

### 3 Insbesondere Forschungsfreiheit

Forschung ist die Basis nahezu aller unserer **technischen Errungenschaften**. Durch die Digitalisierung aller Lebensbereiche kommt datenbasierter Forschung eine herausragende und zunehmende Bedeutung zu.

Damit steigt auch die Relevanz der **verfassungsrechtlichen Grundlagen** für die Forschung:

- Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“
- Art. 13 S. 1 GRCh: „Kunst und Forschung sind frei.“

Das Grundrecht auf Forschungsfreiheit beinhaltet zunächst einen subjektiv-rechtlichen **Abwehranspruch**.<sup>25</sup> Die im Grundgesetz gewährleistete Forschungsfreiheit entspricht weitgehend der der GRCh (s.u. Kap. 3.2).

Daneben hat die Forschungsfreiheit auch einen institutionellen und einen **objektiv-rechtlichen Gehalt**. Grundrechte entfalten ihre Wirkkraft in der gesamten Rechtsordnung und als Wertentscheidungen bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts. Daraus können sich Leistungsansprüche und Schutzpflichten ableiten.<sup>26</sup> Diese bestehen u.a. in der staatlichen Verpflichtung, für die Forschung funktionsfähige institutionelle Voraussetzungen zu schaffen.<sup>27</sup> Dazu gehört eine finanzielle, personelle und sachliche Mindestausstattung. Bisher nicht anerkannt ist, dass der Staat darüber hinausgehend den Forschenden Informationsansprüche

---

<sup>25</sup> Bizer, 44, mit Hinweisen darauf, wie aus dem Abwehranspruch Informationsansprüche abgeleitet werden.

<sup>26</sup> Britz in Dreier, Art. 5 III, Rn. 58–62.

<sup>27</sup> Britz in Dreier, Art. 5 III, Rn. 58f.; ausführlich Bizer, 56ff.

gewähren muss.<sup>28</sup> Angesichts beschränkter Ressourcen ist ein Anspruch auf Datenbeschaffung nur in einem sehr begrenzten Rahmen begründbar. Etwas anderes kann aber für die Bereitstellung vorhandener Informationsressourcen gelten.<sup>29</sup> Soweit von einer solchen Datenbeschaffung Dritte, etwa in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, betroffen sind, müssen die damit verbundenen Eingriffe für diese Dritten zumutbar sein.<sup>30</sup> Über eine mittelbare Drittwirkung können sich selbst für Private aus dem Forschungsgrundrecht Verpflichtungen ergeben.<sup>31</sup>

Bei der Auslegung und Anwendung von Grundrechten sind die sich ändernden gesellschaftlichen und sonstigen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Neben sozialen und ökonomischen Rahmenbedingungen spielen zunehmend **technische Gegebenheiten** eine bestimmende Rolle. Diese Änderungen veranlassen die Verfassungsrechtsprechung zu einer laufenden Hinterfragung und Weiterentwicklung ihrer bisherigen Rechtsprechung. Mit der modernen Informations- und Kommunikationstechnik sowie der Biotechnik haben sich neue Möglichkeiten und neue Risiken im Bereich der Forschung generell wie insbesondere auch im Bereich der Medizinforschung ergeben. Die ökologischen, ökonomischen und sozialen Herausforderungen in unserer globalisierten Gesellschaft können nur mithilfe einer freien Wissenschaft bewältigt werden. Wissenschaft wird teilweise schon als „fünfte Gewalt“ zu einem Pfeiler des Machtgefüges in unserer modernen demokratischen Gesellschaft aufgewertet.<sup>32</sup> Dies wirkt sich letztlich auf die Interpretation der Grundrechte und des Rechts auf Forschungsfreiheit sowie des diese Rechte umsetzenden einfachen Rechts aus.<sup>33</sup>

Angesichts der modernen Herausforderungen durch Klimaveränderung, Pandemien, Umweltverschmutzung und Wachstum einer immer älter werdenden Bevölkerung kommt der datenbasierten Forschung mit genetischen, biometrischen oder sonstigen **Gesundheitsdaten** für Zwecke der Prävention, der Diagnostik und der Therapie eine signifikante Bedeutung zu.<sup>34</sup> Evidenz- und damit datenbasierte Forschung im Gesundheitsbereich ist zumeist die Arbeit mit personenbezogenen Daten von Patienten und Probanden, denen individuelle Grundrechte und insbesondere das Recht auf Datenschutz zustehen. Notwendig ist daher das Herstellen einer praktischen Konkordanz und eines Ausgleichs zwischen einer präzise zu definierenden Forschungsfreiheit und den tangierten individuellen Grundrechten.<sup>35</sup>

---

28 Bizer, 411ff., in Thesen sowie ausführlich in der gesamten Arbeit.

29 Peglau, Neue Justiz 1993, 440ff.; zur Ableitung generell aus Art. 5 GG Wegener, Der geheime Staat, 2006, 480ff.; ausführlich, aber ablehnend Bizer, 39ff.

