

Gianni Fröhlich-Bleuler

Eigentum an Daten?

Im Zentrum der digitalen Ökonomie stehen Daten, die erfasst, gespeichert und weiterverarbeitet werden. Sind diese Daten Sachen? Und werden sie wie Eigentum geschützt? Ist ein sachenrechtlicher Schutz überhaupt sinnvoll? Der Beitrag greift diese Themen auf und analysiert diese.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Datenschutz

Zitiervorschlag: Gianni Fröhlich-Bleuler, Eigentum an Daten?, in: Jusletter 6. März 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Was sind Daten?
 - A. Begriffsbestimmung
 - B. Daten als öffentliche Güter
- III. Urheberrechtlicher Schutz der Daten
- IV. Sind Daten als Sachen durch das Eigentumsrecht geschützt?
 - A. Meinungsstand
 - B. Rechtssicherheit und Publikationsprinzip im Sachenrecht
 - C. Schutz des freien Informationsflusses
 - D. Freihaltebedürfnis
 - E. Eigentumsrecht als Anreiz zur Gewinnung von Daten und Voraussetzung für deren Verkehrsfähigkeit
 - 1. Ausschliesslichkeitsrecht als Anreiz für die Erzeugung einzelner Daten?
 - 2. Eigentumsrecht als Voraussetzung für Verkehrsfähigkeit von Daten
 - a. Effizienzverluste aufgrund von Rechtsunsicherheit
 - b. Property und Liability Rules bei Daten
 - c. Transaktionskosten aufgrund unbeschränkter Dauer des Eigentumsrechts
 - d. Effiziente Nutzung von Daten und unbeschränkte Dauer des Eigentumsrechts
 - F. Kohärenz der Rechtsordnung
- V. Fazit

I. Einführung

[Rz 1] Es ist verführerisch, Daten als Sachen zu betrachten. So werden sie wie Eigentum geschützt. Aber sind sie das? Dieser Frage gehe ich im Folgenden nach. In Ziffer II werde ich zuerst den Begriff «Daten» einordnen. In Ziffer III stelle ich darauf kurz den urheberrechtlichen Schutz von Daten dar. Der Hauptteil in Ziffer IV ist der Frage gewidmet, ob Daten Sachen und so als Eigentum geschützt sind. Mit einem Fazit in Ziffer V schliesse ich die Ausführungen ab.

[Rz 2] Personendaten werden durch das *Datenschutzgesetz* geschützt. Nachfolgend beschränke ich mich auf Daten, die keine Personendaten sind; dies ist zwar nicht konsequent, weil aus anonymen Daten Personendaten werden können, wenn man im Laufe der Datenbearbeitung die Daten einer Person zuordnen kann. Ebenfalls nur am Rande gehe ich darauf ein, wie ein *alternativer Schutz* der Daten aussehen könnte, wem Ausschliesslichkeitsrechte zustehen würden und was genau geschützt wäre: die Daten selber (z.B. Temperatur an bestimmtem Ort und zu bestimmter Zeit) oder einzig die konkrete Ausdrucksform z.B. im Binärcode? Wären auch einzelne Elemente der Daten geschützt? Und was gälte für die Parallelerfassung eines Datums¹?

¹ Vgl. dazu aus Sicht des Schweizer Rechts DANIEL HÜRLIMANN/HERBERT ZECH, Rechte an Daten, in: sui-generis 2016, S. 92 ff.

II. Was sind Daten?

A. Begriffsbestimmung

[Rz 3] *Daten* sind Zeichen, Zeichenfolgen, Angaben, (Zahlen-)Werte oder Befunde, die unter anderem durch Messung oder Beobachtung gewonnen werden². Die Zeichen werden in der Regel auf einem Datenträger gespeichert und bestehen z.B. aus Ziffern, einem Text oder einem Binärcode. Der *Datenträger* ist oft Papier oder eine Festplatte. Von den Daten und dem Datenträger sind die *Informationen* zu unterscheiden: Sie entstehen durch kognitive Tätigkeit der Person, die sie liest bzw. zur Kenntnis nimmt und damit auch interpretiert («semantisiert»)³. Die gleichen Daten können von verschiedenen Personen unterschiedlich verstanden werden⁴.

