

Dokument	SZW 2017 S. 25
Autor	Florent Thouvenin, Alfred Früh, Alexandre Lombard
Titel	Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung
Seiten	25-34
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Herausgeber	Hans Caspar von der Crone, Marc Amstutz, Urs Bertschinger, Jean-Luc Chenaux, Susan Emmenegger, Claire Huguenin, Henry Peter, Rolf Sethe, Walter A. Stoffel, Luc Thévenoz, Rolf H. Weber
Frühere Herausgeber	Mario Giovanoli, Peter Nobel, Andreas von Planta, Hans Peter Walter, Dieter Zobl
ISSN	1018-7987
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

SZW 2017 S. 25

Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung

Florent Thouvenin/Alfred Früh/Alexandre Lombard*

In both legal writing and the public debate, there is a noticeable trend of growing support for some type of data ownership. This article examines the ongoing debate, thereby providing some contextual insights and a starting point for future research.

In particular, we argue that a potential right to data ownership does not neatly fit into existing categories of property rights and liability provisions. Among all the available options we considered, the provisions governing neighbouring rights (the so-called «Leistungsschutzrechte») and some of the provisions on unfair competition seem to be the ones best suited as models for a data ownership right. This is potentially due to the fact that these provisions only protect from freeriding on particular data but cannot prohibit the production of the same or similar data by someone else.

We further examine the justifications of such a potential data ownership right and find that no such right is needed to incentivise data production. However, a new data ownership right may also have positive effects such as curbing transaction costs.

* *Florent Thouvenin*, Prof. Dr., ausserordentlicher Professor für Informations- und Kommunikationsrecht und Vorsitzender des Leitungsausschusses des Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL), Universität Zürich; *Alfred Früh*, Dr. iur., Postdoc und Geschäftsführer ITSL, Universität Zürich; *Alexandre Lombard*, MLaw, Doktorand und Mitarbeiter ITSL, Universität Zürich – Die Autoren danken Rolf H. Weber für hilfreiche Kommentare zum Entwurf des Manuskripts.

Additional legal research will need to focus on the subject matter of protection, the attribution of ownership, the publicity of such a right, and its scope. At the same time, gauging the magnitude of potential positive and negative effects extends beyond the legal domain and warrants further investigation of the issue in other disciplines, namely economics.

I. Einleitung

Der Begriff des Dateneigentums ist derzeit in aller Munde. Dies gilt nicht nur für die juristische Lehre,¹

SZW 2017 S. 25, 26

sondern immer mehr auch für den öffentlichen Diskurs.² Die wissenschaftliche Diskussion steht in der Schweiz – wie auch in den meisten anderen kontinentaleuropäischen Ländern – aber noch ganz am Anfang.³

¹ Für die Schweiz: *Yaniv Benhamou/Laurent Tran*, Circulation des biens numériques: de la commercialisation à la portabilité des données, sic! 2016, 571–591; *Robert Briner*, Big Data und Sachenrecht, Jusletter IT vom 21. Mai 2015; *Lennart Chrobak*, Proprietary Rights in Digital Data?, Normative Perspectives and Principles of Civil Law, in: Personal Data in Competition, Consumer Protection and IP Law – Towards a Holistic Approach?, Bakhom/Conde Gallego/Mackenrodt/Surblyte (Hrsg.), Berlin 2017, erscheint dem-nächst; *Martin Eckert*, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, 245–249; *ders.*, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 2016, 265–274; *Urs Hess-Odoni*, Die Herrschaftsrechte an Daten, Jusletter vom 17. Mai 2004; *Daniel Hürlimann/Herbert Zech*, Rechte an Daten, sui-generis 2016, 89–95; *Florent Thouvenin*, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017, 21–32; *Rolf H. Weber*, Big Data: Herausforderungen für das Datenschutzrecht, in: Big Data und Datenschutzrecht, Epiney/Nüesch (Hrsg.), Zürich 2016, 1–22, 17.

Für Deutschland: *Matthias Berberich/Sebastian Golla*, Zur Konstruktion eines «Dateneigentums» – Herleitung, Schutz-richtung, Abgrenzung, PinG 2016, 165–176; *Peter Bräutigam/Thomas Klindt*, Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, 1137–1142; *Peter Bräutigam/Thomas Klindt* (Hrsg.), Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0, 2015; *Michael Dorner*, Big Data und «Dateneigentum», Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617–628; *Niko Härting*, «Dateneigentum» – Schutz durch Immaterialgüterrecht?, CR 2016, 646–649; *Thomas Heymann*, Rechte an Daten, CR 2016, 650–657; *Thomas Hoeren*, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2016, 486–491; *Gerrit Hornung/Thilo Goeble*, «Data Ownership» im vernetzten Automobil, CR 2015, 265–273; *Rolf Schwartmann/Christian-Henner Hentsch*, Parallelen aus dem Urheberrecht für ein neues Datenverwertungsrecht, PinG 2016, 117–126; *Wolfgang Kerber*, Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection, GRUR Int. 2016, 639–647; *ders.*, A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis, GRUR Int. 2016, 989–998; *Jan Christian Sahl*, Gesetz oder kein Gesetz, das ist hier die Frage – zur Notwendigkeit gesetzlicher Regulierung in der Datenökonomie, PinG 2016, 146–151; *Louisa Specht*, Ausschliesslichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, CR 2016, 288–296; *Louisa Specht/Rebecca Rohmer*, Zur Rolle des informationellen Selbstbestimmungsrechts bei der Ausgestaltung eines möglichen Ausschliesslichkeitsrechts an Daten, PinG 2016, 127–132; *Andreas Wiebe*, Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?, GRUR Int. 2016, 877–884; *Herbert Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem «Recht des Daten-erzeugers», CR 2015, 137–146; *ders.*, «Industrie 4.0» – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151–1160.

Für Europa: *Herbert Zech*, Data as Tradeable Commodity, in: European Contract Law and the Digital Single Market, De Franceschi (Hrsg.), Cambridge 2016, 49–80, 51.

² S. z.B. Parlamentarische Initiative *Fathi Derder*, vom 20. Juni 2014: Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern (Geschäftsnr. 14.434).

³ In den USA gab es bereits in den 1990er-Jahren erste Vorstösse zugunsten eines Dateneigentums. Einerseits erhoffte man sich dadurch eine Stärkung der Privatsphäre, s. *Lawrence Lessig*, Privacy as Property, 69 Social Research, Privacy in Post-Communist Europe, Spring 2002, 247–269, andererseits sah man in einem Dateneigentum ein mögliches Instrument, um der wachsenden Flut an Massenwerbung Herr zu werden, s. z.B. *Kenneth C. Laudon*, Markets and Privacy, Communications of the ACM, September 1996, 92–104, 102.

