

Eigentum in der digitalen Gesellschaft

Herausgegeben von
FRANZ HOFMANN,
BENJAMIN RAUE und
HERBERT ZECH

Mohr Siebeck

Eigentum in
der digitalen Gesellschaft



Eigentum in der digitalen Gesellschaft

Herausgegeben von
Franz Hofmann, Benjamin Raue
und Herbert Zech

Mohr Siebeck

Franz Hofmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.
orcid.org/0000-0001-9470-8613

Benjamin Raue ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, Recht der Informationsgesellschaft und des Geistigen Eigentums an der Universität Trier sowie Direktor des Instituts für Recht und Digitalisierung Trier (IRDT).
orcid.org/0000-0002-4652-7970

Herbert Zech ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Technik- und IT-Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie Direktor am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft.
orcid.org/0000-0003-4625-6602

ISBN 978-3-16-161492-7 / eISBN 978-3-16-161493-4

DOI 10.1628/978-3-16-161493-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC-BY-NC-ND BY 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Am 20.11.2020 fand unter der Schirmherrschaft des Weizenbaum-Instituts für die vernetzte Gesellschaft, der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, der Universität Trier und der Humboldt-Universität zu Berlin als Online-Veranstaltung eine Tagung über das „Eigentum in der digitalen Gesellschaft“ statt. Mit der Tagung ging der langgehegte Wunsch in Erfüllung, zusammen mit führenden Wissenschaftler*innen die Rolle des Sacheigentums in der Digitalisierung auszuleuchten.

Während die Unterscheidung von Körperlichem und Unkörperlichem beim Sacheigentum lange zu den selten diskutierten Fragen gehörte (etwa bei Abbildungsrechten), hat die Digitalisierung ihr zu neuer Bedeutung verholfen. Von der rechtlichen Zuordnung digitaler Daten bis hin zu einer möglichen digitalen Privatsphäre spielt das Sacheigentum bei der Bewältigung von Folgen der Digitalisierung eine wichtige Rolle. Es ergänzt so zunehmend das geistige Eigentum und den persönlichkeitsrechtlichen Schutz.

Der Tagungsband gibt nicht nur einen Überblick über die Herausforderungen, denen das Eigentum in der Digitalisierung begegnet. Er bietet auch grundlegende Untersuchungen zu Struktur und Funktion des Eigentums.

Wir hoffen, mit dem Band einen Beitrag zu einer Diskussion zu leisten, die noch weiter an Bedeutung gewinnen wird.

Der vorliegende Band erscheint im Wege des Open Access. Die Kosten der Veröffentlichung werden vom Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft getragen, wofür wir uns herzlich bedanken.

Franz Hofmann, Benjamin Raue, Herbert Zech

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Franz Hofmann, Benjamin Raue und Herbert Zech</i> Eigentum in der digitalen Gesellschaft	1
<i>Christine Osterloh-Konrad</i> Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive	9
<i>Dan Wielsch</i> Mitbestimmung durch Digitalrechte Zum Verhältnis von Eigentum und Gesellschaftsentwicklung	19
<i>Karl-Nikolaus Peifer</i> Strukturanalyse von Immaterialgüterrechten	49
<i>Marina Wellenhofer</i> Strukturanalyse des Sacheigentums	69
<i>Anne Lauber-Rönsberg</i> Befugnisse des Sacheigentümers Recht am Bild und Recht am Datum der eigenen Sache?	89
<i>Benjamin Raue</i> Das (Sach-)Eigentum als Teil der Informationsrechtsordnung Zugangsrechte, sachbezogene Datenerhebungen und Fotografien ...	109
<i>Ansgar Ohly</i> Zuweisung von Daten: immaterialgüterrechtliche Lösungen	135
<i>Wolfgang Kerber</i> Specifying and Assigning “Bundles of Rights” on Data An Economic Perspective	151
Autorenverzeichnis	177
Sachregister	179

Eigentum in der digitalen Gesellschaft

Franz Hofmann, Benjamin Raue und Herbert Zech

I. Zwei Eigentumsdiskurse in der Privatrechtswissenschaft

Privateigentum ist einer der zentralen Pfeiler der westlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnungen. Über das Sacheigentum werden körperliche Gegenstände dem Eigentümer zur exklusiven Nutzung zugewiesen. Sachen können nicht von beliebig vielen Menschen gleichzeitig genutzt werden. Das Sacheigentum dient daher der Regelung rivalisierender Nutzungskonflikte¹ und ermöglicht darüber hinaus einen „Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich“ und so eine „eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens“.² (Sach-)Eigentum drohte in der digitalen Gesellschaft zum Auslaufmodell zu werden. Die digitale Gesellschaft basiert auf Informationsverarbeitung, kurzum: immaterielle statt materielle Güter. Rechte an immateriellen Gegenständen sind in erster Linie die Domäne des Immaterialgüterrechts, das Nutzungshandlungen und damit die wirtschaftliche Verwertung immaterieller Gegenstände einzelnen Personen zuweist. Immaterialgüterrechte verknappen ubiquitäre und damit von verschiedenen Personen gleichzeitig nutzbare Güter durch Ausschließlichkeitsrechte künstlich. Sie sind daher in einer digitalen „Zugangsgesellschaft“ starken Rechtfertigungszwängen ausgesetzt. Außerdem muss deren Ausgestaltung – ausschließlich zugewiesene Nutzungshandlungen des Rechtsinhabers einerseits, Schranken zugunsten der Allgemeinheit andererseits – gerade im digitalen Umfeld regelmäßig neu verhandelt werden. Reformprozesse sind gerade im Urheberrecht regelmäßig von erheblichen gesellschaftlichen Diskussionen begleitet, was etwa der Gesetzgebungsprozess um die Einführung von „Uploadfiltern“³ veranschaulicht.⁴ Das Immaterialgüterrecht ist daher konstant gezwungen, sehr ausdif-

¹ Vgl. Zech, AcP 219 (2019), 488.

² BVerfGE 24, 367, 389.

³ Vgl. Art. 17 DSM-RL = RL (EU) 2019/790.

⁴ Der Generalanwalt des EuGH *Saugmandsgaard Øe* hat dies in seinen Schlussanträgen (C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 23 – *Polen/Rat und Parlament*) anschaulich beschrieben: „Der Richtlinienvorschlag [...] löste im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zahlreiche Debatten innerhalb des Parlaments und des Rates aus. Dieses Verfahren war auch von intensiven Lobbykampagnen der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und von Protestbekundungen aus der Zivilgesellschaft, aus akademischen Kreisen und von Sachwaltern der freien Meinungsäußerung geprägt [...]“.

ferenzierte Instrumentarien zu entwickeln, um die Interessengegensätze auszugleichen.

Weil Informationen aber typischerweise einen körperlichen Träger benötigen, um abgespeichert und wahrgenommen zu werden, kommt es nun in verschiedenen Dimensionen zu Überschneidungen von Sach- und Geistigem Eigentum. Problematisch ist dabei, dass das klassische Sachenrecht von der Logik eines rivalisierenden Nutzungskonflikts bestimmt wird, das Immaterialgüterrecht hingegen von einer Logik ubiquitärer Nutzungsmöglichkeiten. So prallen bei digitalen Sachverhalten unterschiedliche juristische Kulturen aufeinander.