[Rz 4] Daten können in Computerprogramme und Anwenderdaten eingeteilt werden⁵. Anwenderdaten umfassen oft Tatsachen und Fakten; sie entspringen manchmal aber auch der Fantasie. Auch Fakten, die aus Beobachtungen gewonnen werden, sind allerdings nicht einfach «neutral»: vielmehr werden sie aufgrund eines vorgängig definierten Deutungsmusters erfasst⁶.

[Rz 5] Das Interesse an der Frage, wem Daten gehören, ist gewaltig gewachsen. Denn im Zentrum der digitalen Ökonomie stehen Daten, die erfasst, gespeichert und weiterverarbeitet werden oder die aus der Auswertung von grossen Datenbeständen resultieren. Sie stellen einen grossen ökonomischen Wert dar.

B. Daten als öffentliche Güter

[Rz 6] Ein öffentliches Gut kann von verschiedenen Personen gleichzeitig benutzt werden. Das klassische Beispiel ist das Licht des Leuchtturms⁷. Verschiedene Schiffe können sich daran zur gleichen Zeit orientieren. Das Licht des Leuchtturms ist nicht-rival, weil es dabei nicht verbraucht wird. Dies im Gegensatz zu privaten Gütern: Wer seinen Apfel isst, verhindert, dass ihn jemand anderes verzehrt. Der Apfel ist damit ein rivales Gut. Die zweite Eigenschaft eines öffentlichen Gutes ist, dass andere Nutzer vom Gebrauch nicht ausgeschlossen werden können. Alle Schiffe vermögen das Licht des Leuchtturms zu nutzen, unabhängig davon, ob sie dafür bezahlen⁸.

² Seite «Daten», in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, <https://de.wikipedia.org/wiki/Daten> (Website zuletzt besucht am 4. Januar 2017).

³ LOUISA SPECHT, Ausschliesslichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, Computer und Recht 2016, S. 290, mit weiteren Verweisen.

⁴ Seite «Information», in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, <https://de.wikipedia.org/wiki/Information> (Website zuletzt besucht am 4. Januar 2017). Im Anschluss an ZECH werden in der juristischen Literatur oft Daten auf der syntaktischen Ebene (codierte Zeichenmengen) und der semantischen Ebene unterschieden (vgl. dazu z.B. HERBERT ZECH, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem «Recht des Datenerzeugers», in: AXEL METZGER/JÖRG WIMMERS (Hrsg.), Jahrbuch DGRI 2014, Köln 2014, Rz. 4). Auf der syntaktischen Ebene sind die Daten und auf der semantischen die Informationen im oben genannten Sinn.

⁵ ZECH (FN 4), Rz. 5.

⁶ Aus diesem Grund ist der Begriff «Rohdaten» zweideutig (THOMAS CHRISTIAN BÄCHLE, Digitales Wissen, Daten und Überwachung zur Einführung, Hamburg 2016, S. 123).

⁷ Vgl. z.B. HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012, S. 79.

⁸ Siehe zur Finanzierung der Leuchttürme in England RONALD HARRY COASE, The Lighthouse in Economics, Journal of Law and Economics, 1974, S. 360 ff.

[Rz 7] Daten sind öffentliche Güter⁹. Bei der Nutzung werden sie nicht verbraucht. Ohne besondere *Vorkehrungen* kann zudem ein Dritter von ihrem Gebrauch nicht ausgeschlossen werden. Das Immaterialgüterrecht schliesst Dritte vom Gebrauch aus. Oder die Daten können geheim gehalten werden. Öffentliche Güter sind daher z.B. auch Forschungsdaten eines Unternehmens: werden sie nicht geheim gehalten oder durch das Immaterialgüterrecht geschützt, kann jeder sie benützen.

III. Urheberrechtlicher Schutz der Daten

[Rz 8] Das Urheberrecht schützt Werke, die geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst mit individuellem Charakter sind (Art. 2 Abs. 1 Urheberrechtsgesetz; URG). Geschützt ist der geistige Inhalt, also das Immaterialgut. Meistens ist das Werk auf einem Datenträger gespeichert¹⁰: das Gedicht auf dem Papier oder das Computerprogramm auf der Festplatte. Vom Werk ist dieses Werkexemplar zu unterscheiden. Wer den Gedichtband kauft, erwirbt nicht das Urheberrecht am Gedicht, sondern nur das Buch als Werkexemplar, welches das urheberrechtliche Werk verkörpert.

