

4 Rechtliche Grundfragen

Sollen zu Forschungszwecken von Wissenschaftlern Biomaterialien (Proben) genommen, weiterverarbeitet, dokumentiert, asserviert und weitergegeben werden, so bedürfen diese Wissenschaftler hierzu der Einwilligung des Berechtigten, soweit es sich um menschliche Biomaterialien handelt. Die in diesem Zusammenhang zu beachtenden Rechte knüpfen nahezu ausschließlich an die Person des jeweiligen Patienten/Probanden als Träger tangierter Rechte an, der deshalb auch (mit wenigen Ausnahmen, etwa in Fällen fehlender Möglichkeiten zur Willensäußerung) der Adressat für begehrte Einwilligungserklärungen und diesen zugrunde gelegte Forschungsinformationen ist⁵.

Die vorliegend zu beurteilenden Szenarien unterscheiden sich insofern wesentlich von dem Szenario der Probenentnahme beim Menschen, als Tiere nicht Träger von echten Grundrechtspositionen⁶ und deren Konkretisierung in spezifischen Gesetzen sind. Im Zusammenhang mit tierischen Proben ist daher zu klären, welche Rechte welcher Rechtsträger überhaupt tangiert sein können und wer daher als Adressat einer Einwilligungserklärung nebst Forschungsinformation überhaupt in Betracht kommt.

Dies soll im Folgenden anhand der tatsächlichen und der rechtlichen Beziehungen, die im Zusammenhang mit der Erhebung und weiteren Verarbeitung und Verwendung von tierischen Proben auftreten können, herausgearbeitet werden.

4.1 Tangierte Rechte bei der Probenerhebung

4.1.1 Eigentumsfragen

Tiere sind zwar keine Sache im Sinne des § 90 BGB, jedoch sind auf sie die Vorschriften, die für Sachen gelten, weitgehend entsprechend anzuwenden, § 90a BGB. Anders als bei menschlichen Biomaterialien stellt sich bei tierischen Proben daher auch nicht die Problematik der fehlenden Sacheigenschaft des (lebenden) Körpers und abgetrennter Teile davon⁷, da diese Problematik aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Menschen resultiert, das Tieren nicht zukommt.

Nicht zuletzt bedeutet die weitgehende Anwendung sachenrechtlicher Vorschriften auf Tiere, dass diese – mit Ausnahme herrenloser Tiere – im Eigentum natürlicher oder juristischer Personen stehen oder Gegenstand von Aneignungsrechten (so etwa bei der Jagd, dazu sogleich) sind.

Da das Eigentumsrecht dem Eigentümer gemäß § 903 BGB nicht nur das Recht zuordnet, mit der in seinem Eigentum stehenden Sache (grundsätzlich) nach Belieben zu verfahren, sondern auch Dritte von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen, liegt es auf der Hand, dass für Probenentnahmen von Tieren zunächst deren Eigentümer erster Adressat begehrter Einwilligungserklärungen und Forschungsinformationen ist.

5 Zu den Rechtsfragen in diesem Zusammenhang siehe Harnischmacher et al. 2006.

6 Vielleicht mit Ausnahme der Rechtsposition aus Art. 20a GG.

7 Zu dieser Problematik siehe Simon et al. 2006 (TMF-Schriftenreihe Band 2), S. 32ff.

Die Regelung des § 903 S. 2 BGB, wonach der Tiereigentümer bei der Ausübung seiner Befugnisse als Eigentümer die Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten hat, ändert an der ausschließlichen Zuordnung dieser Befugnisse zum Eigentümer des Tieres nichts. Eine Probenentnahme von einem (lebenden) Tier stellt damit stets einen Eingriff in die Rechte desjenigen dar, in dessen Eigentum das betreffende Tier steht.⁸

Da als Träger dieser Eigentumsrechte juristische ebenso wie natürliche Personen in Betracht kommen, können diese Eigentumsrechte sowohl beim Eigentümer reiner Haustiere, wie etwa bei Hunden und Katzen etc., als auch bei Landwirten und Schlachtbetrieben im Zusammenhang mit Nutztieren tangiert sein. Die Auswirkungen des Eigentums an Tieren sind daher grundsätzlich für alle in Rede stehenden Szenarien der Probenerhebung zu berücksichtigen.

Dies ist nicht zuletzt deshalb von besonderer Bedeutung, weil nur die Eigentümer der Tiere das Eigentum an Proben, die von diesen Tieren stammen, wirksam auf den jeweiligen Erhebenden übertragen können. Die Übertragung des Eigentums an den Proben hat für den Erhebenden die Wirkung, mit diesen als ihr Eigentümer nach Belieben verfahren zu können, weil sie (anders als humane Bioproben) nicht von persönlichkeitsrechtlichen Einschränkungen betroffen sind. Anders als menschliche Proben unterliegen tierische Proben deshalb keiner Zweckbindung im Hinblick auf einen bestimmten Forschungskontext, wenn das Eigentum an ihnen eingeräumt worden ist.

Exkurs

Eigentum im Sinne des BGB ist begrifflich das Recht zu tatsächlichen und rechtlichen Herrschaftshandlungen⁹. Hierzu gehört begriffsnotwendig der Wille des Berechtigten, diese Handlungen vornehmen zu wollen. Dieser Wille des Tiereigentümers erstreckt sich selbstverständlich auf das Tier (Ausnahme: Dereliktion, siehe dazu Exkurs in Kapitel 4.1.2), jedoch nicht auf Parasiten, Bakterien oder Viren dieses Tieres. Selbst wenn der Tiereigentümer von deren Existenz Kenntnis hätte, so kann sein Herrschaftswille bezüglich dieser Organismen nicht angenommen werden. Isoliert ein Forscher aus einer tierischen Probe Parasiten oder Bakterienkulturen, so sind Eigentumsfragen für diese daher nicht zu berücksichtigen.

Zur Klarstellung sei ergänzt, dass die gesetzliche Systematik für die Erfüllung des Begriffs „Tier“ zwar grundsätzlich alle tierischen Lebewesen im naturwis-

8 Der Begriff des Tierhalters, wie ihn auch § 833 BGB verwendet, ist nicht immer deckungsgleich mit demjenigen des Tiereigentümers. Tierhalter ist danach derjenige, der „die Bestimmungsmacht über das Tier hat, aus eigenem Interesse für die Kosten des Tieres aufkommt, den allgemeinen Wert und Nutzen des Tieres für sich in Anspruch nimmt und das Risiko seines Verlustes trägt“; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Auflage 2011; Rn. 9 zu § 833 BGB unter Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Nach dieser Definition kann der Tiereigentümer zugleich der Tierhalter sein, umgekehrt ist das Eigentum am Tier nicht Voraussetzung der Tierhalter-Eigenschaft. Vielmehr genügt es hierfür auch, lediglich Besitzer des Tieres zu sein, also die tatsächliche Herrschaft über das Tier auszuüben.

9 Palandt, Rn. 1a) Überbl. vor § 903 BGB.

senschaftlichen Sinn heranzieht und es keine Rolle spielt, ob ein „Tier“ gezähmt, wild, bösartig etc. ist. Jedoch will das Gesetz, wie es sich etwa an den Vorschriften zur Tierhalterhaftung deutlich zeigt, Bakterien, Viren, Einzeller und sonstige Krankheitserreger nicht einbezogen wissen¹⁰. Ein Halter eines Hundes haftet deshalb beispielsweise nach § 833 BGB, wenn sein Hund einen anderen Hund beißt, nicht aber dafür, dass sein Hund als Träger von Krankheitserregern einen anderen Hund infiziert¹¹. Dies zeigt deutlich, dass nur sein Tier selbst dem Verantwortungsbereich des Eigentums zugerechnet wird, nicht aber die „ungebetenen Gäste“ dieses Tieres, welche immer diese auch sein mögen.

An allen derartigen Organismen, die nicht das Tier als solches ausmachen, besteht daher kein Eigentumsrecht des Tiereigentümers. Dabei spielt es auch keine Rolle, **woraus** diese Isolate solcher Organismen gewonnen worden sind. Ein Eingriff in Eigentumsrechte des Tiereigentümers liegt allenfalls in der Art und Weise der **Gewinnung** der Probe vor, wenn diese mit einem Eingriff in das Eigentumsobjekt „Tier“ verbunden ist. Während dieser etwa bei Blut- oder Gewebeanahmen vom Tier bejaht werden muss, ist dies hingegen nicht der Fall, wenn ein Forscher Ausscheidungen des Tieres (Kot, Urin) für eine Beprobung heranzieht. Auf Ausscheidungen erstreckt sich der Beherrschungs- und Eigentumswille des Tiereigentümers nämlich typischerweise nicht.

4.1.2 Jagdausübungs- und Aneignungsrecht

Mögen Tiere auch zum ganz überwiegenden Teil im Eigentum natürlicher oder juristischer Personen stehen, so sind Probenentnahmen auch für solche Tiere rechtlich zu klären, die im Sinne des § 960 BGB herrenlos sind und damit gerade nicht in irgendjemandes Eigentum stehen.

Gemäß § 960 Abs. 1 S. 1 BGB sind dies Wildtiere, „solange sie sich in der Freiheit befinden“. Im Sinne dieser Definition sind Tiere wie etwa Reh, Hase, Igel usw. herrenlos, haben also keinen Eigentümer. Allerdings unterliegen Wildtiere dem Jagdausübungs- und Aneignungsrecht des Jagdberechtigten nach § 1 Abs. 1 S. 1 BJagdG, dies jedoch wiederum nur, soweit es sich um wildlebende Tiere handelt, „die dem Jagdrecht unterliegen (Wild)“.

Da das Recht zur Aneignung in diesem Sinne „auch die ausschließliche Befugnis, krankes oder verendetes Wild, Fallwild und Abwurfstangen sowie die Eier von Federwild sich anzueignen“ umfasst (§ 1 Abs. 5 BJagdG) und die Jagdausübung „sich auf das Aufsuchen, Nachstellen, Erlegen und Fangen von Wild“ erstreckt (§ 1 Abs. 4 BJagdG), ist bei der Probenentnahme von Wild jedenfalls das Jagdrecht tangiert. Dieses ist gemäß § 3 Abs. 1 BJagdG dem jeweiligen Grundstückseigentümer grundsätzlich zugeordnet, wird allerdings häufig gemäß § 11 BJagdG (ganz oder teilweise) an andere Personen verpachtet sein.

¹⁰ Palandt, Rn. 4 zu § 833 BGB m.w.N.

¹¹ Im Übrigen gelten Viren nach überwiegender Ansicht nicht als Lebewesen. Zum Teil sieht die Literatur Bakterien und Viren als eigene Kategorie von Lebewesen an (strittig).

