

Dokument	SJZ 113/2017 S. 21
Autor	Florent Thouvenin
Titel	Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs
Seiten	21-32
Publikation	Schweizerische Juristen-Zeitung
Herausgeber	Gaudenz G. Zindel, Hans Schmid, Pascal Pichonnaz
ISSN	0036-7613
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

SJZ 113/2017 S. 21

Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs

Prof. Dr. iur. Florent Thouvenin, Rechtsanwalt (Zürich)*

Der Autor greift die Frage auf, wem die von Unternehmen bearbeiteten Daten natürlicher Personen gehören. Er untersucht, ob das Datenschutzrecht eine dem Eigentum nahekommende Rechtsposition zu verschaffen vermag. Anhand von zwei Varianten für Ausgestaltung und Erweiterung des Eigentumsbegriffs wird aufgezeigt, wie sich ein Eigentum an Personendaten in die bestehende Rechtsordnung einfügen könnte. Der Autor stellt Forschungsbedarf in Bezug auf die Einführung eines Eigentums an Daten fest. Das Bundesgericht hat das Dogma des Persönlichkeitsrechts, wonach die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung jederzeit widerrufen werden kann, hinter sich gelassen und damit einen alternativen Weg für eine erleichterte Transaktionsfähigkeit von Daten aufgezeigt. Zi.

L'auteur soulève la question de savoir à qui appartiennent les données des personnes physiques traitées par les entreprises. Il examine si le droit de la protection des données est apte à accorder une position juridique proche d'un droit de propriété. En s'appuyant sur deux variantes pour aménager et élargir le concept de propriété, il montre de quelle manière un droit de propriété sur les données personnelles pourrait s'insérer dans l'ordre juridique en vigueur. L'auteur constate toutefois un besoin de procéder à plus de recherches pour pouvoir introduire un

* Ausserordentlicher Professor für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist die schriftliche Fassung der Antrittsvorlesung, die der Verfasser am 21. November 2016 an der Universität Zürich gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Der Text wurde aber um einige Ausführungen ergänzt und mit einigen Nachweisen in den Fussnoten versehen.

droit de propriété sur les données. Le Tribunal fédéral a abandonné le principe fondamental du droit de la protection des données selon lequel le consentement à une atteinte à la personnalité peut être révoqué en tout temps; partant, il a ouvert une voie nouvelle à une aptitude plus grande des données à faire l'objet de transactions. P.P.

1. Einleitung

«Wem gehören meine Daten?» Diese Frage hat sich wohl jeder schon einmal gestellt – und dies nicht erst aufgrund des Titels dieses Beitrags. In der Informationsgesellschaft, die geprägt ist von der jederzeitigen Verfügbarkeit von gewaltigen Mengen an Informationen, der ständigen Kommunikation zwischen Menschen und Dingen und vom Sammeln und Verwerten von unermesslichen Mengen an Daten, kommt dieser Frage denn auch zentrale Bedeutung zu.

Berechtigt ist die Frage aber nicht nur wegen ihrer Relevanz, sondern auch, weil die Antwort nicht leicht fällt. Häufig ist in der Wissenschaft zwar schon viel gewonnen, wenn es gelingt, die richtige Frage zu stellen. Die Antworten ergeben sich dann zwar nicht gleich von selbst, immerhin ist aber die Richtung der Untersuchung vorgegeben und oft sind mögliche Antworten auch schon erkennbar. Für die vorliegende Frage gilt dies allerdings nicht. Und dies, obwohl die Frage die Antwort ja suggeriert, fast schon vorwegnimmt. «Wem gehören meine Daten? Mir natürlich, wem denn sonst!», würde man spontan antworten wollen.

Hier sind allerdings gewisse Differenzierungen angezeigt. Zunächst ist zu fragen, *wer* denn hier *die Frage stellt*: Ist es eine natürliche Person, auf die sich die Daten beziehen? Ist es ein Unternehmen, das Daten über natürliche Personen gesammelt hat, um sie zu analysieren und zu verwerten? Oder ist es der Staat, der Daten über seine Bürger sammelt und diese nun «zum Wohle aller» nutzen will? Zu klären ist aber auch, um *welche Art von Daten* es geht. Dabei ist eine weitere Differenzierung erforderlich, der rechtlich zentrale Bedeutung zukommt: die Unterschei-

SJZ 113/2017 S. 21, 22

dung zwischen *Personendaten* und anderen Daten, die meist als *Sachdaten* bezeichnet werden.

Als Personendaten gelten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSG). Alle anderen Daten sind grundsätzlich Sachdaten. Die Abgrenzung ist allerdings nur auf den ersten Blick trivial. Denn die Schwierigkeit liegt darin, dass die Frage, ob eine Person im Sinn des DSG «bestimmbar» ist, mit Bezug auf eine bestimmte Angabe nicht einfach ein für allemal beantwortet werden kann. Vielmehr kann sich die Bestimmbarkeit auch aus der Kombination einer Angabe mit zusätzlichen Informationen ergeben. Für die Bestimmbarkeit genügt dabei nicht schon jede theoretische Möglichkeit der Identifizierung. Bestimmbarkeit ist aber gegeben, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung damit gerechnet werden muss, dass ein Interessent den Aufwand auf sich nehmen wird, um die Person zu bestimmen¹. Ein und dieselbe Angabe kann damit – je nach Kontext, Zweck der Datenbearbeitung und bearbeitender Person – einmal ein Personendatum sein und ein andermal nicht². Das bedeutet, dass keine klare Grenze zwischen Personendaten und Sachdaten gezogen werden kann. Zwar gibt es Daten, die immer Personendaten sind, bspw. der Name, und Daten, die wohl immer als Sachdaten zu qualifizieren sind, bspw. die Angaben über das

¹ Statt vieler: BGE 136 II 508, 514.

² Siehe dazu auch: Rolf Schwartmann/Christian-Henner Hentsch, Parallelen aus dem Urheberrecht für ein neues Datenverwertungsrecht, PinG 2016 117–126, 121 f.; Kai Hofmann/Gerrit Hornung, Rechtliche Herausforderungen des Internets der Dinge, in: Sprenger/Engemann (Hrsg.), Internet der Dinge, Bielefeld 2015, 181–203, 194.

Wachsen und Schrumpfen eines Gletschers. Eine Vielzahl von Daten kann aber, je nachdem, ein Personen- oder ein Sachdatum sein.

Damit zeigt sich bereits eine erste, *harte Restriktion* bei der Ausgestaltung eines allfälligen Eigentumsrechts an Daten: Weil eine Trennung zwischen Personen- und Sachdaten nicht ein für alle Mal möglich ist, kann ein *Eigentum an Daten* nicht auf Personen- oder Sachdaten beschränkt sein, sondern *muss alle Arten von Daten erfassen* – oder eben gar keine.

