

4 Regelungen für wissenschaftliche Forschung

Das Kapitel widmet sich der Beantwortung der Forschungsfrage 4.2:

Gehen Sie bitte auf den Begriff der „wissenschaftlichen Forschungszwecke“ (nach Erwägungsgrund 159 der EU-DSGVO) ein und beschreiben Sie, ob die Inhalte dieses Erwägungsgrundes zu einer anderen Interpretation des Begriffs „wissenschaftliche Forschung“ führen, als dies bisher der Fall war. Insbesondere bitten wir um einen Vergleich zu der Rechtsauffassung von Hr. Schneider auf Seite 97/98 (TMF-Veröffentlichung: U.K. Schneider, Sekundärnutzung klinischer Daten – Rechtliche Rahmenbedingungen, Band 12).

Im Rahmen wissenschaftlicher Forschung stellen sich nicht selten komplexe ethische und rechtliche Fragen. Wissenschaftliche Forschung endet nicht bereits dort, wo durch die Forschung in Grundrechte Dritter eingegriffen wird. Auch ist die Wissenschaftsfreiheit nicht unter Gesetzesvorbehalt gestellt.²⁶¹ Vielmehr ist eine Abwägung mit anderen Grundrechten und Grundwerten mit Verfassungsrang vorzunehmen. Diese privilegierte Stellung beruht auf der „Schlüsselfunktion, die einer freien Wissenschaft sowohl für die Selbstverwirklichung des Einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt“.²⁶²

²⁶¹ Antoni, in: Hömig/Wolff, Art. 5 Rn. 35.

²⁶² BVerfGE 35, 79 (113).

Wissenschaftliche Forschung beruht zwar nicht notwendigerweise, aber doch häufig auf der Verarbeitung personenbezogener Daten. Die Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung stehen sich dann als eigenständige Grundrechte gegenüber und können in Konflikt geraten. Auf Ebene der Europäischen Union sind es die Forschungsfreiheit aus Art. 13 Satz 1 GRCh und die Rechte aus den Art. 7 und 8 GRCh, die sich gegenüberstehen. Zudem ist das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 3 Abs. 1 GRCh zu beachten. Dieses fordert für medizinische Eingriffe nach Art. 3 Abs. 2 lit. a GRCh eine freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung. Der Gesetzgeber hat mit seinen Vorgaben zum Datenumgang in der wissenschaftlichen Forschung ein System geschaffen, das diese Grundrechte in einen fairen Ausgleich bringen möchte.

4.1 Die Bedeutung des Datenschutzes für die wissenschaftliche Forschung

Wissenschaftliche Forschung kann an vielen Stellen mit den Grundprinzipien des Datenschutzes in Konflikt geraten. So ist es beispielsweise oft nicht möglich, den Zweck für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Forschung bereits zum Zeitpunkt der Datenerhebung vollständig anzugeben.²⁶³ Dennoch ist ein wirksamer Datenschutz auch im Bereich der wissenschaftlichen Forschung zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen unverzichtbar.

4.1.1 Wissenschaft und Forschung in Charta und Grundgesetz

Im deutschen Verfassungsrecht gilt die „Wissenschaft“ als Oberbegriff zu Forschung und akademischer Lehre.²⁶⁴ Sie wird sehr weit²⁶⁵ definiert als „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versucht zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“.²⁶⁶

Die sprachliche Trennung zwischen Forschung und Lehre unter dem Oberbegriff der Wissenschaft findet sich auch in Art. 13 GRCh;²⁶⁷ der Aspekt der Lehre ist dabei im Begriff der „akademischen Freiheit“ enthalten.²⁶⁸ Dass die Charta

263 Erwägungsgrund 33 DSGVO.

264 S. BVerfGE 35, 79 (112); *Antoni*, in: Hömig/Wolff, Art. 5 Rn. 32; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 9.

265 So lasse sich mit der Definition „kaum etwas anfangen“; *Simitis*, in: ders., § 40 Rn. 35. Andererseits kommt der Weite der Definition auch die Funktion zu, offen für Wandel und Neuerung zu sein – s. auch *Schneider* 2015, 97.

266 BVerfGE 47, 327 (367).

267 *Jarass* 2016, Art. 13 Rn. 6; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 5.

268 *Jarass* 2016, Art. 13 Rn. 8. Nach *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 9 enthält die akademische Freiheit zudem eine Begrenzung des organisatorischen Zugriffs des Unionsgesetzgebers auf Universitäten und außeruniversitäre Forschungsstätten. Eine ähnliche Gewährleistung wird auch für Art. 5 Abs. 3 GG angenommen – s. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 81.

in Art. 13 GRCh nicht von „Lehre“ spricht, dient der Abgrenzung zu Art. 14 Abs. 3 GRCh, der die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten enthält.²⁶⁹

Art. 13 GRCh gilt als vom deutschen Grundgesetz „inspiriert“,²⁷⁰ was einerseits die Parallelen zwischen Charta und Grundgesetz erklärt, andererseits ermöglicht, die Auslegung zu Art. 5 Abs. 3 GG bis zu einem gewissen Grad auch zur Auslegung von Art. 13 GRCh heranzuziehen. Der Europäische Gerichtshof hat sich bisher nur peripher zur Wissenschaftsfreiheit geäußert.²⁷¹ Dennoch kann der Wissenschaftsbegriff des Grundgesetzes nicht einfach auf Art. 13 GRCh übertragen werden.²⁷² So sei das Element der Wahrheitssuche²⁷³ für die Charta durch ein „methodisch geleitetes Generieren neuen Wissens“ zu ersetzen.²⁷⁴ Da aber auch Art. 5 Abs. 3 GG die angewandte Forschung miteinschließt, hat diese sprachliche Modifikation der hergebrachten deutschen Definition des Wissenschaftsbegriffs lediglich klarstellenden Charakter, indem sie eine unzulässige idealistische Einschränkung des Begriffs verhindert. Berufen kann sich auf die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRCh „jeder wissenschaftlich Tätige“.²⁷⁵

Der Begriff der „Forschung“ wird weder im Primärrecht noch im Sekundärrecht der Union definiert, ist aber nach herrschender Meinung weit zu verstehen.²⁷⁶ Eine Differenzierung zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschung findet nicht statt.²⁷⁷

Das Bundesverfassungsgericht versteht unter Forschung die „geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“.²⁷⁸ Eine eigene, klärende Definition findet sich weder im geltenden noch im neuen Bundesdatenschutzgesetz – weder zum Begriff der „Forschung“ noch zu dem der „Wissenschaft“.

Grundrechtliche Vorgaben zu Wissenschaft und Forschung ergeben sich auf Unionsebene insbesondere aus Art. 3 Abs. 2 lit. b GRCh.²⁷⁹ Dieser fordert „im Rahmen der Medizin und der Biologie“ die Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung.

269 *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 15.

270 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 1.

271 S. Nachweise in *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 2.

272 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 6.

273 Dieses fußt auf der Auslegung von Art. 142 der Weimarer Reichsverfassung durch *Smend – Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 91. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 6 sieht bei *Smend* eine Vorprägung durch den deutschen Idealismus.

274 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 6.

275 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 8.

276 S. *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 15; s. auch Erwägungsgrund 159 Satz 2 DSGVO.

277 *Bernsdorff*, in: Meyer, Art. 13 Rn. 15.

