

Daniel Becker

Die Wissenschaftsprivilegierung in der DS-GVO

Übersicht

I. Einleitung

II. Personenbezogene Daten in der Forschung

III. Der Forschungsbegriff der Datenschutzgrundverordnung

IV. Regulierung vs. Privilegierung der Nutzung personenbezogener Daten in der Forschung durch die DS-GVO

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

2. Verarbeitung von Daten

3. Privilegierungen zu Gunsten der Wissenschaftsfreiheit

a) Der Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

b) Der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO)

c) Die Einwilligung

d) Einschränkung der Betroffenenrechte

V. Die Forschungsfreiheit

VI. Das Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und seine nationale Umsetzung

1. Die Konstruktion von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO

2. Grundrechtlicher Maßstab im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“

3. Schlussfolgerungen für die Auslegung

VII. Fazit

I. Einleitung

Mit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹ im Mai 2017 haben sich die Möglichkeiten für die Nutzung von Forschungsdaten grundlegend gewandelt. Der Regelungsansatz der DS-GVO ist dabei innovationsoffen und forschungsfreundlich ausgestaltet und enthält einen umfangreichen Katalog an Privilegierungen zugunsten der wissenschaftlichen Forschung. Diesen Privilegierungen stehen dabei Garantien und Maßnahmen gegenüber, die von Forschenden zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen gewahrt werden müssen. Im Folgenden wird zunächst die Bedeutung personenbezogener Daten für Forschende exemp-

larisch dargestellt. Im Weiteren werden das Regelungskonzept der DS-GVO knapp beleuchtet und die forschungsprivilegierenden Normen herausgearbeitet. Aufbauend auf einer Analyse der zugrundeliegenden grundrechtlichen Spannungslagen zwischen dem Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten und der Wissenschaftsfreiheit wird abschließend die zentrale Forschungsausnahme aus Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO beleuchtet. Hierbei wird zum einen das Verhältnis zu Art. 6 DSGVO bestimmt, zum zweiten wird auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG zum „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ das relevante Grundrechtregime bestimmt, also die Frage geklärt, ob die Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh)² oder die des Grundgesetzes (GG)³ relevanter Maßstab der Auslegung sind. Es wird dabei insbesondere auch auf die in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO verankerte Öffnungsklausel für mitgliedstaatliche Regelungen eingegangen und das Verhältnis zur bundesrechtlichen Umsetzung in § 27 Abs. 2 BDSG⁴ sowie zu den landesrechtlichen Umsetzungen dargestellt.

II. Personenbezogene Daten in der Forschung

Personenbezogene Daten finden in vielen Bereichen wissenschaftlicher Forschung Anwendung. Forschungsfelder, die auf die Verwendung personenbezogener Daten angewiesen sind, sind solche, bei denen Menschen im Zentrum der Forschung stehen.⁵ Hierzu gehören u. a. die Humanmedizin, die Psychologie, die Soziologie oder die Erziehungswissenschaften. Personenbezogene Daten werden dabei im Rahmen von Studien und Interviews, aber auch mittels neuer und herkömmlicher Technologien, wie z. B. der Computertomografie erhoben. Neben diesen Forschungsfeldern ist die Verwendung personenbezogener Daten auch in Forschungsbereichen gegeben, bei denen eine Nutzung personenbezogener Daten nicht offensichtlich ist, wie z. B. den

1 Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/92).

3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100 1, veröffentlichten

bereinigten Fassung, das durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) zuletzt geändert worden ist.

4 Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), das durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist.

5 Roßnagel, Datenschutz in der Forschung, ZD 2019, 157.

Geo- und Umweltwissenschaften.⁶ Das Vorschreiten von Datenauswertungstechniken im Rahmen von Big Data⁷ sowie die vermehrte Nutzung künstlicher Intelligenz (KI)⁸ treibt die Datennutzung zu Forschungszwecken weiter voran. Gute wissenschaftliche Forschung wird, auch wegen des fortschreitenden Einsatzes von KI im Bereich der Forschung, zukünftig noch mehr von der Nutzung personenbezogener Daten, deren Qualität abgesichert ist, abhängig sein. Um der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung von Forschung für das Gemeinwohl gerecht zu werden, ist es mithin erforderlich, dass dieser ein hinreichender Spielraum hinsichtlich der Verwendung dieser Daten eingeräumt wird.

III. Der Forschungsbegriff der Datenschutzgrundverordnung

Die DS-GVO beinhaltet eine Reihe von Vorschriften, die der Privilegierung der „wissenschaftlichen Forschung“ dienen. Eine Definition des Begriffs der „wissenschaftlichen Forschung“ ist in der DS-GVO, trotz des umfangreichen Katalogs von Legaldefinitionen in Art. 4 DS-GVO, jedoch nicht enthalten.⁹ Als Ausgangspunkt wird daher im Folgenden der Begriff der Forschung in der Auslegung des BVerfG als *Orientierungshilfe* herangezogen.¹⁰ Demnach ist Forschung die „Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer

Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“.¹¹ Ausweislich des ErwG 159 S. 2 zur DS-GVO ist der Forschungsbegriff weit auszulegen und umfasst die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung sowie explizit die privat finanzierte Forschung.¹² Zwar handelt es sich bei Erwägungsgründen nicht um rechtlich bindende Normen unionaler Rechtsakte, sie sind aber als Auslegungshilfen von zentraler Bedeutung anerkannt.¹³ Im Rahmen von privat finanzierter Forschung ist es – aus Sicht der Literatur – unerheblich, ob diese auf die Generierung eines ökonomisch verwertbaren Forschungsergebnisses gerichtet ist oder auf ein im öffentlichen Interesse stehendes Forschungsziel.¹⁴ Dies ist überzeugend, da sich dies aus Art. 179 Abs. 1 AEUV ergibt,¹⁵ auf den der ErwG 159 S. 3 verweist.¹⁶ Der weite Forschungsbegriff der DS-GVO ist indes dahingehend einzuschränken, dass nur unabhängige Forschungstätigkeit erfasst ist.¹⁷ Daraus ergibt sich, dass eine direktive Beeinflussung durch Dritte auf den Prozess der Erkenntnisgewinnung ausgeschlossen sein muss.¹⁸ Auch darf sich die wissenschaftliche Forschung nicht wirtschaftlichen oder anderen Interessen unterordnen.¹⁹ Darüber hinaus ist vom Forschungsbegriff nicht die bloße Anwendung bereits bekannter Erkenntnisse umfasst.²⁰ Ebenso sind auch statistische Verarbeitungen, deren Ergebnis zwar *neue* Erkenntnisse darstellen, aber keine *neuartigen* Erkenntnisse, nicht vom Begriff der Forschung umfasst.²¹ Einen

6 Hartmann, Personenbezogene Forschungsdaten in unverdächtigen Forschungsdisziplinen, LIBREAS. Library Ideas (36) 2019, 1f.

7 Big Data bezeichnet Technologien, die zur Erhebung und Analyse großer Datenmengen genutzt werden. Ausführlich zum Big Data-Begriff: Holthausen, Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, RdA 2021, 19.

