Vorgaben zur Nichtdiskriminierung gem. § 5 (siehe Art. 11 PSI-RL) oder den Angaben zu verfügbaren Formaten in § 7 DNG (siehe Art. 5 PSI-RL) erkennbar ist. Besonders im letzten Fall hat die Gesetzgebung die FAIR-Kriterien übernommen, ohne diese nochmals gesondert zu benennen. Dem lässt sich durch eine richtlinienkonforme Auslegung des DNG im Hinblick auf ErwGr 27, Art. 10 Abs. 1 und 5 Abs. 1, 2 PSI-RL abhelfen. Inhaltliche Unterschiede ergeben sich damit keine, lediglich eine nationale Verortung der FAIR-Prinzipien durch die gezwungenermaßen erfolgte Umsetzung der PSI-RL.

### c) Data Governance Act

Spannender, wenn nicht gar komplizierter, wird die Gesamtschau durch den in Kraft getretenen Data Governance Acts VO (EU) 2022/868 (DGA) vom 30. Mai 2022 erweitert. Auch dieser fokussiert im Anwendungsbereich die Weiterverwendung von Daten bestimmter Datenkategorien (Art. 1 Abs. 1 lit. a), schafft aber zusätzlich einen Rechtsrahmen zur Förderung dieser Datenquellen – u.a. mittels Datenaltruismus (Art. 1 Abs. 1 lit. c, Art. 16 ff). Anders als bei der PSI-RL werden aber nicht öffentliche Institutionen zur Weitergabe ermächtigt, sondern nur jene mit Daten aus den Kategorien des Art. 3 DGA. Dadurch kommt es zu einer nur partiellen Überlappung von PSI-RL und DGA, Grauzonen und einer ungewissen Einordnung des DNG. Schließlich wird das nationale DNG durch die unionsrechtliche Verordnung in Form des DGA

42 Vgl. *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Art. 25 DSGVO Rn. 16 f.; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 25 DSGVO Rn. 11. M.w.N. vertiefend zum Begriff auch *Vettermann*, Der grundrechtliche Schutz der digitalen Identität, S. 253 ff.

43 Vertiefend hierzu *Richter*, NVwZ 2017, 1408 ff.

verdrängt; es empfiehlt sich ähnlich zur Relation DSGVO–BDSG „ein Ausführungsgesetz zum DGA mit ergänzenden und klarstellenden Regelungen“.<sup>44</sup>

Die Prinzipien haben allerdings scheinbar eine nachgeordnete Rolle: „Die gemeinsamen europäischen Datenräume sollten dafür sorgen, dass Daten auffindbar, zugänglich, interoperabel und weiterverwendbar sind (im Folgenden ‚FAIR-Datengrundsätze‘) [...]“ – so hebt die EU in ErwGr 2 auch hier die FAIR-Prinzipien hervor. Zur Verwirklichung tragen die Regelungen im Einzelnen aber nur mittelbar bei. Beispielsweise gehört die Interoperabilität zu den Anforderungen an Datenvermittlungsdienste (Art. 12 lit. d), ähnlich auch der Zugang (Art. 12 lit. f). Den Zugang betreffend gelingt es der Europäischen Gesetzgebung aber nicht, das hier diskutierte FAIR und das wettbewerbsrechtliche „fair“ i.S.e. Fairness auseinanderzuhalten. So formuliert besagter Art. 12 lit. f DGA, „dass das Verfahren für den Zugang zu seinem Dienst sowohl für betroffene Personen als auch für Dateninhaber sowie für Datennutzer – auch in Bezug auf die Preise und die Geschäftsbedingungen – fair, transparent und nichtdiskriminierend ist“. Regelungen der Transparenz und Nichtdiskriminierung werden aber zugleich mit den FAIR-Prinzipien assoziiert, blickt man in die Gesetzgebungshistorie der PSI-RL und darin ErwGr 16 und 20; die gerechte, angemessene und nichtdiskriminierende Weitergabe ist vielmehr im Open-Data-Konzept zu verstehen. Verständlicher Weise reflektiert der DGA an dieser Stelle auch den institutionellen Regulierungsrahmen der Art. 10 ff. DGA zur Regulierung von Datenvermittlungsdiensten. Damit durchbricht er jedoch den zuvor selbst initiierten Duktus. Dass die FAIR-Prinzipien zusätzlich nur im Konjunktiv (ErwGr 2: „sollten“) Berücksichtigung finden und in der Entwurfsfassung<sup>45</sup> noch nicht einmal benannt wurden, kann wohl als Rückschritt aufgefasst werden. Zu einer Rechtsklarheit der Stellung der Prinzipien trägt die uneinheitliche Implementierung jedenfalls nicht bei.

#### d) Zwischenfazit

Schlussendlich lässt sich erkennen, dass die FAIR-Prinzipien sukzessiv Eingang in die Europäische Gesetzgebung gefunden haben. Während die PSI-RL die Anwendung der FAIR-Prinzipien in Erwägungsgründen und Regelungen vorsieht, dies sogar durch die nationale Gesetzgebung übernommen wird, gelingt der Erhalt als Leitlinie durch den DGA nur mäßig. Die so überwuchernden Regelungen der Verordnung lassen die Ernsthaftigkeit einer Etablierung der internationalen Prinzipien als Maßstab der Europäischen Open-Data-Bewegung vermissen. Damit verkommen die Prinzipien (erneut) nur zum branchenspezifischen Standard, an dem sich die Forschenden eigenständig und aus einer intrinsischen Motivation – wenn nicht gar aus einem Forschungsethos heraus – orientieren.