30 Tinnefeld RDV 1995, 25; in der Vergangenheit wurde bei der Abwägung mit der Forschungsfreiheit immer wieder die „Hypertrophie des Datenschutzes“ beklagt, so z.B. Duttge NJW 1998, 1615; zur Zumutbarkeit BVerfG 09.03.1988 – 1 BvL 49/86, BVerfGE 78, 77 (85, 87) = NJW 1988, 890, BVerfG 01.10.1987 – 2 BvR 1434/86, BVerfGE 77, 1 (47); BVerfG 19.11.1985 – 1 BvR 38/78, BVerfGE 71, 183 (196f.); Bizer, 209.

31 Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 62.

32 Illinger, Was Wissen schafft, SZ 26.03.2020, 4.

33 Bizer, 49f.

34 Datenethikkommission, 124.

35 Datenethikkommission, 124; Sachverständigenrat, 4ff.; Heberlein DVBl 2020, 1227.

### 3.1 Forschungsfreiheit allgemein

Das Grundrecht auf Forschungsfreiheit aus Art. 13 GRCh hat bisher auf **Unionsebene** nur eine begrenzte praktische Relevanz, da die Europäische Union (EU) über keine Eingriffsbefugnisse in den Bereichen Kultur (vgl. Art. 167 AEUV), Bildung (vgl. Art. 165f. AEUV) und Forschung (vgl. Art. 179ff. AEUV) verfügt.<sup>36</sup> Wohl aber hat die EU Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der Forschung. Dies gilt für den Bereich der Forschungsförderung, die Durchführung gemeinsamer Forschungsvorhaben wie auch für die datenschutzrechtliche Regulierung von Forschungsprojekten (s. o. Kap. 2.3).<sup>37</sup>

Die Forschungsfreiheit hat zunächst eine individualrechtliche Dimension. Sie soll das Streben des Einzelnen nach Erkenntnis und damit dessen freie Entfaltung ermöglichen. Daneben kommt der Forschungsfreiheit auch eine **gesamtgesellschaftliche Bedeutung** zu. Sie sichert den offenen Austausch in einer modernen Kulturgesellschaft.<sup>38</sup> Die freie wissenschaftliche Betätigung ist eine Grundbedingung für den Fortschritt in der Wirtschaft, im sozialen Leben, beim Schutz von Gesundheit, Natur und Umwelt und für die demokratische Meinungsbildung. An Forschung – mit oder ohne personenbezogene Daten – besteht grundsätzlich ein besonderes öffentliches Interesse.<sup>39</sup> Der Forschungsfreiheit kommt eine „Schlüsselfunktion“ für eine „Selbstverwirklichung des Einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung“<sup>40</sup> zu.

Der Begriff der Forschung wird in seiner grundrechtlichen Dimension<sup>41</sup> und bei der Auslegung der DSGVO<sup>42</sup> **weit verstanden**. Das europäische Grundrecht umfasst nicht nur die akademische Forschung und Grundlagenforschung, sondern auch die privatwirtschaftliche Forschung der Industrie sowie die Anwendungsforschung.<sup>43</sup> Grundsätzlich kann sich jeder auf das Grundrecht berufen, der zum Zweck des Erkenntnisgewinns unabhängig nach wissenschaftlichen Methoden tätig ist.<sup>44</sup>

Anders als das deutsche Verfassungsrecht, das keine explizite Schranke der Forschungsfreiheit enthält, gilt auf europäischer Ebene die allgemeine **Schrankenregelung** des Art. 52 Abs. 1 GRCh.<sup>45</sup> Aus diesem Unterschied ergeben sich aber keine praktischen Konsequenzen, da auch nach deutschem Verfassungsrecht anerkannt ist, dass die Forschungsfreiheit verfassungsimmanenten Schranken unterliegt, die per Gesetz konkretisiert werden können. Die Grenzen der Forschungsfreiheit sind in jedem Fall aus den Grundrechten und der Verfassung herzuleiten. Ein die Forschungs-

36 Sparr in Schwarze, Art. 13 GRCh Rn. 1.

37 Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 6f.

38 BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72 Rn. 131, BVerfGE 35, 113.

39 Golla in Specht/Mantz, § 23 Rn. 3; Caspar in SHS, Art. 89 Rn. 13.

40 BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, Rn. 131, BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176; BVerfG 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, Rn. 149; Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 17.

41 Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, Art. 13 Rn. 14; Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 63; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 196.

42 ErwGr 159, 2; EDPS, 11; Johannes in Roßnagel 2017, § 7 Rn. 246; Geminn DuD 2018, 643; Buchner/Tinnefeld in Kühling/Buchner, Art. 89 Rn. 13; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 207.

43 Johannes/Richter, DuD 2017, 300; Sparr in Schwarze, Art. 13 GRCh Rn. 3; Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, Art. 13 Rn. 15; Golla in Specht/Mantz, § 23 Rn. 14.

44 Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 13 Rn. 8.