8 Der aktuelle Entwurf für eine KI-Verordnung definiert KI-Systeme in seinem Art. 3 als „Software, die mittels einer oder mehrerer Techniken oder Konzepte aus Anhang I entwickelt werden und für eine gegebene Reihe an vom Menschen definierten Zielen Ausgabewerte generieren kann, die aus Inhalten, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen bestehen können, die die Umgebung beeinflussen, mit der sie interagieren“, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence and Amending Certain Union Legislative Acts, COM (2021) 206 final.

9 Weichert, Die Forschungsprivilegierung in der DS-GVO, ZD 2020, 18.

10 So auch: Werkmeister/Schwaab, Auswirkungen und Reichweite des datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegs, CR 2019, 85; Landesdatenschutzbeauftragter Niedersachsen, Forschung und Datenschutz, <https://www.lfd.niedersachsen.de/themen/forschung/datenschutz-und-forschung-56093.html> (zuletzt abgerufen am 2.12.2021).

11 BVerfG Urteil vom 29.5.1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973,

1176.

12 ErwG 159 S. 2: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken im Sinne dieser Verordnung sollte *weit* ausgelegt werden und die Verarbeitung für beispielsweise die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung einschließen.“

13 Wegener in Callies/Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage 2016, Art. 19 EUV, Rn. 16; siehe auch: Paal/Pauly in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Einleitung, Rn. 10 sowie GA Colomer, Schlussanträge EuGH Rs. C-267/06.

14 Geminn, Wissenschaftliche Forschung und Datenschutz, DuD 2018, 640, 643; Werkmeister/Schwaab (Fn. 10), 86; zum Wissenschaftsbegriff der GRCh siehe auch: Teetzmann, Schutz vor Wissen?, 2020, 276, 277.

15 Ruffert in Callies/Ruffert, EUV/AEU, 6. Auflage 2022, Art. 179 AEUV, Rn. 1.

16 Hornung/Hoffmann, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 2017, 4.

17 Weichert (Fn. 9), 19.

18 Weichert (Fn. 9), 19.

19 Geminn (Fn. 14), 643.

20 Ibid.

21 Johannes/Richter, Privilegierte Verarbeitung im BDSG-E, DuD 2017, 300, 301.

Grenzfall bildet die Markt- und Meinungsforschung.²² Zusammenfassend kann aus Sicht der Literatur eine Vielzahl von Begriffen unter den Forschungsbegriff der DS-GVO gefasst werden. Prima facie kann daher als Kernbestand des Forschungsbegriffs der DS-GVO für die folgende Abhandlung davon ausgegangen werden, dass er neben der öffentlichen auch die private wissenschaftliche Forschung erfasst, solange diese unabhängig, also frei von direkter Einflussnahme ist, und einem Mindestmaß an wissenschaftlichen Standards genügt.

IV. Regulierung vs. Privilegierung der Nutzung personenbezogener Daten in der Forschung durch die DS-GVO

Soweit eine Tätigkeit dem Forschungsbegriff der DS-GVO unterfällt, ist das Spannungsfeld von Regulierung der Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere durch das Erfordernis einer Verarbeitungsgrundlage, und der Privilegierung der Nutzung dieser Daten zu Forschungszwecken zu untersuchen.

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

Der Schutzgegenstand der DS-GVO sind personenbezogene Daten. Personenbezogenen Daten werden in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO legal definiert als:

„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als *identifizierbar* wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, ..., identifiziert werden kann.“²³

Umstritten ist insbesondere die Reichweite der Identifizierbarkeit.²⁴ Überzeugend ist die Annahme des sog. relativen Personenbezugs, der das Wissen Dritter, auf das der Verantwortliche zugreifen kann, berücksichtigt.²⁵ Identifizierbar i. S. d. Norm ist eine Person somit dann, wenn Daten unter Berücksichtigung sowohl des Wissens des Verantwortlichen als auch des Wissens Dritter, auf das der Verantwortliche mit angemessenem Auf-

wand zugreifen kann, die Identifikation möglich machen.²⁶ Zu weitgehend ist der absolute Personenbezugsbegriff, nach dem sämtliches Wissen Dritter, einschließlich solcher, die sich nur auf illegalem Wege Zugriff zu den Daten verschaffen könnten, in die Betrachtung einzufließen haben.²⁷

Der Umfang der Daten, die als personenbezogene Daten einzustufen sind, ist damit maßgeblich davon abhängig, wer im konkreten Einzelfall als Verantwortlicher einzustufen ist. Bei Forschenden, die an Universitäten tätig sind, ist im Regelfall die Universität die Verantwortliche i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.²⁸ Werden Forschende für Unternehmen tätig, sind letztere als Verantwortliche anzusehen.²⁹ Werden Forschende ausschließlich selbst tätig, sind sie selbst Verantwortliche i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.³⁰ Abhängig von dem zur Verfügung stehenden Wissen und den Ressourcen des Verantwortlichen ist mithin für jedes Datum zu prüfen, ob es als personenbezogenes Datum zu qualifizieren ist.

2. Verarbeitung von Daten

Die Verarbeitung von Daten ist in der DS-GVO an das Vorliegen einer Verarbeitungsgrundlage geknüpft. Die möglichen Verarbeitungsgrundlagen werden in Art. 6 DS-GVO enumerativ benannt. Soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden, muss eine der Verarbeitungsgrundlagen vorliegen.³¹ Zentral auch für Forschungszwecke sind einerseits die Einwilligung der betroffenen Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten nach Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a DS-GVO und andererseits die Verarbeitungsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO. Demnach ist eine Verarbeitung zulässig, wenn dies für die Interessen des Verarbeitenden erforderlich ist und die Rechte der betroffenen Personen nicht überwiegen. Für die Forschung an Hochschulen und anderen öffentlichen Einrichtungen sind demgegenüber die Verarbeitungsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c DS-GVO sowie Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. e DS-GVO maßgeblich.³² Für diese

22 Dafür, dass im Einzelfall auch Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftliche Forschungszwecke i. S. d. DS-GVO einzustufen sind argumentieren: *Hornung/Hoffmann* (Fn. 16), *Geminn* (Fn. 14), 643; dagegen argumentiert für den Fall rein oder vorrangig kommerzieller Marktforschung: *Weichert* (Fn. 8), 20; insgesamt einer Einordnung von Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftlichen Zweck ablehnend gegenüberstehend: *Johannes/Richter* (Fn. 21).

23 Hervorhebung durch den Verfasser.

24 Ausführlich zum Streitstand *Arning/Rothkegel* in Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, 3. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO, Rn. 33ff.

25 *Dies.* (Fn. 24), m. w. N., Rn. 38.

26 *Dies.* (Fn. 24), Rn. 34.

27 Für diesen aber eintretend *Dregelies*, *Wohin laufen meine Daten?*, VuR 2017, 256, 257.

28 *Rofsnagel* (Fn. 5), 157.

29 *Jung/Hansch*, Die Verantwortlichkeit in der DS-GVO und ihre praktischen Auswirkungen, ZD 2019, 143.

30 *Rofsnagel* (Fn. 5), 157.

31 *Frenzel* in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 6 DS-GVO, Rn. 7.