Daher verwundert es nicht, dass viele Entwicklungen in der Privatrechtswissenschaft in zwei voneinander weitgehend getrennt ablaufenden Diskursen behandelt werden.⁵ Die Debatten im Recht des Geistigen Eigentums haben sich gegenüber dem allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Diskussionsstand stark verselbstständigt.⁶ Auch umgekehrt nimmt die allgemeine Zivilrechtswissenschaft von den Entwicklungen im Immaterialgüterrecht kaum Kenntnis.⁷ Ganz anschaulich kommt es für den Ausgang von Rechtsstreitigkeiten über das „Recht am Bild der eigenen Sache“ entscheidend darauf an, ob der „Urheberrechtssenat“ (I. Zivilsenat) oder der „Grundstückssenat“ (VI. Zivilsenat) des Bundesgerichtshofs das Urteil fällen darf. Auf die einschlägige Rechtsfrage wird zurückzukommen sein.

Der vorliegende Tagungsband unternimmt einen Versuch, die beiden Diskurse zum „Eigentum“ im bürgerlichen Recht und im Immaterialgüterrecht zusammenzuführen.⁸ Bei der interessengerechten Ausgestaltung der jeweiligen „Rechtszuweisungsinstrumente“ kann die Fruchtbarmachung des bürgerlich-rechtlichen respektive immaterialgüterrechtlichen Fundus einen Erkenntnisgewinn bringen.

⁵ Nachweise im Hinblick auf die „Störerhaftung“ bei *F. Hofmann*, ZfPW 2021, 385.

⁶ Dazu allgemein bereits *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 37–44.

⁷ Dies beklagt auch *Wagner*, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, S. 589, 598 f.; ähnlich *Ahrens*, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, S. 3, 5; *Ohly*, in: Klippel/Löhnig/Walter, Grundlagen und Grundfragen des Bürgerlichen Rechts: Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Dieter Schwab, 2016, S. 165.

⁸ So schon für den Unterlassungsanspruch rechtsgebietsübergreifend *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017; für den Schadensersatzanspruch *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017.

II. Beispiele von Diskursüberlappungen

1. Rechtfertigungsdiskurs

Eine erste Überschneidung ergibt sich beim „Rechtfertigungsdiskurs“. Das Recht des Geistigen Eigentums hat breite und intensive Erfahrungen mit Rechtfertigung von Rechtezuweisung an unkörperlichen Gütern. Das Sacheigentum ist zwar in seinem Kern allgemein anerkannt, wird dennoch in jüngerer Zeit wieder in Frage gestellt, was zugleich die Rechtfertigungsdebatte neu beflügelt hat.⁹ Sich der Begründung gerade auch des Sacheigentums zu vergewissern, ist schon deshalb notwendig, weil das Sacheigentum – wie im Folgenden dargelegt werden wird – auch für den (indirekten) Schutz von unkörperlichen Gütern fruchtbar gemacht werden kann. In diesem Zusammenhang lohnt sich ein Blick auf die historischen Wurzeln von Eigentumsrechten, die soziologische Bedeutung von Privateigentum und die ökonomische Funktion. Allen voran die Beiträge von *Christine Konrad-Osterloh*,¹⁰ *Dan Wielsch*¹¹ und *Wolfgang Kerber*¹² nehmen sich dem an. Insbesondere das Verhältnis von Exklusiv- und Zugangsrechten muss neu justiert werden. Inwieweit überzeugt dabei die Idee von „ownership“ auch im Digitalzeitalter? Wie steht es um die Berücksichtigung von Allgemeininteressen?¹³

2. Zuweisung von Vermögenswerten

Die umstrittene vermögenswerte Zuweisung von Daten in Form eines „Dateneigentums“ zeigt, dass sowohl bürgerliches Recht als auch Immaterialgüterrecht für sachgerechte Lösungen gefragt sind. Unbestritten ist, dass Daten, jedenfalls in akkumulierter Form, erheblichen ökonomischen Wert haben. Zudem gelten sie als Weichenstellung für aktuelle und zukünftige datengetriebene Geschäftsmodelle. In der „klassischen“ Zivilrechtswissenschaft findet sich eine Strömung, die „Datenrechte“ mit der Eigentümerstellung am Trägermedium verknüpfen will.¹⁴ Jedoch sind Daten als immaterielle Güter streng von körperlichen Gegenständen zu trennen. Deswegen schlagen andere vor, ein eigenständiges Recht für die exklusive Zuweisung von Daten

⁹ *Schuppert*, Eigentum neu denken. Ein Rechtsinstitut zwischen Wandel und Resilienz, 2019.

¹⁰ In diesem Band, S. 9 ff.

¹¹ In diesem Band, S. 19 ff.

¹² In diesem Band, S. 151 ff.

¹³ Im Hinblick auf die Durchsetzung von Patenten vgl. *Stierle*, Der quasi-automatische Unterlassungsanspruch im deutschen Patentrecht. Ein Beitrag im Lichte der Reformdiskussion des § 139 I PatG, GRUR 2019, 873, 878 f.

¹⁴ Beispielsweise *Riehm*, in: Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, 2018, S. 73, 82 ff.

zu schaffen. Die Diskussion wird oft darum geführt, wem die unterschiedlichsten Daten „gehören“.¹⁵

Hierbei wird in der allgemeinen zivilrechtlichen Diskussion oft zu wenig beachtet, dass durch die Einführung eines solchen Dateneigentumsrechts die sehr ausdifferenzierte Ausgestaltung und die damit bewusst einhergehende Beschränkung von Immaterialgüterrechten mit einem Handstreich obsolet gemacht werden könnte. Die vorgeschlagenen Lösungen fordern für den Schutz von Daten im Regelfall weder eine Schöpfungshöhe wie Datenbankwerke noch „eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition“ wie der sui-generis-Datenbankschutz noch sonst Anforderungen an eine besondere Leistung. Auch ist der Schutzzumfang oft ganz erheblich. Deswegen stellt sich hier besonders die Frage nach der Rechtfertigung eines Daten„eigentums“, das an keine besondere Leistung des Eigentümers geknüpft ist. Für die Begründung von Immaterialgüterrechten muss einerseits dargelegt werden, welche besondere Leistung durch das Schutzrecht angereizt oder belohnt werden soll, andererseits, dass ohne den rechtlichen Schutz ein Marktversagen droht. Zudem sind die zugewiesenen Ausschließlichkeitsrechte des Inhabers und die Schranken zugunsten der Allgemeinheit sehr ausdifferenziert.