278 BVerfGE 35, 79 (112) unter Verweis auf BT-Drs. V/4335, 4; „Forschung“ i.S.v. Art. 5 Abs. 3 meint damit nur die wissenschaftliche Forschung – *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 85.

279 „Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden: a) die freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung entsprechend den gesetzlich festgelegten Einzelheiten“.

4.1.2 Rechtslage nach der Datenschutz-Grundverordnung

Die Datenschutz-Grundverordnung schützt Gesundheitsdaten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO als besondere Kategorie personenbezogener Daten. Art. 4 Nr. 15 DSGVO definiert Gesundheitsdaten als personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen.

Einen Ausgleich zwischen Art. 7 und 8 GRCh einerseits und Art. 13 und 3 GRCh andererseits bewirkt die Verordnung vornehmlich durch die Regeln zur Einwilligung und durch besondere Garantien gemäß Art. 89 Abs. 1 DSGVO.

Auch für Forschungszwecke bestimmt sich die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a bis f DSGVO. An erster Stelle wird in lit. a die Einwilligung genannt. Da auch Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GRCh die Einwilligung vor der gesetzlichen Zulässigkeit nennt, wird sie von manchen als die „vornehmste“ Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung aufgeführt.²⁸⁰ Sie muss nach ihrer Definition in Art. 4 Nr. 11 DSGVO unter anderem freiwillig und für den bestimmten Fall, in informierter und unmissverständlicher Weise abgegeben werden. Weitgehend unproblematisch ist auch die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, wenn sie sich nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO auf eine wirksame Einwilligung des Betroffenen stützt. Ausnahmen durch nationales Recht sind nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO möglich. Trotz der Vorgabe aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO, die Einwilligung müsse „für den bestimmten Fall“ abgegeben werden, sind für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung ausnahmsweise auch breit formulierte Einwilligungen möglich. Dies stellt Erwägungsgrund 33 DSGVO klar:²⁸¹

„Oftmals kann der Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten nicht vollständig angegeben werden. Daher sollte es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht. Die betroffenen Personen sollten Gelegenheit erhalten, ihre Einwilligung nur für bestimmte Forschungsbereiche oder Teile von Forschungsprojekten in dem vom verfolgten Zweck zugelassenen Maße zu erteilen.“

In der Praxis bedeutet dies eine bereichsspezifische Aufweichung der datenschutzrechtlichen Vorgabe, den Zweck der Verarbeitung vorab möglichst präzise anzugeben.²⁸²

280 S. z.B. *Albers*, in: Wolff/Brink, Art. 6 DSGVO, Rn. 19; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 6 Rn. 10.

281 S. auch *Johannes*, in: Roßnagel 2017, § 4 Rn. 65.

282 S. Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO: „für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke“.

Art. 89 Art. 1 Satz 1 DSGVO enthält die Feststellung, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken „geeigneten Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gemäß dieser Verordnung“ unterliegt. Der Norm kommt primär eine strukturierende Funktion zu; sie stellt keinen gesonderten Erlaubnistatbestand dar.²⁸³ Indem sie Forschungsinteressen mit dem Schutz personenbezogener Daten in Ausgleich zu bringen sucht, versuche sie eine „Quadratur des Kreises“.²⁸⁴

Privilegierungen der Datenverarbeitung zu Forschungszwecken finden sich an vielen Stellen der Verordnung. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO etwa ist eine Weiterverarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke nicht unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken. Das hat zur Folge, dass zur Weiterverarbeitung im Verhältnis zur Erstverarbeitung keine neue Rechtsgrundlage notwendig ist, sondern die Verarbeitung auf die Grundlage der Erstverarbeitung gestützt werden kann.²⁸⁵ Diese Privilegierung der Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Forschungszwecken bezogen auf die Zweckbindung ist von zentraler Bedeutung. Die Bedeutung dieser Vereinbarkeitsvermutung ist allerdings umstritten.²⁸⁶ Die Formulierung „nicht unvereinbar“ indiziert, dass zumindest Ausnahmen von der in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO formulierten Regel denkbar sind. In bestimmten Fällen kann also dennoch eine neue Rechtsgrundlage erforderlich sein, wobei primär an besonders schwerwiegende Folgen der beabsichtigten Weiterverarbeitung für die betroffene Person im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. d DSGVO zu denken ist.²⁸⁷ Letztlich sollte nicht von einer „faktische[n] Aufhebung des Zweckbindungsgrundsatzes“ gesprochen werden,²⁸⁸ sondern lediglich von einer Flexibilisierung.²⁸⁹

Eine weitere Privilegierung bezogen auf die Speicherdauer personenbezogener Daten im Falle einer Verarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke enthält Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO. Grundsätzlich dürfen personenbezogene Daten nur so lange gespeichert werden, wie dies für die Verarbeitungszwecke erforderlich ist. Danach sind sie zu löschen oder der Personenbezug ist zu entfernen. Vorbehaltlich geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen ist eine Speicherung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken gemäß Art. 89 Abs. 1 DSGVO aber auch nach Wegfall der Erforderlichkeit erlaubt. Eine Festlegung auf einen konkreten Zeitraum ist der

283 Hense, in: Sydow, Art. 89 Rn. 1.

284 So Hense, in: Sydow, Art. 89 Rn. 2.

285 S. Erwägungsgrund 50 DSGVO: „Die Weiterverarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke sollte als vereinbarer und rechtmäßiger Verarbeitungsvorgang gelten.“

286 Für den Wegfall des Erfordernisses einer neuen Rechtsgrundlage: Schulz, in: Gola, Art. 6 Rn. 185ff.; Frenzel, in: Paal/Pauly, Art. 5 Rn. 31; Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecher, Art. 6 Abs. 4 i.E.; Kühling/Martini u.a. 2016, 38; differenziert: Herbst, in: Kühling/Buchner, Art. 5 Rn. 49; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, Art. 5 Rn. 20.

287 So Johannes/Richter, DuD 2017, 300 (301).

288 So noch Johannes, in: Roßnagel 2017, § 4 Rn. 64.

289 So Johannes/Richter, DuD 2017, 300 (301).

Verordnung allerdings nicht zu entnehmen; sie spricht lediglich davon, dass solche Daten „länger“ gespeichert werden dürfen. Damit wird auch das Prinzip der Speicherbegrenzung zugunsten wissenschaftlicher Forschungszwecke erweitert. Statt am Primärzweck muss sie sich nun am Sekundärzweck der Forschung ausrichten. Die Speicherung für den Forschungszweck darf nicht zu einer unbegrenzten Vorratsdatenhaltung führen. Der wissenschaftliche Zweck, der die Erhaltung des Personenbezugs erforderlich macht, muss wenigstens *lege artis* theoretisch nach der konkreten Wissenschaft absehbar sein.²⁹⁰

Nach Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO steht der betroffenen Person kein Recht auf Löschung zu, wenn die Datenverarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke erforderlich ist und das Recht die Verwirklichung der Ziele dieser Verarbeitung unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigt.²⁹¹ Der Verantwortliche ist von seiner Informationspflicht nach Art. 14 Abs. 1 bis 4 DSGVO befreit, wenn ihre Erfüllung gemäß Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO im Rahmen der Verarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

Zu beachten sind auch die weitreichenden Öffnungsklauseln der Datenschutz-Grundverordnung für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten etwa im öffentlichen Bereich.²⁹²