32 Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c DS-GVO legitimiert die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für Verpflichtungen des Verantwortlichen notwendig ist. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. e DSGVO regelt die Verarbeitung personenbezogener Daten im öffentlichen Interesse.

eröffnen Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO den Mitgliedsstaaten umfangreiche Spielräume bei der Ausgestaltung der Regelungen für die öffentlichen Stellen.³³

Aus diesem Grund ist bei der universitären Forschung nicht ausschließlich auf die Regelungen der DS-GVO abzustellen, sondern vielmehr eine Gesamtbeurteilung von DS-GVO und mitgliedstaatlichen Regelungen vorzunehmen.³⁴ In Deutschland sind neben der DS-GVO die Datenschutzgesetze der Länder heranzuziehen. Exemplarisch wird vorliegend auf das Landesdatenschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg (LDSG BW)³⁵ abgestellt. Aufgrund der unionsrechtlichen Öffnungsklausel ist im Bereich der Forschung nicht allein die DS-GVO maßgebend, sondern auch auf die entsprechenden Umsetzungsregeln. Die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und den Datenschutzgesetzen der Bundesländer ist vom handelnden Akteur abhängig.³⁶ Soweit die Forschung durch öffentliche Stellen der Länder betrieben wird, sind die Datenschutzgesetze der Länder einschlägig.³⁷ In anderen Fällen ist das BDSG anzuwenden.³⁸ Weitere Besonderheiten ergeben sich im Zusammenhang mit nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO besonders geschützten Daten. Der Artikel benennt enumerativ verschiedene Gruppen von Daten, die als besonders schützwürdig angesehen werden, wie beispielsweise Gesundheitsdaten sowie genetische und biometrische Daten, und verbietet grundsätzlich deren Verarbeitung.³⁹ Dieses Verbot wird jedoch durch einen Katalog von Ausnahmen, die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO festgeschrieben werden, durchbrochen.⁴⁰ Dieser benennt abschließend verschiedene Verarbeitungsvoraussetzungen, die alternativ für eine rechtskonforme Verarbeitung vorliegen müssen.⁴¹ Für Forschungszwecke ist in diesem Rahmen, d. h. als Grundlage für eine Verarbeitung selbst von geschützten Daten nach Art. 9 DS-GVO, einerseits die Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO und andererseits die Forschungsausnahme nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO von besonderer Relevanz.

3. Privilegierungen zu Gunsten der Wissenschaftsfreiheit

Neben der Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage enthält die DS-GVO eine Vielzahl weiterer Anforderungen an die rechtskonforme Verarbeitung von Daten. Die Verarbeitung zum Zwecke der Forschung ist nicht nur durch Verarbeitungsgrundlagen privilegiert, sondern auch durch forschungsspezifische Lockerungen.

a) Der Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO dürfen personenbezogene Daten nur für zuvor festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke verarbeitet werden. Der enge Zweckbindungsgrundsatz trägt der Rolle des Verarbeitungszwecks als zentralem Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten im grundrechtlichen Spannungsfeld Rechnung.⁴² Die Verpflichtung, die Zwecke der Verarbeitung zuvor abschließend festzulegen, ermöglicht eine umfassende Abwägung der Belange im Vorhinein. Vom Zweckbindungsgrundsatz ist auch die Weiterverarbeitung der personenbezogenen Daten umfasst.⁴³ Bei Forschungsvorhaben können sich im Fortlauf des Projekts indes weitere Verwendungsmöglichkeiten für bereits verarbeitete personenbezogene Daten ergeben. Dieser Tatsache wird in der DS-GVO durch eine Privilegierung der Forschung bei der Sekundärverarbeitung⁴⁴ Rechnung getragen. In Übereinstimmung mit dem Zweckbindungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist eine solche (nur) ausgeschlossen, wenn sie mit dem ursprünglichen Zweck unvereinbar ist. Dies betrifft insoweit auch die Weiterverarbeitung durch andere Personen als den ursprünglichen Verarbeiter.⁴⁵ Bei wissenschaftlichen und historischen Forschungszwecken, sowie für statistische Zwecke, gilt daneben die widerlegbare Vermutung, dass die Weiterverarbeitung zu diesen Zwecken „nicht unvereinbar“ mit den ursprünglichen

33 Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition 2021, Art. 9 DSGVO, Rn. 56.

34 Roßnagel (Fn. 5).

35 Landesdatenschutzgesetz vom 12. Juni 2018, GBl. 2018, 173.

36 Klar/Kühling in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2020, § 2 BDSG, Rn. 1.

37 Dies., Rn. 10f.

38 Dies., Rn. 2ff.

39 Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition 2021, Art. 9 DSGVO, Rn. 46.

40 Weichert in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2020, Art. 9 DS-GVO, Rn. 7.

41 Ders., Rn. 45.

42 Frenzel in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 5, Rn. 23. Zur Verankerung des Zweckbindungsgrundsatzes im Primärrecht der EU: Sobotta in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 37. Ergänzungslieferung 2021, Art. 16 AEUV, Rn. 37 f.

43 Frenzel (Fn. 42), Rn. 29.

44 Unter Sekundärverarbeitung wird jede weitere Verarbeitung der Daten verstanden, die nach der ursprünglich geplanten Verarbeitung erfolgt.

45 Frenzel (Fn. 42), Rn. 29.

Zwecken ist.⁴⁶ Die negative Formulierung in Form der doppelten Verneinung wird als Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Sekundärverarbeitenden ausgelegt.⁴⁷ Dies bedeutet konkret, dass die betroffene Person dem Verantwortlichen nachweisen muss, dass die Verarbeitung nicht mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar war. Eine rechtmäßige Verarbeitung ist indes nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO an die Einhaltung von „geeigneten Garantien“ nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO geknüpft. Geeignete Garantien können bspw. Anonymisierung und Pseudonymisierung sowie Maßnahmen wie Verschlüsselung der Daten, Kontrolle des Zugangs auf die Daten sowie Geheimhaltungspflichten und Vertraulichkeitsvereinbarungen sein.⁴⁸

Die Fokussierung auf die Notwendigkeit geeigneter Garantien wird als Hinweis auf eine enge Auslegung der auf Art. 89 Abs. 1 DS-GVO verweisenden Vorschriften verstanden.⁴⁹ Dies überzeugt, da die weitreichende Privilegierung der Forschung nur dann als gerechtfertigt angesehen werden kann, wenn sie an strenge Vorgaben geknüpft ist.⁵⁰

Weiter wird durch Art. 89 Abs. 1 DS-GVO der Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO als Gegengewicht zur Lockerung des Zweckbindungsgrundsatzes etabliert.⁵¹ Der Grundsatz der Datenminimierung besagt, dass nur die personenbezogenen Daten verarbeitet werden dürfen, die für die Erreichung des angegebenen Zwecks erheblich, angemessen und notwendig sind.⁵² Direkte Folge der Pflicht zur Datensparsamkeit ist die Notwendigkeit der unmittelbaren Anonymisierung der erhobenen Daten nach Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DSGVO. Diese Anonymisierung steht aber wiederum unter dem Vorbehalt, dass eine solche nur dann erfolgen muss, wenn dies den verfolgten Zwecken nicht entgegensteht. Die praktischen Notwendigkeiten der wissenschaftlichen Forschung, die beispielsweise bei Langzeitstudien nicht auf anonymisierte Daten zurückgreifen kann, werden damit berücksichtigt.⁵³