[Rz 9] Daten können als *urheberrechtliches Werk* geschützt sein. Das gilt für die oben genannten Gedichte in Textform im Gedichtband, aber auch als Hörbuch auf einer CD – beide Werkexemplare verkörpern das urheberrechtliche Werk. Alle Ausprägungen des Werkes sind geschützt.

[Rz 10] Auch Daten und Datensätze als *Teile* des Werkes können urheberrechtlichen Schutz geniessen, wenn sie geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter sind (Art. 2 Abs. 4 URG)¹¹. Nicht geschützt sind aber blossе Tatsachen¹², wie Labor- und Forschungsdaten¹³ sowie Messergebnisse¹⁴, tatsächliche Ereignisse und Nachrichten¹⁵, Daten zur physikalischen Umwelt oder Naturerscheinungen¹⁶.

[Rz 11] Im Hinblick auf Auswahl und Anordnung geniessen Daten einen beschränkten Schutz, wenn sie Teil eines urheberrechtlich geschützten *Sammelwerkes* sind (Art. 4 Abs. 1 URG)¹⁷.

[Rz 12] Schliesslich können Daten durch *andere Immaterialgüter* geschützt sein. So ist z.B. die Marke ein Datum oder sie besteht aus Daten.

⁹ HÜRLIMANN/ZECH (FN 1), S. 90; NICO HÄRTING, «Dateneigentum» – Schutz durch Immaterialgüterrecht, Computer und Recht 2016, S. 647; ZECH (FN 4), Rz. 8; ROBERT COOTER/ THOMAS ULEN, Law and Economics, 6. Aufl., Boston 2012, S. 114.

¹⁰ Es genügt allerdings, dass das urheberrechtliche Werk wahrnehmbar ist, z.B. als mündlicher Vortrag (DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF/SANDRA KÜNZI, Das neue Urheberrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 5 zu Art. 2 URG).

¹¹ RETO HILTY, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty (Hrsg.), Daten und Datenbanken, Zürich 1999, S. 86 f. (Datensätze); PHILIP KÜBLER, Rechtsschutz von Datenbanken (EU – USA – Schweiz), Diss., Zürich 1999, S. 49 f.; WOLFGANG STRAUB, Softwareschutz, Zürich 2011, Rz. 56 (Datensätze).

¹² IVAN CHERPILLOD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, Rz. 44 zu Art. 2 URG.

¹³ Urteil Bundesgericht vom 3. Juni 1995, E. 3.b) (Rohdaten, Translations- und Rotationsparameter, Koordinaten sowie Laborjournale und Notizen; SMI 1995, S. 101 ff.).

¹⁴ So für die Daten topografischer Gegebenheiten MAX KUMMER, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, S. 116.

¹⁵ KUMMER (FN 14), S. 130.

¹⁶ KUMMER (FN 14), S. 106 f.; WOLFGANG STRAUB, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, S. 2, FN 10 (für wissenschaftliche Daten).

¹⁷ HILTY (FN 11), S. 86; KÜBLER (FN 11), S. 50; STRAUB (FN 11), Rz. 55 (für Datenbanken).

IV. Sind Daten als Sachen durch das Eigentumsrecht geschützt?

A. Meinungsstand

[Rz 13] Eine Sache im Sinne von Art. 641 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) ist ein Gegenstand, der abgrenzbar, körperlich und beherrschbar ist (Art. 641 ZGB)¹⁸. Besonders wichtig ist die Voraussetzung der *Körperlichkeit*. Eine Sache kann nur ein materieller, massenbehafteter Gegenstand sein¹⁹. Keine Sachen sind Immaterialgüter²⁰. Weil die Körperlichkeit fehlt, sind auch Daten keine Sachen. Die Sache muss sich zudem von anderen Sachen räumlich abgrenzen lassen²¹. Dies ist aber bei Daten nicht möglich. Aus diesen Gründen gibt es kein Eigentumsrecht an den Daten (Art. 713 ZGB)²².