Die Unterscheidung zwischen Personen- und Sachdaten und die Unterscheidung nach der Person oder Organisation, der ein Eigentumsrecht an «ihren» Daten zustehen könnte, zeigt, dass die Frage nach dem Dateneigentum mehrschichtig und komplex ist. Dies wird in der bisherigen Debatte allerdings teilweise vernachlässigt: In *Deutschland*, wo die Frage nach einem Dateneigentum bereits seit einiger Zeit intensiv diskutiert wird, ist mit Blick auf die sog. «Industrie 4.0» in erster Linie von Sachdaten die Rede³. Das Datenschutzrecht wird dabei, wenn überhaupt, meist nur am Rand thematisiert, wobei vor allem auf das Spannungsfeld hingewiesen wird, das zwischen dem Konzept eines Dateneigentums und dem Ansatz des Datenschutzrechts besteht⁴. Den Herausforderungen, die mit der Einführung eines Eigentums an den wirtschaftlich mindestens ebenso relevanten Personendaten verbunden wären, wird damit nicht hinreichend Rechnung getragen. In der *Schweiz* steht die Debatte noch ganz am Anfang und es finden sich erst wenige Beiträge, die sich mit der Frage eines Dateneigentums befassen. Ein erster Autor, der auf Personendaten fokussiert, will ein «*droit de propriété sui generis*» einführen, das sich am Immaterialgüterrecht orientiert⁵. Ein zweiter Autor, der nicht zwischen Personen- und Sachdaten differenziert, versucht, die Frage damit zu lösen, dass er Daten mit Sachen gleichsetzt⁶. Zwei weitere Beiträge von jeweils zwei Autoren vermitteln einen Überblick über die Fragestellungen und die Zuordnungsmöglichkeiten von Daten⁷. In einem jüngsten Beitrag befassen sich schliesslich zwei weitere Autoren unter anderem mit der Zuordnung digitaler Güter zu einem Rechtsinhaber und sprechen sich dabei

SJZ 113/2017 S. 21, 23

gegen die Einführung von Eigentumsrechten und für Lösungen über das Vertragsrecht aus⁸.

³ *Herbert Zech*, «Industrie 4.0» – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015 1151–1160; *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; *Andreas Wiebe*, Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?, GRUR Int. 2016 877–884. Für weitere Nachweise zur deutschen Literatur siehe: *Florent Thouvenin/Alfred Früh/Alexandre Lombard*, -Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung, SZW 2017 Heft 1.

⁴ Besonders deutlich: *Niko Härting*, «Dateneigentum» – Schutz durch Immaterialgüterrecht? Was sich aus dem Verständnis von Software für den zivilrechtlichen Umgang mit Daten gewinnen lässt, CR 2016 646–649, 648; *Matthias Berberich/Sebastian Golla*, Zur Konstruktion eines «Dateneigentums» – Herleitung, Schutzrichtung, Abgrenzung, PinG 2015 165–176, 166 f.; anders aber: *Michael Dorner*, Big Data und «Dateneigentum», Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014 617–628, 619 f.

⁵ *Alexandre Flückiger*, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?, AJP 2013 837–864, 864.

⁶ *Martin Eckert*, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016 245–249, 247 ff., insb. 249; siehe dazu auch *ders.*, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 2016 265–274.

⁷ *Rolf H. Weber/Lennart Chrobak*, Rechtsinterdisziplinarität in der digitalen Datenwelt, Jusletter vom 4. April 2016, Rn. 14 ff.; *Daniel Hürlimann/Herbert Zech*, Rechte an Daten, sui generis 2016, 89–95.

⁸ *Yaniv Benhamou/Laurent Tran*, Circulation des biens numériques: de la commercialisation à la portabilité, sic! 2016 571–591, 572 ff., insb. 575 f.

Angesichts der Komplexität der Fragestellung ist klar, dass der vorliegende Beitrag nicht allen skizzierten Konstellationen – Personen- und Sachdaten sowie mögliche Eigentumsrechte von natürlichen Personen, Unternehmen und Staaten – nachgehen kann. Stattdessen beschränkt er sich auf das wohl wichtigste und rechtspolitisch drängendste Problem, nämlich auf die Frage, *wem die Daten von natürlichen Personen gehören, die von Unternehmen bearbeitet werden*⁹. Da die Forschung in der Schweiz noch ganz am Anfang steht, kann der vorliegende Beitrag allerdings auch auf diese Frage keine abschliessenden Antworten liefern. Vielmehr sollen erst einmal drei grundlegende Fragestellungen näher untersucht werden, die den Ausgangspunkt für weitere Forschungsarbeiten bilden:

In einem ersten Schritt ist zu analysieren, ob und inwiefern das Datenschutzrecht den betroffenen Personen, also den Personen, deren Daten bearbeitet werden, bereits heute eine Rechtsposition verschafft, die einem Eigentum an Personendaten zumindest nahekommt. In einem zweiten Schritt sind zwei denkbare Varianten für die Ausgestaltung eines Eigentums an Personendaten zu skizzieren. Und in einem dritten und letzten Schritt ist anhand von zwei Szenarien aufzuzeigen, wie sich ein Eigentum an Personendaten in die bestehende Rechtsordnung einfügen könnte. Vorab sind aber die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen zu legen.

2. Grundlagen

a) Rechtliche Grundlagen

Die Grundlage für die rechtliche Regelung des Umgangs mit Personendaten findet sich in der Bundesverfassung, genauer: in Art. 13 Abs. 2 BV. Diese Bestimmung enthält den grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre. Sie lautet: «Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.»

Zumindest dem Wortlaut nach ist der grundrechtliche Schutz damit recht eng gefasst. Man ist sich heute allerdings einig, dass die Formulierung von Art. 13 Abs. 2 BV missglückt¹⁰ und der Wortlaut zu eng geraten ist¹¹. Richtigerweise garantiert die Bundesverfassung nach der herrschenden Lehre¹² und der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹³ ein ungeschriebenes *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*. Gemeint ist mit diesem weitreichenden Ansatz, dass jede Person selbst bestimmen kann, ob und zu welchem Zweck Informationen über sie gespeichert und bearbeitet werden¹⁴. Eine parlamentarische Initiative vom 21. März 2014 verlangt denn auch, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung explizit als persönliches Freiheitsrecht in der Bundesverfassung festgeschrieben wird¹⁵.

Neben dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung kommt auch der *Eigentumsgarantie* für unsere Fragestellung Bedeutung zu (Art. 26 BV). Der Grundsatz von Art. 26 Abs. 1 BV lautet schlicht: «Das Eigentum ist gewährleistet.» In

⁹ Zu einem möglichen Eigentum an Sachdaten siehe *Thouvenin/Früh/Lombard* (Fn. 3).

¹⁰ *Rainer J. Schweizer*, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung*, Zürich/St. Gallen 2014, BV 13 N 72.

¹¹ *Giovanni Biaggini*, BV, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, Zürich 2007, BV 13 N 11 ff.

¹² *SGK-Schweizer* (Fn. 10) BV 13 N 72; *OFK-Biaggini* (Fn. 11) BV 13 N 11.

¹³ BGE 128 II 259, 268; BGE 138 II 346, 359 f.; BGE 140 I 2, 22.

¹⁴ BGE 140 I 2, 22. Ebenso: *SGK-Schweizer* (Fn. 10) BV 13 N 72; *Jean-Philippe Walter*, *La protection de la personnalité lors du traitement de données à des fins statistiques*, Freiburg 1988, 23; *Stefanie-Daniela Waldmeier*, *Informationelle Selbstbestimmung – ein Grundrecht im Wandel?*, Zürich 2015, 13; *Dominika Blonski*, *Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts*, Bern 2015, 48.

¹⁵ *Parlamentarische Initiative 14.413, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, vom 21. März 2014, eingereicht von Daniel Vischer.

Lehre und Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie wurde bisher nicht untersucht, ob diese auch ein Eigentum an Personendaten umfasst. Dies im Gegensatz zum «geistigen Eigentum», also etwa zum Urheber- und Patentrecht, das anerkanntermassen von der Eigentumsgarantie erfasst wird¹⁶.