Möglich bleibt, auf das bewährte, vor kurzem reformierte Instrument des Geschäftsgeheimnisschutzes abzustellen. Aber auch hier stellt sich dieselbe, weitgehend ungeklärte Frage, wer „rechtmäßiger“ Geheimnisinhaber ist, wenn die geheime Information in fremden Erzeugnissen generiert wird.¹⁶ Stehen die Nutzungsdaten, die an einer Maschine angebrachte Sensoren generieren, daher dem Hersteller der Maschine zu, der jene Daten kontrollieren kann? Oder ist am Geschäftsgeheimnis auch der Eigentümer der Maschine berechtigt? Wahrscheinlich kommt es maßgeblich auf die vertraglichen Abreden an, wobei für deren Inhaltskontrolle natürlich ein Maßstab zu entwickeln ist. *Ansgar Ohly* greift in seinem Beitrag die Debatte um ein Dateneigentum im Sinne eines privatrechtsübergreifenden Diskurses auf.¹⁷

3. Mittelbare Zuordnung durch Kontrolle des Zugangs

Auch ohne „Dateneigentum“ kann ein indirekter Schutz von Daten dadurch gewährleistet werden, dass der Sacheigentümer den Zugang zu den Daten kontrollieren darf.¹⁸ Selbst wenn die Daten, beispielsweise auf einem USB-

¹⁵ Zum „Dateneigentum“ *Amstutz*, AcP 218 (2018), 438; *Fezer*, MMR 2017, 3; *Steinrötter*, in: *Specht-Riemenschneider* (Hrsg.), *Digitaler Neustart*, 2019, S. 17; *Sattler*, in: *Sassenberg/Faber* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things*, 2020, S. 35 ff.; *Wiebe*, GRUR Int. 2016, 877; *Specht*, CR 2016, 288; *Zech*, GRUR 2015, 1151; *ders.* CR 2015, 137; *Dorner*, CR 2014, 617; *Hoeren*, MMR 2013, 486.

¹⁶ *Zech*, GRUR 2015, 1151, 1155 f.

¹⁷ In diesem Band, S. 135 ff.

¹⁸ *Raue*, NJW 2019, 2425.

Stick, nicht dessen Eigentümer zugewiesen sind, kann der Eigentümer die Nutzung des USB-Sticks und damit den Zugriff auf die Daten kraft seines Eigentumsrechts untersagen. Das bewirkt indirekt einen Datenschutz. Diese Sichtweise wirft wiederum Fragen auf, wenn die Daten auf Drittservern gespeichert sind. Kann allein der elektronische Zugriff auf einen „fremden“ Server eine Eigentumsverletzung begründen?

Es handelt sich dabei um kein neues Konzept: So werden etwa die „Fernsehrechte“ an Sportveranstaltungen konstruiert. Hier existiert kein genuines immaterialgüterrechtliches Leistungsschutzrecht.¹⁹ Der Rechtsschutz wird vielmehr auch hier indirekt über das Eigentumsrecht („Hausrecht“) besorgt, das dann durch ein Leistungsschutzrecht an den erstellten Aufnahmen verlängert wird.

Ein weiteres Beispiel für die mittelbare Zuordnung von Informationen durch die Kontrolle und Ausgestaltung von Zugang ist das Fotografieren fremder Sachen. Diesen Aspekt vertiefen mit unterschiedlichen Perspektiven *Anne Lauber-Rönsberg*²⁰ und *Benjamin Raue*²¹ in diesem Band. Ein Immaterialgüterrechtsschutz besteht vielfach nicht oder ist vom Gesetzgeber sogar ausdrücklich ausgeschlossen.²² Nach der sachenrechtlichen Rechtsprechung des V. Zivilsenats soll der Sacheigentümer eines Grundstücks dennoch gegen Fotografien vorgehen dürfen, die rechtswidrig auf seinem Grundstück angefertigt wurden.²³ Auf diese Weise kann das Eigentumsrecht die Wertungen des Immaterialgüterrechts faktisch aushöhlen und zu einer „Remonopolisierung“ gemeinfreier Werke führen – jedenfalls wenn es nur noch wenige Werkstücke gibt. Deswegen wird dieses Ergebnis von der immaterialgüterrechtlichen Literatur teilweise harsch kritisiert.²⁴ Andererseits weist das Eigentum am Grundstück dessen Inhaber den wirtschaftlichen Wert sämtlicher Betätigungen zu, die in dessen räumlichen Grenzen vorgenommen werden.²⁵ Strukturell entspricht ein solcher Schutz faktisch gesicherter Vermögenspositionen dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen, der dem Geheimnisinhaber

¹⁹ BGH, Urteil vom 28.10.2010 – I ZR 60/09 = GRUR 2011, 436 – Hartplatzhelden.de.

²⁰ In diesem Band, S. 89 ff.

²¹ In diesem Band, S. 109 ff.

²² Vgl. nun Art. 14 DSM-RL = RL (EU) 2019/790; zuvor noch BGH, Urteil vom 20.12.2018 – I ZR 104/17 = GRUR 2019, 284 – Museumsfotos mit Anm. *Zech* zum Schutz von Reproduktionsfotografien nach § 72 UrhG; vgl. *Schulze*, Museale Reproduktionsfotografien und Bildrechte an der eigenen Sache, in: *Weller/Kemle/Dreier/Michl* (Hrsg.), *Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography*, 2018, S. 104.

²³ BGH, Urteil vom 1.3.2013 – V ZR 14/12 = NJW 2013, 1809 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; BGH, Urteil vom 17.12.2010 – V ZR 45/10 = GRUR 2011, 323 – Preußische Gärten und Parkanlagen I.

²⁴ Vgl. z. B. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 280 ff.; *ders.*, AcP 219 (2019), 488; *Schack*, JZ 2013, 743: „Fehlurteil“.

²⁵ *Staudinger/Althammer*, BGB, Neubearb. 2020, § 903 Rn. 5.

bei einem Bruch des Geheimnisses ebenfalls Ansprüche in Bezug auf Gegenstände zuspricht, deren Herstellung der Geheimnisbruch ermöglicht hat (§ 2 Nr. 4 i. V. m. § 4 III GeschGehG).²⁶

Auf den Prüfstand gestellt werden muss diese Rechtsprechung auch aus anderem Anlass: Art. 14 DSM-RL²⁷ verpflichtet die Mitgliedstaaten „nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte [zu schützen], es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar“.²⁸

Darüber hinaus ermöglicht das Eigentumsrecht dem Sacheigentümer, den Zugang zu Werkstücken zu kontrollieren, und sich faktisch über den Abschluss von Verträgen auch deren immateriellen Gehalt zuweisen zu lassen. Insbesondere Museen und Archive mit im Wortsinne einzigartigen kulturellen Zeugnissen gewähren Zugang zu ihren Exponaten nur gegen die Verpflichtung, keine Vervielfältigungen öffentlich zugänglich zu machen oder an Dritte weiterzugeben. Hierbei müssen die Wirksamkeitsbedingungen in den Fokus genommen werden, nicht zuletzt um für den Schutz immaterieller Güter („Kulturgüter“) eine privatrechtsübergreifend konsistente Lösung anzubieten.