Soweit die Beprobung jagdbaren Wildes in Rede steht, sind somit stets auch die Rechte des Jagdrechtsinhabers auf Jagdausübung und auf Aneignung des Wildes betroffen. Für nicht-jagdbare Tiere gelten allerdings weiterhin die Regelungen des § 960 BGB über die Herrenlosigkeit wilder Tiere. Zu beachten ist selbstverständlich, dass auch für nicht jagdbare Tiere Einschränkungen öffentlich-rechtlicher Art gelten können. Diese betreffen zwar nicht die Zuordnung dieser Tiere zu einem bestimmten Verfügungsberechtigten, jedoch wirken sie sich auf die Freiheit des Einzelnen aus, diesen Tieren nachstellen und mit ihnen nach Belieben verfahren zu können. Soweit also beispielsweise Naturschutzbelange in Rede stehen könnten, weil etwa Beeinträchtigungen der Tiere mit deren Beprobung einhergehen, ist ansonsten die untere Naturschutzbehörde (Behörde des jeweiligen Landkreises) über solche Vorhaben zu informieren.

Exkurs

Auch Haustiere können ihre eigentumsrechtliche Zuordnung zu einer bestimmten Person verlieren. Setzt beispielsweise ein Eigentümer seinen Hund anlässlich einer Urlaubsfahrt aus, so gibt er damit das Eigentum an diesem Tier auf (sogenannte Dereliktion), § 959 BGB. Der Hund wird damit herrenlos und unterliegt dem Aneignungsrecht nach § 958 Abs. 1 BGB. In der Regel wird ein solches Tier dann aber häufig von einem Tierheim in Eigenbesitz genommen, wodurch dieses dann originär Eigentum erwirbt. Die Beprobung eines solchen Tieres gerade in der kurzen Zeit seiner (vorübergehenden) Herrenlosigkeit, erscheint indes praxisfremd und muss daher hier nicht vertieft werden.

4.1.3 Sonderfall Erwerb von Proben im Handel

Werden tierische Produkte von Wissenschaftlern im Lebensmittelhandel käuflich erworben, so besteht im Unterschied zu anderen Szenarien der Probenentnahme die Besonderheit, dass der Wissenschaftler an dem tierischen Produkt (der Handelsware) durch den Kauf bereits Eigentum erworben hat, bevor er überhaupt die Probe selbst gewinnt.

Die Probenentnahme als solche greift daher nicht mehr in Rechte Dritter ein. Erst die weitere Verarbeitung der Probe im Zusammenspiel mit der Zuordnung weiterer Angaben zur Probe (etwa über den Händler, den Herkunftsbetrieb etc.) löst derartige Auswirkungen aus. Die damit einhergehenden Rechtsfragen werden in Kapitel 4.2 näher dargestellt.

4.1.4 Tierschutz

Die in Kapitel 4.1.1 angesprochene Vorschrift des § 90a BGB verweist in Satz 2 ausdrücklich auf den Schutz der Tiere durch besondere Gesetze. Insbesondere

angesprochen sind damit die Vorschriften des TierSchG (als eine Konkretisierung des Art. 20a GG).

Wie § 1 S. 1 TierSchG jedoch verdeutlicht, wird das Tier durch diese Vorschriften nicht zu einem Träger eigener Rechte. Vielmehr ist es danach Zweck des Gesetzes, dem Menschen die Verantwortung für das Leben und das Wohlbefinden des Tieres zu übertragen. Hieraus folgt, dass für die im Rahmen dieser Expertise zu klärenden Fragen erforderlicher und wirksamer Einwilligungserklärungen für die Gewinnung tierischer Proben die Regelungen des TierSchG nicht heranzuziehen sind. Selbstverständlich sind aber die Vorschriften des TierSchG zu beachten, wenn eine Probenentnahme zum Tierversuch führt bzw. dazugehört.

4.2 Rechte-Handling bei der Probenasservierung und -weitergabe

Werden tierische Proben – auf welchem Wege auch immer – gewonnen, so wird dieses Material einer weiteren Verarbeitung zugeführt. Es stellt sich daher die Frage, ob diese weitere Verarbeitung in jedem Fall zulässig ist, weil dem damit befassten Wissenschaftler die umfassende Verfügungsgewalt über die Probe zukommt, oder ob insoweit fortwährende Rechte des Eigentümers des beprobten Tieres entgegenstehen können.

Damit ist zu untersuchen, ob ein Wissenschaftler in jedem Fall Eigentümer einer Probe wird oder ob auch Fälle eingeschränkter Nutzungseinräumungen durch andere Eigentümer denkbar sind.

Neben der Weiterverarbeitung werden zu dieser Probe Informationen aus dem Zusammenhang der Probenentnahme erfasst und im Fortgang von Forschungsvorhaben ausgewertet. Diese Informationen können entsprechend den in Kapitel 2.1 dargestellten Szenarien ganz unterschiedlicher Natur sein und auch unterschiedlichen Rechtsträgern zugeordnet sein. Zu denken ist hier an personenbezogene Daten (etwa des Eigentümers eines Haustieres) ebenso wie an betriebsbezogene Daten (zum Schlacht- oder Halterbetrieb für das Tier).

Zu klären sind deshalb die Auswirkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Datenschutzrecht) auf die Probenasservierung und -weitergabe ebenso wie diejenigen des Rechts am sogenannten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

4.2.1 Eigentumsübertragung

Mit Ausnahme des in Kapitel 2.1 dargestellten Szenarios des käuflichen Erwerbs von Lebensmitteln kann bei Probenentnahmen nicht per se vorausgesetzt werden, dass derjenige Eigentum an der Probe erwirbt, der sie jeweils entnimmt.

Die typische Probenentnahme-Situation ist vielmehr dadurch geprägt, dass der Wissenschaftler beim Eigentümer des zu beprobenden Tieres um eine Einwilligung in diesen Vorgang nachsuchen muss.¹² Gestattet der Eigentümer die Probenentnahme ohne weitere Absprachen über die weitere Verwendung, so kann hieraus nicht geschlossen werden, dass der Tiereigentümer das Eigentum an der Probe an den Probennehmer übertragen will. Für eine Eigentumsübertragung wäre nämlich entweder ein den Anforderungen des § 929 BGB genügendes Rechtsgeschäft oder ein Erwerb kraft Gesetzes nach § 958 BGB erforderlich.

Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb

Eine Eigentumsübertragung durch Rechtsgeschäft erfordert zweierlei, nämlich zum einen die Einigung der Parteien des Rechtsgeschäfts (hier also des Tiereigentümers und des Wissenschaftlers, der die Probe nehmen möchte) darüber, dass das Eigentum an der vertragsgegenständlichen Sache (= der Probe) übergehen soll, und zum anderen die Übergabe dieser Sache an den neuen Eigentümer (= Besitzeinräumung).

Mag auch eine undifferenzierte Äußerung eines Tiereigentümers wie etwa „Machen Sie ruhig, ich habe nichts dagegen“ hinreichend sein, um die Probenentnahme als solche als statthaft und auch eine Besitzeinräumung bezüglich der entnommenen Probe anzusehen, so bestehen hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Einigung über den Eigentumsübergang erhebliche Zweifel, da die bloße Einwilligung in die Probenentnahme keine Willenserklärung des Einwilligenden bezüglich der Eigentumsübertragung darstellt¹³.

Darüber hinaus scheidet auch die Möglichkeit einer konkludent oder stillschweigend erklärten Einigung aus, weil der Gegenstand dieser Einigung vor der tatsächlichen Entnahme der Probe noch gar nicht existiert und nicht präzise bestimmbar ist¹⁴. Wenn aber schon eine fehlende ausdrückliche rechtsgeschäftliche Erklärung durch konkludentes Verhalten oder Stillschweigen des Übereignenden ersetzt werden soll, so müsste wenigstens unzweifelhaft feststehen, auf welchen konkreten Gegenstand sich die (im Prinzip unterstellte) Einigung erstreckt¹⁵.

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass nur bei einer ausdrücklichen diesbezüglichen Erklärung des Tiereigentümers zweifelsfrei davon ausgegangen werden kann, dass das Eigentum an einer Probe durch Rechtsgeschäft auf deren Entnehmer übergeht und der Betreffende in der Folge mit dieser Probe nach Belieben verfahren kann.

12 Fälle, in denen der Eigentümer des Tieres derartige Eingriffe in sein Eigentum infolge behördlicher Anordnung dulden muss, bleiben hier unberücksichtigt.

13 Zu Einzelheiten im Zusammenhang mit menschlichen Biomaterialien siehe Simon et al. 2006, S. 35f.

14 Wie Fußnote 13, unter Hinweis auf Halász 2004, S. 60.

15 Höchstens in Fällen, in denen der Tiereigentümer *nach* der erfolgten Probenentnahme Äußerungen tätigt wie beispielsweise „Damit können Sie machen, was Sie wollen“ oder „Was soll ich noch damit?“ könnte klar sein, dass sich diese Äußerung auf genau diese Probe bezieht und konkludent eine Eigentumsübertragung erklärt wird.

Eigentumsübergang kraft Gesetzes

Allerdings könnte der Eigentumserwerb an der Probe kraft Gesetzes gemäß § 958 BGB in Betracht kommen. Hiernach erwirbt derjenige Eigentum, der eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, § 958 Abs. 1 BGB.

Da der Entnehmer der Probe diese (mit dem Einverständnis des Tiereigentümers) an sich nimmt, ist sein Eigenbesitz an der Probe unproblematisch. Jedoch ist fraglich, ob die Probe als „herrenlose bewegliche Sache“ im Sinne der genannten Vorschrift angesehen werden kann. Hierzu wäre nach § 959 BGB nämlich erforderlich, dass „der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz an der Sache aufgibt.“

Dabei muss allerdings der Verzichtswille des Eigentümers erkennbar werden¹⁶, wobei es aber von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ob bereits aus der Aufgabe des Besitzes geschlossen werden kann, der Eigentümer wolle auch das Eigentum an der Sache aufgeben¹⁷.

Dereliktion und Aneignung

Anders als bei menschlichen Proben stehen einer Dereliktion bei tierischen Proben aber keine grundlegenden Bedenken entgegen. Während nämlich die mit menschlichen Proben verknüpften allgemeinen Persönlichkeitsrechte dazu führen, dass eine umfassende Eigentumsübertragung letztlich nur bei einer ausdrücklichen diesbezüglichen Erklärung des Patienten/Probanden möglich ist, kommen bei tierischen Proben keine Persönlichkeitsrechte zum Tragen, die dem Gedanken der Dereliktion widersprechen¹⁸.

Jedoch ist nicht zu übersehen, dass die Rechtsfolgen des Eigentumserwerbs durch Aneignung im Anschluss an eine Dereliktion insofern zu unsicheren Ergebnissen führt, als in jedem Einzelfall seitens des Probennehmers bewiesen werden müsste, dass der Eigentümer des betreffenden Tieres deutlich hat erkennen lassen, auf das Eigentum an der Probe zu verzichten. Dies wird im Zweifel nicht einfach sein und führt auch zu unsicheren Rechtsverhältnissen im weiteren Umgang mit der tierischen Probe.

Deshalb kann auch im vorliegenden Zusammenhang zusammenfassend nur betont werden, dass nur eine eindeutige Erklärung des jeweiligen Eigentümers eines beprobten Tieres, dem Probennehmer das Eigentum an der Probe zu übertragen, zur rechtssicheren Zuordnung der Probe führt und damit deren weiteres Handling vereinfacht.

¹⁶ Palandt, Rn. 1 zu § 959 BGB.