<sup>44</sup> Richter, ZD 2022, 3 (7).

<sup>45</sup> Siehe <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0767>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

### 3. Hochschulrecht

Dementsprechend erscheint es sinnvoll, gesetzliche Vorschriften für einen Teil der Adressat:innen zurate zu ziehen, namentlich die Hochschulen als Wurzeln der wissenschaftlichen Ausbildung und Karrieren. Nach einer kurzen Einführung über das Unions- und Verfassungsrecht wird sich auf die landesgesetzlichen Regelungen und deren Potenzial fokussiert.

Das unionsrechtliche Primärrecht könnte sich prinzipiell dafür eignen, eine Leitlinie für die Forschung im europäischen Kontext zu formulieren. Blickt man in Art. 165 Abs. 1 AEUV, ist das Bewusstsein für den gesellschaftlichen Einfluss der eigenen Forschung nur mittelbar eingewebt. Die Förderung der Forschung erfolge danach stets unter „striktter Beachtung der Verantwortung der Mitgliedstaaten [...] der Vielfalt ihrer Kulturen und Sprachen“. Wenngleich hier scheinbar das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV durchschimmert, ist der Bezug der Sprachen und Kulturen wegen Art. 165 Abs. 2 Spiegelstrich 1 AEUV nur auf die Mitgliedsstaaten selbst bezogen zu verstehen.<sup>46</sup> Ein Bewusstsein der Forschung für die interkulturellen Bezüge über die europäischen Grenzen hinaus – und damit eine Anlehnung an die CARE-Prinzipien – ist also nicht hineinzulesen.

Maßgeblich kann damit nur noch das nationale Gefüge des Hochschulrechts sein. Unabhängig von den verfassungsgerichtlich geprägten und zentralen Werten der Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG prägt die Regelungsstruktur der Föderalismus; gem. Art. 70 Abs. 1, 30 GG liegt die Gesetzgebung hierfür bei den Ländern. Dem Bund war es in der Vergangenheit lediglich möglich, nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a GG a.F. mittels Hochschulrahmengesetz (HRG) grobe Vorgaben zu machen; heute ist es mit Blick auf Art. 125b GG und der Abweichungskompetenz der Länder gem. Abs. 1 S. 3 mit einer Richtlinie (nicht im gesetzlichen Sinne) vergleichbar. Dennoch zeigt sich schon hier die Prägung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, da in § 22 S. 2 HRG die im Urteil um das Hessische Universitätsgesetz<sup>47</sup> diskutierte Folgen-Klausel – hier zu sogleich – paraphrasiert wird.

Den Ländern steht es gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 Var. 2 GG zu, eigene Regelungen für die Hochschulen und Universitäten zu erlassen und damit vom HRG abzuweichen. Alle Länder besitzen eigene Hochschulgesetze, die sich z.T. auch auf eine besondere landesverfassungsrechtliche Verankerung stützen. Einerseits wird der Verweis auf Art. 5 Abs. 3 GG und die dahinter stehenden (verfassungsgerichtlichen) Werte genutzt<sup>48</sup>, andernorts auch eine eigene Regelung geschaffen<sup>49</sup>. Bemerkenswert ist dazu aber, die Förderung von Wissenschaft und Forschung in die Staatszielbestimmungen der Länder einzubinden – so z.B. Art. 140 Abs. 1 BayVerf, Art. 5 Abs. 1 NDSVerf. Dennoch ergibt sich in dieser Hinsicht ein recht homogenes Niveau, das ungeachtet

46 *Niedobitek*, in: Streinz, EUV/AEUV (3. Aufl. 2018), Art. 165 AEUV Rn. 53.

47 BVerfGE 47, 327 ff.

48 Bspw. Art. 2 Abs. 1 BWVerf, Art. 4 Abs. 1 NRWVerf.

49 Bspw. Art. 108 BayVerf, Art. 10 HessVerf.

der heterogenen Regelungsweise durch die erwähnte höchstrichterliche Rechtsprechung zum Hochschulrecht geprägt ist.<sup>50</sup>

In den Landesregelungen selbst spiegelt sich die Tendenz aus heterogener Regelungsweise und einem homogenen Niveau wider, wenngleich einige wenige Normen überdies bemerkenswert und daher in der nachfolgenden Übersicht hervorgehoben sind. Zum Verständnis seien folgende Definitionen mitzugeben:

- Die „**allgemeine Verbreitungsklausel**“ bezeichnet die Formulierung in den Landesgesetzen, dass die „Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung“<sup>51</sup> Teil der Forschung des Art. 5 Abs. 3 GG ist. Damit wird letztlich indirekt auf den Distributionsweg verwiesen, der je nach den Prinzipien der Forschungsdisziplinen in **Open Access** oder konform mit den FAIR- und CARE-Prinzipien erfolgen kann, aber nicht muss.
- Als „**allgemeine Folgenklausel**“ wird in der Übersicht die Regelung bezeichnet, dass Forschende in ihrer Forschung auch „die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse in der Praxis einschließlich der Folgen [berücksichtigen], die sich aus der Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse ergeben können.“<sup>52</sup> Alle derartigen Regelungen greifen das Dictum des BVerfG hinsichtlich des Hessischen Universitätsgesetzes<sup>53</sup> auf: Eine landesgesetzliche Verpflichtung von Wissenschaftler:innen an Universitäten zum Mitbedenken gesellschaftlicher Folgen der Forschungsergebnisse ist mit dem Grundgesetz vereinbar, sofern sie verfassungskonform ausgelegt wird. Alle Formulierungen der Länder – von der allgemeinen Benennung möglicher Folgen wie der konkreten Verpflichtung in § 7 Abs. 1 S. 4 und 5 BremHG – sind also so zu verstehen, dass sich das Mitbedenken auf „verfassungsrechtlich geschützte Gemeinschaftsgüter beschränkt, deren Beeinträchtigung bei der im Einzelfall gebotenen Abwägung nach der Wertordnung des Grundgesetzes schwerer wiegt als die dem Wissenschaftler auferlegte Verpflichtung.“<sup>54</sup> So gesehen verweist § 5 Abs. 5 BerLHG recht konkret auf die Abwägung (verfassungs-)rechtlicher Interessen im Einzelfall, während sie anderweitig nur hineinzulesen ist. In jedem Fall müssen Forscher:innen sich die gesellschaftlichen Bedenken der Forschungsmaterie nach aufdrängen. Dies kann auch durch eine **Ethikkommission**, wie sie u.a. § 4 Abs. 2 LHG SH vorsieht, näher untersucht und abgewogen werden.

50 Siehe nur die Übersicht von *von Coelln*, in: von Coelln/Schemmer, BeckOK Hochschulrecht NRW (Stand: 01.06.2022), HG Grundlagen des Hochschulrechts NRW Rn. 111 ff.

51 So z. B. § 3 Abs. 2 BWLHG.

52 So z. B. § 40 Abs. 1 S. 2 BWLHG.

53 Originale Formulierung des § 6 HUG a.F.: „§ 6 – Informationsverpflichtung – Alle an Forschung und Lehre beteiligten Mitglieder und Angehörigen der Universitäten haben die gesellschaftlichen Folgen wissenschaftlicher Erkenntnis mitzubedenken. Werden ihnen Ergebnisse der Forschung, vor allem in ihrem Fachgebiet bekannt, die bei verantwortungsloser Verwendung erhebliche Gefahr für die Gesundheit, das Leben oder das friedliche Zusammenleben der Menschen herbeiführen können, so sollen sie den zuständigen Fachbereichsrat oder ein zentrales Organ der Universität davon unterrichten.“

54 BVerfGE 47, 327 (380).

Bundesland	Regelungen	Bemerkungen
Baden-Württemberg	§§ 3, 40 ff BWLHG	allg. Verbreitungsklausel in. § 3 Abs. 2; allg. Folgenklausel in. § 40 Abs. 1 S. 2 a.E.
Bayern	Art. 3, 6 ff BayHIG	allg. Verbreitungsklausel in. Art. 20, 21 i.V.m. Hochschulsatzung; keine Klausel zur Folgenverantwortung
Berlin	§§ 5, 37 ff BerlHG	allg. Verbreitungsklausel in. § 5 Abs. 2; <b>Beachtung der Rechte Anderer</b> gem. § 5 Abs. 5; allg. Folgenklausel in. § 37 Abs. 1 a.E.; Analyse von Problemen in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens gem. § 37 Abs. 2; klare <b>Open-Access-Regelung</b> in §§ 37 Abs. 5, 41 Abs. 2 und 3 – Parallelen zu FAIR auch in § 38a
Brandenburg	§§ 4, 35 f BbgHG	allg. Verbreitungsklausel in § 4 Abs. 2 S. 1; allg. Folgenklausel in. § 35 Abs. 1 S. 2; Einbindung einer <b>Ethikkommission</b> gem. § 64 Abs. 3
Bremen	§§ 7, 70 ff BremHG	allg. Verbreitungsklausel in. § 7 Abs. 2 S. 1; ausdrückliche Folgenklausel in § 7 Abs. 1 S. 4 und 5; allg. Folgenklausel in § 70 Abs. 1 S. 2; <b>Open Access</b> gem. § 75 Abs. 5
Hamburg	§§ 11, 73 ff HmbHG	allg. Verbreitungsklausel in § 11 Abs. 2; allg. Folgenklausel in § 37 S. 4
Hessen	§§ 33 ff HessHG	allg. Verbreitungsklausel in § 33 Abs. 1; allg. Folgenklausel in § 1 Abs. 3; Einbindung einer <b>Ethikkommission</b> gem. § 59
Mecklenburg-Vorpommern	§§ 45 ff LHG M-V	allg. Verbreitungsklausel in. § 5 Abs. 2; allg. Folgenklausel in § 45 Abs. 1; Publikationen sollen „ <b>der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden</b> “, § 48 Abs. 2
Niedersachsen	§§ 3–5, 22 NHG	Verbreitung nur mittelbar in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 4 und 10 adressiert; keine Klausel zur Folgenverantwortung
Nordrhein-Westfalen	§§ 4, 70 ff HG NRW	allg. Verbreitungsklausel in. § 4 Abs. 2 S. 1 und § 70 Abs. 3 S. 1; allg. Folgenklausel in § 70 Abs. 1 a.E.
Rheinland-Pfalz	§§ 3, 12 ff HochSchG	allg. Verbreitungsklausel in § 3 Abs. 2 S. 1; allg. Folgenklausel in § 12 Abs. 1 S. 2, mittelbar auch § 3 Abs. 7 S. 1
Saarland	§§ 5, 73 ff SHSG	allg. Verbreitungsklausel in § 5 Abs. 2 und § 73 Abs. 2; allg. Folgenklausel in § 73 Abs. 1 a.E.
Sachsen	§§ 4, 45 ff SächsHSFG	allg. Verbreitungsklausel in § 4 S. 2; allg. Folgenklausel in § 45 S. 2
Sachsen-Anhalt	§§ 3, 4, 23 ff HSG LSA	allg. Verbreitungsklausel in § 3 Abs. 8 S. 2; allg. Folgenklausel in § 23 S. 2 HSG LSA
Schleswig-Holstein	§§ 4, 36 f HSG SH	allg. Verbreitungsklausel in § 4 Abs. 3 S. 1; allg. Folgenklausel in § 36 Abs. 1; Hinweis auf „verantwortungsvollen Umgang“ und <b>Ethikkommission</b> in § 4 Abs. 2
Thüringen	§§ 8, 64 ff ThürHG	allg. Verbreitungsklausel in § 8 Abs. 2; allg. Folgenklausel in § 64 Abs. 1