4. Informations- und kommunikationspolitische Dimension

Die mittelbare Informationskontrolle des Sacheigentümers hat noch eine bislang kaum beachtete informations- und kommunikationspolitische Dimension. Wenn dem Sacheigentümer Ansprüche gegen den Inhaber von Informationen zustehen, die letzterer unter Verstoß gegen das Eigentumsrecht erlangt hat: wie weit reichen diese? Und wie können entgegenstehende Informationsbedürfnisse der Allgemeinheit berücksichtigt werden?²⁹ Veranschaulichen kann dies der weitgehend unbekannt Fall der Filmdokumentation „Unlike U“ über die Berliner Sprayerszene.³⁰ Die Berliner Verkehrsbetriebe wollten auf Grundlage ihres Eigentums an den Betriebsanlagen gegen die Veröffentlichung der Filmabschnitte vorgehen, die auf ihren Bahnhöfen oder in den S-Bahnen gefilmt wurden. Auch der Eigentümer eines Schweinestalls ging – allerdings gestützt auf sein Unternehmenspersönlichkeitsrecht – gegen eine Dokumentation vor, die Missstände bei der Tierhaltung aufzeigen wollte, sich aber Filmaufnahmen bediente, die bei einem Einbruch in die Ställe entstanden waren.³¹ Bei konsequenter Anwendung der

²⁶ Dazu Raue, NJW 2019, 2425, 2428.

²⁷ RL (EU) 2019/790.

²⁸ Vgl. GRUR-Stellungnahme 2019, 1140, 1151.

²⁹ Dazu Raue, KUR 2012, 166.

³⁰ KG, Urteil vom 25.10.2012 – 10 U 136/12 = GRUR 2013, 628.

³¹ BGH, Urteil vom 10.04.2018 – VI ZR 396/16 = NJW 2018, 2877.

Preußische Gärten und Parkanlagen-Rechtsprechung des V. Zivilsenats stellen nicht nur das Besprayen der Züge und das Einbrechen in die Ställe, sondern auch die ungenehmigten Filmaufnahmen eine Eigentumsverletzung dar. Wie kann dann aber das Informationsinteresse der Öffentlichkeit berücksichtigt werden?

Der Eingriff in das Eigentumsrecht indiziert dessen Rechtswidrigkeit. Im Immaterialgüterrecht werden die ökonomischen Interessen der Rechteinhaber und das Informationsinteresse der Allgemeinheit durch Schranken in Einklang gebracht, bei der die entgegenstehenden, grundrechtlich geschützten Kommunikationsfreiheiten berücksichtigt werden müssen.³² Auch das GeschGehG und das Unternehmenspersönlichkeitsrecht setzen sich im Übrigen nicht gegen überwiegende Allgemeininteressen durch. Es ist daher von besonderer rechtlicher Relevanz, wie das Allgemeininteresse bei Eingriffen in der (Sach-)Eigentumslogik berücksichtigt werden kann.³³

5. Verhältnis von Soft- und Hardware

Ein weiteres Beispiel für die Verschränkung immaterieller und materieller Logiken sind moderne Produkte, die sich durch ein komplexes Zusammenspiel aus Hard- und Softwarekomponenten auszeichnen. Weil das physische Produkt oft von Softwarekomponenten gesteuert wird, entscheiden letztlich letztere über die Funktion und Nutzung des Produkts, so dass immaterielle Nutzungsbefugnisse die Sachherrschaft als maßgebliches Steuerungsmittel ablösen. Statt eines reinen Austauschvertrages bekommt der Vertrag zunehmend den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses.³⁴ In diesem Kontext stellt sich aber vor allem die Frage, wie der Sacheigentümer des Produkts auf Funktionsstörungen reagieren kann, die durch Handlungen des Herstellers über die Software ausgelöst werden.³⁵ Wie ist es beispielsweise zu bewerten, dass über die Software der Startmechanismus eines PKW deaktiviert wird, weil dessen Besitzer gegenüber seinem Vertragspartner bestimmte Pflichten nicht erfüllt hat? Während hierbei eine Umgehung der Vorschriften zur Zwangsvollstreckung droht,³⁶ erweist sich wiederum das Verhältnis von körperlichen Gütern zu digitalen Nutzungen als problematisch. Entsprechend wird in der Literatur diskutiert, ob die besitzrechtlichen Selbsthilferechte hier fruchtbar gemacht werden können.³⁷

³² Vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 30.4.2020 = GRUR 2020, 853 – Afghanistan Papiere II.

³³ Vgl. dazu die unterschiedlichen Ansätze von *Lauber-Rönsberg*, in diesem Band, S. 89, 95 ff. und *Raue*, in diesem Band, S. 109, 125 ff.

³⁴ Beispiel: Updateverpflichtungen, dazu *Raue*, CR 2018, 277; *ders.*, NJW 2017, 1841.

³⁵ Dazu die Erlanger Dissertation von *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge. Einsatz und Umgehung, 2022.

³⁶ Vgl. *Matzke*, Smart contracts statt Zwangsvollstreckung?, in: Fries (Hrsg.), Smart Contracts, 2019, S. 99.

³⁷ *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98; *Riehm*, Smart Contracts und verbotene Eigenmacht, in: Fries (Hrsg.), Smart Contracts, 2019, 85.

6. Rechtsdurchsetzung

Sacheigentum und Geistiges Eigentum kennen ähnliche Strukturprinzipien, wie *Nikolaus Peifer* und *Martina Wellenhofer* aus immaterialgüterrechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Perspektive in Erinnerung rufen.³⁸ Eine gegenseitige Befruchtung der Diskurse im allgemeinen Zivilrecht und dem Recht des Geistigen Eigentums kann in diesem Sinne speziell im Kontext der Rechtsdurchsetzung beobachtet werden. Während in der immaterialgüterrechtlichen Literatur eine schier unüberschaubare Fülle an Literatur zur Haftung von Online-Plattformen zu finden ist³⁹ und vom europäischen wie auch dem deutschen Gesetzgeber innovative Haftungsmodelle eingeführt werden (Art. 17 DSM-RL/UrhDaG), wird die damit einhergehende Durchdringung des Problems der Haftung von Intermediären in der Literatur zu § 1004 BGB kaum registriert.⁴⁰ Hier besteht ein Forschungsdesiderat, auch wenn es mittlerweile erste Beiträge gibt, die die beiden Diskurse zusammenführen.⁴¹ Auch beim Schadensersatz ist etwa zu fragen, ob die im Immaterialgüterrecht anerkannte Methode der dreifachen Schadensberechnung auch auf Verträge über immaterielle Güter zu übertragen wäre.⁴²

III. Fazit

Allen Beispielen ist gemein, dass – wie ausgeführt – Erkenntnisse der Immaterialgüterrechtswissenschaft im allgemeinen Privatrecht fruchtbar gemacht werden können und umgekehrt. Es ist das zentrale Anliegen dieses Bandes die beiden Diskurse im Sinne einer gegenseitigen Befruchtung weiter zusammenzuführen.

³⁸ In diesem Band, S. 49 ff.; 69 ff.

³⁹ Vgl. nur *Ohly*, ZUM 2015, 308; *F. Hofmann*, JuS 2018, 713.

⁴⁰ Vgl. zu sich abzeichnenden Änderungen *F. Hofmann*, ZfPW 2021, 385, allen voran unter Verweis auf die jüngste Schrift von *Picker*, Die Störerhaftung von Mittelspersonen als Beispiel für das System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz im Privatrecht, in: *ders.*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019.

⁴¹ *Wagner*, GRUR 2020, 329 (Teil 1) und GRUR 2020, 447 (Teil 2); *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, Tübingen 2019.

⁴² *Flöter/Königs*, ZUM 2012, 383; *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, S. 572 ff.

Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive

Christine Osterloh-Konrad

I. Einleitung

Das Ziel dieses Bandes ist es, eine Brücke zu schlagen zwischen der zivilrechtswissenschaftlichen Diskussion um das Sacheigentum einerseits und den Debatten um Ausschließlichkeitsrechte im Immaterialgüterrecht andererseits. Dieser Versuch eines Brückenbaus wäre unvollständig, wollte man dabei nicht auch die Frage nach der Legitimation von derlei Ausschließlichkeitsrechten überhaupt in den Blick nehmen. Denn die rechtsphilosophische Legitimationsfrage stellt sich in ähnlicher Weise in beiden Kontexten: Welcher Gedanke bzw. welche Gedanken rechtfertigen es, Güter bestimmten Personen in der Weise zuzuordnen, dass sie alle anderen von der Nutzung dieser Güter ausschließen können?

Diese Frage hat Theoretiker des Rechts zu allen Zeiten beschäftigt und zu verschiedenen Lösungsansätzen geführt. Ziel der folgenden Zeilen ist es nicht, diese Debatte erschöpfend aufzuarbeiten; sie möchten lediglich einen knappen Überblick über einige besonders wirkmächtige Begründungsmuster geben und auf dieser Basis einige Bemerkungen zu einer Form von Ausschließlichkeitsrecht formulieren, zu der derzeit *de lege ferenda* verschiedentlich Überlegungen angestellt werden: dem Eigentum an Daten.¹

II. Das Sacheigentum

Die philosophische Frage nach der Rechtfertigung von Privateigentum beginnt naturgemäß mit dem Sacheigentum, da es die augenfälligste Form eines Ausschließlichkeitsrechts an etwas ist, das außerhalb der eigenen Person liegt.

Dass eine Person im Rechtssinne verletzt wird, wenn sie eingesperrt, verwundet oder getötet wird, erscheint kaum begründungsbedürftig. Doch dass ihr Rechtskreis über den eigenen Körper hinaus erweiterungsfähig ist, dass es

¹ S. etwa *Fezer*, Repräsentatives Dateneigentum, 2018 (pro); *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24 ff. (contra).

also etwas in der Außenwelt geben kann, mit dem ich, in den Worten *Immanuel Kants*, „so verbunden bin, daß der Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen möchte, mich lädieren würde“², ist nicht ohne weiteres einsichtig. Schon dieses Verhältnis einer Person zu einer Sache, dieses Herrschaftsrecht, ist klärungsbedürftig, beschränkt man sich nicht auf die Feststellung, dass das positive Recht die Existenz eines solchen eben anordne.

Hiervon zwar nicht trennscharf abgegrenzt, aber doch unterscheidbar ist die Frage nach der Begründung des *Privateigentums* als Alternative zu Kollektiv- oder sogar Gemeineigentum. Besonderer Rechtfertigungsbedarf besteht hier wegen der Ausschlussfunktion. Es versteht sich nicht von selbst, dass (in kapitalistischen Systemen fast alle) Sachen einer Person in der Weise zugeordnet sein sollten, dass sie alle anderen von deren Gebrauch ausschließen kann (§ 903 BGB), anstatt den Mitgliedern der jeweiligen Gemeinschaft gleichberechtigten Zugriff darauf zu gewähren. In der „klassischen“ Vertragstheorie stellte sich das Problem der Rechtfertigung des *Privateigentums* zudem vor dem Hintergrund eines historisch-fiktionalen Narrativs vom Urzustand, in welchem die Erde allen Menschen gemeinsam gehörte.³

Schließlich besitzt die Frage nach der Legitimation der privaten Eigentumsordnung noch eine dritte Dimension: die der konkreten Verteilung unter den Rechtssubjekten. Hier ging und geht es verschiedenen Eigentumstheorien entweder darum, den *status quo* der Verteilung mit einer mehr oder minder überzeugenden Legitimationsgrundlage zu versehen,⁴ oder darum, künftige Abweichungen von diesem *status quo* zu begründen, d.h. eine Umverteilung unter den Eigentümer-Bürgern zu rechtfertigen.

1. Legitimationsansätze

Für viele Denker lässt sich die Frage des „Ob“ von *Privateigentum* bereits durch einen Verweis auf die positiven Effekte dieser Institution klären. Schon früh taucht in der Philosophiegeschichte der Gedanke auf, dass *Privateigentum* dadurch legitimiert werden könne, dass seine Existenz neben dem Privat- auch dem Gemeinwohl förderlich sei. So sprechen für *Aristoteles* vor allem drei Gründe für Privat- statt Kollektiveigentum: *Privateigentum* sorgt dafür, dass mit den Sachen sorgfältiger umgegangen wird, als wenn sie allen gemeinsam zustehen; *Privateigentum* setzt Leistungsanreize; und eine private Eigentumsordnung weist Gegenstände eindeutig zu und verringert daher das

² Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797/1997 (hrsg. v. W. Weischedel), S. 353.

³ S. nur *Locke*, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 1689/2020 (hrsg. v. W. Euchner), II. § 25 ff.

⁴ S. etwa die *entitlement theory* von *Robert Nozick*, in: *Anarchy, State, and Utopia*, 1974.

Streitpotential.⁵ Ähnliche Überlegungen finden sich in der Eigentumstheorie zu allen Zeiten, etwa bei *David Hume*⁶ im 18. Jahrhundert; der heutige Leser erkennt hier bereits Anklänge moderner wohlfahrtsökonomischer Überlegungen.

In *Immanuel Kants* deontologischer Ethik ist naturgemäß kein Platz für derlei folgenorientierte Begründungsmuster. Er rechtfertigt Eigentum als „rechtliches Postulat der praktischen Vernunft“ durch den Gedanken, dass die Vernunft sich selbst widerspräche, wenn sie Sachen aus der Zuordnung zum Freiheitsraum der Rechtspersonen ausschließen würde; denn die Folge einer solchen Maxime wäre eine Freiheitseinschränkung, die nicht durch die Freiheit anderer Rechtspersonen legitimierbar, *ergo* nicht erforderlich wäre.⁷ Infolgedessen ist das Privatrecht in *Kants* Rechtstheorie dem öffentlichen Recht vorangestellt. Der Zusammenschluss im Staat folgt logisch aus der Vernunftnotwendigkeit des Privateigentums, da nur in einer Ordnung mit Gewaltmonopol Eigentumspositionen wirklich gesichert werden können.⁸

Die ausgesprochen wirkmächtige Eigentumstheorie *John Lockes* basiert ebenfalls auf dem Grundgedanken, dass Eigentum der Freiheitsentfaltung des Individuums dient. Daher ist auch bei *Locke* das Eigentum dem Staat vorgelagert; dieser wird mit dem Gesellschaftsvertrag errichtet, um die Eigentumsordnung zu stabilisieren.⁹ Anders als bei *Kant* erfolgt der Eigentumserwerb für *Locke* jedoch nicht einfach durch Ergreifung einer Sache (Usurpation), sondern durch (mindestens ein geringfügiges Maß an) Arbeit: In seinem *Second Treatise of Government* begründet er das Sacheigentum über den Gedanken, dass der Mensch durch seine Arbeit etwas Eigenes mit dem bearbeiteten Gegenstand verbinde.¹⁰ Diese Begründung ermöglicht es ihm, nicht nur das Privateigentum als Institution, sondern auch eine konkrete Verteilung unabhängig vom Staat zu legitimieren. Damit stehen *Locke* und die von ihm inspirierten Autoren in deutlichem Gegensatz zu Theorien, für welche die Verteilung von Eigentumsrechten lediglich über einen Konsens gerechtfertigt werden kann¹¹ oder sogar schlicht als Konvention begriffen werden muss.¹²

⁵ *Aristoteles*, Politik, 2. Buch 5. Kapitel.