¹⁷ Palandt, Rn. 1 zu § 959 BGB unter Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung, zuletzt LG Bonn in NJW 2003, 673.

¹⁸ Simon et al. 2006 (TMF-Schriftenreihe Band 2), S. 42, zu diesem Widerspruch bei menschlichen Proben.

4.2.2 Nutzungseinräumung

Als Alternative zur Eigentumsübertragung kommt in Betracht, dem Wissenschaftler an den Proben lediglich bestimmte Nutzungsrechte einzuräumen. Diese Rechtseinräumung ist aber stets vertraglicher Natur, bedarf also ebenso einer expliziten Vereinbarung mit dem Eigentümer eines Tieres wie einer Eigentumsübertragung durch Einigung und Übergabe.

Vom Handling her betrachtet, stellt eine Vereinbarung, welche Nutzungsrechte an einer Probe eingeräumt werden sollen, für die Praxis daher keine Vereinfachung dar. Hinzu kommt, dass in Ermangelung gesetzlicher Vorgaben, was typischerweise Inhalt eines Nutzungsvertrags über die Verwendung von Proben ist, eine detaillierte Ausdifferenzierung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unerlässlich ist. Unterbleibt sie, sind die Parteien im Streitfall vor Überraschungen durch sachfremde Vertragsauslegungen eines Gerichts nicht sicher. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist naturgemäß mit weiterem bürokratischem Aufwand verbunden.

Weiter unterscheidet sich die bloße Einräumung von Nutzungsrechten von einer Eigentumsübertragung wesentlich dadurch, dass sie lediglich vertragliche Ansprüche der Parteien zueinander begründet, während die Eigentümerstellung als absolutes Recht gegenüber jedermann wirkt. Gegenüber einer Eigentumsübertragung stellt eine Nutzungseinräumung deshalb gewissermaßen ein „minderes“ Recht dar und sollte für weitere Probensammlungen daher nicht angestrebt werden.

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob in Altfällen, in denen Proben bereits erhoben worden sind, ohne dass damit eine (eindeutige) Eigentumsübertragung verbunden war, nicht wenigstens von einer konkludenten vertraglichen Nutzungseinräumung ausgegangen werden kann. Diese Frage kann indes nicht allgemeingültig beantwortet, sondern nur anhand des Einzelfalls beurteilt werden, wobei nicht zuletzt die jeweils gegebenen Forschungsinformationen und der Wortlaut der korrespondierenden Einwilligungserklärungen heranzuziehen sind.

4.2.3 Recht zur Verarbeitung personenbezogener Daten

Das deutsche Datenschutzrecht knüpft einheitlich an den Begriff der „personenbezogenen Daten“ an¹⁹. Gemäß § 3 Abs. 1 BDSG sind dies „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener)“.

19 Der Begriff ist für bundes- und landesrechtliche Datenschutzregelungen prägend. Weil nicht abzusehen ist, ob – und wenn ja, welche – landesspezifische Regelungen vorliegend zum Tragen kommen können, wird für die weiteren Betrachtungen von den Regelungen des BDSG ausgegangen.

Damit ist die Tragweite des Datenschutzrechts im vorliegenden Kontext bereits eingegrenzt: Weder Angaben über das beprobte Tier als solches unterfallen dem Anwendungsbereich des BDSG, noch rein betriebsbezogene Angaben etwa über einen Schlachtbetrieb; denn beide unterfallen dem Begriff des Betroffenen nach der vorstehenden Definition nicht.

Die Regelungen des BDSG greifen im Zusammenhang mit der Beprobung von Tieren deshalb nur dort ein, wo bei der Probenasservierung und -weitergabe Angaben zu natürlichen Personen erfasst, verarbeitet und gegebenenfalls auch an Dritte weitergereicht werden.

Dies ist bei den diversen hier in Rede stehenden Szenarien immer dann der Fall, wenn nicht nur der Name eines Betriebs (Lebensmittelhandel, Landwirtschaft, Schlachthofbetrieb etc.), sondern eine konkrete Person (Betriebsleiter, Geschäftsinhaber etc.) benannt wird oder jedenfalls ohne große Mühe mithilfe der übrigen zur Probe erfassten Angaben identifiziert werden kann und damit als „bestimmbar“ im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG angesehen werden muss.

Bei Eigentümern von Haustieren wie Hunden oder Katzen wird die Erfassung der Person sogar die Regel sein (Name, Anschrift), so dass in diesen Fällen von einem regelmäßigen Eingreifen datenschutzrechtlicher Vorschriften auszugehen ist.

Folgende Vorgaben des BDSG sind daher zu beachten, wenn personenbezogene Daten im Zusammenhang mit der Gewinnung tierischer Proben erhoben und verarbeitet werden. Der grundlegende Ansatz des BDSG beruht auf einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, was in § 4 Abs. 1 BDSG deutlich wird. Danach sind

„die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten (...) nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.“

Als Erlaubnistatbestand aus dem BDSG selbst fällt für den vorliegenden Kontext zunächst § 40 BDSG ins Auge. Jedoch betrifft dieser nur die **Verarbeitung** und **Nutzung** personenbezogener Daten durch Forschungseinrichtungen; nach § 40 Abs. 1 BDSG dürfen diese Daten „nur für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung verarbeitet oder genutzt werden.“ Die **Erhebung** personenbezogener Daten durch Forschungseinrichtungen regelt § 40 BDSG indes nicht und stellt somit auch keinen Erlaubnistatbestand für die Aufnahme von Informationen über den Eigentümer eines beprobten Tieres dar.

In Betracht kommt daher allenfalls die Zulässigkeit der Erhebung dieser Daten gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Danach ist

„das Erheben (...) personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke (...) zulässig (...), soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.“

Selbst wenn unterstellt wird, dass die Voraussetzung eines berechtigten Interesses für die Probenentnahmen in jedem Fall gegeben ist und es auch am Vorliegen eines überwiegenden Interesses des Betroffenen am Ausschluss der Verarbeitung seiner Daten fehlt, so kann doch nicht bejaht werden, dass die Datenerhebung in diesem Sinne „erforderlich“ sei. Es darf nämlich nicht verkannt werden, dass § 4 Abs. 2 BDSG vom Grundsatz der Datenerhebung beim Betroffenen ausgeht und eine solche direkte Erhebung **ohne** Mitwirkung des Betroffenen als Ausnahme begreift, für die zwingende Gründe vorliegen müssen. Eine Erhebung personenbezogener Daten nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG scheidet deshalb aus, wenn die verantwortliche Stelle die betreffenden Daten auch mit Hilfe des Betroffenen, also auf der Grundlage einer von ihm erklärten Einwilligung bekommen kann.

Dies kann in den hier zugrunde gelegten Szenarien aber in der Regel angenommen werden: Diejenigen, die bei einem Eigentümer oder Betreuer eines Haustieres oder eines Nutztieres im Schlachthof oder im landwirtschaftlichen Betrieb um die Erlaubnis bitten, ein Tier beproben zu dürfen, können ohne weiteres gleichzeitig personenbezogene Daten dieser Person erheben und hierfür um deren Einwilligung nachsuchen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb sie hieran gehindert sein sollten.

Wissenschaftler, die tierischen Proben Daten von Personen hinzufügen wollen, die mit dem beprobten Tier in irgendeinem Zusammenhang stehen, sind daher grundsätzlich darauf verwiesen, von den jeweiligen Betroffenen Einwilligungen hierzu einzuholen²⁰. Auf die hierbei zu beachtenden Vorgaben des BDSG wird im folgenden Kapitel 4.3 eingegangen.

4.2.4 Recht zur Verarbeitung betriebsbezogener Daten

Wie eingangs des vorstehenden Kapitel 4.2.3 dargestellt, erstrecken sich die Vorschriften des deutschen Datenschutzrechts ausschließlich auf Angaben zu einer natürlichen Person. Dies bedeutet indes nicht, dass es jedermann freisteht, Angaben über eine juristische Person oder einen sonstigen Betrieb (nicht jeder landwirtschaftliche Betrieb besitzt eine eigene Rechtspersönlichkeit) nach Belieben zu verwenden.

Zum einen können derartige Angaben Geschäftsgeheimnisse darstellen, zum anderen kann – bei unerlaubten Handlungen – die Rechtsfigur des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes tangiert sein, die als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ist. In bestimmten Fällen könnte die Verschaffung und Verwertung von betriebsbezogenen Angaben daher unzulässig oder sogar strafbar sein und zum Schadensersatz verpflichten.

²⁰ Nicht berücksichtigt sind hier Fälle, in denen etwa aufgrund tierseuchenrechtlich begründeter behördlicher Maßnahmen solche Daten erhoben werden. In diesen Fällen bilden die tierseuchenrechtlichen Vorschriften einen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand zur Erhebung im Sinne des § 4 Abs. 1 und Abs. 2 BDSG.

Geschäftsgeheimnisse

Als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse gelten all jene Informationen über einen Betrieb, die nur einem begrenzten Personenkreis vertraut sind. Sie sind also nicht allgemein zugänglich und sollen nach dem Willen des Geschäftsinhabers auch (berechtigterweise) geheim gehalten werden. Damit handelt es sich um Informationen, die auch Wissenschaftlern bei der Entnahme tierischer Proben typischerweise nur dann zugänglich sein werden, wenn der jeweilige Geschäftsinhaber sie bei der Probenentnahme offenbart.

Schon aufgrund dieser Tatsache ergibt sich, dass für die Erhebung sensibler betrieblicher Daten, im Kontext der Entnahme tierischer Proben, die Kooperation des jeweiligen Geschäftsinhabers gesucht wird und in Forschungsinformationen sowie Einwilligungserklärungen entsprechend ausgestaltet werden sollte. Dabei sollten insbesondere vorgesehene spätere Verwendungen der betrieblichen Angaben deutlich gemacht und klar gestellt werden, welche Daten im Einzelnen für die späteren Forschungen benötigt werden.

Im Übrigen ist aber darauf hinzuweisen, dass sich die explizite gesetzliche Ausgestaltung des Bereichs der unzulässigen Verwendung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Wesentlichen auf wettbewerbs- und arbeitsrechtliche Zusammenhänge erstreckt oder eine Schädigungsabsicht des Handelnden voraussetzt²¹. Da für die hier in Rede stehenden Szenarien weder Wettbewerbs- noch Arbeitsverhältnisse zwischen Betrieben, in denen Proben genommen werden, einerseits und den Probennehmern andererseits angenommen werden können und auch Schädigungsabsichten letzterer nicht unterstellt werden sollen, muss die Thematik nicht weiter vertieft werden.

Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb unterfällt der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Dabei wird nicht nur der eigentliche (physische) Bestand eines Betriebes geschützt, sondern zugleich „alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebes ausmacht“²². Ferner unterfallen dem Begriff des Betriebs alle auf Erwerb gerichteten Unternehmen; ein Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbeordnung muss nicht vorliegen²³, weshalb auch die Rechtsform eines Betriebs insoweit keine Rolle spielt.