Betrachtet man die Umsetzung nach deutschem Recht, so wurde dem unionsrechtlichen Erfordernis geeigneter Garantien im BDSG durch § 22 Abs. 2 BDSG entsprochen.⁵⁴ Dieser benennt einen nicht abgeschlossenen Katalog von Maßnahmen, die unter „Berücksichtigung des Stands der Technik, der Implementierungskosten“ sowie „der Art des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung“ getroffen werden müssen. Im Bereich des LDSG BW wird dem Erfordernis geeigneter Garantien durch § 3 Abs. 1 LDSG BW entsprochen. Dieser entspricht im Wesentlichen § 22 Abs. 2 BDSG. Ergänzt wird er durch die Anforderung der Anonymisierung, sobald dies mit den Zwecken des Forschungsvorhabens vereinbar ist, nach § 13 Abs. 2 LDSG BW.

b) Der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO)

Denselben Regulierungsgedanken wie die Forschungsprivilegierung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO beinhaltet die Privilegierung der Forschung im Rahmen der Speicherbegrenzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO. Er knüpft unmittelbar an den Zweckbindungsgrundsatz an und erweitert diesen um das Erfordernis des Aufhebens der Verknüpfung zu der betroffenen Person, sobald diese für den Verarbeitungszweck nicht mehr erforderlich ist.⁵⁵ Der Grundsatz der Speicherbegrenzung erfordert, dass der Verantwortliche den Personenbezug der verarbeiteten Daten aufhebt, sobald dieser nicht mehr für den verfolgten Zweck erforderlich ist.⁵⁶ Dies kann durch Anonymisierung oder Löschung erfolgen.⁵⁷ Ausgeschlossen ist von ihm das Anlegen einer Vorratsdatenbank für eine spätere Verwendung zu einem noch unbestimmten Zweck.⁵⁸ Aufgebrochen wird der Grundsatz der Speicherbegrenzung zudem durch Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DSGVO, demzufolge zeitlich längere Speicherzeiträume für Zwecke wissenschaftlicher Forschung zulässig sind. Eine genaue Zeitspanne wird von Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DS-GVO nicht benannt. Als gute wissenschaftliche Praxis ist ein Zeitraum von 10 Jahren

46 Breyer/Jonas, *Verarbeitungsgrundsätze und Rechenschaftspflicht* nach Art. 5 DS-GVO, DuD 2018, 312, 313.

47 Frenzel (Fn. 42), Rn. 30.

48 Spindler/Horváth in Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Auflage 2019, Art. 89 DSGVO, Rn. 10.

49 Eichler in Wolff/Brink, *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 89 DS-GVO, Rn. 12.

50 Ders., Rn. 13.

51 Ders., Rn. 12.

52 Zu den Begriffen im Einzelnen: Schantz in Wolff/Brink, *BeckOK Datenschutzrecht*, 37. Edition 2021, Art. 5 DSGVO, Rn. 24 ff.

53 Schaar, *DS-GVO: Geänderte Vorgaben für die Wissenschaft – Was sind die neuen Rahmenbedingungen und welche Fragen bleiben offen?*, ZD 2016, 224, 225.

54 Rose in Taeger/Gabel, *DSGVO BDSG*, 3. Auflage, 2019, § 22 BDSG, Rn. 4.

55 Frenzel (Fn. 42), Rn. 43.

56 Herbst in Kühling/Buchner, *DS-GVO BDSG*, 3. Auflage 2020, Art. 5 DSGVO, Rn. 64.

57 Frenzel (Fn. 42), Rn. 45.

58 Schantz (Fn. 52), Rn. 33. Eine Vorratsdatenbank ist eine Sammlung personenbezogener Daten zur späteren Verarbeitung.

anerkannt.⁵⁹ Auch ist der Verantwortliche nach Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DS-GVO verpflichtet, geeignete Garantien für den Schutz der betroffenen Daten nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO zu treffen. Weitergehend bleibt auch die Anonymisierungspflicht für den Fall der fehlenden Notwendigkeit der Nutzung nicht anonymisierter Daten bestehen. Daraus lässt sich schließen, dass die Privilegierung im Rahmen der Speicherbegrenzung nur zu einer Verschiebung des Maßstabs zugunsten der Forschenden führt. Das heißt, dass Forschenden ein größerer Spielraum bei der Speicherdauer gewährt wird, während die Pflicht zur fortlaufenden Prüfung der Notwendigkeit der Speicherung nicht entfällt.

c) Die Einwilligung

Auch im Rahmen der Einwilligung berücksichtigt die DS-GVO die besonderen Anforderungen wissenschaftlicher Forschung. Die Einwilligung in die Verarbeitung der eigenen Daten muss nach der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO durch eine freiwillige, unmissverständliche, in informierter Weise abgegebene Willenserklärung von der betroffenen Person für den konkreten Einzelfall erfolgen. Die Festlegung auf einen bestimmten Fall ist umso spezifischer vorzunehmen, desto stärker der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen wiegt.⁶⁰ Da im Rahmen von Forschungsvorhaben regelmäßig bei Erhebung der personenbezogenen Daten noch nicht vorhergesehen werden kann, in welchem Umfang eine Verarbeitung den Zwecken des Forschungsvorhabens dient, oder ob Daten später für weitere Forschungszwecke weiter sinnvoll genutzt werden könnten, ist das Kriterium der Bestimmtheit ein besonderes Hindernis für eine Verarbeitung für Forschungszwecke auf der Grundlage von Einwilligungen. Dies gilt insbesondere bei besonders sensiblen Daten, wie z. B. genetischen Daten und Gesundheitsdaten, wenngleich diese auch von besonderem Interesse für die Wissenschaft sind.

Dieses Problem wird von ErwG 33 aufgegriffen. Nach diesem sollen Betroffene auch in die Verarbeitung ihrer Daten in bestimmten Forschungsbereichen, also nicht nur für einzelne Forschungsvorhaben, einwilligen können.⁶¹ Voraussetzung hierfür ist die „Einhaltung anerkannter ethischer Standards“ durch die Forschenden.⁶² Konkretisiert wird dies durch ErwG 33 S. 3, nach dem auch eine Einwilligung in Teilprojekte eines Forschungs-

bereiches möglich sein soll.

Danach gibt es gute Gründe, das Bestimmtheitserfordernis im Rahmen wissenschaftlicher Forschung großzügiger auszulegen. Es ist überzeugend, den einwilligenden Personen, die Möglichkeit zuzugestehen, ihren Konsens auf bestimmte Forschungsbereiche, wie z. B. die Krebsforschung, zu erstrecken. Daneben wird so auch Forschenden eine praxistaugliche Verwendung der Einwilligung ermöglicht, ohne die Betroffenen schutzlos zu stellen.