Eine weitere parlamentarische Initiative vom 20. Juni 2014 will nun aber das *Eigentum an Personendaten* ausdrücklich in der Verfassung festschreiben. Dies allerdings nicht im Kontext der Eigentumsgarantie, sondern in Art. 13 Abs. 2 BV. Dieser Absatz soll neu lauten: «Die Daten sind Eigentum der betreffenden Person; diese ist davor zu schützen, dass die Daten missbräuchlich verwendet wer-

SJZ 113/2017 S. 21, 24

den.»¹⁷ Mit dieser Initiative und jener vom 21. März 2014 soll im Datenschutz «ein Paradigmenwechsel von der Missbrauchsbekämpfung hin zu einer weitgehenden Verfügungshoheit über die eigenen Daten»¹⁸ erfolgen. Beiden Initiativen wurde von den staatspolitischen Kommissionen der beiden Räte Folge gegeben¹⁹.

Politisch ist die Diskussion um die Einführung eines Dateneigentums damit lanciert. In der Wissenschaft stehen wir allerdings noch ganz am Anfang.

b) Tatsächliche Grundlagen

In tatsächlicher Hinsicht ist zunächst klar, dass zahlreiche Geschäftsmodelle in der Informationsgesellschaft auf der Bearbeitung von Personendaten beruhen. Für viele vermeintlich unentgeltliche Angebote zahlen wir bekanntlich mit unseren Daten, etwa für die Nutzung von Google, Facebook, WhatsApp und Twitter. Klar ist damit auch, dass Personendaten ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Dass «*Data the new oil*» ist, ist längst keine Neuheit mehr. Gerade diese Erkenntnis dürfte denn auch ein wesentlicher Grund für die Forderung nach der Einführung eines Eigentums an Personendaten sein²⁰. Diese Forderung ist allerdings weder *per se* berechtigt noch *per se* unberechtigt. Vielmehr muss erst noch näher untersucht werden, worin der Sinn und Nutzen einer solchen Erweiterung des Eigentumsbegriffs bestehen würde. Dabei sind zumindest zwei Aspekte zu beachten.

¹⁶ OFK-Biaggini (Fn. 11) BV 26 N 12; Klaus A. Vallender/Peter Hettich, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen 2014, BV 26 N 15 und N 20.

¹⁷ Parlamentarische Initiative 14.434, Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern, vom 20. Juni 2014, eingereicht von Fathi Derder.

¹⁸ Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 20. August 2015, Ständeratskommission nach wie vor gegen vermehrte Mitsprache der Bundesversammlung bei Verordnungen des Bundesrates, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2015/mm-spk-s-2015-08-20.aspx>>; Stand vom 1. Dezember 2016.

¹⁹ Parlamentarische Initiative 14.413, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, vom 21. März 2014, eingereicht von Daniel -Vischer, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20140413>>; Stand vom 1. Dezember 2016. Parlamentarische Initiative 14.434, Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern, vom 20. Juni 2014, eingereicht von Fathi Derder, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20140434>>; Stand vom 1. Dezember 2016.

²⁰ Eckert (Fn. 6) SJZ 2016 246; Dorner (Fn. 4) CR 2014 618; Wolfgang Kerber, A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis, GRUR Int. 2016 989–998, 990; Berberich/Golla (Fn. 4) PinG 2015 165.

(i) Personendaten als öffentliche Güter

Personendaten sind ihrer Natur nach *öffentliche Güter*. Als öffentliche Güter werden in der Ökonomie bekanntlich Güter bezeichnet, die in ihrer Nutzung nicht rivalisierend und nicht ausschliessbar sind²¹.

Nicht rivalisierend bedeutet, dass die Nutzung von Personendaten durch eine Person diejenige durch eine (oder mehrere) andere Person(en) nicht beeinträchtigt²². Als Beispiel mag das Licht eines Leuchtturms dienen, das von allen Schiffen wahrgenommen werden kann, ohne dass die Nutzung durch ein Schiff diejenige durch ein anderes tangieren würde. Genauso verhält es sich auch mit Informationen, bspw. mit Personendaten. Auch diese können gleichzeitig von einer Vielzahl von Personen genutzt werden, ohne dass einem Nutzer aufgrund der Nutzung durch einen anderen ein Nachteil entstehen würde.

Nicht ausschliessbar bedeutet, dass niemand die Nutzung der fraglichen Güter verhindern kann²³. Das gilt für Personendaten allerdings nur, wenn die Rechtsordnung den betroffenen Personen keine Rechte zuweisen sollte, die es ihnen ermöglichen, Dritte von der Nutzung ihrer Daten auszuschliessen. Ob Personendaten nicht nur ihrer Natur nach, sondern auch tatsächlich öffentliche Güter sind, hängt also vom Entscheid des Gesetzgebers ab.

Weil öffentliche Güter von einer Vielzahl von Personen genutzt werden können, ohne dass die Nutzung durch eine Person diejenige durch eine andere beeinträchtigen würde, sollten Eigentumsrechte an Personendaten nur geschaffen werden, wenn ausreichende Gründe vorliegen.

Man mag solche Gründe schon allein darin sehen, dass wir seit der Aufklärung davon ausgehen, dass *jeder Mensch sein eigener Herr* ist und damit auch an dem berechtigt sein sollte, was er selbst produziert²⁴. So betrachtet, müsste

SJZ 113/2017 S. 21, 25

die Herrschaft über sich selbst zu einer Herrschaft über die eigenen Daten führen. Die Stärke dieser Betrachtungsweise liegt in ihrer spontanen Überzeugungskraft. Die Schwäche allerdings darin, dass sie einer näheren Betrachtung nicht ohne Weiteres standhält. Das Problem liegt nämlich gerade darin, dass wir «unsere» Daten nicht im eigentlichen Sinn «produzieren», also durch unsere Arbeit erschaffen, sondern diese vielmehr als eine Art *Nebenprodukt unseres Verhaltens* anfallen²⁵. Nur weil diese Daten von Unternehmen gesammelt und gespeichert werden, können sie auch genutzt werden. So betrachtet, erscheint es deshalb keineswegs klar, dass das Eigentum an

21 Siehe dazu statt vieler: *Robert Cooter/Thomas Ulen*, Law and Economics, 6. A., Berkeley 2016, 40 f.; *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. A., Berlin 2012, 79 f.; in knappen Worten *Richard A. Posner*, Economic Analysis of Law, 9. A., New York 2014, 402.

22 *Cooter/Ulen* (Fn. 21) 40; *Schäfer/Ott* (Fn. 21) 79.

23 *Cooter/Ulen* (Fn. 21) 40; *Schäfer/Ott* (Fn. 21) 79 f.

24 Grundlage bildet hier die sog. Arbeitstheorie von *John Locke*, nach der gilt: «Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property»; *John Locke*, The works of John Locke in nine volumes, reprint of the 1794 edition, Volume IV, London 1997, 353 f.

25 *Josef Drexler/Reto M. Hilty/Luc Desaunettes/Franziska Greiner/Daria Kim/Heiko Richter/Gintarė Surblytė/Klaus Wiedemann*, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, Positionspapier des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb vom 16. August 2016 zur aktuellen europäischen Debatte, 3, abrufbar unter: <<http://www.ip.mpg.de/de/link/positionspapier-2016-08-16.html>>; Stand vom 1. Dezember 2016.

Personendaten den betroffenen Personen zustehen muss. Denkbar wäre vielmehr auch, dass die Daten den Unternehmen gehören, die in ihre Sammlung, Speicherung und Nutzung investiert haben²⁶.