Abschließend ein Blick auf die hervorgehobenen bemerkenswerten Regelungen, die zumindest mittelbar Bezug auf die Open-Data-Bewegung nehmen. Einen starken Bezug zur Transparenz der Forschung haben § 48 Abs. 2 LHG M-V mit der konkreten Forderung, dass Publikationen der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden, sowie § 75 Abs. 5 BremHG und §§ 37 Abs. 5, 41 Abs. 2, 3 BerlHG. Erstere schließt, wie erwähnt, zumindest mittelbar eine Veröffentlichung via Open Access ein. Letztere drücken sich weniger verklausuliert aus und benennen konkret das Open-Access-Modell und damit entsprechende Distributionswege für wissenschaftliche Publikationen (z.B. „Goldener Weg“ oder „Grüner Weg“).

Das BerlHG ist aber nicht nur in diesem Punkt fortschrittlich, sondern verweist zukunftsgerichtet zwischen den Zeilen auf die FAIR- und CARE-Prinzipien: § 41 Abs. 2 S. 1 BerlHG regt Hochschulen dazu an, den „uneingeschränkten und langfristigen Zugang zu wissenschaftlichen Texten, Forschungsdaten, Software und weiteren Forschungsergebnissen und -quellen sowie Lehr- und Bildungsmaterialien als Praktiken offener Wissenschaft (Open Science)“ zu fördern. Damit kommt die Definition des § 41 Abs. 2 S. 1 BerlHG der Umsetzung der PSI-Richtlinie am nächsten hinsichtlich des Open-Data-Begriffs (siehe ErwGr 16 PSI-RL). Bei der Veröffentlichung via Open Access sind gem. § 41 Abs. 3 S. 1 und 2 BerlHG auch ethische und rechtliche Bestimmungen oder sonstige Vereinbarungen zu berücksichtigen. Neben der klassischen Provenienz kommt es also auch darauf an, ob eine öffentlich zugängliche Verbreitung mit ethischen Maßstäben vereinbar ist. An dieser Stelle sind die CARE-Prinzipien eine dankbare Leitlinie für die Einbeziehung ethischer Maßstäbe und der Interessen indigener Völker; im Übrigen wäre hier die einzelfallbezogene Folgenabwägung anzustrengen.

Insgesamt lässt sich erkennen, dass auch in den Hochschulgesetzen (fast) keine feste Verankerung der FAIR- und CARE-Prinzipien zu finden ist. Allgemein lässt sich die Anwendung der nicht-gesetzlichen Prinzipien über die allgemeinen Verbreitungs- (dann FAIR) und Folgenklauseln (dann CARE) der Regelungen im Einzelnen bewerkstelligen. Eine Besonderheit stellt hier die Regelungstechnik des § 41 Abs. 2 und 3 BerlHG dar, die im Vergleich zu den übrigen Hochschulgesetzen konkret den Gedanken der PSI-Richtlinie und des Open Science implementiert. Damit ist das BerlHG auf der Höhe der Zeit, und leider auch allein auf weiter hochschulrechtlicher Flur.

#### 4. Urheberrecht und Lizenzgestaltung

Abschließend ist zu betrachten, ob die einzelnen Prinzipienkataloge nicht über Individualvereinbarungen in Form von Lizenzverträgen einbezogen werden können. Sodann käme es weniger auf die institutionsgebundene Vorgabe via Hochschulgesetz an, sondern vielmehr auf ein Hineinlesen der Forschungsfreiheit in die bestehenden Regelungen des Urheberrechts.

Zwei der FAIR-Prinzipien weisen einen unmittelbaren Bezug zum Urheberrecht auf: *accessibility* und *reusability*. Erstere trifft eine Aussage über den Zugang zu Daten.