45 Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 13 Rn. 11; Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, Art. 13 Rn. 12; Sparr in Schwarze, Art. 13 GRCh Rn. 5; Stern/Sachs, Art. 13 Rn. 22f.; BVerfG 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, Rn. 154; BVerfGE 47, 327 = NJW 1978, 1621.

freiheit beschränkender Konflikt kann sich ergeben bei dem Schutz der Menschenwürde, von Leib und Leben anderer, des Rechts der Persönlichkeit, insbesondere beim Datenschutz.<sup>46</sup> Während die Wahrung der Menschenwürde (Art. 1 GRCh, Art. 1 Abs. 1 GG) zwingend ist, ist bei weiteren Grundrechten ein Ausgleich möglich und notwendig.<sup>47</sup>

## 3.2 Begriff der Forschung

Auf europäischer Ebene gibt es keine rechtsverbindliche **Definition** des Begriffs „Forschung“.<sup>48</sup> In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) spielte die Wissenschaftsfreiheit bisher nur eine untergeordnete Rolle.<sup>49</sup> Der Regelungsgehalt der GRCh entspricht aber insofern weitgehend dem des GG und ist durch dieses inspiriert.<sup>50</sup> Es gibt keine Gründe, hier hinsichtlich des Grundrechtsschutzes auf europäischer und auf deutscher Regelungsebene inhaltliche Differenzierungen vorzunehmen.<sup>51</sup>

Zu Art. 5 Abs. 3 GG besteht eine umfangreiche Rechtsprechung und juristische Literatur. Danach ist **wissenschaftliche Forschung**<sup>52</sup> ein auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit (Methodik, Systematik, Beweisbedürftigkeit, Nachprüfbarkeit, Kritikoffenheit, Revisionsbereitschaft) beruhender Prozess zum Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und ihrer Weitergabe. Wissenschaftliche Forschung ist „*alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist*“.<sup>53</sup> Begriffsbestimmend für die Forschung ist also, dass **zielgerichtet neuartige Erkenntnisse** gewonnen werden sollen.<sup>54</sup> Es geht um das „*Bemühen nach Wahrheit als ,etwas noch nicht ganz Gefundenes*“.<sup>55</sup> Es genügt der ernsthafte Versuch; ein Erkenntniserfolg kann nicht gefordert werden.<sup>56</sup>

---

46 Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 41; Bizer, Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung, 1992; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 195; Graf von Kielmansegg in TMF, 87f.

47 Martini/Hohmann NJW 2020, 3577f.

48 Geminn, DuD 2018, 640f.; Roßnagel, ZD 2019, 158; zur EU-weiten Verwendung des Begriffs Stern/Sachs, Art. 13 Rn. 15.

49 Johannes in Roßnagel 2017, § 4 Rn. 56; EuGH 10.03.2005 – C-39/04, Rn. 23, Laboratories Fournier; EuGH 18.12.2007 – C-281/16, Rn. 59, Jundt.

50 Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 13 GRCh Rn. 1; Roßnagel, ZD 2019, 158; Geminn, DuD 2018, 640; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 197.

51 So im Ergebnis auch Geminn, DuD 2018, 640f.; anders wohl Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 13 Rn. 6, in Bezug auf die „Wahrheitssuche“.

52 Zur Differenzierung zwischen „wissenschaftlicher Forschung“ und „Wissenschaft“ Geminn, DuD 2018, 645f., Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 196ff.

53 BVerfGE 35, 112f. = NJW 1978, 1176; Werkmeister/Schwaab CR 2019, 85; Roßnagel, ZD 2019, 158f.; Stern/Sachs, Art. 13 Rn. 15; Johannes DuD 2012, 821; Weichert in HHJ, 422f.; BKL-R, 17; ähnlich Art. 2 lit. b Richtlinie 2005/71/EG des Rates über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung v. 12.10.2005, zur Erfordernis der Staatsferne Weichert, Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung, 1990, 231f.; Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 74f.

54 EDPS, 9f.; Schneider 2015, 97; Golla in Specht/Mantz, § 23 Rn. 15.

55 BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, Rn. 128, BVerfGE 35, 79 = NJW 1973; OLG Hamm 28.11.1995 – 1 VAS 38/94, NJW 1996, 941 = JR 1997, 172.

56 Werkmeister/Schwaab CR 2019, 86.

## 3.2 Begriff der Forschung

Forschung hat eine zentrale Grundlage im **wissenschaftlichen Diskurs** und setzt Pluralität der Methoden und der Ergebnisse voraus. Geschützt wird nicht „eine bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie“, sondern „jede wissenschaftliche Tätigkeit“. <sup>57</sup> Der Fortschritt der Wissenschaft bedingt den Austausch und das „wissenschaftliche Gespräch“. <sup>58</sup> Die Teilhabe an diesem Gespräch ist eine Grundbedingung des Wissenschaftsbetriebs; der Staat ist verpflichtet, organisatorische Maßnahmen für diese Teilhabe zu ergreifen. <sup>59</sup> Über die leistungsrechtliche Komponente der Forschungsfreiheit müssen staatlicherseits normative Rahmenbedingungen geschaffen werden, die Forschenden ihre Grundrechtsausübung erst ermöglichen (s. o. Kap. 3).