4.1.3 Rechtslage nach dem neuen Bundesdatenschutzgesetz

Die Datenschutz-Grundverordnung enthält eine große Zahl von Öffnungsklauseln, die die nationalen Gesetzgeber nutzen können, um abweichende Regelungen zu treffen. Art. 9 Abs. 1 DSGVO verbietet, besondere Kategorien von personenbezogenen Daten zu verarbeiten. Art. 9 Abs. 2 DSGVO gibt dem nationalen Gesetzgeber vielfältige Möglichkeiten, Ausnahmen von diesem Verbot festzulegen²⁹³ – für medizinische Forschung in Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO. Eine Ausnahme von diesem Verbot befreit jedoch nach Erwägungsgrund 51 DSGVO nicht davon, „die allgemeinen Grundsätze und Bestimmungen dieser Verordnung, insbesondere hinsichtlich der Bedingungen für eine rechtmäßige Verarbeitung“ zu beachten. Daher gelten auch für besondere Kategorien von personenbezogenen Daten die Bedingungen für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung, die sich aus Art. 6 Abs. 1 und 4 DSGVO²⁹⁴ und Art. 89 Abs. 1 DSGVO ergeben. Allerdings fordern die Öffnungsklauseln in Art. 9 Abs. 2 DSGVO von den mitgliedstaatlichen Regelungen, die spezielleren nationalen

290 *Johannes*, in: Roßnagel 2018, § 7 Rn. 253.

291 S. Kap. 3.4.2.

292 Zu den Öffnungsklauseln s. *Johannes*, in: Roßnagel 2018, § 7 Rn. 276ff.

293 S. *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 9 Rn. 1.

294 S. z.B. *Schulz*, in: Gola, Art. 9 Rn. 5f.; *Weichert*, in: Kühling/Buchner, Art. 9 Rn. 4; a.A. *Kampert*, in: Sydow, Art. 9 Rn. 1 und 12; Art. 9 ist abschließend.

Erlaubnistatbestände gegenüber den allgemeinen Erlaubnisregeln in Art. 6 Abs. 1 DSGVO zu verengen.²⁹⁵ Sie gehen daher diesen vor. Für die allgemeinen Bedingungen ergeben sich außerdem für die Forschung Öffnungsklauseln aus Art. 89 Abs. 2 und im öffentlichen Bereich aus Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO.²⁹⁶

Das neue Bundesdatenschutzgesetz enthält deshalb in § 27 BDSG-neu eigene Regelungen zur Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken. Diese sind als *lex generalis* im Verhältnis zum bereichsspezifischen Recht ausgestaltet.²⁹⁷ Der Wortlaut von § 27 BDSG-neu ist wie folgt:

„(1) Abweichend von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 auch ohne Einwilligung für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke zulässig, wenn die Verarbeitung zu diesen Zwecken erforderlich ist und die Interessen des Verantwortlichen an der Verarbeitung die Interessen der betroffenen Person an einem Ausschluss der Verarbeitung erheblich überwiegen. Der Verantwortliche sieht angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person gemäß § 22 Absatz 2 Satz 2 vor.

(2) Die in den Artikeln 15, 16, 18 und 21 der Verordnung (EU) 2016/679 vorgesehenen Rechte der betroffenen Person sind insoweit beschränkt, als diese Rechte voraussichtlich die Verwirklichung der Forschungs- oder Statistikzwecke unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen und die Beschränkung für die Erfüllung der Forschungs- oder Statistikzwecke notwendig ist. Das Recht auf Auskunft gemäß Artikel 15 der Verordnung (EU) 2016/679 besteht darüber hinaus nicht, wenn die Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erforderlich sind und die Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

(3) Ergänzend zu den in § 22 Absatz 2 genannten Maßnahmen sind zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken verarbeitete besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 zu anonymisieren, sobald dies nach dem Forschungs- oder Statistikzweck möglich ist, es sei denn, berechnete Interessen der betroffenen Person stehen dem entgegen. Bis dahin sind die Merkmale gesondert zu speichern, mit denen Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person zugeordnet werden können. Sie dürfen mit den Einzelangaben nur zusammengeführt werden, soweit der Forschungs- oder Statistikzweck dies erfordert.

(4) Der Verantwortliche darf personenbezogene Daten nur veröffentlichen, wenn die betroffene Person eingewilligt hat oder dies für die Darstellung von Forschungsergebnissen über Ereignisse der Zeitgeschichte unerlässlich ist.“

²⁹⁵ Weichert, in: Kühling/Buchner, Art. 9 Rn. 4.

²⁹⁶ Zur Kritik an dieser Konstruktion s. Johannes/Richter, DuD 2017, 300 (302).

²⁹⁷ Bf-Drs. 18/11325, 100.

Eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten soll nach § 27 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu auch ohne Einwilligung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken möglich sein, sofern die Interessen des Verantwortlichen „erheblich überwiegen“ und der Verantwortliche im Sinn von § 22 Abs. 2 Satz 1 BDSG-neu „angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person“ vorsieht. Zudem sind die Vorgaben aus § 27 Abs. 3²⁹⁸ und 4 BDSG-neu zu beachten.

Die Rechte aus den Art. 15, 16, 18 und 21 DSGVO können nach Maßgabe von § 27 Abs. 2 Satz 1 BDSG-neu beschränkt werden. Eine Beschränkung ist dann möglich, wenn die genannten Rechte die Verwirklichung des Forschungszwecks unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen; die Beschränkung muss für die Erfüllung der Forschungszwecke notwendig sein. Ein Fallbeispiel bietet die Gesetzesbegründung: Die Verwirklichung des Forschungszwecks kann dann unmöglich sein, wenn das fragliche Forschungsprojekt andernfalls von der zuständigen Ethikkommission nicht genehmigt werden würde.²⁹⁹

§ 27 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu enthält eine weitere Einschränkung des Auskunftsrechts aus Art. 15 DSGVO. Dieses ist dann ganz abdingbar, wenn die Auskunftserteilung zu Forschungsdaten, die zur Erreichung des Forschungszwecks erforderlich sind, einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

§ 27 Abs. 3 BDSG-neu ergänzt die in § 22 Abs. 2 BDSG-neu genannten Maßnahmen, auf die § 27 Abs. 1 Satz 2 BDSG-neu verweist. So sind nach § 27 Abs. 3 Satz 1 BDSG-neu zu wissenschaftlichen Forschungszwecken verarbeitete besondere Kategorien personenbezogener Daten zu anonymisieren, sobald dies nach dem Forschungszweck möglich ist, sofern nicht berechnete Interessen der betroffenen Person dem entgegenstehen.³⁰⁰ § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG-neu enthält eine Vorgabe an die Speicherung der Merkmale, mit denen eine Zuordnung zu einer bestimmten Person möglich ist. Diese Merkmale sind getrennt zu speichern und nur bei konkretem Bedarf mit den Einzelangaben zusammenzuführen. Dies entspricht inhaltlich exakt § 40 Abs. 2 BDSG a.F.

§ 27 Abs. 4 BDSG-neu enthält die Vorgabe, dass personenbezogene Daten abseits von Ereignissen über die Zeitgeschichte nur mit Einwilligung der betroffenen Person veröffentlicht werden dürfen, was § 40 Abs. 3 BDSG a.F. entspricht. Die Regelung kann auf Art. 85 DSGVO gestützt werden.

4.1.4 Vergleich mit der Rechtslage nach der Datenschutz-Richtlinie und dem geltenden Bundesdatenschutzgesetz

Ähnliche Privilegierungen wie in der Datenschutz-Grundverordnung finden sich schon in Art. 6 Abs. 1 lit. b, Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 DSRL. Eine

²⁹⁸ S. zu diesem Kap. 3.2.2.