⁶ *Hume*, An Inquiry Concerning the Principles of Morals, 1777, Sec. III Part I.

⁷ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797/1997 (hrsg. v. W. Weischedel), S. 354.

⁸ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797/1997 (hrsg. v. W. Weischedel), S. 366.

⁹ *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1689/2020 (hrsg. v. W. Euchner), II. §95, § 123.

¹⁰ *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1689/2020 (hrsg. v. W. Euchner), II. §28.

¹¹ S. beispielhaft *Rousseau*, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762, Livre I Chapitre IX: Eigentümer als Sachwalter des Gemeinguts.

¹² *Hume*, A Treatise of Human Nature, Book III Part II Sec. II; *Murphy/Nagel*, The Myth of Ownership: Taxes and Justice, 2002.

2. Leitfragen in der Eigentumsbegründung

Bei einer Durchsicht der verschiedenen, in der Philosophiegeschichte angebotenen Begründungen von Eigentumsrechten lassen sich Leitfragen identifizieren, die über die Jahrhunderte hinweg immer wieder auftauchen und unterschiedlich beantwortet werden.

Da ist zunächst die Frage nach der Vorstaatlichkeit von Privateigentum, die je nach Theorie im Rahmen eines (quasi-)historischen Narrativs¹³ oder einer gedanklichen Legitimationskette¹⁴ erörtert wird. Erst das Eigentum, dann der Staat – oder ist jede Zuordnung von Eigentumsrechten per se durch die Existenz einer staatlichen Ordnung bedingt? Die letztgenannte Position vertraten *Thomas Hobbes*¹⁵ und *David Hume*¹⁶; in jüngerer Zeit wurde sie ausführlich von *Thomas Nagel* und *Liam Murphy* begründet, die auf dieser Basis eine eindrucksvolle Theorie zur Bewertung der Gerechtigkeit von Steuerrechtsordnungen entwickelt haben.¹⁷ Für diejenigen, die umgekehrt – wie *Immanuel Kant* und *John Locke* – von der Vorstaatlichkeit des Eigentums ausgehen, hat Eigentum unabhängig von der jeweiligen staatlichen Ordnung einen eigenständigen Gerechtigkeitsgehalt. Dabei betont *Kant* vor allem die freiheitserweiternde Funktion des Privateigentums, während in der Theorie *Lockes* durch die Beimischung der eigenen Arbeit die Persönlichkeit des Eigentümers stärker in den Vordergrund rückt.

Mit dem jeweiligen Begründungsansatz unmittelbar verknüpft ist die Antwort auf eine zweite Frage: Ist das Eigentum als rechtliche Beziehung zu einer Sache aufzufassen oder als rechtliche Beziehung zwischen Personen? Danach entscheidet es sich, ob es denkbar erscheint, die Zuweisung einer konkreten Eigentumsposition durch einen einseitigen Akt (z.B. Usurpation oder Bearbeitung einer Sache) zu legitimieren, oder ob es stets eines Konsenses (und sei es auch nur in Form eines ursprünglichen Gesellschaftsvertrags) bedarf, um von einem subjektiven Recht des Eigentümers sprechen zu können. Die gewählte gedankliche Konstruktion des Eigentums bestimmt schließlich auch über dessen Bedingungen, insbesondere über die Frage, ob seine Legitimation als Ausschließlichkeitsrecht an Gütern die Knappheit dieser Güter notwendigerweise voraussetzt.¹⁸

¹³ S. etwa *Rousseau*, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, 2^{ème} partie; *John Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1689/2020 (hrsg. v. W. Euchner), II. 5. Kapitel.

¹⁴ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797/1997 (hrsg. v. W. Weischedel), S. 366.

¹⁵ *Hobbes*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, 1651/1996 (hrsg. v. Iring Fetscher), 13. Kapitel.

¹⁶ *Hume*, A Treatise of Human Nature, Book III Part II Sec. II.

¹⁷ *Murphy/Nagel*, The Myth of Ownership: Taxes and Justice, 2002.

¹⁸ In diesem Sinne *Hume*, An Inquiry Concerning the Principles of Morals, 1777, Sec. III Part I.

III. Das „Geistige Eigentum“

Dass das „Geistige Eigentum“, die Immaterialgüterrechte, in besonderer Weise begründungsbedürftig erscheint, liegt vor allem daran, dass es seinem Gegenstand an eben dieser Knappheit fehlt – bzw., wie man es etwas moderner vielleicht präzisieren würde, an der Rivalität im Gebrauch. Eine gute Idee lässt sich beliebig vervielfältigen; sie nutzt sich nicht dadurch ab, dass mehrere Personen anstatt einer einzigen sie zu eigenen Zwecken, insbesondere zur Gewinnerzielung einsetzen.

1. Legitimationsansätze

Infolgedessen lässt sich für die Legitimation von Ausschließlichkeitsrechten an immateriellen Gütern nicht auf Ansätze zurückgreifen, welche eine Güterknappheit voraussetzen. Ebenso wenig gelingt auch die Übertragung einer Argumentation, die zentral auf die Erweiterung der Freiheit des Individuums durch Aneignung von Gegenständen der Außenwelt (in der Terminologie Kants: von Gegenständen der Willkür) abstellt. Denn das kantianische Argument, es sei vernunftwidrig, Gegenstände vom Bereich individueller Freiheitsentfaltung auszuschließen, mag zwar für körperliche Sachen einleuchten; für immaterielle Produkte menschlichen Schaffens greift es jedoch nicht, weil diese durch das Fehlen eines Ausschließlichkeitsrechts gerade nicht vom Gebrauch ausgeschlossen, sondern im Gegenteil dem Gebrauch (durch alle) zugänglich gemacht werden.

Drei andere Begründungsmuster stehen daher im Vordergrund. Erstens lässt sich an die Arbeitstheorie *John Lockes* anknüpfen. Liegt die zentrale Begründung für die individuelle Zuweisung eines Ausschließlichkeitsrechts an einer Sache in der Beimischung von Arbeit, so erscheint es einleuchtend, Personen *erst recht* ein Ausschließlichkeitsrecht an Produkten ihres eigenen Verstandes oder ihrer kreativen Schaffenskraft zuzuordnen. Eng damit verwandt sind zweitens Begründungsansätze über das personale Element des Eigentums: Wer – wie etwa *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* – für die Eigentumsbegründung bei der Feststellung anhebt, dass wir Eigentümer unserer selbst sind,¹⁹ für den muss es fast schon selbstverständlich sein, dass Produkte geistigen Schaffens als Ausdrucksformen der Persönlichkeit ihren Schöpfern ausschließlich zugewiesen werden. Beide Begründungen besitzen insbesondere für das Urheberrecht eine hohe Überzeugungskraft, weil im künstlerischen Werk die Persönlichkeit des Urhebers deutlich hervortritt.