(ii) Wirtschaftlicher Wert von Personendaten

In der Diskussion um ein Eigentum an Personendaten scheint es wichtig, den potenziellen Wert eines solchen Eigentumsrechts im Auge zu behalten. Ob ein Eigentumsrecht an den eigenen Daten für die betroffenen Personen einen rein ideellen Wert hätte, der nicht zu quantifizieren wäre, sei hier dahingestellt. Für die Einordnung der Bedeutung eines Eigentumsrechts an Personendaten scheint es aber auf jeden Fall wichtig, sich kurz vor Augen zu führen, welchen wirtschaftlichen Wert ein solches Recht hätte, welchen Ertrag die betroffenen Personen also möglicherweise erzielen könnten, wenn ihnen die Rechtsordnung ein Eigentum an «ihren» Daten zuweisen würde.

Hinreichend genau bestimmen lässt sich dieser Wert zwar nicht, zumal er stets von einer Vielzahl von Faktoren abhängen wird, etwa von der Art und Menge sowie vom Detaillierungsgrad der Daten, von der Art und Intensität ihrer Nutzung, aber auch von der Kaufkraft der betroffenen Personen. Möglich erscheint aber immerhin eine gewisse Annäherung:

Für Google lässt sich ganz grob abschätzen, dass der Wert der Personendaten pro Google-Nutzer im weltweiten Durchschnitt in etwa bei 40 USD pro Jahr liegen muss. Dies ergibt sich aus dem Jahresumsatz von 80 Mia. USD und der Anzahl von wohl gegen 2 Mia. Nutzern. Massgebliche Anhaltspunkte für den Wert von Personendaten lassen sich auch Unternehmenskäufen entnehmen: So hat Facebook 2014 für den Erwerb von WhatsApp 19 Mia. USD bezahlt; bei damals 600 Mio. aktiven Nutzern ergibt sich für die Daten ein Wert von knapp 32 USD pro Nutzer. IBM hat 2016 für 2,6 Mia USD Truven Health Analytics und damit die Daten von 215 Mio. Patienten erworben, was pro Patient einem Wert von 12 USD entspricht. Ferner hat Microsoft 2016 LinkedIn für 26,2 Mia. USD gekauft; bei 433 Mio. registrierten Nutzern ergibt sich ein Preis von 58 USD pro Nutzer.

So unsicher diese Zahlen auch sind, sie zeigen eines jedenfalls deutlich: Wenn wir ein Eigentum an unseren Personendaten fordern, sollten wir uns bewusst sein, dass sich damit nicht in einem relevanten Umfang Geld verdienen lässt.

3. Analyse

Bevor mögliche Varianten und Szenarien für die Einführung eines Eigentums an Personendaten skizziert werden können, ist zu untersuchen, ob und inwiefern schon das heutige Recht, namentlich das Datenschutzrecht, den betroffenen Personen eine Rechtsposition verschafft, die einem Eigentum an Personendaten zumindest nahekommt.

Dafür ist zunächst zu klären, was die Rechtsfigur «Eigentum» eigentlich ausmacht. Da es sich bei Daten um immaterielle Güter handelt, drängt sich für die Klärung dieser Frage neben dem Vergleich mit dem *Sacheigentum* auch ein Vergleich mit dem «geistigen Eigentum» auf, also mit dem *Immaterialgüterrecht*, namentlich mit dem Urheber- und Patentrecht. Beim Sacheigentum und im Immaterialgüterrecht werden regelmässig zwei Aspekte unterschieden, welche die Rechtsposition des Eigentümers ausmachen: eine negative und eine positive Seite.

²⁶ *Herbert Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem «Recht des Datenerzeugers», CR 2015 137–146, 142 ff.; *Malte Grützmacher*, Dateneigentum – Ein Flickenteppich, CR 2016 485–495, 486 f.

a) Positive Seite von Eigentumsrechten

Die positive Seite von Eigentumsrechten vermittelt dem Rechtsinhaber die grundsätzlich *umfassende Herrschaft*

SJZ 113/2017 S. 21, 26

über die Sache (Art. 641 Abs. 2 ZGB)²⁷. Schranken dieses Herrschaftsrechts können sich allerdings aus der übrigen Rechtsordnung ergeben, bspw. aus dem Nachbarrecht²⁸. In den Schranken der Rechtsordnung umfasst das Herrschaftsrecht an der Sache namentlich den Besitz, den Gebrauch und Genuss der Sache sowie die Möglichkeit, die Sache auf einen Dritten zu übertragen oder sie zu belasten, bspw. durch eine Verpfändung²⁹. Ähnliche Herrschaftsrechte vermitteln auch die Immaterialgüterrechte. Ein Besitz ist für immaterielle Güter zwar nicht denkbar. Der Rechtsinhaber hat aber auch hier die Möglichkeit, das immaterielle Gut zu gebrauchen und zu geniessen und das Recht, dieses zu belasten³⁰ und auf einen Dritten zu übertragen (Art. 16 Abs. 1 URG; Art. 33 Abs. 1 PatG).

Für *Personendaten* fehlen vergleichbare Rechtspositionen. Zwar garantiert die Verfassung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung³¹. Dieses Grundrecht und das darauf beruhende Datenschutzrecht vermittelt den betroffenen Personen aber in erster Linie die Möglichkeit, die Bearbeitung der sie betreffenden Daten zu erlauben oder zu verbieten. Eine *Zuweisung* der Personendaten an die jeweilige Person im Sinn der positiven Seite des Eigentums *erfolgt aber nicht*³². So vermittelt das Datenschutzrecht den betroffenen Personen weder Besitz an ihren Daten noch ein Recht auf deren Gebrauch oder Genuss. Da die betroffenen Personen kein umfassendes Herrschaftsrecht an «ihren» Daten haben, kann auch kein solches Recht auf Dritte übertragen werden.

Die fehlende Möglichkeit zur Übertragung erscheint allerdings jedenfalls dann als fragwürdig, wenn man Daten als das versteht, was sie im 21. Jahrhundert in erster Linie sind, nämlich als *Wirtschaftsgut*. Geht man davon aus, dass Daten einen Nutzen stiften, und folgt man den grundlegenden Erkenntnissen der Ökonomie, wonach

27 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. A., 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. A., Basel 2015, ZGB 641 N 3; Tanja Domej, in: Büchler/Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2011, ZGB 641 N 5; Wolfgang Portmann, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Zürich 1995, Rn. 220.

28 ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl (Fn. 27) ZGB 641 N 3 und N 8 ff.; BSK-Wiegand (Fn. 27) ZGB 641 N 35 ff.; KUKO-Domej (Fn. 27) ZGB 641 N 9 ff.; Ruth Arnet, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. A., Zürich 2016, ZGB 641 N 29; Stephan Wolf, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fank-hauser (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Zürich 2016, ZGB 641 N 6; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015, § 97 Rn. 4 ff.

29 ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl (Fn. 27) ZGB 641 N 6; BSK-Wiegand (Fn. 27) ZGB 641 N 30 ff.; KUKO-Domej (Fn. 27) ZGB 641 N 8; CHK-Arnet (Fn. 28) ZGB 641 N 28; OFK-Wolf (Fn. 28) ZGB 641 N 1 und N 5; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo (Fn. 28) § 97 Rn. 3; Portmann (Fn. 27) Rn. 222.

30 Thomas Bauer, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, -Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. A., Basel 2015, ZGB 899 N 50; Peter Reetz/Michael Graber, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. A., Zürich 2016, ZGB 899 N 16.