²⁹⁹ BT-Drs. 18/11325, S. 99.

³⁰⁰ Diese Regelung ist angesichts des Wortlauts von Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DSGVO unionsrechtswidrig – s. Kap. 3.2.2.

Art. 89 DSGVO entsprechende „Grundnorm“ enthält die Datenschutzrichtlinie aber nicht.³⁰¹ Im Vergleich zur Richtlinie wird in der Verordnung aber eine Präzisierung und Eingrenzung des Begriffs der „wissenschaftlichen Zwecke“ zu den „wissenschaftlichen Forschungszwecken“ versucht.

Regelungen zur wissenschaftlichen Forschung finden sich im geltenden Bundesdatenschutzgesetz etwa in §§ 13 Abs. 2 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 9 und Abs. 5 Satz 1 Nr. 2, 28 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 6 Nr. 4 sowie 40 BDSG a.F. Diese wurden unter Nutzung von Öffnungsklauseln teilweise in das neue Bundesdatenschutzgesetz übernommen. § 27 Abs. 2 Satz 2 wie auch die Absätze 3 und 4 BDSG-neu stellen so im Vergleich zum geltenden Bundesdatenschutzgesetz grundsätzlich keine Neuerungen dar. § 27 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu ist vielmehr eine Übertragung von § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 i.V.m. § 34 Abs. 7 sowie § 19a Abs. 2 Nr. 2 BDSG a.F. in das neue Bundesdatenschutzgesetz.³⁰² § 27 Abs. 3 und 4 BDSG-neu sind weitgehend inhalts- und wortgleich mit § 40 Abs. 2 und 3 BDSG a.F.³⁰³ Die ausdrückliche Ausweitung auf alle Daten in § 40 Abs. 2 BDSG a.F. und die explizite Beschränkung von § 40 Abs. 3 BDSG a.F. auf wissenschaftliche Forschung betreibende Stellen wird jedoch aufgegeben.

Gegenüber §§ 13, 14 und 28 BDSG a.F. fehlt es § 27 Abs. 1 BDSG-neu an den Voraussetzungen „zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich“ und dass „der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann“. Hier wird deshalb mit einer Absenkung des bisherigen Datenschutzniveaus gerechnet.³⁰⁴

Anforderungen an die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Forschungszwecken finden sich neben dem Bundesdatenschutzgesetz auch in den Landesdatenschutzgesetzen und in Spezialgesetzen wie dem Krebsregisterdatengesetz und den Landeskrankenhausgesetzen. Eine Anpassung dieser Gesetze an die Datenschutz-Grundverordnung ist bisher nicht erfolgt, vereinzelt liegen jedoch bereits Entwürfe vor.³⁰⁵

Der Wegfall des Begriffs der „Forschungseinrichtung“ im Sinn von § 40 BDSG a.F. dürfte – abgesehen vom Ende der Exklusion von Einzelforschern – letztlich ohne größere Folgen bleiben. Dieser findet sich im neuen Bundesdatenschutzgesetz nicht mehr und ist auch in der Datenschutz-Grundverordnung nicht

301 Hense, in: Sydow, Art. 89 Rn. 3.

302 BT-Drs. 18/11325, 99.

303 BT-Drs. 18/11325, 100.

304 So *Johannes/Richter*, DuD 2017, 300 (302).

305 S. den Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung für ein Bayerisches Datenschutzgesetz vom 28.9.2017; Gesetzentwurf der Sächsischen Staatsregierung für ein Gesetz zur Anpassung landesrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz-Grundverordnung vom 29.9.2017, LT-Drs. 6/10918; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Anpassung des Landesdatenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit vom 5.12.2017, LT-Drs. 19/5728.

enthalten.³⁰⁶ In den Begriff wird insbesondere die Anforderung der Unabhängigkeit hineingelesen.³⁰⁷ Diese Anforderung wird aber ohnehin als den Begriffen „Wissenschaft“ und „Forschung“ immanent angesehen.³⁰⁸ Auch nach der Datenschutz-Grundverordnung dürfte etwa in einem Unternehmen weiter eine Trennung des Forschungsbereichs vom restlichen Unternehmen gefordert sein. Dies ergibt sich einerseits aus den Vorgaben zur Zweckbindung, andererseits aus den Vorgaben zu Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten. Die Trennung im Sinn der Datenschutz-Grundverordnung bezieht sich aber auf den Datenumgang, nicht auf die Organisationsstruktur. Unter Verweis auf den Begriff der „Forschungszwecke“ eine Restriktion der Privilegierung auf Forschungseinrichtungen im Sinn von § 40 BDSG a.F. anzunehmen, ist nicht zulässig. Vom deutschen Recht kann nicht auf die Auslegung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe geschlossen werden.

4.1.5 Vereinbarkeit von § 27 BDSG-neu mit Art. 8 GRCh, Art. 16 AEUV und der Datenschutz-Grundverordnung

Fraglich ist, ob die Regelungen in § 27 BDSG-neu mit den Vorgaben der Art. 8 GRCh und Art. 16 AEUV sowie der Datenschutz-Grundverordnung vereinbar sind.

Art. 8 Abs. 1 GRCh enthält lediglich ein abstraktes Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GRCh enthält die Prinzipien der Zweckbindung und der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung. Art. 8 Abs. 2 Satz 2 GRCh garantiert die Rechte auf Auskunft und auf Berichtigung. § 27 BDSG-neu ist mit Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GRCh vereinbar. § 27 BDSG-neu etabliert eine gesetzlich geregelte Grundlage zur Verarbeitung personenbezogener Daten wie in Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GRCh gefordert. Fraglich ist allenfalls ein Verstoß gegen die von Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GRCh geforderte Beschränkung auf festgelegte Zwecke. § 27 Abs. 1 BDSG-neu ist restriktiv formuliert und greift nur bei einem erheblichen³⁰⁹ Überwiegen der Interessen des Verantwortlichen gegenüber denen der betroffenen Person. Zudem errichten § 22 Abs. 2 Satz 2 und § 27 Abs. 3 und 4 BDSG-neu (wenige) zusätzliche Hürden. Ein Verstoß gegen die Beschränkung auf festgelegte Zwecke besteht somit nicht.

306 Zudem enthält auch das geltende Bundesdatenschutzgesetz neben § 40 BDSG a.F. eine Reihe von Privilegierungen für die wissenschaftliche Forschung, die keine Einschränkung auf Forschungseinrichtungen vornehmen wie etwa § 4a Abs. 2 BDSG a.F.

307 S. Gola/Schomerus, § 40 Rn. 7; *Simitis*, in: ders., § 40 Rn. 29: Die Institution muss „ihrer Aufgabe und Struktur nach der wissenschaftlichen Forschung gewidmet sein“.

308 Gola/Schomerus, § 40 Rn. 7ff.; s. auch *Hornung/Hofmann*, ZD-Beilage 4/2017, 1 (5): „Ein solches Unabhängigkeitserfordernis wird man auch für den Begriff der wissenschaftlichen Forschung nach der Datenschutz-Grundverordnung verlangen müssen.“ S. auch *Schneider* 2015, 97.

309 Diese Vorgabe wurde etwa vom Wirtschaftsausschuss des Bundesrats als unnötig kritisiert. Ein überwiegendes Interesse, verbunden mit dem Verweis auf § 22 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu sei ausreichend; BR-Drs. 110/1/17 (neu), 34. Die Vorgabe war aber indes etwa bereits in § 13 Abs. 2 Nr. 8 BDSG a.F. enthalten.