Unabhängig von der jeweils anzutreffenden Organisationsstruktur gehören betriebsbezogene Daten daher zum eigentumsrechtlich geschützten Bereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs. Weil diese Daten aber

21 So etwa bei §§ 17ff. UWG = Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb.

22 Maunz et al. (2011) Rn. 95 zu Art. 14 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

23 Wie vor, Rn. 98.

zum Eigentum des Geschäfts- oder Betriebsinhabers gehören, so ist es auch grundsätzlich alleiniges Recht dieses Inhabers, über die Verwendung der betreffenden Daten zu verfügen.

Allerdings kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass mit der Erhebung und Nutzung dieser Daten (sofern es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse handelt, siehe vorstehendes Kapitel) über die eine eigentumsrechtliche Verfügungsgewalt hinaus für die betroffenen Betriebsinhaber zunächst keinerlei spürbare Beeinträchtigungen durch die Arbeiten im Forschungskontext verbunden sind. Auswirkungen auf einen einzelnen Betrieb sind erst im Zusammenhang mit positiven Befunden zu befürchten, wenn diese zu einer Meldung an zuständige Behörden führen und diese Behörden ihrerseits tierseuchenrechtliche oder lebensmittelrechtliche Maßnahmen anordnen.

In diesem Fall ist aber das Interesse eines Betriebsinhabers an der unbeeinträchtigten Entscheidung über seine betriebsbezogenen Daten geringer zu bewerten als das Ziel der Sicherstellung der öffentlichen Gesundheit, wie sie sich im TierSG und zugehörigen Verordnungen niederschlägt. Die Abwägung dieser Grundrechtspositionen ergibt, dass das Eigentumsrecht des Betriebsinhabers auch unter dem Gesichtspunkt der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG: Eigentum verpflichtet.) gegenüber dem höherwertigen Rechtsgut auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG zurückzutreten hat.

Hieraus folgt, dass Meldungen an zuständige Behörden in der Folge positiver Befunde zu den Proben keiner Einwilligung eines Betriebsinhabers bezüglich der Verwendung seiner betriebsbezogenen Daten zu diesem Zweck bedürfen. Gleiches gilt für die Phase der bloßen Verwendung dieser Daten für Forschungszwecke. In dieser Phase (also vor Feststellung positiver Befunde und einer darauf beruhenden Meldung) ist das Recht des Betriebsinhabers auf freie Verfügung über seine betriebsbezogenen Daten, wie bereits gesagt, ohnehin lediglich tangiert, aber nicht wirklich beeinträchtigt. Hinzu kommt, dass die betreffenden Daten zum Teil (so etwa im Lebensmittelhandel) öffentlich zugänglich sind (sowohl mit Wissen und Wollen des Handels als auch der Produzenten, aber auch aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen hierzu unter Verbraucherschutzaspekten).

Diesen eher marginalen und (zunächst) nicht spezifischen Auswirkungen auf Eigentumsrechte der Betriebsinhaber steht die wissenschaftliche Tätigkeit der hier in Rede stehenden Forschergruppen gegenüber, die ohne Erfassung bestimmter betriebsbezogener Daten häufig sinnvoll kaum denkbar scheint. Da aber auch die Freiheit von Wissenschaft und Forschung unter den Grundrechtsschutz fällt (Art. 5 Abs. 3 GG), wird auch hier die Abwägung dieses Grundrechts gegenüber den kaum berührten Eigentumsrechten des Betriebsinhabers ergeben müssen, dass letztere zurückzutreten haben und die Verarbeitung und Nutzung dieser Daten für Forschungszwecke vom jeweiligen Betriebsinhaber hinzunehmen sind.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass betriebsbezogene Daten, die einem Forscher auch ohne Mithilfe eines Betriebsinhabers zugänglich sind (beispielsweise Betriebsort, Herstellername bei Lebensmitteln, Händlerbetrieb etc.), auch einwilligungslos erhoben und genutzt werden dürfen.

4.3 Zweckbestimmung der Probe

In Einwilligungszusammenhängen stellt sich grundsätzlich die Frage nach der Reichweite einer abgegebenen Einwilligung. Diese Frage ist – kurz gefasst – stets nur unter Berücksichtigung des Kenntnisstandes des Einwilligenden zu beantworten. Wusste der Erklärende überhaupt nicht, welche Konsequenzen seine Einwilligungserklärung hat, so ist die Wirksamkeit der Einwilligung zumindest zweifelhaft.

Deshalb muss auch bei tierischen Proben geklärt werden, ob eine Forschungsinformation, welche einer nachfolgenden Einwilligungserklärung zugrunde gelegt wird, die Zweckbestimmung der Proben genau definieren muss und ob von dieser Zweckbestimmung bei der weiteren Verwendung der Probe abgewichen werden darf.

Diese Klärung ist im Zusammenhang mit menschlichen Proben bereits vorgenommen worden²⁴, sodass von den dort erzielten Ergebnissen ausgehend hier lediglich Unterschiede herauszuarbeiten sind, die sich bei tierischen Proben ergeben.

Bei **Humanproben** lässt sich die Lage wie folgt zusammenfassen: Selbst wenn die Übertragung des Eigentums an menschlichen Proben außer Frage steht, so ist dieses Eigentum nicht frei von Beschränkungen. Grund hierfür ist die Tragweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Probanden/Patienten, die beispielsweise dazu führen kann, dass die Weiterübertragung dieses Eigentums unzulässig sein könnte²⁵. Das Eigentum an Humanproben ist deshalb grundsätzlich eine Art „belastetes Eigentum“.

Hinzu kommen bei Humanproben die Vorgaben des Datenschutzrechts. So verlangt § 4 Abs. 3 BDSG die Unterrichtung des Betroffenen (= Patient/Proband) über die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner personenbezogenen Daten. § 40 Abs. 1 BDSG schränkt die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten, welche für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erhoben werden, auf eben diese Zwecke ein.

Dies spricht für eine sehr eindeutige und möglichst enge Zweckbestimmung in einer Forschungsinformation, die einem Patienten/Probanden gegeben

24 Vgl. Harnischmacher et al. 2006 (TMF-Schriftenreihe Band 3), S. 109ff.

25 Simon et al. 2006 (TMF-Schriftenreihe Band 2), S. 47f. m.w.N.

wird, bevor er in die Entnahme einer Probe seines Körpermaterials, deren weitere Verwendung und die Speicherung und Nutzung seiner zugehörigen personenbezogenen Daten einwilligt.

Zwar hat der Nationale Ethikrat und ihm folgend auch der Deutsche Ethikrat erkannt, dass diese Sichtweise für die wissenschaftliche Arbeit mit Biomaterialien hohe Hürden darstellt, weil sich zur Zeit einer Probenentnahme oftmals nicht erkennen lässt, welche sinnvollen Forschungen mittels vorhandener Proben zu einem späteren Zeitpunkt möglich werden könnten. Er hat daher in der Vergangenheit zur Diskussion gestellt, ob man es nicht ausreichen lassen könne, dass Probenspender ganz allgemein in die Nutzung ihrer Proben und Daten einwilligen, ohne die konkreten Forschungszwecke zu benennen²⁶. Diese Anregungen haben indes noch keinen Niederschlag in den relevanten gesetzlichen Regelungen, insbesondere des Datenschutzrechts, gefunden. Für Humanproben ist deshalb nach wie vor davon auszugehen, dass in Forschungsinformationen die Verwendungszwecke für Proben und personenbezogene Daten möglichst präzise anzugeben sind und bei deren weiterer Verwendung von diesen Zwecken nicht abgewichen werden darf (es sei denn, es wird für die gewünschten Zwecke neuerlich eine Einwilligung eingeholt).

Die Lage bei **tierischen Proben** unterscheidet sich von derjenigen bei Humanproben dadurch, dass die Proben als solche nicht mit Persönlichkeitsrechten der „Spender“ verknüpft sind. Wird durch den Eigentümer eines Tieres das Eigentum an einer Probe an einen Wissenschaftler übertragen, so ist dieses Eigentum, anders als bei Humanproben, quasi „unbelastet“. In der Folge kann der Wissenschaftler als Eigentümer der Probe mit dieser umfassend nach eigenem Gutdünken verfahren, sie also beispielsweise ohne Weiteres an Dritte weiterübertragen oder sie auch für jedweden Forschungszweck verwenden.

Beeinträchtigt wird dieses Recht des Wissenschaftlers an der Probe selbst aber in dem Moment, in dem der Probe personen- und/oder betriebsbezogene Daten beigegeben, zusammen mit dieser dokumentiert und weiter verarbeitet werden. In *diesem* Kontext bestehen keine gravierenden Unterschiede zum Bereich menschlicher Probenasservierung und -verwendung.

Einzig die datenschutzrechtlich begründeten Widerrufsrechte der Betroffenen²⁷ haben bei tierischen Proben eine geringere Bedeutung. Wie bei Humanproben führen sie auch bei tierischen Proben dazu, dass personenbezogene Daten der widerrufenden Betroffenen ab dem Widerruf nicht mehr weiter verwendet werden dürfen und daher zu löschen, jedenfalls aber zu anonymisieren sind. Anders als bei Humanproben kann aber nicht angenommen werden, dass ein Widerruf für die weitere Verwendung der Proben zulässig ist,

²⁶ Siehe dazu auch Harnischmacher et al. 2006 (TMF-Schriftenreihe Band 3), S. 110f.

²⁷ Wie vor, S. 124ff., S. 138.

wenn diese einmal zum Eigentum übertragen werden. Bei tierischen Proben stellt deren Anonymisierung²⁸ deshalb ebenso wenig ein Problem dar wie deren Weiterveräußerung. Werden menschliche Proben anonymisiert, so ist es faktisch nicht mehr möglich, diese zu vernichten, wenn ein Spender seine Einwilligung widerruft und die Probenvernichtung verlangt, denn die Proben sind dann nicht mehr seiner Person zuzuordnen. Auf diesen Umstand sind Patienten/Probanden hinzuweisen, während dieser Hinweis in Einwilligungserklärungen bei tierischen Proben entbehrlich ist.

4.4 Anzeige- und Meldepflichten

Werden tierische Proben untersucht, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei diesen Untersuchungen Erreger oder entsprechende Antikörper gefunden werden, die nach tierseuchenrechtlichen Bestimmungen anzeige- oder meldepflichtig sind. Das TierSG²⁹ bildet die Grundlage sowohl für die Anzeige- als auch für die Meldepflichten.

§ 9 TierSG definiert dabei den Kreis der Anzeigepflichtigen (obwohl die Überschrift „Meldepflichtige Personen“ lautet); § 10 TierSG dient als Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Verordnung zur Bestimmung anzeigepflichtiger Tierseuchen. § 78a Abs. 2 TierSG ermächtigt wiederum zum Erlass einer Rechtsverordnung, welche Meldungen, Meldeverfahren und den Kreis der Meldepflichtigen „zur Erlangung einer umfassenden Übersicht über Vorkommen und Ausbreitung sonstiger übertragbarer Krankheiten“ bestimmt.