Hinreichend klar ist immerhin, dass an Daten für sich genommen *de lege lata* keine eigentumsähnliche Rechtsposition besteht.⁴ Namentlich können Daten nicht als Sachen im Rechtssinn qualifiziert werden, weshalb sich an ihnen auch kein Sacheigentum erwerben lässt.⁵ Daten sind aber auch vom Schutz durch Immaterialgüterrechte, namentlich durch Patente und Urheberrechte, ausgeschlossen.⁶ Eine eigentumsähnliche Rechtsstellung vermittelt nur das Datenbankenrecht *sui generis*,⁷ welches die Schweiz aber nicht kennt und das sich zudem nicht auf Daten als solche, sondern auf Datenbanken bezieht, also insb. auf Sammlungen von Daten, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit elektronischen Mitteln oder auf andere Weise zugänglich sind.⁸

Damit stellt sich die Frage, ob die Schaffung eines «Dateneigentums»⁹ *de lege ferenda* sinnvoll wäre und gesamtgesellschaftlich einen Nutzen bringen würde. Dies lässt sich allerdings nicht allein auf der Basis rechtsdogmatischer Erwägungen beantworten, sondern muss sich auch auf zusätzliche – insbesondere ökonomische – Forschung abstützen. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es indes, eine Reihe von Vor-

SZW 2017 S. 25, 27

fragen zu klären, ohne deren Beantwortung Sinn und Nutzen eines Dateneigentums nicht ernsthaft untersucht werden können. Trotz der grossen und stetig wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung der Datenwirtschaft ist dies in der Schweiz noch nicht umfassend geschehen.

Zu klären ist zu diesem Zweck zunächst die Frage nach dem *Wesen* des Dateneigentums. In einem ersten Schritt ist dabei zu analysieren, auf welche bestehenden Rechtsfiguren bei der Schaffung eines Dateneigentums zurückgegriffen werden kann. In einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, was Gegenstand eines Dateneigentums sein sollte, wer Inhaber von Eigentumsrechten an Daten sein kann und welche Rechte dem Eigentümer zustehen sollen. Parallel zur Frage nach dem *Wesen* des Dateneigentums ist auch zu untersuchen, welche *Begründungen* für die Einführung einer solchen Rechtsfigur in Frage kommen. Damit kann die Grundlage geschaffen werden, um aus ökonomischer Sicht zu prüfen, ob tatsächlich ein Bedarf nach der Einführung eines Dateneigentums besteht und worin Sinn und Nutzen eines solchen

-
- 4 Vgl. sogl. Fn. 5, 6 und 7. Implizit weiter *Josef Drexl et al.*, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, Positionspapier des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb vom 16. August 2016, *passim Hess-Odoni* (Fn. 1), Jusletter vom 17. Mai 2004, Rn. 9.
 - 5 Art. 641 Abs. 1 ZGB; s. auch *Regina Elisabeth Aebi-Müller*, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rn. 607; *Rolf H. Weber/Lennart Chrobak*, Rechtsinterdisziplinarität in der digitalen Datenwelt, Jusletter vom 4. April 2016, Rn. 16; *Hess-Odoni* (Fn. 1), Jusletter vom 17. Mai 2004, Einleitung; vgl. für Deutschland statt vieler *Dorner* (Fn. 1), CR 2014, 626: «Die in der Praxis irrtümlich oft als zentral angesehene Frage, wem der Dateninput oder -output von Big Data-Anwendungen «gehört», ist fehlgeleitet – es gibt kein zivilrechtliches Eigentum an Da-ten». Dies gilt wohl für alle europäischen Rechtsordnungen, s. *Nadezhda -Purtova*, The illusion of personal data as no one's property, 7 Law, Innovation and Technology 2015, 83–111, 89.
 - 6 Das blosse Datum als solches ist in der Regel schon nicht schutzfähig, weil Daten keine Erfindungen im Sinne des Patentrechts und keine Werke der Literatur und Kunst im Sinne des Urheberrechts sind. Den an sich schutzfähigen Datensammlungen hingegen fehlt es meist an der notwendigen Schöpfungshöhe.
 - 7 Die EU hat 1996 dieses besondere Leistungsschutzrecht eingeführt, um Investitionen der Hersteller von Datenbanken in die Informationstechnologie zu fördern. (Richtlinie 96/9/EG zum rechtlichen Schutz von Datenbanken).
 - 8 Siehe dazu: Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 96/9/EG; ebenso Erwägungsgründe 13 und 21 Richtlinie 96/9/EG.
 - 9 Mit dem Begriff «Dateneigentum» wird hier und im Folgenden nicht bloss Eigentum im Sinne von Art. 641 ZGB, sondern ein breites Spektrum von Rechtsfiguren bezeichnet, nach deren Vorbild ein neues Recht ausgestaltet werden könnte. Die Wahl des Begriffs erfolgt lediglich zur Vereinfachung und impliziert keinesfalls eine Präferenz für eine Lösung *de lege ferenda*.

Rechts bestehen würden. In einem weiteren Schritt wird dann die Frage nach der rechtlichen und technischen *Umsetzung* zu klären sein.¹⁰

Der vorliegende Aufsatz kann nicht das gesamte Spektrum dieser Fragen klären. Der gegenwärtige Stand der Diskussion legt vielmehr nahe, erst einmal näher zu untersuchen, welche *Rechtsfiguren* für die Einführung eines Dateneigentums zur Verfügung stehen bzw. an welchen Rechtsfiguren sich ein Dateneigentum zu orientieren vermag. Im Anschluss ist zu skizzieren, welche *Begründungen* für die Einführung eines Dateneigentums angeführt werden können. Zur Klärung dieser Fragen wird in diesem Beitrag der gegenwärtige Stand der Forschung dargelegt. Anschliessend wird er kritisch gewürdigt und in einem Ausblick der weitere Forschungsbedarf skizziert. Der Fokus liegt dabei auf Sachdaten, also auf Daten ohne Personenbezug.¹¹

II. Rechtsfiguren

Unter dem Begriff «Dateneigentum» kann ein breites Spektrum von Möglichkeiten verstanden werden, Daten rechtlich zu erfassen. Ein Blick auf die bestehende Rechtsordnung zeigt, dass sich ein Dateneigentum an mindestens fünf Rechtsfiguren orientieren könnte:¹² Vier wirken gegenüber jedermann (*erga omnes*). Nach der Reihenfolge der Stärke der rechtlichen Position des Berechtigten sind dies: Das sachenrechtliche Eigentum, die Immaterialgüterrechte, namentlich das Patent- und Urheberrecht, die immaterialgüterrechtsähnlichen Leistungsschutzrechte und das sog. Handlungsunrecht^{13,14} Zuletzt besteht mit dem Vertragsrecht noch eine fünfte Zuordnungsmöglichkeit, welche nur zwischen den jeweiligen Vertragspartnern (*inter partes*) wirkt.¹⁵ Diese Zuordnungsarten können als fünf Ebenen verstanden werden, auf denen ein Dateneigentum angelegt werden kann. Eine Analyse der Literatur zeigt, dass sich für die Verortung des Dateneigentums auf allen diesen Ebenen Fürsprecher finden.