Handelt es sich bei diesen Daten um die Repräsentation eines urheberrechtlich geschützten Werkes (§ 2 UrhG), ist das Recht der Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) betroffen, das grundsätzlich der Urheber:in exklusiv zusteht (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 UrhG). Die Nachnutzbarkeit betrifft das Kerngeschäft der Lizenz, nämlich die Einräumung von Nutzungsrechten (primäres Urhebervertragsrecht). Auch hier liegt die Befugnis zunächst bei der Urheber:in (§ 31 UrhG). Insofern ergibt sich für die beiden FAIR-Prinzipien ein Mitspracherecht bzw. Vorbehalt der Urheber:in. Die FAIR-Prinzipien bilden für sich keine urheberrechtliche Schranke; es fehlt ihnen an Normativität. Um geschützte Werke online zugänglich zu machen, wird deshalb entweder eine entsprechende Lizenz der Urheber:in benötigt, oder eine einschlägige Schranke sichert die *accessibility*. Während es einerseits Schranken gibt, die einem abgegrenzten Publikum den Zugang zu Werken erleichtern wollen (z.B. in §§ 45a, 45b UrhG, Menschen mit Seh-, Lese- und anderen Behinderungen), und andererseits solche, die eine Nutzung im Rahmen des öffentlichen Diskurses ermöglichen wollen (§§ 48, 49, 50 UrhG) oder Unterricht und Lehre privilegieren (§§ 60a–d UrhG), ist der dauerhafte Online-Zugang zu geschützten Inhalten für die Allgemeinheit praktisch nur im Rahmen einer Lizenz möglich.

§§ 60e–f UrhG erlauben Archiven, Bibliotheken, Museen und Bildungseinrichtungen zwar, Werke aus eigenem Bestand für Zwecke der Zugänglichmachung zu vervielfältigen, nicht jedoch die Zugänglichmachung im Internet, sondern – gemäß § 60e Abs. 4 UrhG – nur an Terminals in ihren Räumen.<sup>55</sup> Darüber hinaus gehende Online-Nutzungen bedürfen einer Lizenz. Hinsichtlich verwaister Werke eröffnen §§ 61–61c UrhG den Kulturerbeinrichtungen einen Weg, Werke, deren Rechteinhaber:innen auch durch eine sorgfältige Suche nicht festgestellt oder ausfindig gemacht werden konnten, online zugänglich zu machen. Des Weiteren gibt es seit 2021 die Möglichkeit, nicht verfügbare Werke online zu stellen.<sup>56</sup> Beides sind urheberrechtliche Instrumente, die innerhalb der FAIR-Prinzipien ihre Wirkung entfalten können, gleichzeitig diese Prinzipien aber auch begrenzen. Insbesondere die Zugänglichkeit wird durch die genannten Schranken nur teilweise (vor Ort innerhalb der Institution) eröffnet, nicht hingegen der freie Zugang über das WWW.

Ähnlichen Beschränkungen ist die *reusability* unterworfen. Hier geht es aus urheberrechtlicher Sicht um das sekundäre Urhebervertragsrecht, das die Rechtsbeziehungen zwischen Erstverwerter und den Folgeverwertern erfasst.<sup>57</sup> Für geschützte Inhalte gibt es keine Schranke, die eine freie Verwertung bzw. Nachnutzung vorsieht, da dies letztlich darauf hinauslaufen würde, das Urheberrecht auszuhebeln. Hier bieten sich

55 Näher Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60e Rn. 17; Jani, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60f Rn. 53–55.

56 Hierzu ist nunmehr die Verordnung über ergänzende Bestimmungen zur Nutzung nicht verfügbarer Werke nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Verwertungsgesellschaftengesetz (Nicht-verfügbare-Werke-Verordnung – NvWV) erlassen worden (BGBl. I, 2023, Nr. 65 v. 15.03.2023), die zum 01.06.2023 in Kraft tritt.

57 Berger, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 4.

alternativ zu den Creative-Commons-Lizenzen als Bausteine die Rights Statements an, die auf bestehende Urheberrechte aufmerksam machen können.<sup>58</sup>

Gleichwohl stellt sich die Frage nach der Rolle der FAIR-Prinzipien bei der Zugänglichmachung gemeinfreier Werke im Kontext der adäquaten Lizenz. Das praktische Dauerproblem der Rechtsanmaßung, konkret: dass Kulturerbe-Institutionen gemeinfreie Inhalte unter einer CC-Lizenz publizieren, wird von den FAIR-Prinzipien nicht immer berührt. Für die *reusability* ist es praktisch folgenlos, ob ein Werk unter der Public Domain Mark oder einer CC0-Lizenz online gestellt wird. Anders stellt sich allerdings der Sachverhalt dar, ein gemeinfreies Werk unter einer der einschränkenderen CC-Lizenzen zugänglich zu machen. Dies entspricht nicht den CC-Lizenzbedingungen: Die Lizenz greift mangels lizenzierbaren Werks ins Leere.<sup>59</sup> Es widerspricht außerdem den FAIR-Prinzipien.