[Rz 14] Das Urheberrecht schützt gewisse Immaterialgüter²³. Sie sind wie Daten öffentliche Güter. Das Urheberrecht hat daher für die Beantwortung der Frage, ob Daten geschützt werden, Modellcharakter. Aus diesem Grund werde ich im Folgenden die verschiedenen Aspekte eines eigentumsrechtlichen Schutzes von Daten vor dem Hintergrund der Lösungen des Urheberrechts betrachten.

B. Rechtssicherheit und Publikationsprinzip im Sachenrecht

[Rz 15] Eine wichtige Aufgabe des Sachenrechts ist es, den dinglichen Rechten eine genaue Abgrenzung und zuverlässige Erkennbarkeit zu verschaffen, um Rechtsverkehr und Rechtssicherheit zu ermöglichen²⁴. Dem dient das Publizitätsprinzip: die sachenrechtlichen Verhältnisse wer-

¹⁸ WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, Rz. 6 ff. zu Vor Art. 641 ff.

¹⁹ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, Rz. 117 zu Systematischer Teil; THOMAS SUTTER-SOMM, Eigentum und Besitz, in: Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Sachenrecht, 2. Aufl., Basel 2014, Rz. 16; RUTH ARNET, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Sachenrecht, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Rz. 10 zu Art. 641 ZGB; OLIVER KÄLIN, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Diss., Zürich 2002, S. 49.

²⁰ WIEGAND (FN 18), Rz. 10 zu Vor Art. 641 ff.; MEIER-HAYOZ (FN 19), Rz. 231 zu Systematischer Teil; KÄLIN (FN 19), S. 45.

²¹ SUTTER-SOMM (FN 19), Rz. 17; ARNET (FN 19), Rz. 12 zu Art. 641 ZGB; a.M. für Daten MEINRAD HUSER, Geo-Informationssysteme: rechtlicher Rahmen für geographische Informationssysteme, Zürich 2005, S. 70, S. 69.

²² LUKAS DAVID, in: Lukas David/Roland von Büren (Hrsg.), Lexikon des Immaterialgüterrechts, Basel 2005, S. 58; GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 2497; HILTY (FN 11), S. 86 f.; HÜRLIMANN/ZECH (FN 1), S. 91 f.; OLIVIER HEUBERGER-GÖTSCH, in: Daniel Fasel/Andreas Meier (Hrsg.), Big Data: Grundlagen, Systeme und Nutzungspotenziale, Wiesbaden 2016, S. 103 (allerdings mit dem Hinweis, dass sich die Verkaufsauffassung in Zukunft ändern könnte); MEINRAD HUSER (FN 21), S. 70; ROLF H. WEBER/CHRISTIAN LAUX/DOMINIC OERTLY, Datenpolitik als Rechtsthema, Zürich 2016, S. 54; ebenso wohl auch JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, S. 96 und WIEGAND (FN 18), Rz. 10 zu Vor Art. 641 ff. (siehe aber auch die rechtspolitischen Erwägungen in Rz. 6 zu Vor Art. 641 ff.); a.M. MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, S. 249 (für digitale Daten) sowie BERNHARD HEUSLER/ROLAND MATHYS, IT-Vertragsrecht, Zürich 2004, S. 176; kein Eigentumsrecht an (Personen-)Daten sieht auch der Erläuternde Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21. Dezember 2016 vor (S. 24). Ob ein Gegenstand eine Sache ist, bestimmt die Verkehrsauffassung und die Funktion, die ein Gegenstand erfüllt. Hier knüpft ECKERT mit Verweis auf WIEGAND an: seiner Meinung nach erfordern die «Realitäten der Digital Economy» digitale Daten unter dem Sachbegriff zu subsumieren (ECKERT [FN 22], S. 249).

²³ Siehe zu den Voraussetzungen oben unter Ziffer III.

²⁴ MEIER-HAYOZ (FN 19), Rz. 57 zu Systematischer Teil; so bereits EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Band, 2. Auflage, Bern 1914, S. 17.

den nach aussen sichtbar gemacht²⁵. Bei beweglichen Sachen geschieht dies durch den Besitz²⁶. Aus dem Publizitätsprinzip lässt sich auch der Schutz des gutgläubigen Erwerbers rechtfertigen²⁷. Er darf auf den durch den Besitz geschaffenen Rechtsschein vertrauen. Er erwirbt die bewegliche, dem Veräusserer anvertraute Sache auch dann, wenn der Veräusserer nicht zum Verkauf berechtigt ist (Art. 933 ZGB)²⁸.