Forschung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Vorhaben auch Ausbildungs- und Prüfungszwecken dient. Dissertations- und Habilitationsvorhaben sind regelmäßig als Forschungsvorhaben anzusehen, <sup>60</sup> nicht aber eine vorrangig der Ausbildung dienende Studienarbeit. Nicht erfasst von dem gegenüber dem Begriff „Wissenschaft“ engeren Begriff der „Forschung“ ist die **wissenschaftliche Lehre**. <sup>61</sup> Etwas anderes kann gelten, wenn die Lehrtätigkeit zugleich von der den Forschungsbegriff prägenden Erkenntnissuche getragen wird. <sup>62</sup>

Forschung erstreckt sich auch auf vorbereitende und unterstützende Aktivitäten sowie die Publikation. Vom **Schutzbereich** der Forschung nicht mit umfasst ist die **Anwendung und Umsetzung** von über die Forschung gewonnenen Erkenntnissen (ErwGr 159 DSGVO). <sup>63</sup>

Hinsichtlich der durch die Forschungsfreiheit Begünstigten macht das Grundrecht zunächst keinerlei Einschränkungen; „jeder wissenschaftlich Tätige“ kann sich hierauf berufen. <sup>64</sup> **Grundrechtsträger** sind nicht nur Universitäten und Forschungsgesellschaften; jede natürliche oder juristische Person kann sich auf die Forschungsfreiheit berufen. <sup>65</sup>

Die Forschungsfreiheit hat auch einen **informationellen Bestandteil**. Der Forschende genießt eine individuelle wissenschaftliche Handlungsfreiheit. Zur Freiheit des Forschenden gehört auch, nicht durch Überwachung und Kontrolle in seiner Autonomie grundlos und unverhältnismäßig eingeschränkt zu werden. Die in der Forschung tätigen Personen, seien es juristische Personen und Institutionen oder natürliche Personen, sind in ihrer wissenschaftlichen Entfaltung grundsätzlich frei. Ein-

57 BVerfG 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, Rn. 151; BVerfGE 47, 327 = NJW 1978, 1621; BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, Rn. 128, BVerfGE 35, 79 = NJW 1973; Johannes in Roßnagel 2017, § 4 Rn. 57f.

58 BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, Rn. 129, BVerfGE 35, 79 = NJW 1973.

59 BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, Rn. 133f., BVerfGE 35, 79 = NJW 1973; Weichert ZD 2020, 19.

60 OLG Hamm 28.11.1995 – 1 VAs 38/94, NJW 1996, 941 = JR 1997, 172; Kühling, 67f., a.A. offenbar der BfDI gemäß der gleichen Quelle.

61 Caspar in SHS, Art. 89 Rn. 11f.; Johannes in Roßnagel 2017, § 4 Rn. 59; Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, Art. 13 Rn. 14.

62 Weichert in DWWS, Art. 89 Rn. 11.

63 Roßnagel, ZD 2019, 159; Roßnagel in SHS, Art. 5 Rn. 106; Johannes in Roßnagel 2018, § 7 Rn. 247; Geminn, DuD 2018, 644; Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, Art. 13 Rn. 14.

64 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 197; Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 13 GRCh Rn. 8.

65 BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, Rn. 128; NJW 1973, 1176; BVerfG 03.03.1993 – 1 BvR 757/88 u. 1 BvR 1551/88, Rn. 41 = BVerfGE 88, 136; Johannes DuD 2012, 821f.

schränkungen bedürfen einer Legitimation.<sup>66</sup> Soweit die Forschenden in einem Beschäftigungsverhältnis tätig sind, gelten die Regelungen des Beschäftigtendatenschutzes (Art. 88 DSGVO, § 26 BDSG sowie viele weitere spezifische Regelungen).<sup>67</sup>

### 3.3 Unabhängigkeit der Forschung

Selbst wenn man Unabhängigkeit nicht als Definitionsmerkmal der Forschungsfreiheit ansieht, so wird diese bestimmend, wenn damit gesellschaftliche oder individuelle Beschränkungen verbunden sind.<sup>68</sup> Ohne diese Unabhängigkeit ist nicht gewährleistet, dass das Erkenntnisinteresse bei der forschenden Tätigkeit im Vordergrund steht. Nur unabhängige Forschung ist „frei“ und damit Motor für gemeinnützige Innovation.<sup>69</sup> Daher ist **unabhängige Forschung** Voraussetzung für eine rechtliche Privilegierung.<sup>70</sup>

Der weit auszulegende Begriff der Forschung schließt grundsätzlich **privat finanzierte Forschung** mit ein (ErwGr 159 S. 1 DSGVO).<sup>71</sup> Eine externe Einflussnahme auf den wissenschaftlichen Erkenntnisprozess oder eine Unterordnung unter wirtschaftliche oder sonstige Interessen muss aber ausgeschlossen sein.<sup>72</sup> Dies gilt insbesondere für jede Art von externen Weisungen.<sup>73</sup>

Wissenschaftliche Untersuchungen, die zu **Organisations-, Aufsichts- und Kontrollzwecken** vorgenommen werden, verfolgen vorrangig keine wissenschaftliche Zielsetzung.<sup>74</sup> Wird z.B. eine Auswertung der Gesundheitsdaten von Beschäftigten durchgeführt, um die Leistungsfähigkeiten und Störungen in verschiedenen Abteilungen eines Unternehmens zu analysieren, so kann die Forschungsfreiheit nicht in Anspruch genommen werden. Untersucht dagegen ein außenstehender Forscher die Bedingungen in mehreren Unternehmen und erhalten diese Unternehmen aggregierte, verallgemeinerungsfähige Ergebnisse, so handelt es sich um Forschung.