Zu differenzieren ist wiederum die Rolle einiger verwandter Schutzrechte, welche Containermedien regulieren (z.B. Tonträger, § 85 UrhG, oder Datenbanken, § 87b UrhG), Werke reproduzieren (etwa der Lichtbildschutz, § 72 UrhG) oder Werkaufführungen (etwa der Schutz des ausübenden Künstlers, § 74 UrhG) und deren Speichermedien (z.B. § 77 UrhG) betreffen. Diese Rechte stehen einer freien Nutzung des integrierten Inhalts auf einer weiteren Ebene entgegen. Vereinzelt ist diese „Schutzschicht“ abgebaut worden: Seit dem Sommer 2021 werden Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke nicht (mehr) durch verwandte Schutzrechte geschützt. § 68 UrhG verhilft diesbezüglich den FAIR-Prinzipien faktisch zu einer einfacheren Realisierung.

So ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass einige urheberrechtliche Schranken für Wissenschaft, Forschung und Lehre Nutzungsmöglichkeiten einräumen, die gewissermaßen als geschützte *reusability*-Container dienen. Innerhalb dieser Reservate können sich dann die FAIR-Prinzipien entfalten, nicht jedoch darüber hinaus. Beispiele dafür liegen in Nutzungen für Unterricht und Lehre (§ 60a UrhG) sowie innerhalb abgegrenzter Gruppen für die wissenschaftliche Forschung (§ 60c UrhG), im Text und Data Mining für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung (§ 60d UrhG) sowie der Bereitstellung im Rahmen der Forschungs- und Vermittlungsarbeit von Kulturerbe-Institutionen (§§ 60e–f UrhG). Inhaltlich stehen die FAIR-Prinzipien damit in großer Nähe zu den Grundsätzen guter wissenschaftlicher Praxis. Eine eigene urheberrechtliche Schranke bilden sie nicht, wenngleich sie relevante Kontaktflächen zum bestehen-

58 Siehe <https://rightsstatements.org/de>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023. Ein von *Ellen Euler* erstellter zusammenfassender praktischer Entscheidungsbaum zu den Rights Statements findet sich in den Wikimedia Commons unter [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Workflow\\_Chart\\_Rights\\_Statements.png](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Workflow_Chart_Rights_Statements.png), zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

59 Abschnitt 8 Buchst. a der CC-BY Lizenz 4.0 lautet: „For the avoidance of doubt, this Public License does not, and shall not be interpreted to, reduce, limit, restrict, or impose conditions on any use of the Licensed Material that could lawfully be made without permission under this Public License.“ Mit anderen Worten ändert eine CC-Lizenz nichts an einer bestehenden Gemeinfreiheit.

den urheberrechtlichen System aufweisen. Insbesondere für die Lizenzwahl und -gestaltung dürften sie eine wachsende Rolle spielen.

Zwei Schutzrechte für wissenschaftliche Leistungen regeln freilich Konstellationen, die unmittelbar die FAIR-Prinzipien betreffen: Der Schutz wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70 UrhG) und nachgelassener Werke (§ 71 UrhG). Verfasser:innen wissenschaftlicher Ausgaben gemeinfreier Werke genießen ein fünfundzwanzigjähriges Leistungsschutzrecht an dieser Werkausgabe.<sup>60</sup> Erstherausgeber:innen nachgelassener gemeinfreier Werke (die also mindestens 70 Jahre nicht von den Erben publiziert wurden) erhalten ebenfalls für 25 Jahre „das ausschließliche Recht, das Werk zu verwerten“ (§ 71 Abs. 1 S. 1). Beide Leistungsschutzrechte widersprechen unmittelbar den FAIR-Prinzipien, welche den offenen Zugang zu wissenschaftlichen Leistungen einfordern. Die wissenschaftlichen Leistungsschutzrechte beschneiden speziell die *reusability*, betreffen aber auch die anderen Prinzipien des Bündels, indem sie den Zugang zu dem Container eigentlich gemeinfreier Werke einschränken. Sie wirken wie eine leistungsschutzrechtliche Brandmauer gegen die FAIR-Prinzipien und müssen sich deshalb die Frage gefallen lassen, ob sie noch zeitgemäß sind.<sup>61</sup> Die historische Gesetzesbegründung sieht das Schutzbedürfnis in der bedeutenden wissenschaftlichen Arbeit und der Aufwendung hoher Kosten für wissenschaftliche Ausgaben und dem erheblichen Arbeits- und Kostenaufwand für die Herausgabe nachgelassener Werke.<sup>62</sup> Diese Begründung ist mittlerweile über 60 Jahre alt und gibt nicht mehr die Realität drittmittelfinanzierter Forschung wieder, die faktisch oft unter dem Vorbehalt einer Open-Access-Publikation steht (siehe hierzu obige tabellarische Übersicht). So ist festzuhalten, dass die §§ 70, 71 UrhG zwar ungeachtet der FAIR-Prinzipien weiterhin gelten, sich aber ein Reformbedürfnis abzeichnet, dass sich aus den aktuellen Anforderungen und Rahmenbedingungen der Wissenschaft ableitet. Für visuelle Werke ist das Schutzrecht an nachgelassenen Werken bereits durch § 68 UrhG eingeschränkt. Die Wertung, dass gemeinfreie visuelle Werke ungeachtet ihrer fotografischen Repräsentation frei nutzbar sein sollen, setzt sich hier durch.<sup>63</sup> Eine entsprechende Norm, die auch andere Werkarten einschließt, ist deshalb gut vorstellbar.