[Rz 16] Eine dingliche Berechtigung an Daten kann niemand erkennen. Der Datenträger mit den gespeicherten Daten ist eine Sache. Sein Besitz ist aber nicht Besitz des öffentlichen Gutes «Daten». Einzig an rivalen Gütern ist Besitz möglich²⁹. Dem entspricht, dass es im Urheberrecht wegen des fehlenden Publizitätsprinzips keinen gutgläubigen Erwerb von Urheberrechten oder Nutzungsbefugnissen vom Unberechtigten gibt³⁰. Daher sind Daten keine Sachen; sie könnten *wie* Sachen behandelt werden, dann allerdings mit allen Konsequenzen einer nur analogen Anwendung der sachenrechtlichen Bestimmungen.

C. Schutz des freien Informationsflusses

[Rz 17] Der freie Informationsfluss ist für eine demokratische Gesellschaft von existenzieller Bedeutung. Erhält der Datenerzeuger das Eigentumsrecht an einem Datum oder mehreren Daten, kann er ihre Weiterverbreitung und damit den freien Informationsfluss unterbinden. Mit einer Geheimhaltungsvereinbarung kann der Datenerzeuger zwar auch ohne Eigentum die Weiterverbreitung verbieten, allerdings nur gegenüber dem Vertragspartner und nicht einem Dritten.

[Rz 18] Wie geht das Urheberrecht mit dem freien Informationsfluss um? Erstens schützt das Urheberrecht keine Daten und Fakten³¹. Dadurch wird die freie Verbreitung von Informationen ermöglicht. Zudem beinhaltet das Urheberrecht Schrankenbestimmungen, die den Informationsfluss gewährleisten³². Dazu gehören z.B. die Zitierfreiheit (Art. 25 Abs. 1 URG) oder Bestimmungen zur Berichterstattung über aktuelle Ereignisse (Art. 28 Abs. 1 URG). Solche Schrankenbestimmungen enthält das Sachenrecht nicht³³.

D. Freihaltebedürfnis

[Rz 19] Mit einem eigentumsrechtlichen Schutz von Daten würde auch ein *einzelnes* Datum geschützt, z.B. die Temperatur an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit.

²⁵ WIEGAND (FN 18), Rz. 52 ff. zu Vor Art. 641 ff.

²⁶ MEIER-HAYOZ (FN 19), Rz. 58 zu Systematischer Teil.

²⁷ WIEGAND (FN 18), Rz. 58 zu Vor Art. 641 ff. ZGB.

²⁸ MEIER-HAYOZ (FN 19), Rz. 59 f. sowie 66 Systematischer Teil. Vgl. aber zur schwindenden Bedeutung des Publizitätsprinzips WIEGAND (FN 18), Rz. 59 zu Vor Art. 641 ff.

²⁹ Skeptisch ebenfalls DRUEY (FN 22), S. 104 sowie WEBER/LAUX/OERTLY (FN 22), S. 54.

³⁰ RETO HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 261 ff.; immerhin hängt aber die Urheberschaftsvermutung in Art. 8 Abs. 1 URG vom Besitz des Werkexemplars ab (vgl. zur Bedeutung des Besitzes bei Immaterialgüterrechten ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Basel 1983, S. 85).

³¹ Siehe Ziffer III; siehe dazu auch unter Ziffer IV.D.

³² Vgl. dazu HILTY (FN 30), Rz. 230 ff.

³³ Skeptisch zu einem umfassenden Schutz von Daten wegen der Einschränkung des Informationsflusses auch HÄRTING (FN 9), S. 649.

