

# Konsens über alles – koste es, was es wolle?

Zu hohe Anforderungen an die Einwilligung gefährden gesellschaftspolitisch relevante Forschungsvorhaben



Prof. Dr. Martin Killias, Ordinarius für Straf- und Strafprozessrecht unter Einschluss von Kriminologie, Universität Zürich, Zürich  
Ist.killias@rw.uzh.ch

**Soll ein Einzelner in souveräner Willkür bewirken können, dass relevante Forschung unterbleibt und gesellschaftlicher Schaden entsteht, obwohl auf seiner Seite kein nachvollziehbares Interesse entgegensteht?**

Es gehört zu den wenig hinterfragten Grundsätzen der Forschung, dass Menschen, die für eine Untersuchung benötigt werden, über die Ziele und Implikationen derselben umfassend aufzuklären sind und nur einbezogen werden dürfen, wenn sie frei und ungezwungen sich dafür entscheiden. Grundsätzlich leuchtet dies natürlich ein und niemand möchte einer «Zwangsforschung» das Wort reden.

## **Falsche Ergebnisse – falsche Massnahmen**

Im Alltag erweisen sich die Dinge allerdings oft als schwieriger als in der Theorie. Forschung wird ja nicht einfach zum privaten Vergnügen der daran Beteiligten durchgeführt, sondern erfüllt wichtige gesellschaftliche Zwecke – nur darum wird sie meistens aus öffentlichen Geldern finanziert. Wenn es etwa darum geht, ob bestimmte Konstellationen das Risiko von Tötungsdelikten erhöhen oder ob bestimmte Sanktionsarten das Rückfallrisiko verringern, so geht es um die Beantwortung von Fragen, die für die Prävention, nach der alle ständig rufen, unerlässlich sind. Entschliessen sich zu viele potenzielle Teilnehmende, sich nicht dafür zur Verfügung zu stellen, wird eine Untersuchung stark entwertet. Dies hat durchaus gesellschaftspolitische Konsequenzen, so etwa, wenn wegen der geringeren Repräsentativität falsche Ergebnisse resultieren, die seitens der Forscher an die Praxis weitervermittelt und prompt in wenig hilfreiche Politiken umgemünzt werden.

Ein Beispiel? In England gibt es die bekannte und höchst einflussreiche Cambridge-Studie,

die auf 411 Personen mit dem Jahrgang 1953 beruht, die im Zeitpunkt der ersten Untersuchungswelle (1961) in einem Londoner Arbeiterviertel zur Schule gingen. Diese wurden bis Ende der Adoleszenz regelmässig und dann im Alter von 32 und 47 Jahren erneut befragt. Als man im Jahre 2000 diese Männer erneut kontaktierte, erwies es sich – nicht unerwartet – als schwierig, diese wieder ausfindig zu machen, und unter den Gefundenen wollten etliche nicht mehr befragt werden. Nach einigen Anstrengungen gelang es immerhin, über 70 Prozent der ursprünglichen Stichprobe erneut zu befragen – an sich ein gutes Ergebnis, mit dem sich die meisten Forscher wohl zufrieden gegeben hätten. Nicht so indessen die Autoren, die beschlossen, in einer einzigartigen Aktion zuvor nicht erreichte Personen aufzusuchen und die Verweigerer erneut zur Zustimmung zu bewegen. Schliesslich wurden 94 Prozent befragt – und siehe da: Die Ergebnisse wichen deutlich von denjenigen ab, die sich nach der Analyse der ursprünglichen 70 Prozent ergeben hatten. Bei einem gesellschaftspolitisch so brisanten Thema wie der Delinquenz wäre das Publizieren falscher Resultate ein grosser Schaden, auch weil die Politik solche Ergebnisse in der Regel nicht nur zur Kenntnis nimmt und diskutiert, sondern früher oder später in entsprechende Massnahmen umsetzt. Falsche Massnahmen, gestützt auf falsche Ergebnisse wegen zu vieler Verweigerungen der Mitarbeit – ist das nicht ein hoher Preis für das Konsensprinzip?

In Wirklichkeit wurde natürlich auch hier keiner der zusätzlich befragten Männer von nunmehr 47 Jahren gezwungen – man hat sie einfach nochmals kontaktiert und allenfalls auch mit kleinen Geschenken «motiviert». Viele empfinden ein solches Vorgehen als unethisch, da ein «Nein» stets zu beachten und nicht in Frage zu stellen sei. Die meisten, die so argumentieren, sehen allerdings nichts Verwerfliches, wenn Behörden mit Wiedererwägungsgesuchen «belästigt» werden. Wieso sollte man also Einzelne nicht auch darum bitten dürfen, ihren negativen Entscheid nochmals zu überdenken?