Da § 27 Abs. 2 BDSG-neu Beschränkungen der Betroffenenrechte der Grundverordnung enthält, insbesondere zum Recht aus Auskunft, kollidiert er mit Art. 8 Abs. 2 Satz 2 GRCh. Das Recht aus Art. 8 GRCh ist jedoch nicht vorbehaltlos gewährleistet; Einschränkungen sind möglich. Diese müssen nach Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRCh gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Diese Voraussetzungen erfüllen sowohl Art. 89 Abs. 2 DSGVO als auch § 27 Abs. 2 BDGS.

An der Vereinbarkeit von § 27 BDSG-neu mit Art. 16 Abs. 1 AEUV³¹⁰ bestehen keine Zweifel. Art. 16 Abs. 1 AEUV enthält ein gegenüber Art. 8 Abs. 1 GRCh wortgleiches Recht auf Schutz personenbezogener Daten.³¹¹ Auch mit Blick auf Art. 16 Abs. 2 Satz 2 AEUV bestehen keine Bedenken an der Vereinbarkeit.

Zur Vereinbarkeit von § 27 Abs. 1 BDSG-neu mit der Datenschutz-Grundverordnung ist Folgendes festzuhalten: § 27 Abs. 1 BDSG-neu ist als Ausnahmebestand zum Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten aus Art. 9 Abs. 1 DSGVO ausgestaltet und gilt deshalb ausschließlich für die Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten. Die Vorschrift stützt sich laut Gesetzesbegründung auf Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO.³¹² Dieser fordert, den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz aus Art. 8 GRCh zu wahren sowie angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte vorzusehen. Der Gesetzgeber will dieser Vorgabe durch den Verweis auf § 22 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu Rechnung tragen.³¹³ Dabei wird jedoch kritisiert, dass die in § 22 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu geforderten Maßnahmen „weitgehend ohnehin“ von der Grundverordnung gefordert werden und der deutsche Gesetzgeber durch Verweis auf einen unverbindlichen Beispielskatalog von Maßnahmen die besonderen Garantien, die Art. 89 Abs. 1 Satz 2 DSGVO fordert, nicht ausreichend erfüllt.³¹⁴

§ 27 Abs. 2 BDSG-neu ist nicht auf besondere Kategorien personenbezogener Daten beschränkt, sondern gilt für alle Datenkategorien. Nach § 27 Abs. 2 Satz 1 BDSG-neu ist eine Einschränkung der Rechte aus Art. 15, 16, 18 und 21 DSGVO möglich, sofern absehbar ist, dass diese die Verwirklichung der Forschungszwecke „unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen“. Zudem muss die Beschränkung für die Erfüllung der Forschungszwecke „notwendig“ sein. Damit hält sich der deutsche Gesetzgeber eng an den Wortlaut des Art. 89 Abs. 2 DSGVO und übernimmt diesen mit nur kleinen Anpassungen.³¹⁵

310 „jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.“

311 S. Kap. 3.5.

312 BT-Drs. 18/11325, S. 99.

313 BT-Drs. 18/11325, 99.

314 *Johannes/Richter*, DuD 2017, 300 (302f.).

315 Dies wohl, um die Einhaltung der strengen (s. *Kühling/Martini u.a.* 2016, S. 298) Anforderungen des Art. 89 Abs. 2 DSGVO zu garantieren.

Nach § 27 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu besteht das Auskunftsrecht aus Art. 15 DSGVO zudem nicht, wenn die Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Die vom Auskunftsrecht ausgenommenen Daten müssen zudem für die Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erforderlich sein. Der Gesetzgeber versucht mit dieser Regelung, §§ 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 i.V.m. 34 Abs. 7 sowie § 19a Abs. 2 Nr. 2 BDSG a.F. in das neue Bundesdatenschutzgesetz herüber zu retten. Er beruft sich dabei auf Art. 23 Abs. 1 lit. i DSGVO.³¹⁶

§ 27 Abs. 3 und 4 BDSG-neu sind eine Übertragung von § 40 Abs. 2 und 3 BDSG a.F. in das neue Bundesdatenschutzgesetz.³¹⁷ § 27 Abs. 3 BDSG-neu ist insoweit unionsrechtswidrig als er die Anforderung der Anonymisierung auf besondere Kategorien personenbezogener Daten beschränkt, statt sie wie Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DSGVO auf alle Forschungsdaten zu erstrecken.³¹⁸

4.2 Begriff der „wissenschaftlichen Forschungszwecke“

Die Datenverarbeitung für „wissenschaftliche Forschungszwecke“ erfährt in der Datenschutz-Grundverordnung neben den Zwecken der Archivierung im öffentlichen Interesse und den Zwecken der Statistik eine besondere Behandlung, die ihr datenschutzrechtlich einen größeren Handlungsspielraum einräumt. Eine Definition, was unter „wissenschaftlichen Forschungszwecken“ zu verstehen ist, fehlt jedoch in der Datenschutz-Grundverordnung. Der Begriff der „Forschungseinrichtung“, wie ihn § 40 BDSG a.F. kennt, kommt in der Grundverordnung nicht vor.³¹⁹ Eine bestimmte Eigenschaft des Verarbeiters ist damit durch die Grundverordnung nicht gefordert; für eine Inanspruchnahme der Sonderregelungen reicht es aus, dass Daten für wissenschaftliche Forschungszwecke verarbeitet werden.³²⁰ Dem Zweck der Verarbeitung kommt damit eine noch zentralere Rolle zu als bisher.

4.2.1 „Wissenschaftliche Forschungszwecke“ in der Datenschutz-Grundverordnung

Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs „wissenschaftliche Forschungszwecke“ gibt Erwägungsgrund 159 DSGVO:

„Diese Verordnung sollte auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken gelten. Die Verarbeitung personenbezogener

316 BT-Drs. 18/11325, 99; a.A. *Johannes/Richter*, DuD 2017, 300 (303): § 27 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu genüge den Anforderungen von Art. 23 Abs. 2 DSGVO nicht, könne aber auf Art. 89 Abs. 2 DSGVO gestützt werden.

317 BT-Drs. 18/11325, S. 100.

318 S. Kap. 3.2.2.

319 Damit unterfallen anders als nach § 40 BDSG a.F. – s. *Gola/Schomerus*, § 40 Rn. 7 – auch „Einzelforscher“ den entsprechenden Regelungen und Privilegierungen der Datenschutz-Grundverordnung.