31 Siehe dazu vorn, 2.a.

32 Urs Hess-Odoni, Die Herrschaftsrechte an Daten, Jusletter vom 17. Mai 2004, Rn. 8; Dorner (Fn. 4) CR 2014 620 f.; Drexl et al. (Fn. 25) 2; differenzierend Thomas Heymann, Recht an Daten, CR 2016 650–657, 656; a.M. Eckert (Fn. 6) SJZ 2016 267 f.

transaktionsfähige Güter auf einem vollkommenen Markt grundsätzlich an den Ort gelangen, an dem sie den grössten Nutzen haben³³, dann spricht vieles dafür, die Übertragung von Daten mit den daran bestehenden Rechten zu ermöglichen.

b) Negative Seite von Eigentumsrechten

Die negative Seite des Eigentums vermittelt dem Rechtsinhaber zwei Arten von Rechten: Zum einen kann der Eigentümer die Sache von jedem Dritten herausverlangen (*sog. rei vindicatio*); zum andern kann er alle Einwirkungen Dritter abwehren (*sog. actio negatoria*) (Art. 641 Abs. 2 ZGB)³⁴. In vergleichbarer Weise vermitteln Immaterialgüterrechte dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, jedermann die Nutzung der immateriellen Güter zu verbieten (namentlich: Art. 8 PatG und Art. 10 URG). Die an sich umfassenden Ausschliesslichkeitsrechte werden aber durch gewisse Schranken wieder eingeschränkt. So dürfen bspw. urheberrechtlich geschützte Werke im privaten Kreis gebraucht (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) und patentierte Erfindungen zu Forschungs- und Versuchszwecken genutzt werden (Art. 9 lit. b PatG).

Diese negative Seite des Eigentums ist im Datenschutzrecht weitgehend verwirklicht. Die Instrumente des Daten-

SJZ 113/2017 S. 21, 27

schutzrechts entsprechen zwar dogmatisch nicht den Instrumenten des Sachen- und Immaterialgüterrechts. Im Ergebnis kommen sie den dort vorgesehenen Ansprüchen aber recht nahe. Namentlich ist die Bearbeitung von Personendaten durch Unternehmen regelmässig nur zulässig, wenn die betroffene Person in die Bearbeitung einwilligt (Art. 13 Abs. 1 DSGVO). Diese Einwilligung kann allerdings jederzeit frei widerrufen werden³⁵. Wurde keine Einwilligung erteilt oder wurde sie widerrufen, kann die betroffene Person die Bearbeitung «ihrer» Daten durch Dritte regelmässig verhindern.

Einen relevanten Unterschied mag man auf den ersten Blick darin sehen, dass die Datenbearbeitung durch Unternehmen auch ohne Einwilligung zulässig ist, wenn die Interessen der Unternehmen gegenüber den Interessen der betroffenen Personen überwiegen (Art. 13 Abs. 1 DSGVO). Eine solche Interessenabwägung kennt aber namentlich auch das Immaterialgüterrecht. Dort wird die Interessenabwägung zwar nicht, wie im Datenschutzrecht, jeweils im Einzelfall vorgenommen, sie bildet aber die Grundlage für den Erlass der Schranken. Dass Dritte bei Vorliegen überwiegender Interessen in «Eigentumsrechte» eingreifen können, ist mit dem Konzept von Eigentum also durchaus vereinbar. Im Grundsatz können die betroffenen Personen die *Nutzung ihrer Daten durch Dritte* damit auf der Grundlage des *Datenschutzrechts* in aller Regel entweder *verhindern oder erlauben*, wie es dem zweiten Aspekt der negativen Seite des Eigentumsrechts, dem Recht zur Abwehr von Einwirkungen Dritter, entspricht.

Mit dem *Auskunftsrecht* (Art. 8 DSGVO) vermittelt das Datenschutzrecht den betroffenen Personen auch eine Rechtsposition, die es ihnen erlaubt, von jedem Datenbearbeiter *Kopien* der sie betreffenden Daten *herauszuverlangen*³⁶. Damit ist im

³³ Hartwig Bartling/Franz Luzius, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 17. A., München 2014, 50 ff.; Cooter/Ulen (Fn. 21) 38.

³⁴ ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl (Fn. 27) ZGB 641 N 7; BSK-Wiegand (Fn. 27) ZGB 641 N 40 ff.; KUKO-Domej (Fn. 27) ZGB 641 N 16 ff.; CHK-Arnet (Fn. 28) ZGB 641 N 31 ff.; OFK-Wolf (Fn. 28) ZGB 641 N 8 f.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo (Fn. 28) § 97 Rn. 10; Portmann (Fn. 27) Rn. 223 und Rn. 229 ff.

³⁵ Zu diesem Grundsatz im geltenden Datenschutzrecht siehe: Amédéo Wermelinger, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar, Bern 2015, DSG 13 N 7, m.w.H.; David Rosen-thal, in: Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), Handkommentar DSG, Zürich 2008, DSG 4 N 104 ff.; Corrado Rampini, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeits-gesetz, 3. A., Basel 2014, DSG 13 N 14.

³⁶ Beat Rudin, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar, Bern 2015,

Datenschutzrecht auch der erste Aspekt der negativen Seite des Eigentums verwirklicht, nämlich das Recht, die Sache von einem Dritten herauszuverlangen. Mit der neuen Datenschutzgrundverordnung der EU werden die betroffenen Personen zudem über ein sog. «*Recht auf Datenportabilität*» verfügen, das es ihnen grundsätzlich erlaubt, alle sie betreffenden Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und vom Datenbearbeiter zu verlangen, die Daten auf einen Dritten, bspw. auf einen konkurrierenden Social-Media-Dienst, zu übertragen (Art. 20 DSGVO). Ein solches Recht kennt das schweizerische DSG zwar noch nicht. Es ist aber zu erwarten, dass ein vergleichbares Recht in der angelaufenen Revision auch in der Schweiz eingeführt wird.

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass das Datenschutzrecht den betroffenen Personen zwar kein umfassendes Herrschaftsrecht an «ihren» Daten, wohl aber Rechte vermittelt, welche der negativen Komponente des Eigentums weitgehend entsprechen. Die betroffenen Personen verfügen damit bereits nach heutigem Recht über eine *Rechtsposition*, die einem *Eigentumsrecht zumindest sehr nahe kommt*.

4. Varianten

a) Ausgangslage

Mit dieser Zwischenerkenntnis ist allerdings noch keineswegs geklärt, ob es Sinn machen und einen Nutzen stiften würde, die Eigentumsrechte zu erweitern und nicht nur für körperliche Sachen und bestimmte immaterielle Güter, sondern allgemein auch an Daten Eigentumsrechte zu gewähren. Diese Frage muss hier allerdings offenbleiben, weil sie auf der Grundlage des gegenwärtigen Standes der Forschung nicht beantwortet werden kann³⁷. Erforderlich ist vielmehr eine vertiefte interdisziplinäre Untersuchung, die neben technischen Aspekten vor allem auch eine ökonomische Betrachtung mit einbezieht.

Dass die Frage nach Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs noch offen ist, steht einer Skizzierung möglicher Varianten der Ausgestaltung eines Eigentums an Personendaten allerdings nicht entgegen. Denn die zweite Frage ist der ersten Frage nicht nachgestellt; vielmehr müssen beide Fragestellungen parallel untersucht werden, weil die Frage nach Sinn und Nutzen eines Dateneigentums nicht entschieden werden kann, solange nicht hinreichend klar ist, wie ein solches Eigentum auszugestalt-

| SJZ 113/2017 S. 21, 28

ten wäre. Mögliche Antworten auf diese Frage sollen nachfolgend in Form von zwei Varianten skizziert werden.