1. Eigentumsrechte

Das Eigentum im Sinne des Sachenrechts vermittelt dem Berechtigten ein dingliches, *erga omnes* wirken-

SZW 2017 S. 25, 28

¹⁰ Insbesondere wäre zu diskutieren, ob die Verfassung eine ausreichende Grundlage für ein solches Recht enthält, ob dafür ein Gesetz im formellen Sinn erforderlich ist (und wie dieses aussehen müsste) oder ob auch eine Rechtsfortbildung durch die Praxis zulässig wäre. Solche Fragen werden in Deutschland bereits thematisiert, s. *Dorner* (Fn. 1), CR 2014, 620 f.

¹¹ Zum Fokus auf Personendaten s. *Thouvenin* (Fn. 1), SJZ 2017, 21–32.

¹² Aufgrund der Fokussierung auf Sachdaten wird im Rahmen dieses Beitrags das Instrument des Datenschutzrechts nicht weiter thematisiert, obwohl im Zuge der jüngeren -datenschutzrechtlichen Entwicklungen zu Recht auf dessen Verdinglichungstendenzen hingewiesen wird, s. dazu: *Rolf H. Weber*, The Right to be Forgotten, JIPITEC 2/2011, Rn. 27; s. auch die Analyse bei *Thouvenin* (Fn. 1), SJZ 2017, 25 ff.

¹³ Gemeint sind Normen der Rechtsordnung, die gewisse Handlungen missbilligen und deren Nichteinhaltung delikts-, ordnungs- oder strafrechtliche Konsequenzen hat, s. zum Begriff *Drexler et al.* (Fn. 4), Rn. 18.

¹⁴ Anders als bei den übrigen Rechtsfiguren kann beim Handlungsunrecht nicht von einer Güterzuordnung gesprochen werden; dieses ist vielmehr auf den negativ-abwehrenden Aspekt beschränkt, s. *Alexander Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008, 312, 397 und 883.

¹⁵ Vgl. die ähnliche Darstellung bei *Weber/Chrobak* (Fn. 5), Jusletter vom 4. April 2016, Rn. 14 ff.

des, umfassendes Herrschaftsrecht an einer Sache.¹⁶ Der Eigentümer kann «in den Schranken der Rechtsordnung» über die Sache verfügen (sog. Verfügungsmacht bzw. positive oder innere Seite des Eigentums, Art. 641 Abs. 1 ZGB).¹⁷ Geschützt ist damit zum einen die Zuordnung der Sache zum Eigentümer; zum andern kann der Eigentümer die Sache aber aufgrund der ihm verliehenen Ausschliessungsmacht auch von jedem, der sie ihm vorenthält, herausverlangen (sog. *rei vindicatio*) und jede ungerechtfertigte Einwirkung abwehren (sog. *actio negatoria*; Art. 641 Abs. 2 ZGB). Zudem ist die Integrität der Sache zivil- und strafrechtlich geschützt.¹⁸ Das Eigentumsrecht ist zeitlich unbeschränkt.

Für die Einführung eines Dateneigentums auf der *Ebene des sachenrechtlichen Eigentums* wird in der Lehre vorgebracht, das Dateneigentum müsse einen dinglichen Charakter haben.¹⁹ Ebenso verlangt werden eigentumsähnlich ausgestaltete Befugnisse, namentlich eine positive rechtliche Zuordnung,²⁰ ein Abwehranspruch gegen ungerechtfertigte Einwirkung i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB²¹ und ein Herausgabeanspruch.²² Allerdings spricht für viele Autoren der nicht-rivalisierende Charakter von Daten gegen eine Verortung auf der Ebene des sachenrechtlichen Eigentums.²³

2. Immaterialgüterrechte

Immaterialgüterrechte, namentlich Patente und (die hier besonders interessierenden) Urheberrechte, verleihen dem Rechtsinhaber *erga omnes* wirkende Ausschliesslichkeitsrechte. Sie gewähren ihm einen grundsätzlich umfassenden Schutz²⁴ und zwar nicht nur gegen die identische Übernahme des Schutzgegenstands,

¹⁶ Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977, ZGB 641 N 4; Wolfgang Wiegand, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, ZGB 641 N 3; Tanja Domej, in: Bächler/Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2011, ZGB 641 N 5; Wolfgang Portmann, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Zürich 1995, N 220; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome I, 5. Aufl., Bern 2012, N 1002.

¹⁷ ZK ZGB-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl (Fn. 16), ZGB 641 N 6 f.; BSK ZGB II-Wiegand (Fn. 16), ZGB 641 N 1, 32 ff.; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 97 N 3 ff.; Ruth Arnet, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2016, ZGB 641 N 28; KUKO ZGB--Domej (Fn. 16), ZGB 641 N 8; Portmann (Fn. 16), N 222 f.

¹⁸ Eigentum gilt im Rahmen ausservertraglicher Ansprüche aus Art. 41 OR als absolut geschütztes Rechtsgut; vgl. zum strafrechtlichen Schutz des Instituts «Eigentum» z.B. ZK ZGB-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl (Fn. 16), ZGB 641 N 56.

¹⁹ Hoeren (FN. 1), MMR 2016, 488.

²⁰ Gem. Zech (Fn. 1), CR 2015, 140, fungiert diese als Anknüpfungspunkt für Ersatzansprüche, wie Schadenersatz oder Eingriffskondiktion.

²¹ Hess-Odoni (Fn. 1), Jusletter vom 17. Mai 2004, Rn. 42; zum Abwehranspruch auch Zech (Fn. 1), CR 2015, 140.

²² Hess-Odoni (Fn. 1), Jusletter vom 17. Mai 2004, Rn. 39; gem. Hoeren (FN. 1), MMR 2016, 490, bezieht sich dieser nur in Ausnahmefällen auf Kopien der Daten.