320 Kritisch zu diesem Ansatz *Simitis*, in: ders., § 40 Rn. 35.

Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken im Sinne dieser Verordnung sollte weit ausgelegt werden und die Verarbeitung für beispielsweise die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung einschließen. Darüber hinaus sollte sie dem in Artikel 179 Absatz 1 AEUV festgeschriebenen Ziel, einen europäischen Raum der Forschung zu schaffen, Rechnung tragen. Die wissenschaftlichen Forschungszwecke sollten auch Studien umfassen, die im öffentlichen Interesse im Bereich der öffentlichen Gesundheit durchgeführt werden. Um den Besonderheiten der Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken zu genügen, sollten spezifische Bedingungen insbesondere hinsichtlich der Veröffentlichung oder sonstigen Offenlegung personenbezogener Daten im Kontext wissenschaftlicher Zwecke gelten. Geben die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung insbesondere im Gesundheitsbereich Anlass zu weiteren Maßnahmen im Interesse der betroffenen Person, sollten die allgemeinen Vorschriften dieser Verordnung für diese Maßnahmen gelten.“

4.2.1.1 Merkmale des Begriffs

Der Begriff ist im Einklang mit dem sonstigen europäischen und auch dem deutschen Recht weit auszulegen, womit dem weiten Schutzzumfang von Art. 13 GRCh Rechnung getragen wird.³²¹ Dieser Feststellung in Erwägungsgrund 159 Satz 2 DSGVO folgt ein Beispielkatalog, demzufolge die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken die Verarbeitung für die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung einschließt. Auch im begrifflichen Ansatz des Art. 179 AEUV, auf den Erwägungsgrund 159 DSGVO verweist, ist unerheblich, ob ökonomisch verwertbares Wissen generiert wird oder nicht.³²²

Dennoch bedingt wissenschaftliche Betätigung „wesensgemäß“ sowohl im deutschen³²³ wie auch im europäischen³²⁴ Verständnis Unabhängigkeit und Selbstständigkeit. Nach Schneider zeichnet sich wissenschaftliche Forschung durch die „Freiheit von sachfremden Erwägungen“ aus. „Hierunter ist die Unabhängigkeit der Forschung in inhaltlicher Hinsicht zu verstehen.“³²⁵ Eine „scheinwissenschaftliche Begründung vorgegebener Ergebnisse“ ist wie schon im geltenden Datenschutzrecht³²⁶ nicht erfasst. Die Vorgabe des Forschungs-

321 *Buchner/Tinnfeld*, in: Kühling/Buchner, Art. 89 Rn. 13.

322 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 179 AEUV, Rn. 1; s. zu Art. 179 AEUV auch *Hornung/Hofmann*, ZD-Beilage 4/2017, 1 (4).

323 *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 99.

324 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 7: „[W]issenschaftlicher Fortschritt mit seinem Nutzen für das Gemeinwesen kann nur von freier Wissenschaft erwartet werden“.

325 *Schneider* 2015, 97.

326 *Schneider* 2015, 98.

gegenstands durch einen Auftraggeber ist jedoch unschädlich. Damit sind etwa auch Auftragsforschung, Industrieforschung und gutachterliche Forschung erfasst.³²⁷ Die Reichweite der wissenschaftlichen Forschungszwecke erstreckt sich auch auf vorbereitende und unterstützende Aktivitäten.³²⁸ Zudem sind nach Erwägungsgrund 159 Satz 4 DSGVO auch Studien umfasst, die im öffentlichen Interesse im Bereich der öffentlichen Gesundheit durchgeführt werden. Damit sind auch Forschungsvorhaben der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen erfasst, die § 287 SGB V datenschutzrechtlich regelt.³²⁹ Ferner ist zwischen Forschung, die aufgrund von Primärerhebungen, und Forschung, die aufgrund von Sekundärerhebungen durchgeführt wird, zu unterscheiden.³³⁰ Bei letzterer sind die Regeln zur Zweckänderung zu beachten. Nicht dem Begriff der wissenschaftlichen Forschung unterfällt zudem die reine Anwendung bereits gewonnener Erkenntnisse.³³¹ Werden wissenschaftliche Standards lediglich zu Aufsichts- und Kontrollzwecken verwendet, fällt dies ebenfalls nicht unter den Forschungsbegriff der Verordnung, auch wenn sie nach wissenschaftlichen Methoden durchgeführt werden.³³²

Sachliche Überschneidungen gibt es zwischen „Forschungszwecken“ und „statistischen Zwecken“.³³³ Die Grundverordnung fordert hier aber eine Abgrenzung, denn sie geht „offensichtlich davon aus, dass Forschungszwecke und statistische Zwecke zwei unterschiedliche Dinge sind“.³³⁴ Nicht als Forschungszwecke können statistische Verarbeitungen gelten, die „zwar neue, aber keine neuartigen Erkenntnisse liefern“.³³⁵ Die kommerzielle Marktforschung ist damit aber nicht per se ausgeschlossen; vielmehr kommt es auf eine Abwägung im Einzelfall an.³³⁶

4.2.1.2 Veröffentlichungsabsicht

Nicht enthalten ist im Begriff der „wissenschaftlichen Forschungszwecke“ eine Pflicht oder Absicht zur Veröffentlichung der erzielten Forschungsergebnisse, wie von Schneider gefordert.³³⁷ Eine derartige Pflicht kann schon vor dem Hintergrund eines möglichen Scheiterns ergebnisoffener Forschung

327 So auch *Schneider* 2015, 98.

328 *Jarass* 2016, Art. 13 Rn. 7; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 13 GRCh, Rn. 8.

329 S. z.B. *Hornung*, in: *Hänlein/Schuler*, § 287 Rn. 2ff.

330 So *Raum*, in: *Ehmann/Selmayr*, Art. 89 Rn. 18.

331 *Johannes*, in: *Roßnagel* 2018, § 7 Rn. 247.

332 *Johannes*, in: *Roßnagel* 2018, § 7 Rn. 247.

333 *Johannes/Richter*, DuD 2017, 300 (301).

334 *Johannes/Richter*, DuD 2017, 300 (301).

335 *Johannes/Richter*, DuD 2017, 300 (301).

336 *Grages*, in: *Plath*, Art. 89 DSGVO, Rn. 6; a.A. *Hornung/Hofmann*, ZD-Beilage 4/2017, 1 (14), die Markt- und Meinungsforschung grundsätzlich als vom Begriff der „wissenschaftlichen Forschung“ erfasst ansehen.

337 *Schneider* 2015, 98. Die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen zählt aber etwa zu den Dienstpflichten eines Universitätsprofessors – s. BVerfGE 47, 327 (375f.).

nicht gefordert werden.³³⁸ Zu Art. 5 Abs. 3 GG ist zudem anerkannt, dass Wissenschaftler „selbst den Zeitpunkt bestimmen können, wann sie ein bestimmtes Forschungsergebnis oder eine bestimmte Lehrmeinung veröffentlichen“.³³⁹ Dies dürfte auch für Art. 13 GRCh gelten. Dieser zählt zwar die Publikation von Forschungsergebnissen zu seinem Schutzbereich, dies verdichtet sich jedoch nicht zu einer Veröffentlichungspflicht. Geschützt ist der individuelle Erkenntnisgewinn des Wissenschaftlers. Dieser muss nicht notwendigerweise geteilt werden. Dennoch sind der Austausch und die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Komponente der Wissenschaftsfreiheit unerlässlich. Daraus ergibt sich ein Spannungsfeld, das dem zwischen der Notwendigkeit gelebter Demokratie einerseits und dem Fehlen einer Wahlpflicht sowie einer Pflicht zur Teilnahme am demokratischen Diskurs³⁴⁰ andererseits gleicht. Auch eine von Beginn an bestehende Veröffentlichungsabsicht ist deshalb nicht erforderlich.³⁴¹ Die Veröffentlichungsabsicht kann jedoch eine Rolle bei der Abwägung zwischen den Interessen des Verarbeiters personenbezogener Daten und denen der betroffenen Person spielen.³⁴² Sie kann nämlich positiv zugunsten des Verarbeiters in Form eines Indizes für die Wissenschaftlichkeit des Verarbeitungszwecks wirken, aber auch negativ, wenn die Veröffentlichung personenbezogene Daten enthalten soll. Dies spielt freilich nur dann eine Rolle, wenn die Veröffentlichung tatsächlich zu Forschungszwecken verarbeitete personenbezogene Daten enthalten soll.