Einen gesteigerten Grundrechtsschutz kann auch Werbeforschung nicht in Anspruch nehmen.<sup>75</sup> Auf die Entwicklung neuer Produkte ausgerichtete Forschung (z.B. der Pharmaindustrie) und **rein oder vorrangig kommerzielle** Absatz- oder Markt- und Meinungsforschung kommen auch nicht in den Genuss der Privilegierung nach den datenschutzrechtlichen Forschungsregelungen.<sup>76</sup> Entsprechendes gilt für die Spei-

66 Johannes DuD 2012, 821.

67 Johannes DuD 2012, 819f.; einen Überblick über die neuen Landesgesetze geben Weichert CuA 2018, 26ff.; Gola in Gola/Heckmann, § 26 Rn. 187–192,

68 Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 20; Schäfer in Kipker/Voskamp, 331.

69 Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 13 Rn. 7.

70 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 207; Ruffert in Callies/Ruffert, Art. 13 GRCh Rn. 7; Schneider 2015, 97f.; Martini/Hohmann NJW 2020, 3576; Weichert 2018, Kap. 6.12; ders. in HHJ, 424f.; BfDI, TB 2020, Kap. 7.3 (S. 68); deskriptiv Dierks 2020, 8.

71 Geminn, DuD 2018, 643; Caspar in SHS, Art. 89 Rn. 12.

72 Geminn, DuD 2018, 643.

73 Metschke/Wellbrock, Datenschutz in Wissenschaft und Forschung, 2000, 35.

74 Geminn, DuD 2018, 644; Johannes in Roßnagel 2018, § 7 Rn. 247.

75 Werkmeister/Schwaab CR 2019, 87; Johannes in Roßnagel 2017, § 4 Rn. 104.

76 Caspar in SHS, Art. 89, Rn. 16, 18; Greve in Auernhammer, Art. 89 Rn. 4; Werkmeister/Schwaab, CR 2019, 86; Schantz/Wolff-Wolff, Rn. 415; Johannes in Roßnagel 2017, § 4 Rn. 117; Jaspers/Schwartzmann/Mühlenbeck in SJTK Art. 9 Rn. 197; so schon Simon/Vesting, CR 1992, 307; Simitis in Simitis, § 40 Rn. 43; a.A. Krohm in Gola/

### 3.4 Transparenz

cherung und Bereitstellung genetischer Daten durch Unternehmen, denen Betroffene ihre Daten und Gewebeproben mit einem genealogischen oder Lifestyle-Interesse zur Verfügung gestellt haben.<sup>77</sup>

Etwas anderes gilt, wenn vorrangig mit kommerziellem Interesse erhobene Daten von Forschenden erhoben und weiterverarbeitet werden, wenn diese mit ihren pharmakologischen, genetischen oder Markt- und Meinungs-Untersuchungen den Anforderungen an **wissenschaftliche Unabhängigkeit und Erkenntnisgetriebenheit** genügen.<sup>78</sup> Die Unabhängigkeit der Forschung ist nicht schon dadurch beeinträchtigt, dass der Auftrag hierfür durch eine dritte Stelle erteilt wird und/oder die Finanzierung des Forschungsvorhabens durch diese oder durch eine weitere Stelle erfolgt und dass eine Fragestellung vorgegeben wird. Dies gilt, selbst wenn diese Stellen ein Interesse an den (unabhängig erlangten) Erkenntnissen haben. Wichtig ist, dass auf den Erkenntnisprozess selbst kein Einfluss genommen wird.<sup>79</sup> Die Art der Finanzierung durch Drittmittel muss also nicht, kann aber die Unabhängigkeit beeinträchtigen.<sup>80</sup>

Die Aussage, dass der Begriff der Forschungszwecke weit auszulegen ist, bezieht sich auf die **inhaltlichen Fragestellungen** der Forschung, nicht auf die **Methoden** und die damit verfolgten Zwecke. Zwar haben die Forschenden das Recht, ihre Methoden selbst zu wählen, um der „Wahrheit“ möglichst nahe zu kommen.<sup>81</sup> Eine „*scheinwissenschaftliche Begründung vorgegebener Ergebnisse*“ kann aber rechtlich nicht privilegiert werden.<sup>82</sup> Entsprechendes gilt für falsches Zitieren oder für Plagiate.<sup>83</sup> Fehlt es an der wissenschaftlichen Methode oder werden andere Zwecke als das Streben nach Erkenntnis verfolgt (Art. 89 Abs. 4 DSGVO), so ist eine Privilegierung nicht gerechtfertigt.