²³ Heymann (Fn. 1), CR 2016, 656; s.a. Hürlimann/Zech (Fn. 1), sui-generis 2016, 92, m.H. auf die für nicht-rivalisierende Güter unpassende zeitlich unbegrenzte Schutzdauer; Zech (Fn. 1), CR 2015, 139, nennt als Befugnisse Nutzung, Integrität und Zugang (exklusiv oder nicht exklusiv, was nur bei nicht-rivalisierenden Gütern Sinn macht); Hoeren (FN. 1), MMR 2016, 491, verlangt dagegen, dass die Ansprüche aus Dateneigentum subsidiär zu Ansprüchen aus Sachenrecht oder Immaterialgüterrecht sind.

²⁴ Für das Urheberrecht bspw. Manfred Rehbinder/Adriano Viganò (Hrsg.), URG Kommentar, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 9 N 4; Gitti Hug, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz, Bern 2006, URG 9 N 1; Edgar Philippin, in: de Werra/-Gilliéron, Commentaire Romand, Propriété intellectuelle, Basel 2013, LDA 9 N 5 und 8; Denis Barrelet/Willi Egloff, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 3. Aufl., Bern 2008, URG 9 N 9.

sondern auch gegen Nutzungen, die in den Schutzbereich des jeweiligen Rechts fallen.²⁵ Die Gewährung von Schutz hängt aber von der Einhaltung von bestimmten Schutzvoraussetzungen ab.²⁶

|SZW 2017 S. 25, 29

Namentlich muss eine Erfindung neu und nicht naheliegend sein (Art. 1 PatG), und ein Werk der Literatur und Kunst ist nur urheberrechtlich geschützt, wenn es sich um eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter handelt (Art. 2 Abs. 1 URG). Schutzgegenstand ist jeweils ein immaterielles Gut, nämlich eine Erfindung oder ein Werk der Literatur und Kunst. Um einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und der Allgemeinheit zu erreichen, kennen die Immaterialgüterrechte eine Reihe von Schranken, die bestimmte Nutzungen von den Ausschliesslichkeitsrechten freistellen, diese also erlauben, sei es vergütungsfrei oder verbunden mit einer Vergütungspflicht. Der Schutz von Patenten und Werken der Literatur und Kunst ist stets zeitlich begrenzt. Der Patentschutz dauert 20 Jahre ab Anmeldung, der Schutz des Urheberrechts endet 50 Jahre nach dem Tod des Urhebers von Computerprogrammen und 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers bei allen anderen Werkarten.²⁷

Einige Autoren sprechen sich für eine Verortung des Dateneigentums auf der *Ebene des Immaterialgüterrechts* aus.²⁸ Insbesondere wird erwähnt, dass gerade das Urheberrecht mit seinen zahlreichen Schrankenregelungen ein Vorbild dafür sein könnte, wie mit Clubgütern, Allmendgütern oder Kollektivgütern umzugehen sei.²⁹ Auch in Bezug auf Daten könnten «gesetzlich fingierte Einwilligungen» im Sinne der Schrankenbestimmungen den erforderlichen Interessenausgleich herbeiführen.³⁰ Als Schranken vorgeschlagen werden beispielsweise die private Verwendung von Daten³¹ sowie eine Wissenschaftsschranke.³² Weiter sei eine Beschränkung der Schutzdauer notwendig³³ und die Einführung eines Registers in Betracht zu ziehen.³⁴

3. Leistungsschutzrechte

Leistungsschutzrechte gewähren ihren Inhabern *erga omnes* wirkende Ausschliesslichkeitsrechte. Schutzgegenstand ist jeweils eine spezialgesetzlich umschriebene Leistung. Der Schutz ist dabei – anders als im Immaterialgüterrecht –

²⁵ Das URG erlaubt dem Urheber ausschliesslich zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwendet wird (Art. 10 URG), s. OFK URG-*Rehbinder/Viganò* (Fn. 24), URG 10 N 1; *Herbert Pfortmüller*, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz, Bern 2006, URG 10 N 1; *Ivan Cherpillod*, in: de Werra/Gilliéron, Commentaire Romand, Propriété intellectuelle, Basel 2013, LDA 10 N 1; *Barrelet/Egloff* (Fn. 24), URG 10 N 6. Dieser kann entscheiden, seine Rechte abzutreten oder Lizenzen zu erteilen, SHK URG-*Pfortmüller*, URG 10 N 1; LDA 10 N 8 f.; *Barrelet/Egloff* (Fn. 24), URG 10 N 6.

²⁶ Vgl. Art. 1 PatG; Art. 2 Abs. 1 URG; Art. 2 Abs. 1 DesG.

²⁷ Art. 14 Abs. 1 PatG; Art. 29 Abs. 2 URG.

²⁸ *Schwartzmann/Hentsch* (Fn. 1), PinG 2016, 117 ff.; sinngemäss auch *Hess-Odoni* (Fn. 1), Jusletter vom 17. Mai 2004, Rn. 40 f.

²⁹ Dazu und zu den genannten Begriffen *Schwartzmann/Hentsch* (Fn. 1), PinG 2016, 122.

³⁰ *Schwartzmann/Hentsch* (Fn. 1), PinG 2016, 126.

³¹ *Zech* (Fn. 1), GRUR 2015, 1159 f.; *ders.* (Fn. 1), CR 2015, 146; s. allerdings den berechtigten Einwand bei *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 882, die Abgrenzung zwischen privater und geschäftlicher Tätigkeit werde in Zeiten der *sharing economy* immer schwieriger.

³² *Zech* (Fn. 1), CR 2015, 146; *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 882.

³³ *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 882, schlägt eine fünfjährige Schutzfrist mit Verlängerungsmöglichkeit vor; für eine Beschränkung implizit auch *Kerber* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 646.