## 5. CARE-Prinzipien, Urheberrecht und die Entwicklung neuer Sui-generis-Rechte

Die CARE-Prinzipien beruhen, anders als das Urheberrecht, nicht auf dem Konzept individueller Schöpfung<sup>64</sup>, sondern sollen Mitspracherechte indigener Gemeinschaften

60 Es handelt sich notwendigerweise um Ausgaben gemeinfreier Werke – für schöpferische Leistungen gilt der urheberrechtliche Werkschutz aus § 2 Abs. 1 UrhG; siehe u.a. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 70 Rn. 5.

61 v. Becker, in FS Gernot Schulze (2017), 201–206, schildert die Konstellation, dass das Recht an einem nachgelassenen gemeinfreien Werk die wissenschaftliche Ausgabe jenes Werkes sperrt, und plädiert aus diesem Grund für die Abschaffung des § 71 UrhG.

62 BT-Drs. IV/270, 87.

63 Dreier, in Dreier/Schulze, UrhG, § 71 Rn. 2a.

64 Auch die Berner Übereinkunft schützt individuelle Rechte.

an „ihren“ Forschungsdaten sichern und über einen Erlaubnisvorbehalt die Integrität des indigenen Gewohnheitsrechts absichern.<sup>65</sup> Während die rechtlichen Herleitungen von Urheberrecht und CARE-Prinzipien also differieren, können die Effekte sehr ähnlich sein. Nutzungseinschränkungen lassen sich mit beiden Instrumenten begründen, und um solche Nutzungseinschränkungen geht es in der vorliegenden Konstellation.<sup>66</sup> Einschlägig ist hierfür das „A“ aus den CARE-Prinzipien, *authority to control*. Hier wird das kultur- wie rechtswissenschaftlich komplexe Themenfeld der kulturellen Appropriation berührt, das im vorliegenden Beitrag nur gestreift werden kann.

Wie gesehen entfalten die CARE-Prinzipien aus sich heraus keine rechtlich bindende Wirkung. Es gibt allerdings Initiativen, um indigene Normen in staatliche Gesetzgebung zu integrieren oder zumindest das Verhältnis zu konkretisieren, beispielsweise Mustergesetze für den ozeanischen Kulturraum (*Guidelines for developing national legislation for the protection of traditional knowledge and expressions of culture based on the Pacific Model Law 2002*).<sup>67</sup> Diese Initiativen schlagen sich mittlerweile auch in konkreten Gesetzen nieder, welche die neuartigen Sui-generis-Rechte definieren und schützen.<sup>68</sup> Vanuatu beispielsweise schützt seit 2000 in Teil 7 des Copyright and Related Rights Act No. 42 „expressions of indigenous culture“. Nutzungen, für die keine ausdrückliche Schranke vorgesehen ist (Privatkopie, Präsenzlehre, ausschnittsweise Berichterstattung), müssen entweder vom National Cultural Council oder dem National Council of Chiefs genehmigt werden. Eine Speicherung und Abrufbarkeit in einer im Internet frei zugänglichen Datenbank gehört zu diesen Nutzungen.<sup>69</sup> In Panama etabliert das Gesetz seit 2000 ein besonderes System zum Schutz kollektiver indigener Rechte an Werken, performativen Riten und Wissen gegen kommerziellen Gebrauch.<sup>70</sup>

Somit lässt sich festhalten: In internationaler Perspektive haben sich einzelne Bestandteile der CARE-Prinzipien bereits gesetzlich konkretisiert. Die Entwicklung

65 Vgl. v. *Lewinski*, Neues Recht für überlieferte Kunst. Herausforderungen eines Rechtsschutzes für Folklore, in Weller et al. (Hg.), *Neue Kunst – Neues Recht*. Tagungsband des Siebten Heidelberger Kunstrechtstags am 22. und 23. November 2013, Baden-Baden 2014, S. 167 (168, 174); ferner *Ramsauer*, Geistiges Eigentum und kulturelle Identität, S. 3, der von kulturellem Bestandsinteresse spricht.

66 *Ramsauer*, Geistiges Eigentum und kulturelle Identität, S. 32, für den diese Ausschlussfunktion das entscheidende Kriterium dafür ist, die Analogie zum geistigen Eigentum zu ziehen, a.a.O., S. 174.

67 Sie sind bei der World Intellectual Property Organization (WIPO) abrufbar unter: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/spc/spc001en.html>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

68 Die dogmatische Stellung und die genauen Eigenschaften sind noch keineswegs international konsolidiert, siehe etwa die Beiträge in *Bizer/Lankau/Spindler* (Hg.), *Sui generis Rechte zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen* (2013), abrufbar unter: <https://books.openedition.org/gup/465>, zuletzt abgerufen am 10.03.2023.

69 Einzelheiten zur Gesetzgebung Vanuatus bei *Geismar*, *Treasured Possessions: Indigenous Interventions into Cultural and Intellectual Property*, 2013, Kap. 4.