Die Unterscheidung nach Anzeige- oder Meldepflicht wird damit durch die Inhalte der aufgrund der Rechtsverordnungen zu § 10 und § 78a Abs. 2 TierSG erlassenen Rechtsverordnungen³⁰ bestimmt, insbesondere durch die dort als anzeige- oder als meldepflichtig eingruppierten Krankheiten.³¹ Es ist daher zu klären, ob diese Anzeige- oder Meldepflichten der mit den Untersuchungen befassten Wissenschaftler in jedem Untersuchungskontext Auswirkungen auf die rechtssichere Ausgestaltung von Forschungsinformationen und Einwilligungserklärungen haben.

Angesprochen ist hier der Anwendungsbereich des TierSG, das die Bekämpfung von Tierseuchen regelt (§ 1 Abs. 1 TierSG) und unter dem Begriff der Tierseuchen alle

²⁸ Wie vor, S. 124f.

²⁹ Tierseuchengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Juni 2004, BGBl I S. 1260.

³⁰ Verordnung über anzeigepflichtige Tierseuchen und Verordnung über meldepflichtige Tierseuchen.

³¹ Auf die Aufführung dieser Krankheiten im Einzelnen im Text wird hier schon deshalb verzichtet, weil die Verordnungen Änderungen unterworfen sind und im aktuellen Untersuchungskontext geprüft werden muss, welche Krankheiten aktuell aufgeführt sind. Es wird daher empfohlen, die Verordnungen jeweils aktuell zu recherchieren. Die zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Expertise geltenden Verordnungstexte sind im Anhang der Expertise wiedergegeben.

„Krankheiten oder Infektionen mit Krankheitserregern, die bei Tieren auftreten und auf a) Tiere oder b) Menschen (Zoonosen) übertragen werden können“

zusammenfasst (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 TierSG).

Neben den in § 4 TierSG ausdrücklich genannten Instituten richtet sich das Gesetz an den in § 9 TierSG genannten weiten Kreis anzeigepflichtiger Personen. Es sind dies vor allem die Besitzer betroffener Tiere (§ 9 Abs. 1 TierSG), deren Vertreter oder solche Personen, die diese Tiere in Obhut oder Gewahrsam haben oder auf einem Transport begleiten (§ 9 Abs. 2 TierSG), ferner der Personenkreis, der in § 9 Abs. 3 TierSG genannt wird wie folgt:

„Zur unverzüglichen Anzeige sind auch die Tierärzte und Leiter tierärztlicher und sonstiger öffentlicher oder privater Untersuchungsstellen sowie alle Personen verpflichtet, die sich mit der Ausübung der Tierheilkunde, der künstlichen Besamung, der Leistungsprüfung in der tierischen Erzeugung oder gewerbsmäßig der Kastration von Tieren beschäftigen, desgleichen die Fleischkontrolleure, die Geflügelfleischkontrolleure, die Fischereisachverständigen, die Fischereiberater, die Fischereiaufseher, die Hufschmiede, die Hufpfleger und die Klauenschneider, ferner die Personen, die das Schlächtergewerbe betreiben, sowie solche, die sich gewerbsmäßig mit der Bearbeitung, Verwertung oder Beseitigung geschlachteter, getöteter oder verendeter Tiere oder tierischer Bestandteile beschäftigen, wenn sie, bevor ein behördliches Einschreiten stattgefunden hat, von dem Ausbruch einer anzeigepflichtigen Tierseuche oder von Erscheinungen, die den Ausbruch einer solchen Tierseuche befürchten lassen, Kenntnis erhalten.“

Der Wortlaut des Gesetzes macht damit sehr deutlich, dass eine Rechtspflicht zur Anzeige jedenfalls für solche Personen und Institutionen besteht, die entweder für betroffene Tiere verantwortlich sind oder aber Untersuchungen im Kontext mit Tieren durchführen, wobei die private oder öffentliche Trägerschaft einer Untersuchungsstelle keine Rolle spielt.

Daher spricht die sehr weite Formulierung in § 9 Abs. 3 TierSG³² dafür, jedwede Forschungsstelle, die tierische Proben untersucht, in jedem Fall der Anzeigepflicht zu unterwerfen („zur unverzüglichen Anzeige sind auch [...] Leiter [...] sonstiger öffentlicher oder privater Untersuchungsstellen (...) verpflichtet.“). Allerdings darf nicht verkannt werden, dass im vorliegenden Kontext auch Proben untersucht werden könnten, ohne dass die untersuchende Stelle gezielt Verdachtsfälle aufklären soll oder will. Stößt in einem solchen Fall ein Wissenschaftler auf einen Erreger, so tut er dies in diesen Fällen nicht als Ergebnis zielgerichteter Untersuchung unter dem expliziten Geltungsbereich des TierSG, sondern bei Gelegenheit seiner allgemeinen Forschungstätigkeit. Dies aber ist ein Aufgabenfeld, das der Wortlaut des § 9 Abs. 3 TierSG nicht eindeutig erfasst, denn dieser lässt die (einschränkende) Auslegung zu, die fachlich-inhaltlich

³² § 1 Abs. 1 der Verordnung über meldepflichtige Tierkrankheiten verwendet den gleichen Begriff; für die Meldepflicht gilt insoweit nichts anderes als für die Anzeigepflicht.

erforderliche Ausrichtung des verpflichteten Personenkreises („..., die sich mit der Ausübung der Tierheilkunde, der künstlichen Besamung ...“) gelte auch für die „Untersuchungsstellen“, die § 9 Abs. 3 TierSG eingangs nennt. Grund für diese denkbare Auslegung ist, dass die Regelung einleitend den Adressatenkreis („Tierärzte, Leiter tierärztlicher und sonstiger öffentlicher oder privater Untersuchungsstellen sowie alle Personen ...“) zusammen aufführt und sodann die fachlich-inhaltliche Tätigkeit beschreibt. Dies wäre a priori kein Problem. Jedoch unterfällt streng genommen reine Forschungstätigkeit nicht dem in § 9 Abs. 3 TierSG beschriebenen fachlich-inhaltlichen Bereich, sodass diese Auslegung dazu führen würde, bei reiner Forschungstätigkeit dieser Untersuchungsstelle eine Anzeigepflicht zu verneinen.³³

Für Wissenschaftler, die im vorliegend zu beurteilenden Kontext tierische Proben nehmen und hierfür eine Einwilligungserklärung der jeweiligen Tier-eigentümer einholen möchten, wäre dieses Ergebnis insofern unbefriedigend, als in Fällen behördlicher Untersuchungsaufträge bei Verdacht auf Tierseuchen dem Wissenschaftler eine Anzeigepflicht auferlegt würde, während dies bei enger Auslegung des Gesetzeswortlauts in Fällen allgemeiner Forschungstätigkeit nicht zwingend angenommen werden könnte. Ein solches Ergebnis kann vom Gesetzgeber bei Abfassung des § 9 Abs. 3 TierSG angesichts der vorstehend dargestellten Intention des Gesetzes indes nicht gewollt gewesen sein³⁴.

Die betont enge Auslegung des § 9 Abs. 3 TierSG hätte im Übrigen auch organisatorische Probleme zur Folge. Je nachdem, in welchem Untersuchungszusammenhang die Einwilligungserklärung benötigt wird, wäre deshalb in der zugehörigen Forschungsinformation darauf hinzuweisen, ob eine tierseuchenrechtliche Anzeige- oder Meldepflicht bei Entdeckung relevanter Befunde besteht oder nicht besteht.

Dies würde es jedoch erforderlich machen, dass der betroffene Wissenschaftler im Einzelfall zunächst rechtlich abklärt, ob er einer Anzeige- oder Meldepflicht unterliegt oder nicht. Ein solches Vorgehen ist jedoch weder praktikabel, noch entspricht es dem grundsätzlichen Zweck tierseuchenrechtlicher

33 Darauf hinzuweisen ist, dass bei ansonsten vergleichbarer Situation im Zusammenhang mit humanen Proben eine einschränkende Auslegung entsprechender Vorschriften nicht diskutiert werden müsste. § 8 Abs. 1 Nr. 2 Infektionsschutzgesetz unterwirft nämlich „sonstige private oder öffentliche Untersuchungsstellen“ einer Melde- bzw. Mitteilungsverpflichtung bezüglich des Nachweises von (im Gesetz benannten) Krankheitserregern, *ohne* dass (wie bei § 9 Abs. 3 TierSG) eine fachlich-inhaltliche Beschreibung der Tätigkeit des verpflichteten Personenkreises erfolgt.

34 Gleichwohl neigen einzelne Behörden wohl zu einer engen Auslegung des Gesetzeswortlauts. Die Autoren dieser Expertise haben dieses Ergebnis mit dem Ansprechpartner einer regionalen Behörde diskutiert, die für die Koordinierung von Bekämpfungsmaßnahmen im tierseuchenrechtlichen Bereich zuständig ist. Dort war man der Auffassung, dass Forschungseinrichtungen (etwa Universitätsinstitute) nicht zu den Meldepflichtigen gehören, wenn sie bei Gelegenheit allgemeiner Untersuchungen von tierischen Proben auf relevante Erreger stoßen. Derartige Auslegungen, die – wie dargestellt – dem Geist des TierSG nicht entsprechen, sollten Wissenschaftler ihrer Tätigkeit nicht zugrunde legen. Eine klarstellende Änderung des § 9 Abs. 3 TierSG wäre auf Dauer aber sicher zu begrüßen, schon um eine einheitliche Auslegung der Vorschrift zu gewährleisten.

Bestimmungen und deren behördlicher Umsetzung mit dem Ziel der Eindämmung von Tierseuchen und Zoonosen.

Um die rechtliche Wirksamkeit eingeholter Einwilligungserklärungen nicht zu gefährden, wird deshalb ausdrücklich dazu geraten, trotz der in dieser Hinsicht auslegungsfähigen Regelungen des § 9 Abs. 3 TierSG von einer Anzeigepflicht oder einer Meldepflicht nach § 1 TKrMeldpflV 1983³⁵ auch im Forschungskontext auszugehen und die möglicherweise bestehenden gesetzlichen Anzeige- und Meldepflichten ebenso in der gegebenen Forschungsinformation offen anzusprechen wie das ethische Bewusstsein des Wissenschaftlers, das ihn bei entsprechenden Befunden zur Anzeige oder Meldung ungeachtet bestehender gesetzlicher Verpflichtungen veranlasst.

Hinzuweisen ist der Vollständigkeit halber noch darauf, dass nicht darauf verzichtet werden kann, den Einwilligenden über die eventuelle Anzeige oder Meldung relevanter Befunde zu informieren. Unterbleibt diese Information, so kann der Einwilligende die Tragweite seiner Einwilligung nicht abschätzen, weshalb keine „informierte Einwilligung“ im Sinne des § 4a BDSG vorliegt, die aber erforderlich ist, sobald zu den tierischen Proben personenbezogene Daten des Einwilligenden erhoben und verarbeitet werden sollen; auf Kapitel 4.3 wird insoweit verwiesen.

Nach den Ausführungen in Kapitel 4.2.4 (Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) gilt dies nicht für betriebsbezogene Daten, die ein Forscher erheben kann, ohne dass es hierzu einer tatsächlichen Mitwirkung des Betriebsverantwortlichen bedürfte; ihre Nutzung ist einwilligungsfrei zulässig.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass viele Betriebsinhaber gezielt danach fragen werden, ob mithilfe der Proben auch Ergebnisse erzielt werden (können), die zu Meldungen an zuständige Behörden und damit letztlich zu negativen Auswirkungen auf ihren Betrieb führen können. In diesem Falle sind diese Fragen vom Erhebenden selbstverständlich wahrheitsgemäß zu beantworten, weil ansonsten von einer gezielten Irreführung ausgegangen werden müsste.