### **Kosten können Studien verhindern**

Nicht weniger heikel ist die Frage, ob die Einwilligung auch bei der Bearbeitung von Registerdaten oder sonstigen Akten erforderlich sein soll. Der nunmehr entschärfte Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen drohte in seiner ursprünglichen Fassung, solche Forschungen weitgehend lahmzulegen. Nach der bestehenden Datenschutzgesetzgebung wäre die Einwilligung der Betroffenen nicht unbedingt erforderlich, doch gingen die ursprünglichen Vorstellungen der massgebenden Bundesstellen weit darüber hinaus. Eine an unserem Institut seit Jahren erstellte Datenbank über alle in der Schweiz seit 1980 erfassten Tötungsdelikte und eine Stichprobe der Suizide hätte nach den vorgesehenen Regelungen beispielsweise nicht aufgebaut werden dürfen, ohne dass die Angehörigen der damals auf tragische Weise verstorbenen Personen um ihre Einwilligung gefragt worden wären. Da die Datenbank rund 3000 Fälle umfasst, hätten – wenn jede verstorbene Person durchschnittlich drei Angehörige (Ehepartner und vielleicht zwei Kinder) hinterliess – rund 10000 Zustimmungserklärungen eingeholt werden müssen. Rechnet man mit Kosten von vielleicht 100 Franken pro Erklärung, die auf Seiten der Forschung anfallen (für Adressermittlung, Anschreiben, Telefonate und weitere allfällige Kontakte), so ergäbe dies bereits eine Million nur für diesen Verfahrensschritt – dies bei einem Forschungsprojekt, das insgesamt rund 300000 Franken gekostet hat. Dabei ist gar nicht abzusehen, wie viele Angehörige überhaupt eine solche Erklärung abgegeben hätten. Mit grosser Wahrscheinlichkeit wären die Ausfälle so hoch gewesen, dass die Ergebnisse in keiner Weise mehr repräsentativ ausgefallen wären. Diese Studie wäre wohl unterblieben.

### **Anspruch der Hinterbliebenen auf Schonung**

In diesem besonderen Fall geht es nicht allein um eine Frage der Verhältnismässigkeit, sondern auch darum, ob mit einem solchen Zustimmungsv erfahren den Angehörigen überhaupt geholfen würde. Auch Angehörige von Verstorbenen haben – besonders wenn diese auf tragische Weise umgekommen sind – einen Anspruch auf Schonung, was auch bedeutet, dass sie nicht Jahre später erneut damit konfrontiert werden. Wenn direkte Informationen von den Angehörigen gar nicht benötigt werden und es nur darum geht, Akten auszuwerten und anonymisiert in einer Datenbank zu erfassen, die bei verschiedenen Stellen (Rechtsmedizin, Polizei, Gerichte) ohnehin vorhanden sind, fällt es schwer, in der vorgängigen Kontaktaufnahme und der Bitte um Einwilligung irgendeinen Sinn zu erkennen. Ein

rigoroses Konsenserfordernis kann sich für die Betroffenen in solchen Fällen auch als belastend erweisen. Auch das sollte bei dieser Diskussion Beachtung finden.

### **Solidaritätsgebot**

Wie schlimm es für die Gesellschaft wäre, wenn viele Forschungen nicht stattfinden könnten, ist nicht leicht abzusehen – nicht jede Forschung ist gleich wichtig, doch in der Summe kann man kaum bestreiten, dass unser Zusam-

## **Falsche Massnahmen, gestützt auf falsche Ergebnisse wegen zu vieler Verweigerungen der Mitarbeit – ist das nicht ein hoher Preis für das Konsensprinzip?**

menleben zu einem grossen Teil über Erkenntnisse gesteuert wird, die aus der Forschung stammen. Noch schlimmer ist es wohl, wenn Forschung – da sie allein auf den nicht repräsentativen Fällen beruht, bei denen es mit der Einwilligung geklappt hat – zu falschen Ergebnissen führt. Die Frage steht daher im Raum, ob das Problem der Einwilligung allein aus der Sicht der potenziellen Verweigerer und damit einer sehr individualistischen Perspektive betrachtet werden darf. Anders gefragt: Soll jeder Einzelne in souveräner Willkür bewirken können, dass ein relevantes Forschungsvorhaben unterbleibt oder