[Rz 20] Wie oben ausgeführt, können einzelne Teile eines Werkes zwar urheberrechtlich geschützt sein (Art. 2 Abs. 4 URG)³⁴. Dafür müssen sie aber geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter sein. Das stellt sicher, dass niemand Elemente monopolisiert, die zum Gemeingut gehören³⁵. Was zum Gemeingut gehört, steht allen zur Verfügung und kann somit auch von allen genutzt werden³⁶. Dazu gehören insbesondere die bereits erwähnten Tatsachen und Daten zur physikalischen Umwelt oder die Naturerscheinungen³⁷, also auch die von einem Datenerzeuger erhobenen Daten. Ein Temperaturdatum ist daher urheberrechtlich nicht geschützt. Ansonsten würde der gemeinfreie Bereich immer kleiner³⁸. Diese Argumentation lässt sich auf den eigentumsrechtlichen Schutz der Daten übertragen: Daten dürfen nicht generell geschützt werden, will man das Gemeingut für alle bewahren³⁹.

E. Eigentumsrecht als Anreiz zur Gewinnung von Daten und Voraussetzung für deren Verkehrsfähigkeit

[Rz 21] Ein besonderer rechtlicher Schutz von Daten wird vor allem aus zwei wirtschaftlichen Gründen gefordert: Erstens wird geltend gemacht, dass ein Datenerzeuger nur dann Daten gewinnen würde, wenn ihm an den Daten ein Ausschliesslichkeitsrecht zustünde⁴⁰. Zweitens sollen über das Eigentumsrecht die Daten verkehrsfähig werden⁴¹. Auf diese beiden Argumente gehe ich im Folgenden ein.

1. Ausschliesslichkeitsrecht als Anreiz für die Erzeugung einzelner Daten?

[Rz 22] Braucht der Erzeuger eines Datums (oder einer Sequenz von Daten) als Anreiz ein Ausschliesslichkeitsrecht? Eine Grundannahme ist, dass jemand ein öffentliches Gut nur schafft, wenn er Trittbrettfahrer ausschliessen kann, z.B. durch ein Ausschliesslichkeitsrecht. Diese Annahme ist aber für einzelne Daten meistens nicht gültig. In der Regel kostet es den Erzeuger wenig Aufwand, ein einzelnes Datum zu erzeugen (z.B. die Temperatur an einem Ort zu messen). Er braucht den Anreiz eines Ausschliesslichkeitsrechts einzig bei grossen Beständen von Daten (z.B. weltweite Erfassung der Temperaturen), nicht aber nur für einzelne. Aus dieser Sicht wären daher nur ganze Datenbestände zu schützen, nicht aber einzelne Daten.

³⁴ Siehe Ziffer III.

³⁵ WERNER STIEGER, Das Urheberrecht schützt nur die Form. Eine überholte Binsenwahrheit, in: Martin Kurer/Didier Sangiorgio/Michael Ritscher/David Aschmann (Hrsg.), Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David zum 60. Geburtstag, Zürich 1996, S. 248.

³⁶ TROLLER (FN 30), S. 373.

³⁷ Siehe Ziffer III.

³⁸ JUSTIN HUGHES, Size Matters (Or Should) in Copyright Law, 74 Fordham L. Rev. 575 (2005), S. 614.

³⁹ Zu Recht fordert daher ZECH Schrankenbestimmungen, z.B. zugunsten der Wissenschaft, in dem von ihm befürworteten Recht des Datenerzeugers (ZECH [FN 4], Rz. 62); siehe zu möglichen Schrankenbestimmungen auch SPECHT (FN 2), S. 294.

⁴⁰ ZECH (FN 4), Rz. 54 ff. mit weiteren Differenzierungen; allerdings kann die Gewährung eines Ausschliesslichkeitsrechts den Anreiz für die Schaffung von Immaterialgütern auch beschränken («... the denial of a property right, including an intellectual property right can be as much an economizing device as the creation of one» (RICHARD A. POSNER, Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014, S. 401); kritisch dazu aber HÜRLIMANN/ZECH (FN 1), S. 92, weil es bereits heute (und ohne besonderen Schutz der Daten) Unternehmen gibt, deren Geschäftsmodell sich auf Daten stützt.

⁴¹ ZECH (FN 2), Rz. 57; sinngemäss auch ECKERT (FN 8), S. 249.