Exkurs

Vorstehende Ausführungen gelten nicht für diejenigen Fälle, in denen eine Probenentnahme aufgrund behördlich angeordneter Maßnahmen bei bereits vorliegendem Tierseuchenverdacht erfolgt. Rechtsgrundlage für solche Probenentnahmen sind dann die behördlichen Anordnungen (Verwaltungsakte) bzw. die diesen zugrunde liegenden Verordnungen und Gesetze. Geben diese die Erhebung bestimmter Betriebsdaten oder personenbezogener Daten vor, so bedarf es keiner Einwilligungserklärung mehr, weshalb auch eine Forschungsinformation in diesen Fällen entbehrlich ist.

³⁵ Verordnung über meldepflichtige Tierkrankheiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2011, BGBl I S. 252.

Für die Probenasservierung ergeben sich bei Vorliegen einer „informierten Einwilligung“ keine Besonderheiten: Dokumentiert werden dürfen diejenigen Daten, in deren Verwendung eingewilligt worden ist. Ähnliches gilt grundsätzlich auch für die Proben-Verwendung: Sie kann sich nur in dem Rahmen bewegen, über den in der Forschungsinformation der Einwilligende belehrt worden ist; denn nur soweit reicht seine Einwilligung.

Fehlt in der Forschungsinformation der Hinweis darauf, dass bei entsprechenden Befunden die zuständige behördliche Stelle über den Verdacht einer Tierseuche informiert werde, so kann nicht angenommen werden, dass dem Einwilligenden bewusst war, dass die entnommene Probe zur Gewinnung derartiger Befunde genutzt werden würde und zugehörige Personendaten in eine Meldung an Behörden würden einfließen können.

4.5 Benefit-Sharing

In Situationen, in denen eine aktive Mitwirkung oder zumindest eine Erlaubnis eines Dritten erbeten wird, stellt sich rasch die Frage seiner Beteiligung an (wirtschaftlich verwertbaren) Ergebnissen. Die Frage ist im Zusammenhang mit menschlichen Proben bereits eingehend diskutiert worden³⁶, dort jedoch vor allem unter ethischen Aspekten und unter dem Gesichtspunkt tangierter Persönlichkeitsrechte bei der Verwendung humanen Biomaterials.

Diese Aspekte kommen bei tierischen Proben nicht zum Tragen, weshalb die Ergebnisse dieser früheren Untersuchungen nur bedingt auf die vorliegende Situation übertragbar sein dürften. Die für menschliche Körpermateriale geltenden Kommerzialisierungsverbote, die sich etwa in Transplantations- und Transfusionsgesetzen niedergeschlagen haben und die Verbote auch kleinste Teile des menschlichen Körpers erfassen³⁷, können für tierische Proben keine Gültigkeit beanspruchen, da jene aus Grundrechten wie der Menschenwürde und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet sind, also Rechtspositionen, die im Hinblick auf Tiere keine Wirksamkeit entfalten.

Hinzu kommt, dass die Grundidee des Benefit-Sharing dem Kontext der therapeutischen Arzneimittelprüfung entstammt und deshalb insbesondere die Teilhabe von Probanden/Patienten an diagnostischen, therapeutischen oder prophylaktisch verwertbaren Ergebnissen im Auge hat³⁸. Gewollt sind in der Regel (außer etwa bei kommerzieller Forschung) keine monetären Anreize, sondern eher ein privilegierter Zugang teilnehmender Personen zu neuen Verfahren und neuem medizinischen Wissen³⁹. Auch diese Denkansätze lassen sich auf die Situation bei tierischen Proben kaum übertragen.

³⁶ Goebel, Pickardt (2010); Lenk (2010) und Spranger (2010).

³⁷ Wie vor, Spranger (2010).

³⁸ Wie vor, Lenk (2010).

³⁹ Wie vor.

Dies führt zum Ergebnis, dass zwar einerseits keine begründbaren Verbote für eine entgeltliche Übertragung tierischer Proben ersichtlich sind, andererseits aber der „Teilhabe“-Gedanke in diesem Zusammenhang nicht recht trägt: Worin sollte die „Teilhabe“ des beprobten Tieres selbst oder seines Eigentümers an den Forschungsergebnissen bestehen, wenn der vorliegend in Rede stehende Forscherkreis keine unmittelbaren veterinär-medizinischen Dienstleistungen erbringt? Selbst wenn dies der Fall wäre, liefe ein solches Angebot der Forschenden im Übrigen zumindest bei den Szenarien 1, 3 und 4 aber auch ins Leere, denn allenfalls dort, wo ein beprobtes Tier noch eine längere Zeit lebt und auch problemlos behandelt werden könnte⁴⁰, lässt sich ein Interesse an neuen Behandlungsmethoden unterstellen.

Für eine Partizipation der Tiereigentümer an grundsätzlich denkbaren wirtschaftlichen Erträgen der Forschenden (etwa im Zusammenhang mit einem Patent) besteht aber kein Anlass, denn ihre „Mitwirkung“ beschränkt sich letztlich auf die Einwilligung in die Probenentnahme und (gegebenenfalls) die Erhebung und Verarbeitung personen- und/oder betriebsbezogener Daten. Hinsichtlich der Gewinnung von Isolaten aus den Proben und der Herstellung von (wirtschaftlich verwertbaren) Folgeprodukten leisten sie keinerlei Beitrag. Weshalb ihnen eine Gewinnbeteiligung angeboten werden sollte, ist deshalb nicht nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass das Angebot einer Gewinnbeteiligung notwendigerweise intransparent für die Betroffenen bleiben müsste, weil in der Situation der Probenentnahme auch nicht ansatzweise absehbar ist, ob mit der Forschungstätigkeit überhaupt Ergebnisse erzielt werden, die wirtschaftlich verwertbar sind.

Was bleibt, ist damit die Möglichkeit finanzieller Anreize zur „Förderung“ der Bereitwilligkeit der Betroffenen, ihre Einwilligung zur Probenentnahme und zur Datenerhebung und -verwendung zu geben. Angesichts der in der Regel knappen finanziellen Ausstattung von Forschungsvorhaben werden diese Anreize aber eher im Bereich einer nur geringen Aufwandsentschädigung anzusiedeln sein.

Anders als bei Humanproben bestehen jedoch bei tierischen Proben keine rechtlichen Einschränkungen, die es verbieten würden, für eine Probenentnahme regelrecht zu „bezahlen“. Dies ist im Falle des Szenario 1 beim käuflichen Erwerb des zu beprobenden Produkts ohnehin der Fall.

4.6 Prozedur bei der Probenerhebung

4.6.1 Direkte Probenerhebung durch die forschende Stelle

Aus den vorangegangenen Kapiteln sollte hinreichend deutlich geworden sein, dass in sämtlichen Fällen, in denen eine Einwilligungserklärung die Basis für die Erhebung von Proben und Daten und deren weiteren Verwendung

⁴⁰ Bei Wildtieren ist dies schlecht denkbar.

darstellt, die Tragweite dieser Einwilligung maßgeblich davon abhängt, was in der Erklärung selbst und in der zugehörigen Forschungsinformation konkret fixiert worden ist.

Ein Schriftformerfordernis stellt in diesem Zusammenhang zwar lediglich § 4a Abs. 1 BDSG auf („Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“), sodass der Schluss gezogen werden könnte, lediglich für die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten sei die Schriftform der Einwilligung erforderlich, für die Probenentnahme selbst sowie die Erhebung und Nutzung weiterer Daten hingegen nicht.

Ein Zurückziehen auf gesetzlich zwingend vorgegebene Formerfordernisse wäre aber nicht im Interesse desjenigen, der Proben und Daten erhebt und weiter verwendet. Er muss im Zweifel nachweisen können, über welchen Verwendungszweck der Proben und Daten er den Einwilligenden informiert hat und ob die Einwilligung auch vor dem Hintergrund dieser Information erklärt worden ist. Dieser Nachweis wird angesichts der Komplexität der Zusammenhänge nur gelingen können, wenn sowohl die Forschungsinformation als auch die Einwilligungserklärung schriftlich vorliegen und als zusammengehörig dokumentiert werden. Zugleich sollte, um Unstimmigkeiten mit den Einwilligenden vorzubeugen, letzteren gleichfalls ein kompletter und ebenfalls unterzeichneter Satz dieser Unterlagen (Forschungsinformation nebst Einwilligungserklärung) ausgehändigt werden. Wer nachsehen kann, was er bei welcher Informationslage erklärt hat, beruft sich nicht so leicht auf Dinge, an die er sich (bei bloß mündlicher Vereinbarung) nur nicht recht erinnert.

Folgendes Standardprocedere ist daher einheitlich für alle Fälle anzuraten, in denen eine Einwilligungserklärung eingeholt werden muss:

1. Formulierung einer Einwilligungserklärung nebst Forschungsinformation (zu den Inhalten sei auf Kapitel 6 und den Anhang II dieser Expertise verwiesen).
2. Feststellung desjenigen, der – je nach Szenario, siehe hierzu Kapitel 5 dieser Expertise – wirksam die Einwilligung erklären soll.
3. Vorlage der Forschungsinformation und der Einwilligungserklärung an die betreffende (nach 2. festgestellte) Person.
4. Gegebenenfalls Beantwortung von Fragen der betreffenden Person, Protokollierung.
5. Beidseitige Unterzeichnung der Einwilligungserklärung und des gegebenenfalls erstellten Protokolls, Aushändigung eines kompletten Satzes aller Unterlagen (Forschungsinformation, Einwilligungserklärung, Protokoll) an den Einwilligenden.
6. Dokumentation der Zusammengehörigkeit der vorstehend benannten Unterlagen zu bestimmten Proben beim Probennehmer.
Letzterer Schritt ist Voraussetzung für die rechtssichere weitere Verwendung der Proben und Daten, da die Inhalte der Einwilligungen und damit

deren Tragweite variieren können. Sollte beispielsweise in Probenentnahmen nur mit der Maßgabe eingewilligt worden sein, die Proben nur nutzen, jedoch nicht an Dritte weitergeben zu dürfen, so ist dies eine für das spätere Proben-Handling wesentliche Vorgabe, die erkennbar mit der Probe selbst verknüpft werden müsste.

Gleiches gilt für die dokumentarische Verknüpfung der Probe mit bestimmten Forschungszwecken, die in der Forschungsinformation benannt werden und auf die sich die Einwilligung des Erklärenden etwa in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten bezieht: Fehlt es an einer hinreichenden Dokumentation und wird aus diesem Grunde der Verarbeitungszweck geändert, so ist die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zu diesem neuen Zweck ohne ausreichende Rechtsgrundlage; die Daten wären zu löschen.