### **Kurz & bündig**

Es gehört zu den wenig hinterfragten Grundsätzen der Forschung, dass Menschen, die für eine Untersuchung benötigt werden, nur mit ihrer Einwilligung nach hinreichender Aufklärung einbezogen werden dürfen. Doch ist das richtig? Wegen zu vieler Verweigerungen kann Forschung falsche Ergebnisse hervorbringen und als Begründung für falsche Massnahmen oder falsche Politiken dienen. Hohe Kosten für die (nachträgliche) Einholung der Einwilligung können gar Forschungsprojekte verhindern. Die Kritik wird mit Beispielen illustriert (die allerdings alle aus der Sozialforschung und nicht etwa aus der medizinischen oder biomedizinischen Forschung stammen). Die Frage steht daher im Raum, ob das Problem der Einwilligung allein aus der Sicht der potenziellen Verweigerer und damit einer sehr individualistischen Perspektive betrachtet werden darf. Anders gefragt: Soll jeder Einzelne in souveräner Willkür bewirken können, dass ein relevantes Forschungsvorhaben unterbleibt oder entwertet wird und damit gesellschaftlicher Schaden entsteht, obwohl auf seiner Seite kein nachvollziehbares Interesse entgegensteht? Der Autor propagiert ein Solidaritätsgebot, das dazu führen soll, dass man von einer Einwilligung dann absehen können soll, wenn der damit verbundene Aufwand die Durchführbarkeit der Studie gefährdet, den Betroffenen keinen einfühlbaren Gewinn bringt und die Interessen an der Forschung klar überwiegen.



entwertet wird und damit gesellschaftlicher Schaden entsteht, obwohl auf seiner Seite kein nachvollziehbares Interesse entgegensteht? Müsste man nicht, wie Professor Bondolfi anlässlich einer Anhörung vor der Ständeratskommission vorgebracht hat, diesem Recht zur Verweigerung ein Solidaritätsgebot entgegenstellen? Die immer wieder verwendete Unterscheidung von fremdnütziger Forschung, die dem Betroffenen direkt keinen Nutzen bringt, und Projekten, die allenfalls Probleme des Betroffenen direkt zu entschärfen gestatten, ist unter dem Gesichtspunkt der Solidarität wohl nicht der Weisheit letzter Schluss.

#### **Vereitelung des Forschungszwecks durch Aufklärung**

Noch schwieriger gestaltet sich das Einholen der Zustimmung nach vollständiger Aufklärung über Inhalt und Zweck eines Forschungsvorhabens, wenn Menschen in Alltagssituationen beobachtet werden sollen. Beispiele wären etwa das Verhalten im Strassenverkehr unter verschiedenen Randbedingungen – etwa wenn zum Schein ein Polizeifahrzeug am Strassenrand geparkt wird. Bei einer solchen Konstellation würde die Aufklärung der Beobachteten den Zweck der

Auslegung des Konsensprinzips die Forschenden dazu, dieselben Daten erneut ab der Quelle – also unter Durchbrechung der Anonymität – zu erheben, was nicht nur auf eine Verschwendung öffentlicher Gelder, sondern letztlich auf eine Abschwächung des Datenschutzes hinausläuft. Meistens konnten drohende Schildbürgerstreiche dieser Art durch Protest verhindert werden. Beispielsweise wurden die im Rahmen der Versuche mit der opiatgestützten Substitutionstherapie in der Schweiz erhobenen Daten über die selbst berichtete Delinquenz, die Polizeiakten und die Strafregisterauszüge von Drogenabhängigen später verwendet, um die Übereinstimmung dieser drei Quellen – insbesondere der Angaben bei Interviews – mit offiziellen Registrierungen genauer zu erforschen.