³⁴ *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 882.

nicht vom Erfüllen qualitativer Schutzvoraussetzungen abhängig.³⁵ Sinn und Zweck von Leistungsschutzrechten bestehen darin, die Aneignung der eigenen Leistungen durch Dritte und eine damit einhergehende Unterversorgung von Markt und Gesellschaft mit bestimmten Leistungen zu verhindern, weil sich die Investition in das Erbringen der Leistungen wegen der Gefahr der Aneignung durch Dritte nicht lohnen würde. Entsprechend hat der Gesetzgeber vor dem Hintergrund technischer Entwicklungen (namentlich der günstigen technischen Reproduktion von Werkaufnahmen) im schweizerischen URG Leistungsschutzrechte für Interpreten, Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie Sendeunternehmen (Art. 33 ff. URG) geschaffen.³⁶ Diese Leistungsschutzrechte sind nur in formaler Hinsicht dem Urheberrecht zuzuordnen; materiell gehören sie wohl zum Wettbewerbsrecht.³⁷ Wie das Urheberrecht, zeichnen sich auch die Leistungsschutzrechte durch weit reichende Schranken aus, welche insbesondere das Verbotsrecht durch Vergütungsansprüche ersetzen.³⁸ Der urheberrechtliche Leistungsschutz erlischt 50 Jahre nach Erbringen der jeweiligen Leis-

SZW 2017 S. 25, 30

tung (Art. 39 Abs. 1 URG). Ein *sui generis*-Schutz für Datenbanken wie in der EU existiert in der Schweiz nicht. Dieser schützt aber ohnehin nicht Daten, sondern Datenbanken. Ungeschützt bleiben damit die Daten selbst. Ziel des Schutzes ist es vielmehr, die Investitionen in die Sammlung, Überprüfung, Anordnung und Darstellung der Daten zu schützen,³⁹ nicht in die Produktion der Daten als solche.⁴⁰

Für eine Verortung des Dateneigentums auf der *Ebene der Leistungsschutzrechte* sprechen sich diejenigen Autoren aus, welche die Schutzwirkung auf einen Schutz vor Übernahme der Daten beschränken wollen, während die Erzeugung identischer Daten durch eine erneute Aufnahme frei bleiben soll. Der Verbotsanspruch würde also nur die Nutzung (bspw. durch statistische Analyse), nicht jedoch das erneute Schaffen derselben Daten durch unabhängiges Sammeln oder Speichern umfassen.⁴¹

4. Handlungsunrecht

Die Rechtsordnung kennt eine Reihe von Normen, die zwar keine ausschliesslichen Rechte *erga omnes* gewähren und auch keine positiven Herrschaftsrechte an bestimmten Gütern zuweisen, aber bestimmte Handlungen untersagen.⁴² Solche Bestimmungen finden sich im Delikts- und Strafrecht, aber auch im UWG.⁴³

35 Beim Interpretenrecht i.S.v. Art. 33 URG bleibt die Frage, ob die Leistung auch ein bestimmtes Mass an Gestaltungshöhe benötigt, allerdings umstritten, s. *Catherine Mettraux Kauthen*, La qualité d'artiste interprète: de la théorie à la pratique!, sic! 2006, 912–914, 912 f.; für eine qualitative Hürde bspw. *Gregor Wild*, Die künstlerische Darbietung und ihre Abgrenzung zum urheberrechtlichen Werkschaffen, Freiburg 2001, 151.

36 *Barrelet/Egloff* (Fn. 24), URG 33 N 1; *Catherine Mettraux Kauthen*, in: de Werra/Gilliéron, Commentaire Romand, Propriété intellectuelle, Basel 2013, URG 33 N 1 f.

37 *Reto M. Hilty*, Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz, UFITA 1994, 85–140, *passim*.

38 S. Art. 38 URG i.V.m. Art. 19 ff. URG.

39 Vgl. Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 96/9/EG.

40 EuGH vom 9. November 2004, Rs. C-338/02 – *Fixtures Marketing Ltd/Svenska Spel AB*, Rn. 24 ff.

41 *Zech* (Fn. 1), CR 2015, 146; *ders.* (Fn. 1), GRUR 2015, 1159 f.; *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 881 f.

42 *Drexler et al.* (Fn. 4), Rn. 18.

43 S. insb. die Vermögensdelikte in Art. 137 ff. StGB und die materiellen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts (UWG), d.h. Art. 2 bis 8 UWG.

Besondere Bedeutung kommt dabei den Normen über den Schutz von *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen* zu.⁴⁴ Bei erfolgreicher Geheimhaltung vermitteln diese Normen in Verbindung mit der Möglichkeit, Dritten den Zugang zu den Daten und deren Nutzung faktisch zu verwehren, eine Rechtsposition, die einem Herrschaftsrecht zwar nicht dogmatisch, wohl aber tatsächlich recht nahe kommt. Dasselbe gilt für das Verbot der unmittelbaren Übernahme fremder Arbeitsergebnisse (Art. 5 lit. c UWG). Auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen relativ eng gefasst sind, hätte diese letztgenannte Bestimmung bei einer hinreichend grosszügigen Auslegung das Potenzial, den Inhabern von Datensammlungen bereits heute einen Schutz zu vermitteln, der einem Eigentum an Daten im Ergebnis recht nahe kommen würde.

Einige Autoren schlagen denn auch vor, ein Dateneigentum auf der *Ebene des Handlungsunrechts* anzusiedeln.⁴⁵ Die EU hat kürzlich eine neue Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen erlassen.⁴⁶ Gegenwärtig ist noch unklar, ob diese Richtlinie Daten als Geschäftsgeheimnisse behandelt. Aus diesem Grund wird zu Recht darauf hingewiesen, dass erst die Umsetzung der Richtlinie abzuwarten sei, bevor auf der Ebene des Handlungsunrechts ein neues Instrument geschaffen werde.⁴⁷

5. Vertragsrecht

Daten können ohne weiteres Gegenstand von Verträgen, bspw. von Kauf- oder Lizenzverträgen, sein, auch wenn an diesen keine Eigentums- oder andere Ausschliesslichkeitsrechte bestehen. Tatsächlich finden sich in der Vertragspraxis zunehmend Verträge über die Übertragung und Nutzung von Daten. In diesen werden Daten regelmässig so behandelt, wie wenn an ihnen Eigentumsrechte bestehen würden.⁴⁸ So finden sich namentlich Formulierungen, nach welchen das «Eigentum an den Daten» «übertragen» wird oder «beim Veräusserer bleibt». Diese rechtlich an sich falschen Bezeichnungen ändern am Inhalt der Vereinbarungen allerdings nichts (Art. 18 Abs. 1 OR).⁴⁹ Dass die von diesen vertraglichen Regelungen vorgenommenen Zuweisungen immer nur *inter partes* wirken, erachten jene Teile der Lehre, die sich für eine Beibehaltung des *status quo* aussprechen, als ausreichend.⁵⁰

|SZW 2017 S. 25, 31

III. Begründung

Die Zuweisung neuer Ausschliesslichkeitsrechte an Einzelne bedeutet zugleich eine neue Güterzuordnung und damit eine Einschränkung der Allgemeinheit. Vor diesem Hintergrund ist die Einführung eines Eigentumsrechts an Daten rechtfertigungsbedürftig; wer ein Eigentumsrecht an Daten fordert, muss dies begründen.⁵¹ Es ist also entscheidend, welche Argumente zur Rechtfertigung eines neuen *erga omnes* wirkenden Rechts vorgebracht werden.