### 3.4 Transparenz

Zu den Charakteristika wissenschaftlicher Forschung gehört, dass sie offen für Hinterfragung und Kritik ist. Dies setzt eine grundsätzliche Offenheit und Transparenz voraus.<sup>84</sup> Die Veröffentlichung der Erkenntnisse ist ein zentraler Bestandteil des wissenschaftlichen Dialogs.<sup>85</sup> Die wissenschaftliche Gemeinschaft soll die Möglichkeit haben, diese Ergebnisse auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen.<sup>86</sup> Auch soll sie die

Heckmann, § 27 Rn. 15–19, 24; Hornung/Hofmann, ZD-Beilage 4/2017, 5; zu wenig differenziert Johannes/Richter, DuD 2017, 302.

77 EDPS, 7f.; Weichert DuD 2019, 152.

78 Hornung/Hofmann, ZD-Beilage 4/2017, 5; Caspar in SHS, Art. 89, Rn. 12, 16; Golla in Specht/Mantz, § 23 Rn. 15; Krohm in Gola/Heckmann, § 27 Rn. 14.

79 Geminn, DuD 2018, 643f.; Schneider 2015, 98; Hornung/Hofmann, ZD-Beilage 4/2017, 4f.; Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 20.

80 EDPS, 10; Caspar in SHS, Art. 89 Rn. 17; Weichert ZD 2020, 19f.; Platzer NZS 2020, 293f.; kritischer Simitis in Simitis, § 40 Rn. 36; aufschlussreich das Interview mit Kreiß, Buchwald, „Da fällt die Wahrheit manchmal unter den Tisch“, SZ 28.11.2019, 36.

81 Dreier-Britz, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 24; GMDS, 6; Schlüchter/Duttge JR 1997, 173f.; Weichert ZD 2020, 20.

82 EDPS, 11f.; Geminn, DuD 2018, 643; Schneider 2015, 97f.

83 Tinnfeld/Buchner/Petri/Hof, Einführung in das Datenschutzrecht, 7. Aufl. 2020, Rn. 512.

84 EDPS, 10; Weichert in HHJ, 426f.; zur ethischen Dimension Streck in TMF, 55, 58.

85 Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 26; dies ist nicht gleichzusetzen mit der kommerziellen Verwertung.

86 Schneider 2015, 98; so auch Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 209; a.A. Geminn, DuD 2018, 644.

Möglichkeit haben, auf den Ergebnissen aufbauend weitere Erkenntnisse zu suchen. Forschung ist „letztlich auf **Kommunikation und Publikation** ausgerichtet“ (vgl. Art. 179 Abs. 1 AEUV).<sup>87</sup> Die kommunikative Rolle der Forschung spiegelt sich in der Regelung des Art. 85 DSGVO wider, der die wissenschaftlichen Zwecke in den Regelungsbereich „Meinungsäußerung und Informationsfreiheit“ einordnet.<sup>88</sup>

Vom Schutzbereich der Forschungsfreiheit mit umfasst ist grundsätzlich die Wahl des Ortes, des Zeitpunktes und der Modalitäten der Publikation der wissenschaftlichen Ergebnisse. Die Entscheidung, auf eine **Veröffentlichung zu verzichten**, ist grundrechtlich geschützt, ja selbst die von Anfang an bestehende Absicht, die Ergebnisse nicht mit anderen zu teilen.<sup>89</sup>

Dagegen bedarf Forschung mit personenbezogenen Daten, die für sich eine rechtliche Privilegierung, also die teilweise Freistellung von Datenschutzprinzipien, in Anspruch nimmt, einer besonderen Legitimation. Diese begründet eine **Transparenzpflicht**, also die Bereitschaft, gegenüber der Gemeinschaft die Nutzung der Daten aus der Gemeinschaft zu begründen und zu rechtfertigen. Die Rechtfertigung liegt in der gemeinschaftsnützlichen „Suche nach der Wahrheit“ und der engen Zweckbindung daran. Die Veröffentlichung der Ergebnisse ist Voraussetzung dafür, dass die Gemeinschaft aus einem Projekt einen Nutzen ziehen kann. Rechtlich privilegiertes wissenschaftliches Arbeiten setzt daher eine dahingehende Absicht voraus.<sup>90</sup> Dass eine solche Zielrichtung verfolgt wurde, kann nur festgestellt werden, wenn nach Beendigung einer Forschungsarbeit die wesentlichen Ergebnisse in einer bestimmten Form öffentlich zugänglich gemacht werden.<sup>91</sup> Der Zugriff auf personenbezogene Daten für Zwecke der Forschung und die damit verbundene begrenzte Aufhebung der Zweckbindung lassen sich nur legitimieren, wenn die Allgemeinheit hiervon zumindest potenziell einen Nutzen hat und eine gewisse Kontrolle stattfindet. Diese Gemeinwohlorientierung beschränkt sich nicht auf die Forschung an Hochschulen.<sup>92</sup>

Neben den Forschungserkenntnissen sind auch die **Forschungsmethoden** in einer nachvollziehbaren Weise offenzulegen. Auch diese müssen einem fachlichen Diskurs unterworfen werden können. Erweist sich eine Methode als unwissenschaftlich, so kann sie schon begrifflich nicht in den Genuss der Forschungsfreiheit gelangen. Unseriöse Methoden können zu Falscherkenntnissen führen. Gerade zu Zeiten, in denen wissenschaftliche Erkenntnisse für viele Fragen des gesellschaftlichen Lebens von höchster Relevanz sind, muss verhindert werden, dass Fake News als scheinbar wissenschaftliche Fakten gesellschaftliche Anerkennung finden und Schaden anrichten. Es ist eine zentrale Funktion von wissenschaftlicher Forschung, derartige Fake News als solche zu identifizieren. Bei der Offenlegung der Methoden geht es darum, die Plausibilität des Forschungsansatzes zu beurteilen. Hierfür ist es regelmäßig nicht nötig, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren (s.u.).