Die Forderung einer Veröffentlichungspflicht oder zumindest einer Veröffentlichungsabsicht ist auch aus datenschutzrechtlicher Sicht wenig praktikabel. Käme es zu keiner Veröffentlichung der durch die Verarbeitung personenbezogener Daten erzielten Forschungsergebnisse, so lägen die Voraussetzungen für die Sonderbehandlung der Datenverarbeitung rückwirkend betrachtet nicht vor. Da aber eine Freiheit bezüglich des Veröffentlichungszeitraums besteht, ergäbe sich die Frage, ab wann davon auszugehen ist, dass die Sonderbehandlung unzulässiger Weise in Anspruch genommen wurde, mithin ab wann Sanktionen verhängt werden können. Zudem würde durch die Forderung etwa ein großer Teil der Forschung im Bereich der Landesverteidigung

338 So letztlich auch *Schneider* 2015, 98: „Ist die Aussagekraft, also das Evidenzniveau, sehr gering, wird man keine Veröffentlichung fordern können. Umgekehrt wird man aber auch keine höchste Evidenz für eine Veröffentlichungspflicht fordern können, denn auch die Wissenschaft ist in der Regel ein iterativer, arbeitsteiliger Prozess.“

339 BVerfGE 47, 327 (383). *Schneider* 2015, 98: „Auch einem eventuellen Sponsor der Forschung wird man einen gewissen Spielraum zugestehen können, gerade wenn dies für die vorherige Erlangung von Patentschutz für eine Erfindung notwendig ist.“

340 S. *Geminn*, VerwArch 2016, 601 (609, 613).

341 So aber *Schneider* 2015, 98: „Sollen die Ergebnisse der Forschung, unabhängig von ihrer wissenschaftlichen Qualität, ggf. aber unabhängig von ihrem Inhalt, langfristig geheim gehalten werden, so fällt die entsprechende Tätigkeit ... nicht in den Schutzbereich der Wissenschaft.“

342 So auch *Weichert* 2014, <https://www.datenschutzzentrum.de/vortraege/20120328-weichert-medizinische-forschung.html>.

von einer Sonderbehandlung ausgeschlossen. Dieser Bereich unterliegt allerdings ohnehin Öffnungsklauseln der Datenschutz-Grundverordnung. Aber auch die kommerzielle Forschung wird oftmals an einer Geheimhaltung von Forschungsergebnissen interessiert sein.

4.2.2 „Wissenschaftliche Forschungszwecke“ vs. „wissenschaftliche Zwecke“

Abzugrenzen sind „wissenschaftliche Forschungszwecke“ vom Begriff der „wissenschaftlichen Zwecke“, wie ihn die Datenschutzrichtlinie verwendet. Der Begriffswechsel wurde bewusst und auf Drängen des Europäischen Parlaments vorgenommen, um eine Einschränkung auf „Forschungszwecke im engeren Sinne“ vorzunehmen.³⁴³

Der Begriff der Richtlinie galt „in Zeiten von Big Data und Data Mining“ als zu weit.³⁴⁴ Daher soll der in der Datenschutz-Grundverordnung der engere Begriff der Forschungszwecke verwendet werden. Allerdings wird auch angezweifelt, ob angesichts des weiten Verständnisses der wissenschaftlichen Forschungszwecke die mit dem Begriffswechsel verbundene „Restriktionserwartung“ tatsächlich erfüllt wird.³⁴⁵ Ein „weiter“ Forschungszweck „im engeren Sinne“ scheint ein nicht auflösbarer Widerspruch zu sein. Vereinzelt wird die Formulierung gar mit Blick auf den übergeordneten Begriff von „Wissenschaft“ im Vergleich zu „Forschung“ für „sinnlos“ gehalten.³⁴⁶

Die Datenschutz-Grundverordnung verwendet in Art. 5 Abs. 1 lit. b und e, in Art. 17 Abs. 3 lit. c, Art. 9 Abs. 2 lit. j, Art. 14 Abs. 5 lit. b, Art. 21 Abs. 6 und Art. 89 Abs. 2 DSGVO den Begriff der wissenschaftlichen Forschungszwecke, verwendet in Art. 85 und Erwägungsgrund 156 DSGVO dagegen die aus der Datenschutzrichtlinie bekannte³⁴⁷ Formulierung „wissenschaftliche Zwecke“.³⁴⁸ Ebenfalls aus der Datenschutzrichtlinie bekannt ist die Verwendung von „Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“ in Art. 11 Abs. 2 und 13 Abs. 2 DSRL. Diese findet sich in der Verordnung lediglich in Erwägungsgrund 33 DSGVO.

Diese inkonsequente Begriffsnutzung der Grundverordnung bezogen auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im wissenschaftlichen Kontext erschwert eine Festlegung über die von Erwägungsgrund 159 DSGVO genannten Beispiele. Vornehmlich verwendet die Verordnung die Begriffspaarung „wis-

343 *Albrecht/Jotzo*, Teil 3 Rn. 71.

344 *Albrecht/Jotzo*, Teil 3 Rn. 71. So auch *Simitis*, in: ders., § 40 Rn. 35: Weite Definitionen „bieten sich daher als ein ebenso bequemes wie wirksames Umgehungsmittel des Datenschutzes förmlich an“; es sei deshalb eine restriktive Interpretation erforderlich.

345 So *Hense*, in: Sydow, Art. 89 Rn. 15.

346 So *Pötters*, in: Gola, Art. 89 Rn. 13.

347 Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b und e DSRL. In der englischen Sprachfassung: „scientific purposes“ (lit. b) und „scientific use“ (lit. e).

348 Dies erscheint wenig einleuchtend – so *Pötters*, in: Gola, Art. 89 Rn. 13.

senschaftliche oder historische Forschungszwecke“.³⁴⁹ Zugleich macht sie durch die getrennte Adressierung von „wissenschaftlichen Forschungszwecken“ in Erwägungsgrund 159 DSGVO und „historischen Forschungszwecken“ in Erwägungsgrund 160 DSGVO deutlich, dass eine getrennte Behandlung der Begriffe erforderlich ist. Allein verwendet wird das Begriffspaar „wissenschaftliche Forschungszwecke“ neben Erwägungsgrund 159 DSGVO auch in den Erwägungsgründen 157 und 162 DSGVO. Der Begriff der „Forschungszwecke“ taucht auch ohne Adjektiv auf, namentlich in Erwägungsgrund 26 DSGVO. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei letzterem lediglich um eine sprachliche Verkürzung handelt.

Fraglich ist nun zunächst, ob der von der dominierenden Sprachwahl („wissenschaftliche Forschungszwecke“ und „wissenschaftliche und historische Forschungszwecke“) abweichenden Formulierung in Art. 85 Abs. 2 DSGVO³⁵⁰ und Erwägungsgrund 156 Satz 7 DSGVO („wissenschaftliche Zwecke“) tatsächlich eine Bedeutung zukommt. Wo die deutsche Fassung von „Verarbeitung, die zu journalistischen Zwecken oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt“ spricht, ist die englische Sprachfassung nuancierter und spricht von „processing carried out for journalistic purposes or the purpose of academic, artistic or literary expression“. Das im Begriff „expression“ enthaltene Element der Meinungsäußerung fehlt in der deutschen Übersetzung, ist aber in anderen Sprachfassungen enthalten.³⁵¹ Damit klärt sich auch das „verwirrende“³⁵² Verhältnis zwischen Art. 85 Abs. 1 und Art. 89 Abs. 2 DSGVO. Des Weiteren erklärt sich so die Weite³⁵³ der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Sie ist nur vor dem Hintergrund ihrer Einengung im Wissenschaftskontext auf „academic expression“ und der Bedeutung der freien Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft verständlich. Die deutsche Übersetzung ist an dieser Stelle schlicht missglückt. Die abweichende Wortwahl in Art. 85 Abs. 2 DSGVO ist damit kein redaktioneller Fehler, sondern ihr kommt eine einengende Wirkung der Öffnungsklausel zu.