So verstanden kann die Einwilligung des Betroffenen im Bereich wissenschaftlicher Forschung eine sinnvolle und auch praktikable Verarbeitungsgrundlage darstellen. Da die Einwilligung als direkter Ausdruck des Rechts auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 GRCh eine Verarbeitung ohne Eingriff in das Recht der Betroffenen ermöglicht (vgl. Art. 8 Abs. 2 GRCh), sollten Forschende stets zunächst prüfen, ob eine Einwilligung als Verarbeitungsgrundlage für das jeweilige Vorhaben vorliegt und hinreichend ist.

d) Einschränkung der Betroffenenrechte

Neben der Bevorzugung durch weitergehende Rechte im Rahmen der Verarbeitung wird die Forschung auch durch die Möglichkeit der Einschränkung der Betroffenenrechte privilegiert. Art. 89 Abs. 2 DS-GVO enthält eine unionsrechtliche Öffnungsklausel, die es den Mitgliedsstaaten erlaubt, die Rechte der Betroffenen zum Schutz ihrer Daten zum Zwecke der Forschung einzuschränken. Dies ist dann zulässig, wenn die Geltendmachung der Datenschutzrechte die Verwirklichung der Forschungszwecke unmöglich machen oder erheblich erschweren würde. Auf Basis der Öffnungsklausel können Mitgliedsstaaten folgende vier Rechte beschränken: das Auskunftsrecht der Betroffenen nach Art. 15 DS-GVO, das Recht auf Berichtigung aus Art. 16 DS-GVO, das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung nach Art. 18 DS-GVO, das Recht auf Widerspruch aus Art. 21 DS-GVO sowie die Mitteilungspflicht aus Art. 19 DSGVO. Die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DS-GVO wurde in Deutschland durch § 27 Abs. 2 BDSG sowie durch § 13 Abs. 4 LDSG BW umgesetzt.

Beschränkbar ist weiter das Recht auf Datenübertragung aus Art. 20 DS-GVO, wobei dieses bei der Verar-

59 DFG, Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis – Empfehlungen der Kommission „Selbstkontrolle in der Wissenschaft“, 2013, 21: Empfehlung Nr. 7 zur Sicherung und Aufbewahrung von Primärdaten; DFG, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, 2019, 22: Leitlinie 17: Archivierung.

60 Ernst in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 4 DS-GVO, Rn. 78.

61 Denkbar wäre insoweit z.B. eine Einwilligung der Verwendung der personenbezogenen Daten für die Zwecke der Krebsforschung.

62 Siehe Erwägungsgrund 33 S. 2.: „Daher sollte es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht.“

beitung von Daten im öffentlichen Interesse oder durch öffentliche Gewalt ohnehin nicht anwendbar ist nach Art. 20 Abs. 3 DS-GVO. Hierdurch ist dieses Recht bei der Forschung durch öffentliche Stellen auch ohne die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DS-GVO bereits von vornherein ausgeschlossen.⁶³ Auch das Recht auf Löschung aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO ist nicht anwendbar, soweit die Verarbeitung zu Forschungszwecken erforderlich ist nach Art. 17 Abs. 3 lit. d DS-GVO.

Diese weitreichenden Einschränkungen sind dabei durch die Rückkopplung an strenge Bedingungen gut vertretbar. Es ist dabei zu beachten, dass diese Einschränkungen ohnehin nur die Rechte betreffen, die sich nach dem Vorliegen einer legitimen Verarbeitungsgrundlage seitens des Betroffenen ergeben. Das Erfordernis der Verarbeitungsgrundlage wird durch sie nicht berührt. Vorsicht ist indes bei der Auslegung des „unverhältnismäßigen Aufwands“ geboten, der nach § 27 Abs. 2 BDSG bzw. § 13 Abs. 4 LDSG BW eine Einschränkung des Auskunftsrechts begründet. Um dem Sinn der Norm gerecht zu werden sollte dabei ein „unverhältnismäßiger Aufwand“ nur in gut begründeten Ausnahmefällen angenommen werden.

V. Die Wissenschaftsfreiheit

Die Forschungsprivilegierungen der DS-GVO, die oben dargelegt wurden, sind am europäischen Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 13 GRCh zu messen.⁶⁴ Dieses steht in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 GRCh und Art. 16 AEUV. Auch im Rahmen der GRCh ist der Begriff der Forschung nicht definiert. Zum Teil wird vor dem Hintergrund, dass Art. 13 GRCh als maßgeblich durch Art. 5 Abs. 3 GG inspiriert gilt,⁶⁵ die Definition des BVerfG als *Orientierungsmaßstab* herangezogen.⁶⁶ Dies erscheint aber zweifelhaft, weil der Grundrechtsschutz auf EU-Ebene sich an den Verfas-

sungsüberlieferungen aller Mitgliedstaaten orientiert und die Stellung der Forschungsfreiheit in der Verfassung des GG außergewöhnlich ist, sowohl im europäischen Vergleich als auch mit Blick auf den Schutz durch die EMRK.⁶⁷ Nach wohl überwiegender Ansicht ist sowohl die private als auch die öffentliche Forschung vom Schutzbereich erfasst.⁶⁸ Es besteht weiter – nach der Literatur – keine Unterscheidung zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschungstätigkeit.⁶⁹

Neben der terminologischen Unschärfe des Forschungsbegriffs hat sich bzgl. der Reichweite des Schutzbereiches bisher kein umfassender Konsens in der Literatur gebildet.⁷⁰ Auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wurde die Wissenschaftsfreiheit bisher nicht vertieft diskutiert.⁷¹ Einen ersten Ansatzpunkt, um den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zu skizzieren, bietet die historische Auslegung von Art. 13 GRCh. Bei den Verhandlungen war die Verankerung eines eigenständigen Wissenschaftsrechts umstritten und Teile des Grundrechtekonvents sahen die Wissenschaftsfreiheit, wie in den meisten Mitgliedstaaten und der EMRK, als vom Recht auf Meinungsfreiheit hinreichend geschützt an.⁷² Die Verbindung von Wissenschaftsfreiheit und Meinungsfreiheit ist auch für die Auslegung der finalen Fassung von Art. 13 GRCh erhalten geblieben. Dies ergibt sich direkt aus den Erläuterungen zu Art. 13 GRCh.⁷³ Nach diesen sind die Einschränkungen, die bei der Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK bestehen, auf die Wissenschaftsfreiheit anzuwenden. Der Bezug zu Art. 10 EMRK macht deutlich, dass die Wissenschaftsfreiheit, als Teil der in Art. 10 EMRK verbürgten Meinungsfreiheit, den nach Art. 52 Abs. 3 GRCh relevanten Mindestschutzgehalt von Art. 13 GRCh beinhaltet.⁷⁴ Nach Art. 52 Abs. 4 GRCh sind zudem Charta-grundrechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben, im Einklang mit diesen auszulegen. Die Wissenschaftsfreiheit ist aber nicht in allen Verfassungen der Mitglieds-

63 Roßnagel (Fn. 5), 163.

64 Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh umfasst die Freiheit von Forschung und akademischer Lehre (Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2021, Art. 13 GRCh, Rn. 7).

65 Weichert (Fn. 9), 19; Roßnagel (Fn. 5), 159.

66 Dies.

67 Vgl. Ruffert in Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 13 GRCh, Rn. 6.

68 Roßnagel (Fn. 5), 159; Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 13 GRCh, Rn. 8.

69 Augsberg in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 13 GRC, Rn. 5.

70 Vgl. Sayers, in Peers/Hervey/Kenner/Ward, The EU Charter of

Fundamental Rights, 2014, Art. 13 GRC, Rn. 13, 41.