Bei der Ausgestaltung eines Eigentumsrechts an Daten stehen zahlreiche «*Stellschrauben*» zur Verfügung, die es erlauben, ein solches Recht in der einen oder anderen Weise auszubilden. Zu entscheiden sind dabei namentlich der Gegenstand, die Inhaberschaft und die Wirkungen eines Eigentums an Daten:

Gegenstand eines Eigentumsrechts an Daten können Daten als immaterielle Güter sein, das Eigentumsrecht kann sich aber stattdessen auch (nur) auf die konkrete Festlegung der Daten in einer physikalisch existenten Form beziehen. Originärer *Inhaber* eines Eigentumsrechts an Daten kann entweder die Person sein, deren Daten bearbeitet werden, oder das Unternehmen, welches die Daten gesammelt und gespeichert hat. Bei der Ausgestaltung der *Wirkungen* eines Eigentumsrechts an Daten stellen sich gleich

DSG 8 N 50; David Rosenthal (Fn. 35) DSG 8 N 23; Ralph Gramigna/Urs Maurer-Lambrou, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. A., Basel 2014, DSG 8 N 48 ff.

³⁷ Für mögliche Begründungsansätze siehe Thouvenin/Früh/Lombard (Fn. 3).

mehrere Fragen. In erster Linie ist zu entscheiden, welche Rechte der Inhaber eines Eigentumsrechts an Daten haben soll. Der Mindestgehalt scheint dabei im Recht zu bestehen, *Dritten die Nutzung der Daten zu verbieten*. Fehlt ein solches Recht, kann kaum von Eigentum die Rede sein. Keine Wahl besteht wohl auch bei der Frage der *Übertragung* eines solchen Rechts. Wenn man eine Rechtsfigur schaffen will, die man als Eigentum an Daten qualifizieren kann, dann müssen diese Rechte auch übertragen werden können. Schliesslich ist auch zu entscheiden, ob ein Eigentumsrecht *zeitlich ewig dauern* oder nach einer bestimmten Zeit enden soll, wie etwa die Patente und Urheberrechte. In diesem Zusammenhang wird zudem zu klären sein, ob und gegebenenfalls wie die Publizität von Eigentumsrechten an Daten sichergestellt werden muss bzw. kann, bspw. durch die Einführung eines entsprechenden Registers³⁸.

Alle diese Aspekte sind als Variablen der Ausgestaltung eines Eigentumsrechts an Daten zu verstehen. Diese Variablen können allerdings nicht frei miteinander kombiniert werden. Vielmehr determiniert der Entscheid bei gewissen Variablen die Entscheide über mehrere andere Variablen – und zwar teilweise vollständig, teilweise aber auch nur bis zu einem gewissen Grad. Die Anzahl der Variablen und ihre Interdependenzen führen dazu, dass hier nicht alle denkbaren Varianten durchgespielt werden können. Vielmehr sind die nachfolgenden Überlegungen auf zwei Varianten zu beschränken, die auf den ersten Blick als Lösungen infrage kommen könnten:

b) Erste Variante

Beim Gegenstand des Dateneigentums ist zunächst die zentrale Frage zu entscheiden, ob sich ein Eigentum auf *Daten als immaterielle Güter* oder auf die *Festlegung von Daten auf einem bestimmten Träger* beziehen soll, wobei diese Festlegung heute natürlich in aller Regel in elektronischer Form erfolgt. Dieser Entscheid hat massgebliche Folgen für die Wirkungen des Dateneigentums. Erfasst dieses Daten als immaterielle Güter, kann der Inhaber eines solchen Eigentumsrechts jedermann die Nutzung «seiner» Daten verbieten – und zwar auch dann, wenn Dritte die identischen Daten selbst gesammelt und gespeichert haben. Erfasst das Dateneigentum hingegen lediglich die Festlegung der Daten auf einem Träger, wird die Nutzung der Daten durch Dritte nur beschränkt, wenn diese Dritten gerade diese konkrete Festlegung der Daten nutzen. Die Nutzung der Daten als immaterielle Güter bliebe dagegen frei.

Mit Blick auf diese Differenzierung könnte eine sinnvolle Lösung darin bestehen, den *betroffenen Personen* ein *Recht an ihren Daten als immaterielle Güter*, den *Unternehmen* hingegen nur ein *Recht an der Festlegung der Daten* einzuräumen. Dies erscheint insofern naheliegend, als die betroffenen Personen mit ihrem Verhalten die Daten als immaterielle Güter geschaffen haben, während die Unternehmen diese Daten gesammelt und gespeichert, also festgelegt haben. Bei dieser Variante würde jeder Beteiligte gerade an denjenigen Gütern Eigentumsrechte erwerben, die er oder sie geschaffen hat. Als Folge dieser Ausgestaltung könnten Unternehmen die Daten nur mit Zustimmung der betroffenen Personen nutzen, weil der Schutz eines immateriellen Gutes – hier also der Daten – immer jede Festlegung dieses immateriellen Gutes in jeder beliebigen Form umfasst. Die betroffenen Personen könnten «ihre» Daten hingegen grundsätzlich frei nutzen. Rein faktisch wäre hierzu allerdings erforderlich, dass jeder Betroffene Zugang zu «seinen» Daten und einen Anspruch auf eine Kopie der Daten hat. Dies kann allerdings, wie erwähnt, schon heute gestützt auf das datenschutz-

| SJZ 113/2017 S. 21, 29

³⁸ Siehe dazu: *Lennart Chrobak*, Proprietary Rights in Digital Data?, Normative Perspectives and Principles of Civil Law, in: Bakhoun/Conde Gallego/Mackenrodt/*Surblyt 'e* (Hrsg.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and IP Law – Towards a Holistic Approach?, Berlin 2017, erscheint demnächst, mit Bezug auf die Blockchain-Technologie; mit Hinweis auf die Fragestellung: *Zech* (Fn. 26) CR 2015 146; mit Bezug auf Sachdaten: *Kerber* (Fn. 20) 994; *Christian Berger*, Verkehrsfähigkeit «Digitaler Güter», ZGE 2016 170–194, 184.

rechtliche Auskunftrecht sichergestellt werden³⁹, sodass einer Nutzung der Daten durch die betroffenen Personen an sich nichts im Weg stehen sollte.

Als *Folge der Übertragbarkeit* der Eigentumsrechte an Daten⁴⁰ könnten die Unternehmen in dieser Variante allerdings nicht nur das Eigentum an der Festlegung der Daten, sondern auch das Eigentum an den Daten als immaterielle Güter erwerben und damit jedermann, also nicht nur Dritten, sondern auch den betroffenen Personen die Nutzung «ihrer» Daten verbieten. Eine solche Lösung erscheint *wenig sinnvoll*, weil damit die Nutzung von Daten stark eingeschränkt werden und sich das Dateneigentum im Ergebnis zum Nachteil der betroffenen Personen auswirken könnte.

c) Zweite Variante

Als Alternative drängt sich auf, den Gegenstand des Dateneigentums auf die *Festlegung der Daten* zu beschränken. Wie bei der ersten Variante wäre es auch hier schlüssig, die Unternehmen als Inhaber der Eigentumsrechte an der Festlegung der Daten anzuerkennen. Mit Blick auf die problematischen Konsequenzen eines Eigentums der betroffenen Personen an den Daten als immaterielle Güter könnte es aber sinnvoll sein, auch den betroffenen Personen nur ein Eigentum an der Festlegung der sie betreffenden Daten zuzugestehen. Dies erscheint zwar insofern kontra-intuitiv, als die betroffenen Personen zur Festlegung der Daten nichts beigetragen haben, wäre aber durchaus denkbar und hätte, wie sich gleich zeigen wird, auch positive Konsequenzen.