Drittens kommt – in der Tradition *David Humes* – die bekannte wohlfahrtsökonomische Rechtfertigung in Betracht. Produkte geistigen Schaffens sind nach ihrer Veröffentlichung ohne die Existenz von Immaterialgü-

¹⁹ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820/1996, § 47.

terrechten echte öffentliche Güter, d.h. dem nicht-rivalisierenden Gebrauch zugänglich und allgemein verfügbar (fehlende Ausschließbarkeit). Damit stellt sich aus ökonomischer Sicht das Trittbrettfahrerproblem (*free riding*): Von den Anstrengungen und Kosten ihres Urhebers profitieren nicht nur er selbst, sondern auch beliebig viele andere. Die Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten an diesen Gütern ermöglicht die Internalisierung der positiven externen Effekte schöpferischer und erfinderischer Tätigkeit. Damit setzt eine Immaterialgüterrechtsordnung Anreize für künstlerisches Schaffen, Informationsgewinnung und Technologieentwicklung und wirkt so der drohenden Unterproduktion immaterieller Güter entgegen.

2. Ausschließlichkeitsrechte als bundles of rights

Neben diesen Unterschieden in der Legitimationsfrage weisen Immaterialgüterrechte gegenüber dem Sacheigentum aber noch eine weitere Besonderheit auf: Während der Umfang der Rechte des Sacheigentümers auf den ersten Blick klar umrissen erscheint,²⁰ ist die konkrete Reichweite der Immaterialgüterrechte stets Gegenstand rechtspolitischer Aushandlungsprozesse. Dies liegt vor allem daran, dass es angesichts der fehlenden Rivalität im Gebrauch immaterieller Güter alles andere als selbstverständlich ist, sie einem Individuum zeitlich unbegrenzt (und vererbbar) in der Weise zuzuordnen, dass es alle anderen von ihrer Nutzung ausschließen kann.

Aus Sicht der wohlfahrtsökonomischen Rechtfertigung des Geistigen Eigentums ergibt sich die zeitliche Begrenztheit derartiger Rechte zwanglos daraus, dass die Wohlfahrtsgewinne infolge der Setzung von Anreizen für die Produktion immaterieller Güter ausbalanciert werden müssen mit den Nachteilen, die entstehen, wenn Güter ohne Rivalität im Gebrauch nicht der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden und damit auf kostenlose Wohlfahrtsgewinne verzichtet wird. Wegen dieser Notwendigkeit einer Kosten-Nutzen-Abwägung verbietet sich eine Alles-oder-Nichts-Lösung von vornherein.

Aber auch die alternativen Legitimationsansätze, die auf das Arbeits- oder das Persönlichkeitselement des Geistigen Eigentums abstellen, lassen keine Ableitung fest umrissener Konturen des jeweiligen subjektiven Rechts zu. Dies gilt sowohl im Hinblick auf eine etwaige zeitliche Grenze (denn spätestens bei der Frage der Vererbbarkeit wird die Legitimation prekär) als auch im Hinblick auf den Umgang mit einzelnen Verkörperungen ein und derselben Idee (Erschöpfungsgrundsatz).

Weil ihre Grenzen nicht durch irgendeine Natur der Sache vorgegeben, sondern vielmehr durch einen rechtspolitischen Aushandlungsprozess be-

²⁰ Dass die Grenze seines Rechtskreises keineswegs immer eindeutig ist, demonstrieren Fälle wie BGH VI ZR 25/63, BGHZ 41, 123 ff. (Bruteierfall).

dingt sind, lassen sich Immaterialgüterrechte konzeptionell besser als Zusammensetzungen aus verschiedenen Rechtspositionen erfassen denn als Einzelrechte mit klaren Konturen. Insofern bietet sich für sie der *bundle of rights*-Ansatz besonders an, der *property rights* – inklusive des Sacheigentums – als Rechtsbündel aus verschiedenen Einzelbestandteilen beschreibt.

Inwieweit man diesen Ansatz für das Eigentum an Sachen für überzeugend hält und sich von der traditionellen Vorstellung vom Sacheigentum als Rechtsinstitut mit wohldefiniertem Umfang verabschieden möchte, hängt – und hier schließt sich der Kreis – maßgeblich von der Legitimation des Sacheigentums als Ausschließlichkeitsrecht ab. Klare, nicht durch die konkrete Rechtsordnung beliebig abänderbare Konturen wird man ihm zuerkennen, wenn man der These „erst das Privateigentum, dann der Staat“ zuneigt. Hingegen wird man dann, wenn man die bürgerlichrechtliche Eigentumsordnung letztlich für eine positivrechtliche Konvention hält, einer *bundle of rights*-Analyse mehr abgewinnen können.

IV. Das Dateneigentum?

In jüngerer Zeit wird angesichts des unzweifelhaften Vermögenswerts von Daten diskutiert, ob es sich *de lege ferenda* empfiehlt, ein Ausschließlichkeitsrecht an Daten in Gestalt eines „Dateneigentums“ zu schaffen.²¹ Kann die in diesem Beitrag skizzierte Debatte um die rechtsphilosophische Legitimation des Sacheigentums und der Immaterialgüterrechte etwas zu diesen Überlegungen beitragen?

1. Die Legitimationsfrage

Zunächst einmal ist klar, dass aus Sicht eines *bundle of rights*-Ansatzes konzeptionell nichts gegen die Möglichkeit spricht, ein Ausschließlichkeitsrecht an Daten durch die Rechtsordnung zu schaffen und ihm den Namen „Dateneigentum“ zu geben.

Inwieweit ein solches Konstrukt sozialetisch in ähnlicher Weise wie das Sacheigentum oder die klassischen Immaterialgüterrechte legitimierbar wäre, ist allerdings zweifelhaft. Informationen lassen sich, anders als körperliche Sachen, kaum als „Gegenstände der Willkür“ im kantianischen Sinne begreifen, deren exklusiver Gebrauch einer Person als ihrem Inhaber vernunftnotwendigerweise zugeordnet werden müsste. Einzelnen Informationen ohne schöpferisches Element fehlt es auch an einer Beimischung von Arbeit, welche die Grundlage für eine Zuordnung im Sinne einer lockeanischen Eigentumstheorie sein könnte. Und ob in einfachen Daten ohne schöp-

²¹ Fezer, Repräsentatives Dateneigentum, 2018.

ferische oder erfinderische Komponente ein Element identifiziert werden kann, das diese als Ausdrucksformen der Persönlichkeit desjenigen erscheinen lässt, auf den sie sich beziehen, ist zumindest fragwürdig. Schließlich ist es auch alles andere als ausgemacht, dass es aus wohlfahrtsökonomischer Sicht eines Anreizes zur Datenproduktion oder -sammlung bedarf, den die Einführung eines (wem auch immer zuzuordnenden) Ausschließlichkeitsrechts an Daten liefern müsste.²²

2. *Eigentum als Rechtsbegriff*

Zweifel an der Sinnhaftigkeit eines Eigentums an Daten begründet aber noch eine weitere Überlegung, die nichts mit den soziaethischen Implikationen eines solchen Rechts zu tun hat, sondern die Funktionsfähigkeit des Begriffs „Eigentums“ im juristischen Diskurs in den Blick nimmt.