---

87 BVerfG 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, Rn. 180, BVerfE 47, 327 = NJW 1978, 1621; so letztlich auch Geminn, DuD 2018, 645.

88 EDP5, 10; Hornung/Hofmann, ZD-Beilage 4/2017, 12.

89 Britz in Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 26 m.w.N.; zur Veröffentlichungspflicht durch Hochschule BKL-R, 18f.

90 Schneider 2015, 98; a.A. Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 209.

91 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 131.

92 BVerfG 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, Rn. 180, BVerfGE 47, 327 = NJW 1978, 1621.

Diese Transparenzpflichten lassen sich **verfassungsrechtlich begründen**: Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung müssen von Betroffenen hinreichend überprüfbar sein. Entsprechende Transparenzpflichten ergeben sich in Umsetzung des Verfassungsrechts gesetzlich zumindest indirekt aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO sowie aus Art. 89 Abs. 1 S. 1, 2 DSGVO.<sup>93</sup> Durch entsprechende organisatorische Vorgaben werden Garantien für die Wahrung der Betroffenenrechte geschaffen. Eine spezifischere gesetzliche Grundlage hierfür besteht derzeit nicht. Im Interesse der Rechtssicherheit für Forschende wie sonstige Beteiligte sollten insofern **normative Konkretisierungen** erfolgen (s.u. Kap. 14.2).

Der Offenlegungspflicht kann nicht entgegengehalten werden, dass **Forschungsergebnisoffen** ausgerichtet ist und daher scheitern kann.<sup>94</sup> Auch das Scheitern eines Forschungsprojektes kann zum Erkenntnisgewinn zumindest insofern beitragen, als eine These nicht bestätigt wurde oder eine Methode sich nicht als valide erwiesen hat. Der Umstand, dass viele Forschungsprojekte, insbesondere gescheiterte, unveröffentlicht bleiben, hat auch negative Folgen für den gesamtgesellschaftlichen Erkenntnisprozess: Es besteht das Risiko, dass die fehlende Öffentlichkeit dazu führt, dass als nicht valide erwiesene Forschungsansätze wiederholt verfolgt werden und dadurch wertvolle Ressourcen unnötig verschwendet werden. Zudem entsteht ein „Publication Bias“ bei Meta-Forschungsanalysen durch eine Verzerrung des Gesamtblicks auf Forschungsergebnisse in einem bestimmten Bereich. Schließlich können sich aufgrund fehlender Transparenz unseriöse Forschende leichter und langfristiger im öffentlichen Diskurs positiv darstellen.<sup>95</sup>

Zudem wird vorgetragen, dass eine Veröffentlichungspflicht zur Folge hätte, dass „ein großer Teil der Forschung im Bereich der Landesverteidigung von einer Sonderbehandlung ausgeschlossen“ würde. Auch die kommerzielle Forschung werde oftmals an einer **Geheimhaltung** von Forschungsergebnissen interessiert sein.<sup>96</sup> Zweifellos gibt es Forschungsergebnisse, die wegen ihrer Brisanz geheim gehalten werden sollten. Die Forschungsgeschichte zeigt, dass entsprechende Geheimhaltungsversuche allenfalls mittelfristig Erfolg zeigten. Auch besteht ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse etwa im Militärbereich eher im Bereich der Umsetzung der Forschungsergebnisse als in deren inhaltlichen Ergebnissen. Es kann jedenfalls nicht angehen, dass Eingriffe in die Rechtssphäre von Forschungsprobanden unkontrolliert zugelassen werden. Dies verstieße generell gegen die verfassungsrechtlichen Garantien der Grundrechte und des Rechtsschutzes. Wird eine Veröffentlichung der Ergebnisse aus Gründen eines im öffentlichen Interesse liegenden Geheimschutzes unterlassen, so bedarf es ausdrücklicher gesetzlicher Ausnahмовorschriften, die an die Stelle der öffentlichen Kontrolle eine vertrauenswürdige und unabhängige anderweitige Kontrolle gewährleisten und die sicherstellen, dass eine valide Abwägung zwischen den konfligierenden Grundrechten erfolgt.

Der Transparenzpflicht wird nicht dadurch hinreichend genügt, dass den **Datenschutzaufsichtsbehörden** im Fall einer Datenschutzkontrolle gemäß Art. 58 Abs. 1

93 Roßnagel, Review des Entwurfs zum vorliegenden Gutachten v. 02.02.2020, 6.

94 So Geminn, DuD 2018, 644; Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 208f.; Schneider 2015, 98.

95 Herrmann, Puzzle mit fehlenden Teilen – Psychologen ermitteln die Auswirkung unveröffentlichter Studien, SZ 13.01.2020, 14.