70 Ley n° 20 del 26 de junio 2000, del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y se dictan otras disposiciones.

steht noch am Anfang, und es sind perspektivisch international weitere Sui-generis-Rechte für den indigenen Bestandsschutz zu erwarten.<sup>71</sup> Für die wissenschaftliche Forschung bedeutet dies zumindest die Auseinandersetzung mit den gewohnheitsrechtlichen Nutzungsvorbehalten bei der Einrichtung des Zugangs zu indigenen Forschungsdaten und einer entsprechenden Zugangs- und Nutzungskontrolle. In zahlreichen indigenen Gesellschaften wird spezifisches Wissen treuhänderisch von privilegierten Personen verwaltet. Diese Treuhand muss von der Wissenschaft ernst genommen und als Verantwortung angenommen werden. Eine Rechtspflicht hierzu besteht freilich erst in noch isolierten internationalen Ansätzen.

#### IV. Fazit

Schlussendlich bleibt eine feste, aber vor allem forschungsfreundliche Verankerung der Prinzipien in einzelnen Regelungen oder als Eckpunkte für Abwägungen abzuwarten. In der Zwischenzeit wirken die FAIR- und CARE-Prinzipien nur aus einer wissenschaftlichen Verantwortung heraus verpflichtend, sofern sich die Anwendung aus forschungsethischen Gründen aufdrängt.

Keiner der gezeigten europäischen oder nationalen Normenkomplexe enthält eine überzeugende und für Forscher:innen bindende Regelung. Die Regelungstaktik des BerHG zur Umsetzung der PSI-Richtlinie stellt eine absolute Ausnahme dar. In jedem Fall ist eine gesetzliche Implementierung wünschenswert, um die abstrakte Grundlage für die Entwicklung eines standardmäßigen Umgangs mit Forschungsdaten zu fördern und zu fordern. Gerade die abstrakte Formulierung der FAIR-Prinzipien gibt der Gesetzgebung die nötige Flexibilität, nicht umgehend auf jede neue Forschungspraxis einzugehen. Die CARE-Prinzipien können, sofern sie nicht durch die besondere Konstellation im Einzelfall durch ausländisches Recht Anwendung finden, nur über die schon abstrakte Klausel zur Berücksichtigung möglicher Folgen der eigenen Forschung eingebunden werden. Dadurch verlieren sie nicht den Leitlinien-Charakter, mit dem sie entworfen wurden. Neben einer stärkeren Verankerung einer Ethikkommission wäre hier denkbar, mit Leitlinien wie einer ethikbezogenen Version der „Leitlinien zur Sicherung einer guten wissenschaftlichen Praxis“ zu arbeiten. Auch die von *Imeri/Rizzoli* erwähnten Notices stellen eine sinnvolle Zwischenlösung dar.<sup>72</sup>

Dennoch ist darauf zu achten, dass sich einige Disziplinen nicht für die Anwendung der Prinzipien eignen. Während die Digital Humanities mit kulturhistorischen Schwerpunkten oft beide Prinzipien in den Blick nehmen, fallen Ergebnisse anderer Fachkulturen möglicherweise seltener unter das *reusable* der FAIR-Prinzipien. Eine verpflichtende Implementierung schlägt also dann u.U. fehl, wenn verschiedene Forschungsdisziplinen an die Prinzipien gebunden sein sollen. Die Formulierung müsste also derart offen sein, dass die Prinzipien disziplinspezifisch eingepasst werden kön-

71 Siehe etwa zur Entwicklung in Neuseeland *Lai*, *Indigenous Cultural Heritage and Intellectual Property Rights. Learning from the New Zealand Experience?* (2014).

72 *Imeri/Rizzoli*, *o|bib* 2022/2, S. 10.

nen. Jede andere gesetzliche oder faktisch verpflichtende Bindung führt gegebenenfalls langfristig zur Verkürzung der (unions-)grundrechtlich gewährleisteten Forschungsfreiheit. Eines ist jedoch klar: *Scientists should CARE about FAIR.*

**Zusammenfassung:** Die FAIR- und CARE-Prinzipien – sowie weitere Prinzipienbündel – erlangen zunehmend die Aufmerksamkeit bei der Forschung am und im Forschungsdatenlebenszyklus. Spätestens die konkrete Benennung in DFG- und BMBF-Ausschreibungen erzwingt die Auseinandersetzung mit den Prinzipien. Vor diesem Hintergrund ordnet der Beitrag die Prinzipienkataloge im rechtlichen Koordinatensystem ein. Im weiteren Verlauf heben die Autoren auch existente rechtliche Regelungen hervor, durch die die der Forschung genuinen Prinzipien hindurchschimmern. Dennoch können Hindernisse bei der Durchsetzung der Prinzipien gegenüber dem Recht aufgezeigt werden, weshalb das Fazit neben Empfehlungen nicht ohne Kritik verbleibt.

**Summary:** The FAIR and CARE principles – as well as other sets of principles – are increasingly gaining attention in research on and within the research data lifecycle. The recent mention of these principles in calls for proposals issued by the German Research Foundation (DFG) and the Federal Ministry of Education and Research suggests a closer examination. Against this background, the article identifies the (German) legal coordinates of the FAIR and CARE principles. The authors highlight existing legal regulations that allow to discern the principles, which inherently belong to an ethical research code of conduct. Moreover, legal obstacles to the implementation of the principles can be identified, which is why the conclusion both offers recommendations and highlights several critical aspects.



© Oliver Vettermann und Grischka Petri