4.6.2 Probenerhebung durch Dritte

Die Auftraggeber dieser Expertise haben deutlich gemacht, dass sie die Erhebung von Proben (und Daten) nicht durchweg unmittelbar selbst durchführen. Insbesondere kommt daneben auch eine Erhebung durch Tierärzte, Veterinäruntersuchungsinstitute, Universitäten oder auch ausländische Stellen in Betracht, so dass ganze „Erhebungs- und Weitergabeketten“ entstehen können, bis eine Probe (nebst Daten) zum forschenden Institut gelangt.

Deshalb sind „kurze Wege“, beispielsweise vom Landwirt oder Tierbesitzer direkt zum Forschungsinstitut genauso denkbar wie die Kette Landwirt/Tierbesitzer – Tierarzt – Veterinäruntersuchungsinstitut – Forschungsinstitut.

Für den betroffenen Forscher ist bei dem „kurzen Weg“ unmittelbar einleuchtend, dass er dem betroffenen Landwirt oder Tierbesitzer eine (zum entsprechenden Szenario passende) Forschungsinformation nebst Einwilligungserklärung vorlegen muss.

Handelt es sich hingegen um eine der beispielhaften genannten „Erhebungs- und Einwilligungsketten“, entstehen beim Forscher nach Aussage der Auftraggeber dieser Expertise Unsicherheiten: Muss er eine Einwilligungserklärung seines unmittelbaren „Lieferanten“ (zum Beispiel des Tiergesundheitsdienstes) einholen oder diejenige des Landwirts oder Tierbesitzers? Oder bedarf es gar mehrerer Einwilligungserklärungen entsprechend der Zahl der Weitergabevorgänge (zum Beispiel einer Erklärung im Verhältnis Landwirt/Tierbesitzer – Tiergesundheitsdienst und einer weiteren im Verhältnis Tiergesundheitsdienst – Forschungsinstitut)?

Zur Beantwortung dieser Fragen sind die Fälle, in denen die forschende Stelle gezielt mit Dritten kooperiert, um Proben (und gegebenenfalls Daten) zu erhalten (hierzu im Folgenden), von Situationen zu unterscheiden, in denen

eine forschende Stelle durch Dritte (etwa Ämter) Proben erhält, ohne diese Dritten hiermit beauftragt zu haben (hierzu im Folgenden).

Probenbeschaffung durch Kooperationspartner

Wenn ein forschendes Institut mit Partnern kooperiert, die Proben für das Institut beschaffen, so bedarf dieses Auftragsverhältnis der vertraglichen Regelung. Zwar kann auch ein Vertrag über derartige Vertragsgegenstände formlos abgeschlossen werden. Jedoch sollte sichergestellt sein, dass bestimmte Vorgaben des forschenden Instituts durch den Kooperationspartner beachtet werden, wobei folgende Grundzüge zu berücksichtigen sind:

Entsprechend dem in Kapitel 4.6.1 zum Standardprocedere unter Ziffer 2 Gesagten, geht es auch in diesen „Ketten“-Fällen letztlich stets um die Einwilligung desjenigen, der über die Beprobung oder Nichtbeprobung eines Tieres zu Forschungszwecken und gegebenenfalls über die Erhebung zugehöriger personen- oder betriebsbezogener Daten entscheiden darf. Dies ist im Kontext der Erhebung von Proben und (gegebenenfalls) Daten zu Forschungszwecken aber stets derjenige, der am Beginn einer „Kette“ steht, also derjenige, in dessen Eigentum oder Besitz das zu beprobende Tier steht, respektive dessen Jagdrecht es unterliegt, und dessen Daten (gegebenenfalls) ergänzend erhoben werden sollen.

Sein Tier soll beprobt werden, zusätzlich sollen *seine* personen- oder betriebsbezogenen Daten gegebenenfalls erhoben werden. Daher ist auch nur er potentieller Adressat der vorzulegenden Forschungsinformation und Einwilligungserklärung, nicht aber in einem Prozess zur Gewinnung von Proben (und Daten) im Auftrag zwischengeschaltete Stellen. Sofern diese Stellen sozusagen „bei Gelegenheit“ ihrer Tätigkeit auch für die Gewinnung und Verwendung von tierischen Proben (und gegebenenfalls personen- oder betriebsbezogener Daten) für Forschungszwecke sorgen sollen, muss ihnen vom betroffenen Forscher/Forschungsinstitut, in dessen Interesse dies erfolgen soll, eine entsprechende Forschungsinformation und Einwilligungserklärung zur Verfügung gestellt werden. Da es um die gleichen Informations- und Erklärungsinhalte geht, die auch beim direkten Kontakt des Forschers/Forschungsinstituts mit den Betroffenen zum Tragen kämen, ist auch der gleiche Text zu verwenden, wie er bei direkter Erhebung verwendet würde.

Kurz: Erhebt ein Forscher/Forschungsinstitut Proben (und Daten) nicht direkt beim Tierigentümer/-besitzer oder Jagdberechtigten, sondern lässt diese von Tierärzten oder sonstigen Dritten besorgen, so muss er/es dafür Sorge tragen, dass diese Dritten genau den Text den Betroffenen zur Information und Einwilligung vorlegen, den er/es auch selbst bei direkter Erhebung vorlegen würde.

Weiter sicherzustellen ist, dass dieser Text (Info und Einwilligung) nach Abgabe einer Einwilligungserklärung letztlich dann auch zum Forscher/For-

schungsinstitut zurückgelangt. Der Text begleitet daher am besten die auf seiner Grundlage erhobenen Proben (und Daten) auf dem gesamten „Rückweg“ zum Forscher/Forschungsinstitut.

Daher wird dazu geraten, sowohl die Haupt- als auch die Nebenpflichten des Partners schriftlich festzuhalten. Zu regeln sind dabei

- die Sammlung von Proben nach einem bestimmten Procedere;
- die Einholung von Einwilligungserklärungen, soweit diese erforderlich sind;
- die Verwendung von Forschungsinformationen und Einwilligungserklärungen nach Vorgaben des Forschungsinstituts;
- die Sicherstellung der Übertragung des Eigentums an den Proben auf das Forschungsinstitut;
- die Zusicherung des Kooperationspartners, dass die beschafften Proben frei von Rechten Dritter sind.

Folgende Formulierungen könnten zu diesem Zweck als eigener Abschnitt in einen Kooperationsvertrag eines Forschungsinstituts mit einem Partner aufgenommen werden⁴¹:

Abschnitt ..., Probensammlung

1. Sammelkriterien, Forschungsinformation, Einwilligung

- 1.1 Der Partner gewinnt nach den im Einzelfall vom Forschungsinstitut vorgegebenen Kriterien für dieses tierische Proben und zugehörige Daten zu den in der jeweiligen Forschungsinformation angegebenen Zwecken und übergibt sie dem Forschungsinstitut in der vertraglich vereinbarten Form.
- 1.2 Das Forschungsinstitut definiert gegenüber dem Partner die Kriterien nach 1.1 jeweils schriftlich (Anmerkung: Hier wären die Probenart und -menge, die Art der zu erhebenden Daten, die [technische] Form der Sammlung von Proben und Daten und die Fristen zur Vertragserfüllung festzulegen).
- 1.3 Ist für die Probengewinnung und Datenerhebung nach 1.1 eine Forschungsinformation für Tierbesitzer/-eigentümer/ oder Dritte (im Folgenden: Betroffener) und/oder deren Einwilligungserklärung erforderlich, so weist das Forschungsinstitut den Partner hierauf ausdrücklich schriftlich hin und stellt ihm die für den konkreten Fall geeigneten Formulare zur Verfügung.
- 1.4 Der Partner ist verpflichtet, in Fällen des 1.3 die Einwilligungserklärungen Betroffener einzuholen und hierfür die ihm zur Verfügung gestellten Formulare zu verwenden.

⁴¹ Ein Kooperationsvertrag wird umfassender sein, nicht nur die Probensammlung betreffen und auch bereits existieren. Daher werden hier lediglich spezifische Formulierungen für dieses eine Kooperationsfeld vorgeschlagen, während auf allgemeine vertragliche Regelungen wie etwa Vergütungsfestlegungen, Regelungen zur Haftung etc. verzichtet wird.

2. Eigentumsübertragung, Nutzungseinräumung

- 2.1 Das Forschungsinstitut weist den Partner darauf hin, ob das Eigentum an den nach Ziffer 1 gewonnenen Proben dem Institut eingeräumt werden muss oder eine Nutzungseinräumung insoweit ausreicht. Die nach 1.3 zur Verfügung zu stellenden Formulare müssen diesen Aspekt abdecken.
- 2.2 Der Partner stellt die Eigentumsübertragung oder Nutzungseinräumung durch Verwendung der zur Verfügung gestellten Formulare sicher.

3. Rechtezusicherung

Der Partner versichert, dass die Proben gemäß 1.1 frei von Rechten Dritter sind.

Probenabgabe durch Dritte ohne Auftrag der forschenden Stelle

Denkbar sind allerdings auch Fälle, in denen Proben (und mitunter auch Daten) einem Forschungsinstitut übergeben werden, obwohl sie ursprünglich nicht zu Forschungszwecken, sondern beispielsweise im Behandlungskontext in einer tierärztlichen Praxis oder amtlicherseits erhoben worden sind.

Erfolgt in diesen Fällen die Weitergabe der Proben (und Daten) an das Forschungsinstitut aufgrund behördlicher Maßnahmen, so stellt sich die Frage der Einwilligung der Betroffenen für das Institut nicht, denn es wird auf Basis eines Verwaltungsakts tätig, für dessen Rechtmäßigkeit die anordnende Behörde Sorge zu tragen hat.

Leider stellt sich die Rechtssituation für ein Forschungsinstitut nicht so einfach dar, wenn – was der Regelfall sein wird – der Probenabgabe an das Institut keine behördliche Maßnahme zugrunde liegt. Erhält ein Forscher beispielsweise von einem Tierarzt oder einem Veterinärinstitut lediglich Proben, jedoch ohne Daten zum Tier und/oder dessen Eigentümer/Besitzer, so hat er es mit einer anderen Rechtslage zu tun als beim Erhalt von Proben nebst zugehörigen individualisierenden Daten.

Im Einzelnen

Gesetzt den Fall, ein Tierarzt übereignet dem Forschungsinstitut Proben aus seinem Eigentum zu Forschungszwecken, so spielt es zwar keine Rolle, wenn diese Proben vom Tierarzt ursprünglich nicht zu Forschungszwecken beim Tier genommen worden sind, sondern im Rahmen der Feststellung einer Krankheit des Tieres und damit zur Bestimmung konkreter Behandlungsmaßnahmen. Anders, als dies bei Humanproben der Fall ist, sind tierische Proben als solche kein Objekt von Persönlichkeitsrechten, weshalb grundsätzlich auch ihre Verwendung zu anderen als den bei ihrer Gewinnung angegebenen Zwecken zulässig ist.