Als Orientierungspunkt für die Ausgestaltung einer solchen Lösung könnten die sachenrechtliche Regelung des *Miteigentums* und die Regelung bei mehreren originär Berechtigten im Immaterialgüterrecht dienen (Art. 3 Abs. 2 PatG; Art. 7 URG): Wie beim Miteigentum würden zwei (oder mehreren) Beteiligten zu grundsätzlich gleichen Teilen Eigentumsrechte an einem bestimmten Gegenstand zustehen (Art. 646 Abs. 1 f. ZGB), hier also an der Festlegung der Daten. Diese Miteigentümer würden für ihre Anteile über volle Eigentumsrechte verfügen und sie könnten diese Rechte auch auf Dritte übertragen (Art. 646 Abs. 3 ZGB). Die Veräusserung der Festlegung der Daten selbst wäre aber nur mit Zustimmung aller Eigentümer möglich (Art. 648 Abs. 2 ZGB). In Anlehnung an die Regelung im Immaterialgüterrecht erschiene es zudem naheliegend, dass jeder Berechtigte Rechtsverletzungen selbständig verfolgen, aber nur Leistung an alle fordern könnte (Art. 33 Abs. 2 PatG; Art. 7 Abs. 3 URG).

Zu beachten ist allerdings, dass das Bestehen von Miteigentum im Sachenrecht und die vergleichbaren Regelungen im Immaterialgüterrecht in der Praxis regelmässig zu Schwierigkeiten führen, namentlich weil sich die Berechtigten über Fragen der Nutzung und über die Veräusserung der Sachen bzw. Rechte einigen müssen. Für das Dateneigentum wäre es allerdings denkbar, diesen Schwierigkeiten dadurch zu begegnen, dass jedem der *Berechtigten* nicht nur ein Anteil, sondern ein *volles Eigentumsrecht* an der Festlegung der Daten eingeräumt wird, das er zusammen mit diesen Daten auf Dritte übertragen kann. Eine solche Lösung ist bei Sachen nicht denkbar, weil Sachen rivalisierend sind, ein und dieselbe Sache also nicht gleichzeitig mehreren Personen allein, sondern eben nur gemeinsam im Sinn des Mit- oder Gesamteigentums gehören kann. Bei Immaterialgüterrechten wäre ein solcher Ansatz zwar an sich möglich, weil es sich bei immateriellen Gütern um öffentliche Güter handelt⁴¹. Er macht dort aber kaum Sinn, weil Immaterialgüterrechte dem Inhaber gerade die Möglichkeit vermitteln sollen, alle anderen Personen von der Nutzung der geschützten Güter auszuschliessen, um dadurch hinreichende Anreize für deren

³⁹ Siehe dazu vorn, 3.b.

⁴⁰ Siehe dazu vorn, 4.a.

⁴¹ Zu diesem Begriff siehe vorn, 2.b.(i).

Produktion zu schaffen⁴². Ein derart weitgehender Ausschluss wäre bei einem Eigentumsrecht an Daten allerdings nicht erforderlich, weil die Rechtsordnung keine Anreize für die Produktion von Daten setzen muss. Folgt man diesem Ansatz, so bleibt zu bedenken, dass die Gewährung von mehreren vollen Eigentumsrechten an der Festlegung von Daten kaum noch als Miteigentum verstanden werden kann. Vielmehr würde eine Art *kumulatives Eigentum* geschaffen. Ob eine solche Rechtsfigur funktionsfähig wäre und sich in die bestehende Rechtsordnung einfügen liesse, wäre erst noch näher zu untersuchen.

Bei der Frage der *Nutzung* der festgelegten Daten sind drei Optionen denkbar: Erstens wäre es möglich, eine Nutzung nur zuzulassen, wenn beide (bzw. alle)

SJZ 113/2017 S. 21, 30

Rechtsinhaber einverstanden sind (so auch Art. 7 Abs. 2 URG). Zweitens wäre es denkbar, die Nutzung durch beide (bzw. alle) Rechtsinhaber auch ohne Zustimmung des (bzw. der) anderen zuzulassen. Einer solchen Lösung würden, anders als beim Sacheigentum, keine relevanten tatsächlichen Restriktionen entgegenstehen, weil elektronisch festgelegte Daten fast ohne Aufwand kopiert werden können und die Nutzung durch eine Person diejenige durch eine andere nicht beeinträchtigt. Drittens wäre es möglich, dass nur die betroffenen Personen die Daten frei nutzen könnten, während die Unternehmen auf die Zustimmung der betroffenen Personen angewiesen wären. Naheliegender erscheint dabei die dritte Option, weil diese den betroffenen Personen – ganz im Sinn der informationellen Selbstbestimmung⁴³ – die Möglichkeit vermitteln würde, allein über die Nutzung ihrer Daten zu entscheiden. Möchte ein Unternehmen in dieser Konstellation die alleinige Verfügung über die infrage stehenden Daten erlangen und diese auch frei nutzen können, müsste es die Eigentumsrechte der betroffenen Personen von diesen erwerben – typischerweise gegen Bezahlung eines Entgelts.

Diese Variante hätte *mehrere positive Konsequenzen*: Erstens würde ein auf die Festlegung der Daten beschränktes Eigentumsrecht die Nutzung der Daten als immaterielle Güter nicht beschränken. Zweitens hätte das (Mit-)Eigentum von betroffenen Personen und Unternehmen zur Folge, dass beide Seiten Dritten die Nutzung der Daten verbieten könnten, während die Unternehmen die Daten nur mit Zustimmung der betroffenen Personen nutzen dürften. Und drittens könnten die betroffenen Personen für die Übertragung ihrer Eigentumsrechte ein Entgelt verlangen. Die Einführung eines solchen Eigentumsrechts an Personendaten erscheint durchaus denkbar. Der hier skizzierte Ansatz hätte zudem den Vorteil, dass er für Personen- und Sachdaten gleichermassen passen würde. Bei Sachdaten würden einfach – mangels betroffener Person – nicht mehrere (Mit-)Eigentumsrechte entstehen, die Unternehmen wären also von Anfang an alleinige Eigentümer an der Festlegung der von ihnen gesammelten und gespeicherten Daten.

5. Szenarien

Wenn man die Einführung eines Eigentumsrechts an Daten für sinnvoll erachten sollte, stellt sich sogleich die Frage, wie ein solches Recht in den bestehenden rechtlichen Rahmen eingefügt werden könnte. Im Vordergrund steht dabei die Frage nach dem Verhältnis von Dateneigentum und Datenschutzrecht. Dabei sind zwei Szenarien denkbar: Ein Eigentumsrecht an Daten könnte zusätzlich zur bestehenden Regelung des Datenschutzrechts eingeführt werden oder das heutige Datenschutzrecht (oder Teile davon) ersetzen.

⁴² Siehe dazu statt vieler: *Florent Thouvenin*, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Köln/Berlin/München 2007, 288 f., m.w.H. (für das Patentrecht), und 322 f., m.w.H. (für das Urheberrecht).