71 M.w.N.: Bernsdorff in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019, Art. 13 GRCh, Rn. 5.

72 Ders., Rn. 7.

73 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02); dort heißt es zu Art. 13 GRCh: „Dieses Recht leitet sich in erster Linie aus der Gedankenfreiheit und der Freiheit der Meinungsäußerung ab“. Es ist insoweit zu beachten, dass die Erläuterungen nicht rechtsverbindlich sind, aber eine der zentralen Rechtskenntnisquellen der Charta bildet; Scheuing, Zur Grundrechtsbindung der Mitgliedsstaaten, EuR 2005, 162, 185.

74 Schwerdtfeger in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019, Art. 51 GRCh, Rn. 66.

staaten enthalten.⁷⁵ Dies ist für die Annahme einer gemeinsamen Tradition zwar nicht erforderlich,⁷⁶ lässt in Verbindung mit den Verhandlungen dennoch darauf schließen, dass der Schutzzumfang von Art. 13 GRCh nicht dem hohen Schutzniveau des Vorbilds aus Art. 5 Abs. 3 GG entspricht.⁷⁷ Ob Art. 13 GRCh neben einer abwehrrechtlichen auch eine organisationsrechtliche Dimension zukommt, ist zudem nicht abschließend geklärt.⁷⁸ Die Freiheitsgarantie der Forschungsfreiheit ist durch eine Beschränkung der freien Datennutzung durch Forschende jedenfalls betroffen, soweit Forschende nicht in vollem Umfang die für ihre Forschung nötigen Daten erheben können oder bei dem Erhebungsprozess eingeschränkt sind.

VI. Das Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und seine nationale Umsetzung

Eine zentrale Möglichkeit von Forschenden, Daten auch ohne Einwilligung der betroffenen Personen zu erheben, bildet die Ausnahmegvorschrift des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO. Die Vorschrift stellt dies unter die Voraussetzung einer Abwägung der Interessen der Forschenden und des Betroffenen. Die Verarbeitung ist dabei legitim, soweit die Verarbeitung für die Forschungszwecke erforderlich ist, das Forschungsziel in angemessenen Verhältnis zum Datenschutz der betroffenen Person steht und geeignete Garantien nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO getroffen werden.

1. Die Konstruktion von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO

Die Nutzung besonderer Kategorien von Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Uneinigkeit besteht in der Frage, ob die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO benannten Ausnahmen, wie die Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO oder die Forschungsausnahme aus Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO, eine selbstständige Verarbeitungsgrundlage darstellen oder ob kumulativ eine der Verarbeitungsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 DSGVO, also bspw. eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO oder die Not-

wendigkeit der Verarbeitung für die Wahrung lebenswichtiger Interessen für die betroffene Person nach Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. d, vorliegen muss. Für eine eigenständige Verarbeitungsgrundlage wird vorgebracht, dass die in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO benannten Voraussetzungen alle Elemente einer Verarbeitungsgrundlage enthalten.⁷⁹ Weiter seien die in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO gefassten Ausnahmen enger als die in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO benannten Verarbeitungsgrundlagen.⁸⁰ Das Erfordernis einer kumulativen Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO würde somit zur reinen Formalität verkommen.⁸¹

Gegen diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 DS-GVO: Demnach führt das Vorliegen einer der Verarbeitungsvoraussetzungen nur dazu, dass das generelle Verarbeitungsverbot aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO nicht gilt.⁸² Daraus ergibt sich noch keine Schutzlosigkeit der Daten, sondern vielmehr sind diese wie personenbezogene Daten zu behandeln.⁸³ Dennoch werden im Regelfall bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO auch die Voraussetzungen der Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO miterfüllt sein. Die Überlagerung von Art. 6 DS-GVO durch Art. 9 DS-GVO steht dabei der Annahme einer parallelen Wirkung nicht entgegen, wenngleich das Bedürfnis einer doppelten Prüfung beider Tatbestände entfällt.⁸⁴ Eine doppelte Prüfung ist aufgrund der höheren Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO gegenüber Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 DS-GVO obsolet.

Vom Erfordernis einer parallel notwendigen Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 DS-GVO ist ausweichlich der Gesetzesbegründung zu § 27 BDSG auch der Bund beim Erlass des BDSG ausgegangen.⁸⁵ Der bei Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO bestehenden Öffnungsklausel wurde durch § 27 Abs. 1 BDSG Rechnung getragen. § 27 Abs. 1 BDSG beinhaltet dabei – im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 1 DS-GVO – die Wertung, dass das Recht der Betroffenen auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten bevorzugt wird. So muss nach § 27 Abs. 1 BDSG das Verarbeitungsinteresse des Verantwortlichen das der

75 Keine Garantie der Wissenschaftsfreiheit beinhalten die Verfassungen von Dänemark, Irland, Malta, Schweden und den Niederlanden.

76 Jarass in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 52 GRCh, Rn. 67.

77 Kritisch zur Übertragung der Wertungen des Art. 5 Abs. 3 GG auch: Ruffert (Fn. 67), Rn. 6.

78 Bernsdorff (Fn. 71), Rn. 15.

79 Buchner/Tinnefeld in Kühling/Buchner (Hrsg), DS-GVO-BDSG-TTDSG, 3. Auflage 2020, § 27 BDSG, Rn. 8; Meßer in Taeger/Gabel (Hrsg), DSGVO BDSunG, 3. Auflage 2019 Art. 9 DS-GVO, Rn. 1.

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Auch die englische („Paragraph 1 shall not apply if one of the following applies“), spanische („El apartado 1 no será de aplicación cuando concorra una de las circunstancias siguientes“) und französische Sprachfassung („Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie“) sprechen nicht von einer Verarbeitungsgrundlage, sondern nur vom Entfall des Verbots aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO.

83 Pauly in Paal/Pauly (Hrsg), Datenschutz-, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage 2021, § 27 BDSG, Rn. 2.

84 Vgl. Schiff in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 9 DS-GVO, Rn. 32.

85 BT-Drs. 18/11325, 99.

betroffenen Personen „erheblich überwiegen“. Im Rahmen der für Hochschulen in Baden-Württemberg relevanten Regelung des § 13 Abs. 1 LDSG BW ist demgegenüber bereits ein „Überwiegen“ ausreichend, während bei Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO bereits ein „angemessenes Verhältnis“ der gegenüberstehenden Interessen von Verantwortlichem und Betroffenen ausreicht. Die Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO und ihre Umsetzungen beinhalten mithin eine Möglichkeit für Forschende, personenbezogene Daten zu verarbeiten, ohne die Betroffenen unangemessen zu benachteiligen.