2. Eigentumsrecht als Voraussetzung für Verkehrsfähigkeit von Daten

a. Effizienzverluste aufgrund von Rechtsunsicherheit

[Rz 23] Meistens bestehen die für die digitale Wirtschaft wichtigen Daten aus Fakten. In vielen Fällen stammen sie aus unterschiedlichen Quellen, die die Daten jeweils selbstständig gewonnen haben. Oft ist dies für denjenigen nicht erkennbar, der die Daten gesammelt hat: Sind sie vom Dritten widerrechtlich kopiert oder selber gesammelt worden? Je unklarer aber ist, ob die Daten selbstständig gewonnen worden sind, desto grösser ist die Rechtsunsicherheit. Diese verursacht soziale Kosten; wirtschaftliche Akteure werden sich angesichts der Unsicherheit nicht gleich verhalten, wie wenn die rechtliche Situation klar ist⁴². Ein (vermeintlicher) Eigentümer der Daten wird auf eine Klage verzichten, obwohl sein Datum kopiert worden ist, ein anderer klagen, obwohl das Datum selbstständig gewonnen wurde und den Prozess verlieren. Das ist kostspielig⁴³ und führt zu Effizienzverlusten⁴⁴. Einzelne Fakten sollten daher nicht geschützt werden.

b. Property und Liability Rules bei Daten

[Rz 24] Property Rules sind eigentumsrechtliche Ansprüche. Der Inhaber kann diese Rechte gegenüber jedermann durchsetzen. Property Rules sind dort sinnvoll, wo die Transaktionskosten gering sind, weil die Parteien auf einfache Weise eine Einigung über ihre Übertragung finden. Sind die Transaktionskosten hoch, sind demgegenüber Liability Rules zweckmässig – also Ansprüche auf eine Gebühr für die Nutzung⁴⁵. Für die Nutzung braucht es keine Einwilligung des Inhabers der Rechte; der Nutzer muss dafür aber bezahlen⁴⁶. Der Anspruch der Verwertungsgesellschaft für die Nutzung eines urheberrechtlichen Werkes ist eine Gebühr, die auf Liability Rules gründet.⁴⁷

[Rz 25] Wollte ein Dritter Daten des Eigentümers nutzen, müsste er diese lizenzieren (damit er zur Nutzung der Property Rights berechtigt wäre). Da es für jedes einzelne Datum einen Eigentümer gäbe, müsste der Dritte für jedes Datum zuerst den Eigentümer eruieren und darauf eine Vereinbarung treffen – was immense Transaktionskosten verursachte. Um die Verkehrsfähigkeit einzelner Daten zu ermöglichen, ist ein reines sachenrechtliches Regime daher ungünstig. Vielmehr müsste es mit Liability Rules ergänzt werden, die von einer Verwertungsgesellschaft oder einer anderen Clearingstelle verwaltet würden.

⁴² BEN DEPOORTER, *Technology and Uncertainty: The Shaping Effect on Copyright Law*, 157 U. Pa. L. Rev. 2009, S. 1836 f.

⁴³ DEPOORTER (FN 42), S. 1850.

⁴⁴ WILLIAM M. LANDES/RICHARD A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge 2003, S. 102 f. (für urheberrechtliche Werke).

⁴⁵ Liability Rules werden von SCHÄFER/OTT als «haftungsrechtliche Ansprüche» bezeichnet (SCHÄFER/OTT (FN 7), S. 592).

⁴⁶ SCHÄFER/OTT (FN 7), S. 592; MERGER definiert die Liability Rules wie folgt: «... liability rules, are best described as take now, pay later» (ROBERT P. MERGES, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 Cal L. Rev. 1293 (1996), S. 1302). Vgl. dazu auch GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, *Kopisten, Kosten und das Urheberrecht im Internet*, AJP 1998, S. 1302.

⁴⁷ MERGES (FN 46), S. 1302.

c. Transaktionskosten aufgrund unbeschränkter Dauer des Eigentumsrechts

[Rz 26] Das Eigentum gilt zeitlich unbeschränkt. Bei Eigentum an Daten bedeutete dies Folgendes: Erstens würden die Kosten für das Auffinden des an den Daten Berechtigten höher, je länger das absolute Recht schon Bestand hätte.⁴⁸ Zweitens stiegen die Kosten für die Nutzung der Daten immer stärker. Mit der Zeit würde ein immer dichteres Netz an Eigentumsrechten an Daten entstehen, die Nutzer dieser Daten lizenzieren müssten.⁴⁹ Ein wie auch immer geartetes Recht des Datenerzeugers müsste daher zeitlich beschränkt sein⁵⁰, wie das auch für das Urheberrecht gilt.