96 Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 209f.

DSGVO weitgehende Untersuchungsbefugnisse eingeräumt sind.<sup>97</sup> Zwar obliegt diesen umfassend gemäß Art. 1 Abs. 2 DSGVO der Schutz aller Grundrechte natürlicher Personen. Hierzu gehören auch der Schutz der Forschungsfreiheit sowie die Abwägung der Forschungsfreiheit mit dem Grundrecht auf Datenschutz. Für eine solche umfassende Grundrechtsabwägung fehlen den Datenschutzaufsichtsbehörden aber derzeit die notwendigen Ressourcen. Unabhängig davon sind die Datenschutzaufsichtsbehörden auch nicht strukturell darauf angelegt, das nötige öffentliche Interesse an Datenschutzzeingriffen abschließend zu bewerten.

Aus diesem Grund sprechen einige Forschungsregelungen **weiteren Stellen** Genehmigungs- und Kontrollzuständigkeiten zu.<sup>98</sup> Diese Regeln gelten aber nicht für sämtliche datenschutzrechtlich privilegierten (medizinischen) Forschungsvorhaben. Zudem bestehen etwa bei obersten Bundes- oder Landesbehörden Zweifel, ob in der Praxis die Unabhängigkeit, Prüftiefe und Kompetenz gewährleistet ist, die im Interesse des Schutzes der Forschungsfreiheit und des Datenschutzes nötig ist.

Die Festlegung des Umfangs der Transparenzpflicht bei privilegierter Forschung obliegt dem Gesetzgeber. Bisher gibt es nur sehr eingeschränkt Veröffentlichungspflichten.<sup>99</sup> Insofern besteht ein **gesetzgeberisches Defizit**, das eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen nötig macht (dazu Kap. 14.2). Solange dieses Defizit nicht behoben ist, liegt es an den Genehmigungs- und Kontrollinstanzen, im Rahmen ihrer Befugnisse die Transparenz einzufordern, die notwendig ist, um das öffentliche Interesse an dem Projekt zu begründen und die Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen.

Hinsichtlich des **Zeitpunkts der Veröffentlichung** von Forschungsergebnissen ist grundsätzlich anerkannt, dass dieser vom Wissenschaftler selbst bestimmt werden kann.<sup>100</sup> Dieses Bestimmungsrecht ist aber eingeschränkt, soweit dem die Interessen Drittbetroffener entgegenstehen. Zweifellos besteht für den Forschenden auch bei personenbezogener Forschung ein großer Beurteilungsspielraum.<sup>101</sup> Dabei können Aspekte medialer Aufmerksamkeit oder des Patentschutzes eine Rolle spielen.<sup>102</sup> Auch die Vermarktung der Ergebnisse sowie Wünsche eines Mittelgebers können von Relevanz sein. Doch darf dieser Zeitpunkt nicht so weit vom Abschluss eines Forschungsprojektes entfernt sein, dass dadurch die Aufmerksamkeit hierfür nicht mehr hergestellt werden kann und damit der Diskurs hierüber nicht mehr stattfindet. Die Fragen des Umfangs und Zeitpunktes der Veröffentlichung oder der sonstigen Offenlegung der Ergebnisse kann zumindest bei personenbezogener Forschung, die eine rechtliche Privilegierung für sich in Anspruch nimmt, einer normativen Festlegung zugeführt werden, da unzulässige Datennutzungen unter den Vorzeichen der Forschung zu einem bestimmten Zeitpunkt einer Prüfung und einer möglichen Sanktionierung unterworfen werden können müssen.<sup>103</sup>

---

97 So Roßnagel, Review des Entwurfs zum vorliegenden Gutachten v. 02.02.2020, 6.

98 Ministerien, Ethik-Kommissionen, vgl. § 75 Abs. 5 SGB V, § 15 MBO-Ä.

99 Im Bereich der Medizinforschung z.B. § 303d Abs. 1 lit. d SGB V.

100 BVerfG 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327 (393); Roßnagel/Geminn in Dierks/Roßnagel, 209;

101 Schneider 2015, 98.

102 Schneider 2015, 98.

103 Vgl. Geminn, DuD 2018, 645.

Die Offenlegung der wesentlichen Merkmale der **wissenschaftlichen Fragestellung und Methodik** von Forschungsprojekten mit personenbezogenen Daten muss zumindest im Hinblick auf deren Zulassung vor der Nutzung der Daten erfolgen. Adressat der Offenlegung muss nicht die Öffentlichkeit oder die wissenschaftliche Gemeinschaft allgemein sein; eine Vorabbewertung der Wissenschaftlichkeit der Methoden und der Grundrechtskonformität kann auch durch ein insofern qualifiziertes Gremium wie etwa eine Ethikkommission oder ein Use-and Access-Committee (UAC, s.u. Kap. 14.2) erfolgen.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Zum Transparenzerfordernis s.a. Weichert ZD 2020, 20.