2. Grundrechtlicher Maßstab im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“

Die Vorschriften des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO sowie des § 27 BDSG und des § 13 Abs. 1 LDSG kodifizieren eine Abwägung zwischen dem Recht des Betroffenen auf Schutz seiner personenbezogenen Daten einerseits und dem Recht der Forschenden auf Nutzung dieser zu Forschungszwecken andererseits. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu untersuchen, ob hierbei auf die Unionsgrundrechte oder auf die Grundrechte des GG abzustellen ist. Das Verhältnis von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten wurde durch die Beschlüsse des BVerfG zu „Recht auf Vergessen I“⁸⁶ und „Recht auf Vergessen II“⁸⁷ neu geordnet. Hiernach ist bei der Auslegung von Vorschriften, die Unionsrecht umsetzen oder auf unionsrechtlichen Öffnungsklauseln beruhen, entscheidend, ob sich die Vorschrift in einem vollständig durch das Unionsrecht determinierten Bereich des Rechts befindet.⁸⁸ Hiernach richtet es sich, ob die nationalen Grundrechte oder die der Grundrechtecharta Anwendung finden.⁸⁹

Soweit es sich um einen *nicht vollständig determinierten* Bereich handelt, sind dem Grunde nach sowohl die Grundrechte der Charta als auch die Grundrechte des GG anwendbar.⁹⁰ Dabei gilt die widerlegbare Vermutung, dass die Chartagrundrechte durch die Grundrechte des GG mitgewährleistet sind.⁹¹ Die Grundrechtecharta bildet damit im Bereich der Regelungen der LDSG und des BDSG das Mindestmaß an Schutz für die Grundrechte der betroffenen Personen. In der Praxis wird dies aufgrund des hohen Schutzniveaus der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie des Rechts

auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nur in seltenen Fällen relevant werden.

Liegt dagegen eine Vorschrift vor, welche durch das Unionsrecht *vollständig determiniert* ist, sind allein die Chartagrundrechte Maßstab der Grundrechtsprüfung.⁹² Es ist somit zunächst abzugrenzen, ob sich die Regelungen des § 27 Abs. 2 BDSG und des § 13 Abs. 1 LDSG BW im vollständig durch das Unionsrecht determinierten Bereich befinden. Entscheidend ist insoweit, dass die Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO einen hinreichenden Spielraum für die Anwendung nationaler Grundrechte belässt. Aus der Tatsache, dass bei der DS-GVO die Rechtsform der Verordnung gewählt wurde, kann nicht geschlossen werden, dass es sich zwangsläufig um einen Bereich des vollständig durch das Unionsrecht determinierten Rechts handelt.⁹³ In Anbetracht der sehr weiten Handlungsspielräume, die die DS-GVO den Mitgliedsstaaten im Rahmen der Forschung durch öffentliche Stellen überlässt, ist dahingehend ein *nicht vollständig determinierter* Bereich anzunehmen. Mithin ist bei § 13 Abs. 1 LDSG BW, sowie anderen die Forschung durch öffentliche Stellen betreffenden landesrechtlichen Regelungen, primär auf die nationalen Grundrechte abzustellen. In Unterscheidung zu § 27 Abs. 1 BDSG kann § 13 Abs. 1 LDSG BW aufgrund der Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO zudem als selbstständige Verarbeitungsgrundlage angesehen werden. Gegenüber der privaten Forschung besteht für die Mitgliedsstaaten hierbei nämlich die Möglichkeit, auch im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 DS-GVO eigene Regelungen zu erlassen.

Demgegenüber ist den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Regulierung privater Forschung ein kleinerer Handlungsspielraum belassen worden, da für diese die Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO gerade keine Anwendung finden. Es ist insoweit fraglich, ob dieser Handlungsspielraum für die Annahme eines *nicht vollständig determinierten* Bereiches dennoch ausreicht. Dagegen spricht, dass Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO nach der hier vertretenen Ansicht gerade keine selbstständige Verarbeitungsgrundlage ist und auch nicht zum Erlass einer solchen durch die Mitgliedsstaaten berechtigt. Es könnte daher angenommen werden, dass der notwendige Rückgriff auf die Verarbeitungsgrundlagen des Art. 6 DS-GVO *keinen* Platz für die Anwendung natio-

86 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300.

87 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314.

88 BVerfG (Fn. 86), Rn. 44; BVerfG (Fn. 87), Rn. 43 ff.

89 Ibid.

90 Kühling, Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG –

November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, 275, 279.

91 Ders., 277.

92 BVerfG (Fn. 87), Rn. 42.

93 BVerfG (Fn. 87), Rn. 78.

naler Grundrechte belässt. Hiergegen spricht jedoch, dass eine Öffnungsklausel im Rahmen einer Vorschrift, deren Kern eine Abwägung bildet, auch für die Anwendung nationaler Grundrechte offen sein sollte. Andernfalls würde eine mitgliedstaatliche Ausgestaltung nur kosmetischer Natur sein. Dass die kumulativ notwendige Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 DS-GVO dabei im Bereich der privaten Forschung in Ermangelung einer entsprechenden Öffnungsklausel an den Chartagrundrechten zu messen ist, steht einer Anwendung der nationalen Grundrechte bei der Umsetzungsregel nicht entgegen. Dies gilt insbesondere, da die Verarbeitungsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO bereits in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO inkorporiert ist.⁹⁴ Soweit der Mindeststandard der Unionsgrundrechte dabei nicht unterschritten wird, steht die Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 DS-GVO der Anwendung nationaler Grundrechte nicht entgegen. Dies entspricht auch dem vom BVerfG vertretenen Verhältnis von GG und GRCh im nicht vollständig-determinierten Bereich.⁹⁵ Auch § 27 Abs. 1 BDSG ist mithin an den nationalen Grundrechten des GG zu messen, ebenso wie § 13 Abs. 1 LDSG BW. Private Forschung richtet sich dabei nach der Regelung des § 27 Abs. 1 BDSG. Die Norm unterscheidet dabei nicht zwischen privater und öffentlicher Forschung, soweit die private Forschung den oben beschriebenen Kriterien entspricht. Im Rahmen privater Forschungsvorhaben ist aber kritisch zu hinterfragen, ob die Interessen der Forschenden in diesen Fällen erheblich die der Betroffenen überwiegen. Soweit sich die Forschungsinteressen nur auf die Steigerung der Profite des Unternehmens richtet, kann dies ausgeschlossen werden.

3. Schlussfolgerungen für die Auslegung

Dem Charakter der Normen als Ausnahmenvorschriften folgend, sind § 27 Abs. 1 BDSG und § 13 Abs. 1 LDSG zunächst eng auszulegen.⁹⁶ Dies wird bei § 27 Abs. 1 BDSG noch durch den Wortlaut der Norm verstärkt, die, wie oben zitiert, ein „erhebliches Überwiegen“ des Interesses am Forschungsvorhaben fordert. Hierbei ist zugunsten des Forschungsvorhabens jedoch

nicht allein auf die Rechte des Forschenden zu rekurrieren. Vielmehr sind auch die Ziele des Forschungsvorhabens als solche, wie beispielsweise hochrangige Gemeinwohlzwecke wie der Schutz der Gesundheit oder der Umwelt,⁹⁷ in den Blick zu nehmen. Soweit ein Forschungsvorhaben auch den Schutz oder die Förderung anderer Interessen und Grundrechte für sich geltend machen kann, können diese zu einem „erheblichen Überwiegen“ i. S. d. § 27 Abs. 1 BDSG beitragen. Anwendungsfälle, in denen ein erhebliches Überwiegen regelmäßig vorliegt, sind Forschungsvorhaben, die beispielsweise erhebliche Vorteile für die Gesundheit der Bevölkerung mit sich bringen.⁹⁸ Gleiches gilt für Forschungsvorhaben, die der sozialen Sicherung⁹⁹ oder dem Umweltschutz¹⁰⁰ erheblich dienen.