Für Erwägungsgrund 156 Satz 7 DSGVO gibt es keine derartigen Abweichungen zwischen den verschiedenen Sprachfassungen der Grundverordnung. Warum Erwägungsgrund 156 DSGVO in den Sätzen 1 bis 6 von „wissenschaftlichen und

349 S. Erwägungsgründe 50, 52, 53, 62, 65, 113 und 156 DSGVO.

350 Dieser ist im Gegensatz zu Art. 89 Abs. 2 DSGVO als Regelungsauftrag, nicht als Regelungsoption ausgestaltet; Pötters, in: Gola, Art. 85 Rn. 14; Kühling/Martini u.a. 2016, 292f.

351 Z.B. in der französischen, die von „fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire“ spricht oder in der italienischen: „espressione accademica, artistica o letteraria“.

352 Pötters, in: Gola, Art. 85 Rn. 13.

353 Auch im Vergleich zu Art. 9 DSRL. Abweichungen und Ausnahmen von weiten Teilen der Vorgaben der Grundverordnung sind durch die Mitgliedstaaten vorzusehen (Regelungsauftrag), „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“. S. auch Kühling/Martini u.a. 2016, S. 292. Relativierend wirkt lediglich Erwägungsgrund 153 DSGVO, der von einer Verarbeitung zu „ausschließlich“ wissenschaftlichen Zwecken spricht; s. Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, Art. 85 Rn. 14.

historischen Forschungszwecken“ spricht, in Satz 7 dann aber von „wissenschaftlichen Zwecken“ verwundert zunächst mit Blick auf den ursprünglichen Kommissionsentwurf³⁵⁴ zur Grundverordnung wo im dortigen Äquivalent zu Erwägungsgrund 156 Satz 7 DSGVO von „Zwecken der wissenschaftlichen Forschung“ gesprochen wird.³⁵⁵ Im Parlamentsentwurf³⁵⁶ existiert keine entsprechende Vorschrift; der Ratsentwurf³⁵⁷ spricht schließlich von „wissenschaftlichen Zwecken“.³⁵⁸ Es ist daher davon auszugehen, dass der sprachlichen Abweichung in diesem Fall keine inhaltliche Bedeutung zukommt.

4.3 Ergebnis zur Regelung wissenschaftlicher Forschungszwecke

Für den Sprachwechsel von „wissenschaftlichen Zwecken“ in der Datenschutzrichtlinie hin zu „wissenschaftlichen Forschungszwecken“ in der Datenschutz-Grundverordnung wird in der Literatur durchgehend die oben angeführte Erklärung, eine Einschränkung auf „Forschungszwecke im engeren Sinne“ vornehmen zu wollen,³⁵⁹ akzeptiert. Es ist naheliegend, deshalb tatsächlich zunächst von einer im Vergleich zur Datenschutzrichtlinie unterschiedlichen inhaltlichen Reichweite der verwendeten Begriffe auszugehen. Die „wissenschaftlichen Forschungszwecke“ sind zwar weit auszulegen, mit Blick auf den Forschungsbegriff der Grundrechtecharta ist aber die bloße Anwendung bereits gewonnener Kenntnisse nicht erfasst.³⁶⁰ Die angewandte Forschung ist jedoch erfasst. Abzustellen ist auf den Primärzweck der jeweiligen Untersuchung im Einzelfall. Ist die wissenschaftliche Zielsetzung lediglich eine Ergänzung zu anderen Zielsetzungen, so fällt die Untersuchung nicht unter den Begriff der wissenschaftlichen Forschung, auch wenn wissenschaftliche Standards eingehalten werden.³⁶¹

Letztlich ändert sich der rechtliche Status quo durch die sprachliche Veränderung nicht; die genannten Merkmale wurden auch bereits in den Begriff „wissenschaftliche Zwecke“ hineingelesen. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Verfügbarkeit von Big Data-Analysen, ist die mit der Datenschutz-Grundverordnung vorgenommene Präzisierung dennoch grundsätzlich zu begrüßen. Ob sie tatsächlich tauglicher ist, einer nicht-intendierten Ausweitung des Wissenschaftsbegriffs die Grundlage zu entziehen und eine ungewollte Sonderbehandlung von Big Data zu verhindern, als die Vorgängerformulierung der Datenschutzrichtlinie, bleibt aber fragwürdig. So hält etwa Simitis auch

354 KOM(2012) 11 endgültig.

355 S. Erwägungsgrund 125 DSGVO-E-KOM.

356 Beschluss des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014, 7427/1/14, REV 1.

357 Rat der Europäischen Union, 9565/15.

358 Erwägungsgrund 125 DSGVO-E-Rat.

359 *Albrecht/Jotzo*, Teil 3 Rn. 71.

360 *Jarass* 2016, Art. 13 Rn. 6; *Johannes*, in: Roßnagel 2018, § 4 Rn. 247.

361 *Johannes*, in: Roßnagel 2018, § 4 Rn. 247.



den Begriff der „wissenschaftlichen Forschung“ für unpräzise.³⁶² Aus einer streng dogmatischen und verfassungsrechtlichen Sicht, ist Forschung ohnehin der Teil der Wissenschaft, der nicht Lehre und akademische Freiheit ist.³⁶³ Die „wissenschaftliche Forschung“ wäre damit eine Tautologie und die Begrenzung auf „wissenschaftliche Forschungszwecke“ würde letztlich lediglich „wissenschaftliche Lehrzwecke“ ausschließen.³⁶⁴ Dies ist jedoch erkennbar nicht die Zielsetzung der Anpassung der Formulierung beim Wechsel von der Datenschutzrichtlinie zur Datenschutz-Grundverordnung.

Immerhin leistet die Formulierung „wissenschaftliche Forschungszwecke“ eine deklaratorische Klarstellung, dass nicht die bloße Anwendung wissenschaftlicher Methoden eine Sonderbehandlung rechtfertigen kann; Forschung muss Primärziel der Verarbeitung personenbezogener Daten sein. Dies war indes aber bereits für die Vorgängerformulierung anerkannt.

Die von Schneider formulierten Kriterien behalten im Wesentlichen auch mit der Datenschutz-Grundverordnung ihre Gültigkeit. Eine Pflicht oder Absicht zur Veröffentlichung ist jedoch nicht zu fordern.

362 *Simitis*, in: ders. 2014, § 40 Rn. 35; a.A. *Schneider* 2015, 97, der in dem Prädikat „wissenschaftlich“ eine Präzisierung des Forschungsbegriffs sieht. Diese Ansicht kann mit Blick auf das Verhältnis der Begriffe „Wissenschaft“ und „Forschung“ zueinander nicht überzeugen.

363 *S. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 13 GRCh, Rn. 5.

364 *S. Johannes*, in: Roßnagel 2017, § 4 Rn. 59.