⁴³ Siehe dazu vorn, 2.a.

a) Eigentumsrecht «on top»

Würde ein Eigentumsrecht an Daten zusätzlich zur heutigen Regelung des Datenschutzrechts im Sinn der skizzierten zweiten Variante eingeführt, würden die *natürlichen Personen*, deren Daten bearbeitet werden, neu über *zwei verschiedene Rechtspositionen* an ihren Daten verfügen: erstens über die Ansprüche aus dem Datenschutzrecht, namentlich über den Anspruch auf Erhalt einer Kopie der Daten⁴⁴ und über die Möglichkeit, die Datenbearbeitung durch Einwilligung zu erlauben oder durch Verweigerung oder Widerruf der Einwilligung zu verhindern⁴⁵; und Zweitens über ein Eigentumsrecht an Daten, das ihnen erlauben würde, die Nutzung ihrer Daten durch Dritte zu verhindern und die Rechte an ihren Daten zu übertragen.

Die *Koexistenz von Datenschutzrecht und Eigentumsrecht an Daten* führt allerdings zu Problemen. Wenn nämlich Unternehmen das alleinige Eigentum an der Festlegung von Daten durch Übertragung der entsprechenden Eigentumsrechte der betroffenen Personen erwerben sollten, was regelmässig der Fall sein dürfte, dann könnten sich die Unternehmen und die betroffenen Personen die Nutzung der Daten gegenseitig verbieten: die betroffenen Personen gestützt auf ihre Ansprüche aus dem Datenschutzrecht und die Unternehmen gestützt auf ihre Eigentumsrechte. In dieser Konstellation könnte damit eine *Pattsituation* entstehen, welche die Nutzung der Daten ganz verhindern würde. Eine solche Lösung erscheint deshalb wenig sinnvoll.

b) Eigentumsrecht «anstatt»

Beim zweiten Szenario würde ein Eigentum an Daten nicht zusätzlich zum bestehenden Datenschutzrecht eingeführt, sondern zumindest einen Teil der heutigen Regelung ersetzen. Soweit das Datenschutzrecht die Bearbeitung von Personendaten durch den *Staat* regelt, müsste sich durch

| SJZ 113/2017 S. 21, 31

die Einführung eines Eigentumsrechts an Personendaten nichts ändern.

Für die Datenbearbeitung durch *Unternehmen* könnte das Dateneigentum die heutige Regelung des Datenschutzrechts aber in weiten Teilen ersetzen, weil ein solches Recht die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Personen bereits vollumfänglich gewährleisten würde⁴⁶. Aufzugeben wären namentlich die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSGVO) und der Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSGVO), die zwar für die Datenbearbeitung durch den Staat passen, nicht aber auf eine unternehmerische Tätigkeit. Zudem wären etwa auch die Ansprüche auf Löschung der Personendaten, auf Sperrung der Bearbeitung und auf Verbot der Bekanntgabe an Dritte (Art. 15 Abs. 1 DSGVO) aufzugeben, die sich mit dem Konzept eines Eigentums an Daten nicht vertragen.

Ohne Einschränkung aufrechtzuerhalten wären hingegen die Regeln über die Datensicherheit (Art. 7 DSGVO) sowie der Grundsatz der Erkennbarkeit (Art. 4 Abs. 4 DSGVO) und das Auskunftsrecht (Art. 8 DSGVO). Denn die Erkennbarkeit der Datenbearbeitung bleibt auch bei Einführung eines Eigentums an Daten zentral. Das gilt nicht nur für die Ausübung der (verbleibenden) Ansprüche aus dem Datenschutzrecht, namentlich für das Auskunftsrecht, sondern auch für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Eigentum. Denn nur wenn die betroffenen Personen erkennen können, dass Daten über sie gesammelt oder anderweitig bearbeitet

⁴⁴ Siehe dazu vorn, 3.b.

⁴⁵ Siehe dazu vorn, 3.b.

⁴⁶ Siehe dazu vorn, 4.c.

werden, können sie die Eigentumsrechte ausüben, die ihnen an der Festlegung «ihrer» Daten zustehen.

Im Übrigen könnte die Anwendung des Datenschutzrechts auf Konstellationen eingeschränkt werden, in welchen den *betroffenen Personen effektiv konkrete Nachteile* aus der Bearbeitung ihrer Daten entstehen. Zu denken ist etwa an die Veröffentlichung von besonders schützenswerten Personendaten oder an Fälle, in denen Personen in ihrer Handlungs- und Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden, etwa weil ihnen der Zugang zu einem Land oder zu einem Gebäude aufgrund einer Datenanalyse verwehrt wird. Nicht zu vergessen ist dabei, dass als Schutz gegen *effektive Persönlichkeitsverletzungen* immer auch die Mittel des *allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (Art. 28 ff. ZGB) zur Verfügung stehen.

Diese Szenarien führen weit, womöglich gar zu weit. Wie erwähnt, wäre es denn auch verfrüht, die Einführung solcher Ansätze bereits heute fordern zu wollen. Vielmehr zeigt sich ein ganz massgeblicher Forschungsbedarf. Die zahlreichen Fragen, die sich bei der möglichen Einführung eines Eigentums an Daten stellen und die in diesem Beitrag nur skizziert werden können, 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.

c) Alternative

Immerhin kann bereits heute auf eine mögliche Alternative hingewiesen werden, mit der sich die Nutzung von Personendaten vereinfachen liesse, ohne dass die betroffenen Personen dadurch eine Einbusse an Rechtsschutz erleiden.

Das Bundesgericht hat den möglichen Weg schon in einem Entscheid von 2010 aufgezeigt, in dem es um Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ging⁴⁷. Mit diesem Entscheid hat es nämlich das bis anhin zentrale Dogma des Persönlichkeitsrechts hinter sich gelassen, nach welchem die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung jederzeit frei widerrufen werden kann. In diesem Entscheid, in dem es um die Produktion und den Vertrieb von erotischen Fotos und Filmen einer jungen Frau ging, hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Recht am eigenen Bild – hier also an den Fotos und Filmen – Gegenstand vertraglicher und unwiderruflicher Verpflichtungen sein kann, wenn – wie in diesem Fall – die wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund stehen⁴⁸. Eine Ausnahme gilt nach dem Bundesgericht nur für den «höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit»⁴⁹, in dem eine gültige vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen bleiben soll. Dieser Kernbereich war aus Sicht des Bundesgerichts hier aber nicht betroffen⁵⁰ – was man durchaus mit einem gewissen Staunen zur Kenntnis nehmen mag.

Nachdem das Bundesgericht die Transaktionsfähigkeit des «Rechts am eigenen Bild» nicht nur in «harmlosen» Fällen, sondern auch in dieser durchaus heiklen Konstellation bejaht hat, scheint es sich geradezu aufzudrängen, den Grundsatz der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung auch im Datenschutzrecht fallen zu lassen. Und dies, ob-

SJZ 113/2017 S. 21, 32

wohl der europäische Gesetzgeber in der Datenschutzgrundverordnung das alte Dogma eben erst neu geregelt hat (Art. 7 Abs. 3 DSGVO).

⁴⁷ BGE 136 III 401.

⁴⁸ BGE 136 III 401, 405 f.

⁴⁹ BGE 136 III 401, 407.

⁵⁰ BGE 136 III 401, 407.

Mit diesem vergleichsweise kleinen Schritt sollte es gelingen, die Transaktionsfähigkeit von Personendaten massgeblich zu erhöhen und damit einen Beitrag dazu zu leisten, dass alle Arten von Daten stets an den Ort gelangen können, an dem sie den grössten Nutzen stiften⁵¹. Die Möglichkeit zum Abschluss bindender Verträge über alle Arten von Daten erscheint dabei – anders als die Einführung eines Dateneigentums – als ein nahezu unbestreitbar richtiger, ja als ein geradezu zwingender Schritt.

⁵¹ Siehe dazu vorn 3.a.