⁴⁴ Art. 162 StGB und Art. 6 UWG.

⁴⁵ *Drexler et al.* (Fn. 4), Rn. 28; diese Möglichkeit erläutert auch *Zech* (Fn. 1), CR 2015, 140.

⁴⁶ Richtlinie 2016/943/EU vom 8. Juni 2016 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Die Mitgliedstaaten haben die Richtlinie bis zum 9. Juni 2018 umzusetzen.

⁴⁷ *Drexler et al.* (Fn. 4), Rn. 28.

⁴⁸ Hinweise zu den Vor- und Nachteilen dieses *status quo* finden sich bspw. bei *Zech* (Fn. 1), CR 2015, 140.

⁴⁹ Dazu auch *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 878.

⁵⁰ *Dorner* (Fn. 1), CR 2014, 628; ebenso *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 884, jedenfalls für den B2B-Bereich.

⁵¹ Dennoch wird bisweilen ganz auf eine Begründung oder Rechtfertigung verzichtet, s. z.B. *Hess-Odoni* (Fn. 1), Jusletter vom 17. Mai 2004, Einleitung und Rn. 20.

Nach heute vorherrschender Auffassung lässt sich die Einführung neuer *erga omnes* wirkender Ausschliesslichkeitsrechte nur rechtfertigen, wenn damit irgendeine Form von Marktversagen behoben wird.⁵² In der Tat lassen sich praktisch alle in der Literatur für das Dateneigentum vorgebrachten Argumente in der einen oder anderen Form unter dem Blickwinkel des Marktversagens einordnen. Einzige Ausnahme bildet – soweit ersichtlich – das Argument, Daten seien wertvoll und verdienten allein deshalb Schutz durch ein Eigentumsrecht.⁵³ Der Wert von Daten allein begründet allerdings kein Schutzbedürfnis. Das Argument macht erst Sinn, wenn es dahingehend erweitert wird, dass die Daten aufgrund ihres Werts vor einer Aneignung oder einer Nutzung durch Dritte als Trittbrettfahrer geschützt werden sollen. Dann ginge es auch hier um ein durch unerwünschte Aneignung oder Nutzung herbeigeführtes Marktversagen.

Eine allgemeingültige Definition von Marktversagen existiert allerdings nicht.⁵⁴ Wir verwenden den Begriff im Folgenden als analytisches Konzept, um die in der Literatur anzutreffenden Argumente zu kategorisieren und ihre Validität zu überprüfen. Dabei wird zwischen einem Marktversagen im engeren Sinn und einem Marktversagen im weiteren Sinn unterschieden.

1. Marktversagen im engeren Sinn

Ein Marktversagen im engeren Sinn liegt vor, wenn das in Frage stehende Gut entweder nicht geschaffen oder nicht genutzt wird, obwohl dies im Allgemeininteresse läge. Bei Daten, die hinsichtlich ihrer Nutzung nicht rivalisierend sind, läge ein Marktversagen im engeren Sinne also vor, wenn nicht in die Datenproduktion oder Datennutzung investiert würde, weil der Investor damit rechnen müsste, dass er nicht in der Lage ist, den Wert der Investition zu amortisieren.⁵⁵

In der Literatur vertritt kaum jemand die Auffassung, es komme in der Praxis zu einem solchen Marktversagen.⁵⁶ Einzig *Zech* argumentiert, ein Eigentumsrecht könne «Anreize zur Datenerfassung» schaffen.⁵⁷ Von einer Unterversorgung mit Daten oder einer Unternutzung von Daten ist aber selbst hier nicht die Rede,⁵⁸ und offenbar werden Daten auf einem immer grösser werdenden Datenmarkt ohne massgebliche

SZW 2017 S. 25, 32

⁵² Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten, lässt sich aber auch auf Ausschliesslichkeitsrechte im Allgemeinen ausdehnen, *Andreas Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, 25; *Dorner* (Fn. 1), CR 2014, 625; *ders.*, Know-how-Schutz im Umbruch, Köln 2013, 373 ff.; aus Sicht des Kennzeichenrechts *Roger Van den Bergh/Michael Lehmann*, Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Kennzeichenrechts, GRUR Int. 1992, 588–599, 591.

⁵³ In diesem Sinn *Briner* (Fn. 1), Jusletter IT vom 21. Mai 2015, *passim*; *Thomas Hoeren*, Big data and the ownership in data: recent developments in Europe, E.I.P.R 2014, 751–754, 753; *ders.*, Sieben Beo-b-achtungen und eine Katastrophe, sic! 2014, 212–217, 217; *Eckert* (Fn. 1), SJZ 2016, 246.

⁵⁴ *Dorner* (Fn. 52), 348 f. und 400 f.; zum «digital market failure» *Philipp Hacker*, The Ambivalence of Algorithms, Gauging the Legitimacy of Personalized Law, in: Personal Data in competition, Consumer Protection and IP Law – Towards a Holistic Approach?, Bakhoum/Conde Gallego/Mackenrodt/Surblyte (Hrsg.), Berlin 2017, erscheint demnächst.

⁵⁵ Für Immaterialgüterrechte im Allgemeinen: *Hanns Ullrich*, Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, GRUR Int. 1996, 555–568, 565.

⁵⁶ Illustrativ *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 881: «[...] evidence seems to suggest that no such right is needed as data is created in huge volumes even without such a right.»

⁵⁷ *Zech* (Fn. 1), CR 2015, 144.

⁵⁸ Insbesondere konzediert *Zech*, dass die Kosten der Datengewinnung stetig sinken, was das Bedürfnis nach Anreizen zu deren Hervorbringung senkt, *Zech* (Fn. 1), CR 2015, 145.

Hindernisse gehandelt.⁵⁹ Für die Handelbarkeit der Daten erscheint der faktische Schutz der Daten deswegen als ausreichend.⁶⁰ Auch die Datenproduktion entwickelt sich weltweit ungebremst und exponentiell.⁶¹ Im Ergebnis gibt es also keinerlei Anzeichen für ein Marktversagen im engeren Sinn und damit auch keinen Bedarf für die Einführung eines Dateneigentums, um einem solchen Marktversagen vorzubeugen.⁶²

2. Marktversagen im weiteren Sinn

Marktversagen kann aber auch weiter verstanden werden. In der Literatur werden drei zusätzliche Begründungsmuster vorgebracht, die sich unter einem weiteren Verständnis von Marktversagen zusammenfassen lassen.