Auch im Rahmen der Forschung zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ist ein Abstellen auf § 27 Abs. 1 BDSG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO möglich. Forschungsvorhaben in diesem Bereich können zunächst erhebliche Vorteile für die öffentliche Gesundheit und die öffentliche Gesundheitsversorgung mit sich bringen. Daneben können sie auch dem Schutz der Fortbewegungsfreiheit dienen, indem sie Kontaktbeschränkungsmaßnahmen und Lockdowns verhindern. Die Forschungsvorhaben greifen damit, wenn sie nicht anonymisierte Personendaten nutzen, zwar in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, können aber für sich u. a. den Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und der Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für sich geltend machen.

Ein weiterer Anwendungsbereich für das Forschungsprivileg ergibt sich im Rahmen der Forschung zur Kontrolle von KI. KI bildet eine Schlüsseltechnologie des 21. Jahrhunderts. Ein diskriminierungsfreier Einsatz dieser Technologien kann dabei, nach einer vordringenden Ansicht, nur bei hinreichender Erklärbarkeit und Transparenz des KI-Systems erreicht werden.¹⁰¹ Dementsprechend ist auch die Forschung an der Verwirklichung von Transparenz und Erklärbarkeit von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung.¹⁰² Die Forschung anhand personenbezogener Daten erfordert dabei zwar,

94 Vgl. *Pauly* (Fn. 83), Rn 2

95 BVerfG (Fn. 87).

96 *Weichert* (Fn. 40), Rn. 48.

97 Der Schutz der Umwelt ist zwar kein Grundrecht, wird aber als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG benannt. Der Umweltschutz ist damit bei Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen und kann auch als Rechtfertigung bei Grundrechtseingriffen herangezogen werden. Siehe hierzu: *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 48. Edition 2021, Art. 20a GG, Rn. 7f. Der Schutz der Umwelt im Sinne des Klimaschutzes hat zudem eine freiheitsrechtliche Dimension, die das BVerfG in seinem Klimaurteil herausgearbeitet hat, BVerfG, Klimabeschluss vom

24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723.

98 *Buchner/Tinnefeld* (Fn. 79), Rn. 12.

99 *Ibid.*

100 Siehe Fn 97.

101 *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, 333 ff.

102 *Specht-Riemenschneider/Wagner*, KI kann kontrolliert werden, wenn der Staat nur will, FAZ Einspruch vom 23.11.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/-irg-ai5h> (zuletzt abgerufen am: 2.12.2021)

wenn keine Einwilligung vorliegt, einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dient aber auch dessen Schutz beim zukünftigen Einsatz von künstlicher Intelligenz. Die Ausnahmegesetze, die auf Basis des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO erlassen sind, finden somit auf die Forschung in diesem Bereich Anwendung. Dies gilt auch bei der landesrechtlichen Vorschrift des § 13 LDSG BW, wobei bei diesem bereits ein einfaches Überwiegen der Forschungsinteressen ausreicht. Die Anknüpfung an das Forschungsvorhaben ist dabei sowohl bei privat als auch bei öffentlich finanzierter Forschung zu beachten. Wenngleich die DS-GVO auch privat finanzierte Forschung grundsätzlich privilegiert, so ist im Rahmen derselben dennoch kritisch zu prüfen, ob die Forschungsinteressen erheblich überwiegen. Dies kann insbesondere dann ausgeschlossen werden, wenn Forschungsvorhaben dem öffentlichen Interesse sogar entgegenstehen.¹⁰³

VII. Fazit

Die DS-GVO weist grundsätzlich eine ausgewogene Balance zwischen den Interessen wissenschaftlicher Forschung und den Interessen Betroffener am Schutz ihrer personenbezogenen Daten auf. Dies ist der Fall, da sie die Privilegierung der Forschung stets an die Notwendigkeit der Verarbeitung für den Forschungszweck sowie an die Angemessenheit gegenüber den Interessen der Betroffenen bindet.

Insgesamt wird den Mitgliedsstaaten durch die DS-GVO zwar einerseits ein umfangreicher regulatorischer Spielraum eingeräumt, jedoch nicht ohne diese andererseits auf den Mindeststandard zu verpflichten: Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sollten Forschende zunächst stets prüfen, ob die vorgesehene Verarbeitung auch mit anonymisierten Daten erfolgen kann. Dies ist vorzuzugswürdig, da die Verarbeitung so ohne Eingriff in das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten erfolgen kann. Auch ist die Einholung der Einwilligung durch den Betroffenen, soweit sie für das gegebene Forschungsvorhaben möglich ist, grundsätzlich vorzuzugswürdig, um die Rechte Betroffener zu wahren.

Soweit eine Einwilligung nicht erfolgen kann oder für das jeweilige Forschungsvorhaben nicht praktikabel

ist, können Forschende – abhängig davon, für wen sie tätig werden – ihre Forschungsvorhaben auf § 27 Abs. 1 BDSG oder auf die jeweilige landesrechtliche Vorschrift i. V. m. Art. 6 Abs. 1 DSGVO stützen. Hier ist eine Auslegung der Vorschriften im Lichte des GG zwar erforderlich, aber auch ausreichend. Danach ist die Nutzung personenbezogener Daten für die Forschung selbst ohne Einwilligung insbesondere bei solchen Forschungen verfassungskonform und unionsrechtskonform möglich, die auch dem Schutz anderer grundrechtsrelevanter Interessen oder Gemeinwohlziele, wie dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung oder der Umwelt dienen. Wird dagegen von privaten Akteuren nur im Eigeninteresse geforscht, wie im Falle der Forschung zu Marketingzwecken, kann jedenfalls nicht auf das Forschungsprivileg abgestellt werden. Bei dieser sind Forschende auf die Einwilligung der betroffenen Personen angewiesen.

Der Autor ist akademischer Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht (Abt II: Völkerrecht, Rechtsvergleichung) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er ist dort tätig im Teilprojekt „Legal Provisions for Access and Use of Health-Related Data for Research Purposes“ (Sprecherin: Prof. Dr. Silja Vöneky) des BMBF Projektes „Data Access and Data Use in Health Settings“ (Sprecher: PD Dr. Joachim Boldt). Er promoviert bei Prof. Dr. Silja Vöneky zum Thema „Die Verarbeitung von Daten durch Consumer Health Applikationen und Wearables zu Forschungszwecken: Eine datenschutzrechtliche und wissenschaftsrechtliche Betrachtung“.

¹⁰³ Ein Beispiel für ein solches Forschungsvorhaben kann die Marketing-Forschung von Cambridge Analytica zur Beeinflussung von Wahlen sein (siehe hierzu: Kolb, Die schmierigen Geschäfte von Cambridge Analytica, SZ Online vom 23.3.18. <https://www.sued->

[deutsche.de/politik/datenmissbrauch-bei-facebook-die-schmierigen-geschaeft-von-cambridge-analytica-1.3915057](https://www.sued-deutsche.de/politik/datenmissbrauch-bei-facebook-die-schmierigen-geschaeft-von-cambridge-analytica-1.3915057), zuletzt abgerufen am 2.12.21).