d. Effiziente Nutzung von Daten und unbeschränkte Dauer des Eigentumsrechts

[Rz 27] Warum gilt das Eigentum an einer (körperlichen) Sache für unbestimmte Zeit? Die Sache ist ein privates Gut. Aus ökonomischer Sicht wird ein privates Gut effizient genutzt, wenn es jemandem (oder einer Gruppe) gehört. Dies ist bei Daten als öffentlichen Gütern anders: Sie sind nicht-rival und werden durch den Gebrauch nicht verbraucht. Öffentliche Güter wie Daten werden effizient genutzt, wenn sie alle brauchen dürfen⁵¹. Ein zeitlich unbeschränktes Eigentumsrecht an Daten ist daher nicht effizient. Offen bleibt, ob ein zeitlich beschränktes Ausschliesslichkeitsrecht als Anreiz für ihre Schaffung notwendig wäre⁵².

F. Kohärenz der Rechtsordnung

[Rz 28] Das Rechtssystem besteht aus Bestimmungen, die auf kohärenten Wertentscheidungen basieren⁵³. Für das Urheberrecht ist der Wertungsentscheid gefällt, dass Fakten und Tatsachen nicht geschützt sind. Dieser Entscheid darf m.E. nicht unterlaufen werden, indem der Sachbegriff so ausgeweitet wird, dass darüber auch einzelne Daten erfasst werden. Das hätte die merkwürdige Konsequenz, dass diese zwar in einem Werk durch das Urheberrecht nicht geschützt wären; gleichzeitig genössen sie aber als Sachen einen sogar weitergehenden Schutz durch das Eigentumsrecht.

[Rz 29] Der Wertungskonflikt lässt sich auch nicht beseitigen, wenn das Urheberrecht als *lex specialis* den Bestimmungen des Eigentumsrechts vorgeht⁵⁴. Denn die *lex specialis* – also das Urheberrecht – findet *exklusiv* Anwendung, wenn sie die Geltendmachung von Ansprüchen an insgesamt einschränkendere Bedingungen knüpft als die *lex generalis* (hier das Sachenrecht)⁵⁵. Dieses Verhältnis zwischen *lex specialis* und *lex generalis* wäre bei der Schaffung eines Ausschliesslichkeitsrechts des Datenerzeugers zu regeln.

⁴⁸ LANDES/POSNER (FN 44), S. 216 (für urheberrechtliche Werke).

⁴⁹ LANDES/POSNER (FN 44), S. 213 (für urheberrechtliche Werke).

⁵⁰ So würde ZECH für das von ihm de lege ferenda vorgeschlagene Recht des Datenerzeugers eine «sehr kurze Schutzdauer» vorsehen (ZECH (FN 4), Rz. 62).

⁵¹ ROBERT COOTER/ THOMAS ULEN, *Law and Economics*, 6. Aufl., Boston 2012, S. 103.

⁵² Siehe dazu Ziffer IV.E.1.

⁵³ ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., Bern 2013, S. 89.

⁵⁴ A.M. MARTIN ECKERT, *Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten*, SJZ 2016, S. 273 f.

⁵⁵ KRAMER (FN 53), S. 114.

V. Fazit

[Rz 30] Daten sind keine Sachen; an ihnen besteht kein Eigentumsrecht. Sie sind vielfältig durch die Rechtsordnung geschützt. Das geht vom vertrags-, straf-, datenschutz- und urheberrechtlichen bis zum lauterkeitsrechtlichen Schutz. Es bleibt zu klären, ob dieser Schutz den Anforderungen der digitalen Gesellschaft genügt.

[Rz 31] Sollten tatsächlich Lücken im Schutz der Daten bestehen, so wären diese im Rahmen eines neu zu schaffenden Ausschliesslichkeitsrechts zu füllen. Bei der Ausgestaltung hätte der Gesetzgeber auf den Charakter der Daten als öffentliches Gut Rücksicht zu nehmen (bezüglich Zeitdauer des Schutzrechts, Schrankenbestimmungen etc.). Die Bestimmungen des Sachrechts sind für den Schutz von Daten aber nicht geeignet.

GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Rechtsanwalt (Zürich).