2.1 Schaffung von Rechtssicherheit

Von den Befürwortern eines Dateneigentums wird vorgebracht, eine eindeutige Zuweisung von Daten zu einem Rechtsträger wäre ein klarer Ausgangspunkt für Vertragsverhandlungen.⁶³ Eine eindeutige Zuweisung würde bestehende Rechtsunsicherheiten reduzieren, zumal sich gerade in Bezug auf Sachdaten Hersteller und Nutzer eines bestimmten, Daten erzeugenden Produkts nicht einig seien, wem die Daten zustünden. Als Beispiel wird häufig das Auto genannt, welches heutzutage eine grosse Menge an Daten erfasst.⁶⁴

Gegenwärtig werden die Eigentums- und Nutzungsrechte an Daten regelmässig vertraglich geregelt. Ohne solche vertragliche Regeln «gehören» die Daten niemandem. Eine Rechtsunsicherheit im eigentlichen Sinne besteht damit aber nicht: Denn die fehlende Zuordnung von Daten zu einem Rechtsträger führt nicht *per se* zu Rechtsunsicherheit.

Zu beachten ist allerdings, dass mit der vertraglichen Regelung der Nutzungsbefugnisse an Daten, namentlich dem Entwerfen, Verstehen und Einhalten von Verträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, beträchtliche Kosten verbunden sind. Auf diesen Kern reduziert, entpuppt sich das Rechtssicherheitsargument als reines Transaktionskostenargument.⁶⁵

⁵⁹ Die US Federal Trade Commission (FTC) legt in einem Bericht dar, dass weltweit Tausende *data brokers* existieren. Neun dieser *data brokers* hat sie genauer analysiert. Der Bericht ist online einsehbar unter <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission--may-2014/140527databrokerreport.pdf>.

⁶⁰ Ebenso *Drexel et al.* (Fn. 4), Rn. 7.

⁶¹ Im Jahr 2005 wurden weltweit 130 Exabytes an Daten produziert; 2015 waren es bereits 8591 Exabytes. Gem. Prognosen sollen es im Jahr 2020 40 026 Exabytes sein, s. *Bräutigam/Klindt* (Fn. 1), Digitalisierte Wirtschaft, 19, m.H. auf <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/-/267974/umfrage/prognose-zum-weltweit-generierten-daten-volumen/>. Nach einer weiteren Quelle wächst der Big Data-Markt jährlich um rund 25% und damit sieben Mal so schnell wie der ICT-Sektor insgesamt, *Sahl* (Fn. 1), PinG 2016, 147, und Europäische Kommission, Für eine florierende datengesteuerte Wirtschaft, COM(2014), 442 final, 2.

⁶² Ähnlich *Dorner* (Fn. 1), CR 2014, 626; *Heymann* (Fn. 1), CR 2016, 653.

⁶³ *Zech* (Fn. 1), CR 2015, 145.

⁶⁴ *Hornung/Gooble* (Fn. 1), CR 2015, 268; *Kai Hofmann/Gerrit Hornung*, Rechtliche Herausforderungen des Internets der Dinge, in: *Internet der Dinge*, Sprenger/Engemann (Hrsg.), Bielefeld 2015, 201.

⁶⁵ Die Beurteilung mag in diesem Punkt anders ausfallen, wenn man beabsichtigt, bestehendes Datenschutzrecht (zumindest teilweise) durch ein Dateneigentum zu ersetzen. Dann wäre zudem zu fragen, ob bestehende Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des Datenschutzrechts durch das Dateneigentum beseitigt werden können. Zum Zusammenspiel von Dateneigentum und Datenschutzrecht s. *Thouvenin* (Fn. 1), SJZ 2017, 30 ff.

2.2 Senkung von Transaktionskosten

Die Transaktionskosten bestehen nicht nur aus den Kosten, die bei der Vertragsgestaltung und -einhaltung anfallen, sondern umfassen auch die Such- und Verhandlungskosten.⁶⁶ Diese liessen sich durch eine Standardisierung des Vertragsgegenstandes, d.h. mit der Schaffung eines Dateneigentums, reduzieren. Eine Ergänzung des sachenrechtlichen *numerus clausus* drängt sich aus ökonomischer Sicht jedenfalls dann auf, wenn eine solche gesamthaft gesehen weniger Kosten verursachen würde, als unter der gegenwärtigen Rechtslage insgesamt für alle relevanten Vertragsabschlüsse anfallen.⁶⁷

Die Validität des Transaktionskostenarguments hängt damit im Ergebnis davon ab, wie hoch die Transaktionskosten der relevanten Vertragsschlüsse

SZW 2017 S. 25, 33

unter der gegenwärtigen Rechtslage tatsächlich sind und in welchem Umfang diese Kosten mit einem Dateneigentum reduziert werden könnten. Um dies zu beantworten, fehlen, soweit ersichtlich, die empirischen Grundlagen.

2.3 Gerechtere Verteilung von Kosten und Nutzen

Einige Autoren weisen darauf hin, dass sich Daten sammelnde Unternehmen den Nutzen dieser Daten aneignen, während sie die Kosten – insbesondere die nachteiligen Auswirkungen zulasten der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen – externalisieren.⁶⁸

Obwohl dieses Argument in den Kontext der (hier nicht weiter erörterten) personenbezogenen Daten gehört, kann es verallgemeinert werden. Angeprangert werden bestehende Kräfteungleichgewichte, die sich bislang in der vertraglichen Zuweisung von Rechten und Pflichten betreffend Daten zum Nachteil der schwächeren Partei auswirken.⁶⁹ Auch in Bezug auf Sachdaten und damit typischerweise im B2B-Kontext haben die Vertragsparteien nur selten gleich lange Spiesse. Ob ein Dateneigentum etwas an dieser Situation ändern soll und kann, ist allerdings zweifelhaft. Jedenfalls kommt es auf die Ausgestaltung des Dateneigentums an. Mit einem schrankenlosen Ausschliesslichkeitsrecht liessen sich die jeweils mächtigeren Unternehmen das Dateneigentum einfach abtreten, anstatt sich daran vertraglich Nutzungsrechte zu sichern. Das Ungleichgewicht bliebe bestehen oder würde sich aufgrund der *erga omnes*-Wirkung gar noch verschärfen.⁷⁰ Demgegenüber werden in

⁶⁶ S. z.B. *Joshua A. T. Fairfield*, Virtual Property, 85 Boston University L. Rev. 2005, 1047–1102, 1090.