#### **Kurzsichtige Reaktion nach der Fichenaﬀäre**

Nicht alle Forscher hatten indessen so viel Glück. Besonders gelitten hat eine einzigartig wertvolle Langzeitforschung, die in den 1970er-Jahren an der Universität Zürich gestartet wurde. Nach einem ersten Interview wurden die Befragten über die folgenden zwanzig Jahre jeweils im Abstand von einigen Jahren erneut befragt, wozu man logischerweise ihre Kontaktangaben benötigte. Im Zeichen der Fichenaﬀäre kam es dann plötzlich zur Vernichtung der Karteikarten aller Personen, die an einer der folgenden Untersuchungen nicht mehr mitmachen wollten – ein unermesslicher Verlust, der diese Studie zwar nicht völlig entwertet, weil bis heute rund die Hälfte der ursprünglich Teilnehmenden bei der Stange geblieben sind, aber immerhin eine Lücke, wenn es um die Frage der Repräsentativität der Ergebnisse geht. Denn viele Teilnehmende konnten dadurch auch bei späteren Untersuchungswellen nicht mehr kontaktiert werden, und man wird dereinst auch nie die Ursachen ihres Ablebens erfahren können. Das wiegt bei einer Studie, bei der es um die langfristige Entwicklung der psychischen Gesundheit geht, ausserordentlich schwer – nicht so sehr für die Forschenden, sondern für die Gesellschaft als Ganzes.

#### **Absehen von der Einwilligung bei zu hohem Aufwand**

Es müssen daher Wege gefunden werden, wie das Interesse des Einzelnen, an einer Forschung nicht teilzunehmen, gegenüber anderen öffentlichen Interessen abgewogen werden kann. Kein Grundrecht gilt bekanntlich absolut – vom Recht auf Leben abgesehen. Wenn aber die Meinungsäusserungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Wirtschaftsfreiheit und alle anderen Grundrechte jeweils gegeneinander und allenfalls andere wich-

## **Schwierig gestaltet sich das Einholen der Zustimmung nach vollständiger Aufklärung, wenn Menschen in Alltagssituationen beobachtet werden sollen.**

Forschung geradezu vereiteln. Dasselbe gilt bei Testkäufen und ähnlichen Situationen, in denen die Einhaltung einer Norm (wie etwa des Verbots, Alkohol an Minderjährige zu verkaufen) beobachtet werden soll.

#### **Einschränkung der Forschung durch zu «enge» Einwilligung**

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Sicht der Forschung, wenn den Zustimmungserklärungen eine sehr enge Tragweite zugeschrieben wird, indem man folgert, das Einverständnis nach erfolgter Aufklärung gelte prinzipiell nur für das fragliche Forschungsprojekt, nicht aber für jede weitere Verwendung der Daten – selbst wenn diese inzwischen anonymisiert wurden. Dies führte in der Vergangenheit wiederholt dazu, dass von Forschenden verlangt wurde, die erhobenen Daten zu vernichten, sobald das Forschungsvorhaben abgeschlossen war, für das die Betroffenen eingewilligt hatten. Sekundäranalysen, wie sie immer mehr üblich werden, wären damit verunmöglicht. Im Ergebnis zwingt eine derart enge

tige öffentliche Interessen abgewogen werden, ist nicht einzusehen, wieso der Datenschutz oder das Konsensprinzip absolut gelten sollen. Gewiss will niemand, dass im Rahmen einer solchen Güterabwägung jemand zur Teilnahme gezwungen werden könnte. Es fehlt auch an geeigneten Kriterien, wie die Interessen des Einzelnen sinnvoll gegenüber den oft hypothetischen und erst in einer ungewissen Zukunft erwartbaren Vorteilen der Forschung abgewogen werden könnten. Als Konsequenz hieraus kann man immerhin aber ableiten, dass das Einfordern der freien Zustimmung bei der Erarbeitung von Regelungen nicht auf die Spitze getrieben werden darf. Die Regelung, wie sie etwa im heutigen DSGVO getroffen wurde, ist aus Sicht der Betroffenen wie auch der Forschenden durchaus angemessen. Man sollte also von einer Einwilligung dann absehen können,

wenn der damit verbundene Aufwand die Durchführbarkeit der Studie gefährdet, den Betroffenen keinen einfühlbaren Gewinn bringt und die Inter-

**Es müssen Wege gefunden werden, wie das Interesse des Einzelnen, an einer Forschung nicht teilzunehmen, gegenüber anderen öffentlichen Interessen abgewogen werden kann.**

essen an der Forschung klar überwiegen. Wenn darüber Konsens besteht, kann man über die weiteren Modalitäten, wie der Konsens einzuholen und dieses Erfordernis umzusetzen ist, miteinander reden. ■

# § Juristische Medien im Internet

**Die Online-Buchhandlung  
für den Juristen**

**[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)**