Das macht indes die Frage nach einem wirksamen Eigentumserwerb an diesen Proben nicht obsolet. Wenn nämlich im angeführten Beispiel der Tiereigen-

tümer dem Tierarzt die Probenentnahme nur gestattet hat, um sie im Behandlungskontext des Tieres für Untersuchungen zu *nutzen*, dem Tierarzt aber das Eigentum an der Probe nicht eingeräumt hat, so wirkt sich diese Verwendungsbeschränkung sehr wohl aus. Der Tierarzt hat in diesem Fall nämlich vom Tiereigentümer lediglich eine Nutzungserlaubnis erhalten, die auf bestimmte Zwecke beschränkt war. In der Folge kann schon der Tierarzt selbst die Probe nicht für andere Zusammenhänge verwenden, geschweige denn, dass er Dritten dies erlauben oder die Probe an Dritte (wie das Forschungsinstitut) weitergeben und diesem eine andere Verwendung gestatten dürfte. Und schließlich könnte der Tierarzt die Probe auch dem Forschungsinstitut nicht übereignen, wenn er selbst nicht ihr Eigentümer geworden wäre.

Da sich somit die Frage des Eigentums an der Probe als Schlüsselfrage für die Zulässigkeit der Verwendung der Probe zu Forschungszwecken erweist, muss ein Forschungsinstitut ein massives Interesse an der Klarstellung dieser Eigentumsverhältnisse haben.

In „Ketten“ wird es oftmals aber kaum möglich sein, einzelne Eigentumsübertragungen nachzuvollziehen, etwa vom Tiereigentümer auf den Tierarzt, von diesem weiter auf ein veterinärmedizinisches Institut und so fort. Im Regelfall muss das Forschungsinstitut, das – von welchem Glied der „Kette“ auch immer – zu Forschungszwecken Proben erhält, diese einzelnen Übertragungsvorgänge und deren Rechtmäßigkeit aber auch nicht rekonstruieren.

Um die eigene Rechtsposition klarzustellen, sollte sich das Proben erhaltende Institut statt dessen von demjenigen, der die Proben bereitstellt, nach Möglichkeit ausdrücklich das Eigentum an den Proben übertragen und zusichern lassen, dass der Bereitsteller zu dieser Übertragung berechtigt ist. Auf diese Weise kann das Institut das Eigentum an den bereit gestellten Proben zumindest gutgläubig erwerben (§ 932 Abs. 1 BGB), auch wenn der Bereitsteller nicht Eigentümer der Probe war. Etwas anderes gilt nur, wenn dem Institut bekannt war oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war, dass die Probe dem Bereitsteller nicht gehörte (§ 932 Abs. 2 BGB).

Naturgemäß sind derartige Umstände aber einzelfallspezifisch und entziehen sich daher an dieser Stelle einer abschließenden Klärung.

Im Regelfall wird aber ein Forschungsinstitut von einem wirksamen Erwerb des Eigentums an Proben ausgehen dürfen, wenn der Dritte, der diese bereitstellt, versichert, hierzu berechtigt zu sein.

Von dieser Rechtslage strikt zu unterscheiden ist der Fall der Bereitstellung von Proben *und* zugehöriger *personenbezogener Daten*, denn der Schutz dieser Daten ist Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen. Eine Art von „gutgläubigem Erwerb“ dieser Daten gibt es deshalb nicht.

Für die Verarbeitung personenbezogener Daten ist vielmehr die Einwilligung der jeweils Betroffenen unerlässlich (siehe hierzu die Ausführungen in den

Kapiteln 4.2.3 und 4.3). Da diese Einwilligung der Schriftform bedarf (§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG), muss ein Forschungsinstitut auf Vorlage einer entsprechenden Einwilligung bestehen.

Kann eine diesbezügliche Einwilligung nicht vorgelegt werden, muss sie – obwohl sie nach §§ 929, 933 BGB Eigentum an den Proben erlangt – auf die Verarbeitung der zugehörigen personenbezogenen *Daten* verzichten und sich auf die anonymisierte Nutzung der Proben beschränken.

Werden zusammen mit einer Probe *betriebsbezogene Daten* übermittelt, so besteht an diesen zwar kein allgemeines Persönlichkeitsrecht wie bei personenbezogenen Daten. Gleichwohl ist ihre einwilligungsfreie Verarbeitung nur insoweit zulässig, als es sich um Daten handelt, die dem Forschungsinstitut auch ohne Unterstützung des betroffenen Betriebsinhabers bekannt sein könnten. Dies kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Grundsätzlich ist daher zur Zurückhaltung bei der Verwendung solcher Daten zu raten, wenn nicht eindeutig geklärt werden kann, dass sie legaler Weise auch für Forschungszwecke verarbeitet werden dürfen.

4.7 Altproben

Im Zusammenhang mit Altproben ist aus dem Kreis der Auftraggeber dieser Expertise die Frage gestellt worden, wie mit diesen oder auch mit Isolaten, die aus den Proben generiert worden sind, verfahren werden kann, wenn für diese keine schriftliche Einwilligung vorliegt. Dazu ist Folgendes zu bemerken.

4.7.1 Eigentumsproblematik

Zwar ist eine wirksame Eigentumsübertragung auch formlos möglich, soweit (wie hier) eine bewegliche Sache übertragen werden soll. Grundsätzlich ist es daher auch denkbar, dass durch eine mündliche Erklärung eines Tiereigentümers das Eigentum an einer Probe einem Forscher übertragen worden ist.

In der Folge könnte dieser mit der Probe und mit aus diesen generierten Isolaten nach Belieben verfahren. Faktisch dürfte es bei Zweifeln allerdings für den Forscher schwierig werden, diese Übereignung zu beweisen, es sei denn, es läge wenigstens statt einer schriftlichen Einigung ein Protokoll über die Übereignungserklärung des Tiereigentümers vor (oder es liegt der Sonderfall Handel vor, siehe oben Kapitel 4.1.3).

Vermutlich dürfte dies aber eher die Ausnahme sein, denn wenn man schon etwas hätte schriftlich festhalten wollen, wäre man wohl auch nicht gehindert gewesen, eine ausdrückliche diesbezügliche Erklärung einzuholen. Grundsätzlich dürfte daher die Eigentumsituation von Altproben eher ungeklärt sein. Da aber ein Forscher nur dann mit einer Probe nach Belieben ver-

fahren kann, wenn er entweder (zweifelsfrei) Eigentümer derselben ist, oder ihm entsprechende Nutzungsrechte an der Probe von deren Eigentümer eingeräumt worden sind (siehe hierzu die Ausführungen oben in den Kapiteln 4.2.1 und 4.2.2), ist auf die Verwendung der Proben zu verzichten, bezüglich derer die Frage der Eigentums- oder Nutzungsrechte-Einräumung nicht eindeutig geklärt werden kann.

4.7.2 Verarbeitung personenbezogener Daten

Wie oben in den Kapiteln 4.2.3 und 4.3 ausgeführt, ist für die Verarbeitung personenbezogener Daten Betroffener deren Einwilligung unerlässlich. Da diese gemäß § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG grundsätzlich der Schriftform bedarf, dürfen personenbezogene Daten im Zusammenhang mit Altproben, für die keine schriftliche Einwilligung vorliegt, nicht verarbeitet werden. Die Materialien können daher allenfalls ohne diese Daten verwendet werden.

Selbst wenn also die Eigentumszuordnung die weitere Nutzung der Probe und der Isolate erlauben würde, wäre diese Nutzung nur anonymisiert zulässig.

4.7.3 Verarbeitung betriebsbezogener Daten

Wie in Kapitel 4.2.4 ausgeführt, können betriebsbezogene Daten auch einwilligungsfrei in zulässiger Weise verarbeitet werden, wenn diese dem Forscher auch ohne Mithilfe des Betriebsinhabers legalerweise zur Kenntnis gelangt sind, also beispielsweise aus öffentlich zugänglichen Quellen stammen (etwa Herstellername oder Händlerbetrieb bei Lebensmittelproben). Im Zweifel müsste aber vom Forscher beweissicher dokumentiert werden können, dass er nicht aus anderen Quellen betriebsbezogene Daten Dritter erfahren hat (Beispiel: Informationen über früheren Tiereigentümer durch Schlachthofbetreiber offenbart).

Gelingt dies nicht, oder sind die Quellen für solche Daten bei Altproben unklar, ist auch diesbezüglich zu raten, auf ihre weitere Verarbeitung und Nutzung zu verzichten, da rechtliche Risiken nicht ausgeschlossen werden können.

4.7.4 Altproben bereits verstorbener Tiere

Diskutiert worden ist im Kreis der Auftraggeber dieser Expertise die Frage, welche Auswirkungen das Versterben eines beprobten Tieres auf die rechtlichen Implikationen der Probenentnahme und -nutzung hat.

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass sich durch den Tod eines Tieres, von dem eine Altprobe stammt, nichts an der oben in Kapitel 4.7.1 erörterten Eigentumsproblematik ändert, da bei dieser der Rechtsträger dieser Eigentumsrechte entscheidend ist und nicht der Eigentums-„Gegenstand“ Tier.

Gleiches gilt für die Verarbeitung personenbezogener Daten (siehe Kapitel 4.7.2) oder betriebsbezogener Daten (siehe Kapitel 4.7.3): Rechtlich relevant ist lediglich die Betroffenheit derjenigen, die zur Nutzung dieser Daten berechtigt sind, also von natürlichen Personen oder Betrieben. Der Tod des beprobten Tieres ändert an dieser Betroffenheit jedoch nichts. In Erwägung zu ziehen sind allenfalls Auswirkungen auf die in Kapitel 4.4 dargestellten Anzeige- und Meldepflichten, die dort auch für forschende Wissenschaftler bejaht worden sind.

Entscheidend ist jedoch auch im Kontext allgemeiner Forschungstätigkeit (also außerhalb eines behördlichen Untersuchungsauftrags, der gezielt auf die Feststellung/Nichtfeststellung tierseuchenrechtlich relevanter Befunde ausgerichtet ist), ob ein relevanter Befund vorliegt oder nicht. Fällt dieser Befund anhand einer Altprobe positiv aus, so ist es nach Auffassung der Verfasser dieser Expertise im Rahmen tierseuchenrechtlicher Anzeige- oder Meldepflichten zweitrangig, ob das betroffene Tier, von dem die Probe stammt, noch lebt. Von primärer Bedeutung ist vielmehr, ob dem Befund zum Zeitpunkt seiner Feststellung (noch immer) die Gefahr einer Krankheits-Ausbreitung entnommen werden könnte. Diese Gefahr abzuschätzen, obliegt jedoch nicht dem forschenden Wissenschaftler, sondern den zuständigen Behörden. Um diese mit allen für eine solche Abschätzung relevanten Fakten zu versehen, ist die Anzeige oder Meldung eines positiven Befundes deshalb unerlässlich. Ist dieser Befund dann der zuständigen Behörde bewusst, so kann sie ihn zu weiteren, ihr bekannten Umständen in Beziehung setzen. So könnte beispielsweise das mittlerweile verstorbene beprobte Tier andere Tiere vor seinem Tod bereits infiziert haben, sodass kein Grund besteht, die Anzeige- oder Meldepflicht mit dem Tod eines beprobten Tieres entfallen zu lassen⁴².

42 Diese Systematik wird auch daran deutlich, dass § 9 Abs. 3 TierSG zum Kreis anzeigepflichtiger Personen auch Schlachter und Tierverwerter rechnet, also Fälle einbezieht, in denen betroffene Tiere bereits tot sind.