⁶⁷ *Thomas W. Merrill/Henry E. Smith*, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, 110 Yale Law Journal 2000, 1–70, 69.

⁶⁸ *Wiebe* (Fn. 1), GRUR Int. 2016, 881; *Wolfgang Kilian*, Personal Data: The Impact of Emerging Trends, CRi 2012, 169–175, 172; *Berberich/Golla* (Fn. 1), PinG 2016, 165 ff.; *Dorner* (Fn. 1), CR 2014, 626, m.w.H. in Fn. 118; *Paul M. Schwartz*, Property, Privacy and Personal Data, 117 Harvard Law Review 2004, 2055–2128, 2079. Die Wurzeln des Arguments reichen in die 1990er-Jahre zurück, s. *Peter P. Swire/Robert E. Litan*, None of your business: world of data flows, electronic commerce, and the European Privacy Directive, Washington D.C. 1998, 8; *Laudon* (Fn. 3), 99.

⁶⁹ Zu diesem Kräfteungleichgewicht z.B. *Hornung/Gooble* (Fn. 1), CR 2015, 270.

⁷⁰ *Hornung/Gooble* (Fn. 1), CR 2015, 268; *Thilo Weichert*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463–1469, 1468 f.; *Härting* (Fn. 1), CR 2016, 649; grundlegend auch *Benedikt Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen 2006, 103 ff.; *Jessica Litman*, Information Privacy/Information Property, 52 Stanford Law Review 2000, 1283–1313, 1283 ff.; a.M. *Zech* (Fn. 1), GRUR 2015, 1160, der die Auffassung vertritt, die neue Zuordnung des Nutzens würde eine Transparenzkultur fördern und das Datenerzeugerrecht hätte für «open data» die gleiche Funktion wie das Urheberrecht für «open source».

der Literatur nur vereinzelt (und nur in Bezug auf personenbezogene Daten) Argumente vorgebracht, die dafür sprechen, dass ein Dateneigentum Kosten und Nutzen der Datenwirtschaft gerechter verteilen würde.⁷¹

IV. Würdigung und Ausblick

Im Rahmen der vorgenommenen Standortbestimmung wird deutlich, dass keine der diskutierten Rechtsfiguren direkt als Blaupause verwendet werden kann, wenn es darum gehen sollte, *de lege ferenda* ein Dateneigentum zu schaffen.⁷² Eine Orientierung an den Leistungsschutzrechten oder am UWG scheint gegenwärtig am naheliegendsten. Diese Instrumente können mit dem nicht-rivalisierenden Charakter von Daten angemessen umgehen, ihr Bestehen hängt aber – anders als die Gewährung von Patenten und Urheberrechten – nicht von der Erfüllung qualitativer

SZW 2017 S. 25, 34

Schutzvoraussetzungen ab. Vor allem aber beschränken Leistungsschutzrechte ihrer Natur nach «nur» die Übernahme der jeweiligen Leistungen, hier also der Daten, nicht aber deren Erzeugung durch Dritte.

Eine Analyse der für ein Dateneigentum vorgebrachten Begründungen⁷³ zeigt, dass sich die Einführung eines neuen Rechts einerseits nicht dadurch rechtfertigen lässt, dass damit die Datenproduktion ermöglicht wird (sog. Marktversagen i.e.S.). Andererseits hätte ein neues Recht durchaus Potenzial, negative Effekte (sog. Marktversagen i.w.S.) zu verhindern. Im Vordergrund steht dabei die Senkung von Transaktionskosten. Wie hoch diese im gegenwärtigen Regime sind, inwieweit sie sich tatsächlich senken liessen und ob mit einem Dateneigentum nicht auch neue Transaktionskosten entstehen würden, ist auf Grundlage des aktuellen Kenntnisstandes allerdings nicht zu beantworten. Diese Fragen bedürfen vielmehr einer näheren ökonomischen Überprüfung. Der Überblick über den Stand der Diskussion hat gezeigt, dass sich derzeit nicht sagen lässt, ob und gegebenenfalls in welcher Form ein Dateneigentum eingeführt werden sollte. Vielmehr besteht in Bezug auf Wesen und Begründung noch massgeblicher Forschungsbedarf. Zu klären ist namentlich, ob sich die erwünschten Effekte überhaupt erzielen lassen und welche zusätzlichen Effekte und Kosten die Einführung eines Dateneigentums hätte. Diese Fragen können zwar nicht allein von der Rechtswissenschaft beantwortet werden, sind aber immer auch mit der Ausgestaltung des Rechts verbunden. Aus diesem Grund kann die hier unternommene ungefähre Verortung eines möglichen Dateneigentums mit Blick auf die möglichen Rechtsfiguren nur Ausgangspunkt künftiger Forschung sein. Als Nächstes gilt es, Konzeptionen des Schutzgegenstands, der Rechtsinhaberschaft, der Wirkungen und der Publizität des Rechts sowie die Wechselwirkungen dieser Variablen der Ausgestaltung eines Dateneigentums zu untersuchen.

⁷¹ Dazu gehören der *Propertization*-Ansatz von Schwartz (Fn. 68), 117 Harvard Law Review 2004, 2094 ff.; und Verweise auf den sog. *endowment effect*, wonach Individuen ein Gut höher einschätzen, wenn es ihnen zugeteilt worden ist. Entsprechend würden Individuen den Wert ihrer Privatsphäre höher einschätzen, wenn ihnen ein Eigentum an Daten «verliehen» würde, s. die Studien von Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, 98 Journal of Political Economy 1990, 1325–1348, 1329 ff. Ob und wie stark sich dieser Effekt auswirken und in die Zuweisung der Kosten und des Nutzens von Daten eingreifen würde, ist allerdings unerforscht.

Andererseits wurde vorgeschlagen, Daten mithilfe von Institutionen zu bündeln und etwas an der Zuweisung der Kosten und des Nutzens von Daten zu ändern, indem die Rechte der Einzelnen gestärkt werden, Laudon (Fn. 3), 99 ff. Solche Ideen werden bereits getestet, namentlich im Bereich von Gesundheitsdaten. Allerdings braucht es dafür nicht zwingend ein Dateneigentum.

⁷² Siehe vorne II.

⁷³ Siehe vorne III.

Alle diese Fragen sind deshalb Gegenstand eines *Forschungsprojekts*, das im Verlauf dieses Jahres am *Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL)*, einem interdisziplinären Kompetenzzentrum der Universität Zürich, durchgeführt wird.