Sehr viele, ja, wohl die meisten Rechtsbegriffe stehen für nichts, was tatsächlich existierte, aber sie vereinfachen das Reden über das Recht, weil sie Voraussetzungen zusammenfassen, an die einheitliche Rechtsfolgen geknüpft sind. Sie dienen der Systematisierung; sie sind Kürzel, nicht mehr.²³ Ihre Leistungsfähigkeit beziehen sie aus ihrer Eindeutigkeit und der Fähigkeit, den Weg zwischen Sachverhalt und Rechtsfolge sprachlich abzukürzen. Die Funktion rechtlicher Kategorien erschöpft sich mithin in ihrem Erklärungs- und Systematisierungswert für das geltende Recht.

Auch das Eigentum ist ein solcher Rechtsbegriff. Mit „Eigentum“ bezeichnen wir nichts, was wir in der Natur vorfinden würden, sondern wir fassen eine Reihe von Rechtsfolgen unter ein Wort, die in allen Fällen, in denen wir von „Eigentum“ sprechen, zusammentreffen. Der *bundle of rights*-Ansatz verdeutlicht die Richtigkeit dieser Aussage in besonderer Weise, weil er durch eine Differenzierung und Analyse dieser Einzelelemente die abkürzende Funktion des Eigentumsbegriffs offenlegt. Doch auch wenn man vorstaatliches, naturrechtlich begründetes, fest umrissenes Eigentum für denkbar hält, lässt sich der Eigentumsbegriff als Kürzel für eine Reihe von rechtlichen Folgen begreifen, die mit seiner Zuschreibung verbunden sind (s. § 903 BGB).

Vor diesem Hintergrund ist in der Diskussion um ein „Dateneigentum“ neben dessen Legitimation noch eine weitere Frage zu klären. Es kommt nicht nur darauf an, ob und wie die Schaffung eines Ausschließlichkeitsrechts an Daten in der Sache begründet werden kann, sondern es gilt auch zu fragen, ob es sinnvoll ist, ein solches Recht – sollte sich seine Einführung empfehlen – mit dem Begriff „Eigentum“ zu belegen. Dies wiederum hängt davon ab, was wir unter „Eigentum“ verstehen wollen bzw., besser, was wir darunter ver-

²² Kritisch mit guten Argumenten etwa *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24 ff.

²³ Ausführlich hierzu *Ross*, 70 Harvard Law Review 812 (1957).

stehen *sollten*, damit der Begriff „Eigentum“ im geltenden Recht eine sinnvolle Funktion erfüllen kann.

Ausgangspunkt für die Klärung dieser Frage ist die Erkenntnis, dass Rechtsbegriffe die beschriebene Vereinfachungsfunktion nur dann gut erfüllen können, wenn zwei Bedingungen gegeben sind. Erstens sollte den Mitgliedern einer Rechtsgemeinschaft bei ihrer Verwendung klar sein, worum es geht; zweitens sollte sich das Reden über das Recht im betreffenden Kontext tatsächlich sinnvoll abkürzen lassen, was dann der Fall ist, wenn verschiedene Voraussetzungen zur gleichen Rechtsfolge führen. Für die Bezeichnung subjektiver Rechte als „Eigentum“ folgt daraus, dass es wenig sinnvoll ist, unter diesen Begriff mehrere Rechtsbündel zu fassen, die aus ganz unterschiedlichen Elementen zusammengesetzt sind. Denn dann verliert der Begriff an Konturenschärfe und damit gleichzeitig an Erklärungsgehalt für das geltende Recht.

Für ein etwaiges *de lege ferenda* zu schaffendes Ausschließlichkeitsrecht an Daten bedeutet dies: Hierfür den Begriff des Dateneigentums einzuführen, wäre nur dann empfehlenswert, wenn es sich im Wesentlichen aus denselben Elementen zusammensetzen ließe wie das Sacheigentum, also insbesondere mit umfassenden, vererbaren Nutzungs- und Ausschließungsrechten verbunden wäre. In einer Diskussion, in der noch nicht einmal die Frage des „Ob“ eines solchen Rechts geklärt ist, geschweige denn dessen Konturen, ist der Eigentumsbegriff hingegen fehl am Platz, weil er eine Ähnlichkeit suggeriert, deren Existenz alles andere als auf der Hand liegt. Seine Verwendung birgt die Gefahr, dass vom Begriff auf die Rechtsfolgen geschlossen wird, anstatt umgekehrt zunächst die angemessenen Rechtsfolgen im rechtspolitischen Aushandlungsprozess zu klären. Erst wenn dieser Prozess beendet ist, kann die Frage beantwortet werden, ob die Rechtssprache für das neu geschaffene Recht bereits einen passenden Namen bereithält.

Mitbestimmung durch Digitalrechte

Zum Verhältnis von Eigentum und Gesellschaftsentwicklung

Dan Wielsch

Eigentumsrechte nehmen eine ausgezeichnete Stellung unter den privaten Rechten ein. Sie verbinden die exklusive Zuweisung von *umfassenden* Befugnissen in Bezug auf ein Rechtsobjekt mit dem *absoluten*, gegen jedermann gerichteten Schutz dieser Befugnisse. Der möglichst weitgehende Umfang der Befugnisse ergibt sich im positiven Recht für materielle Güter aus § 903 BGB und für immaterielle etwa aus dem urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsatz.¹ Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis zur allgemeinen Handlungsfreiheit der ausgeschlossenen Dritten. Normativ kann man diese Konfliktlage in der staatlichen Verfassung zugunsten der Handlungsfreiheit als aufgelöst ansehen, wenn man Art. 2 Abs. 1 GG als Ausdruck des liberalen Verteilungsprinzips liest und die Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit versteht.² Diese Überordnung des Schutzes gleicher Freiheit im Verhältnis zur Eigentumsfreiheit soll im einfachen Recht durch eine Funktionalisierung und strenge Bindung des Inhalts von Eigentumsrechten an punktuelle, gesetzlich konkretisierte Schutzbereiche erreicht werden. Es kann zunächst offenbleiben, ob der Eigentumsbegriff hier nicht in der Tradition eines rationalistischen Konstruktivismus etatistisch verkürzt wird, ob unter dem Grundgesetz nicht vielmehr von einer Gleichrangigkeit der geschützten Freiheiten auszugehen ist, ob das europäische Recht ebenfalls von dem behaupteten Vorrangverhältnis ausgeht und ob sich schließlich nicht eine gesellschaftliche Eigentumsordnung durch die staatliche hindurch konstituiert.

Jedenfalls konzentriert die Rechtsform Eigentum gesellschaftsweit die Nutzungsbefugnis über eine bestimmte Ressource in einer einzigen Person, so dass eine Vielzahl von gegenstandsbezogenen Handlungsmöglichkeiten in unterschiedlichen Kontexten betroffen ist. Sie gibt einem Einzelnen die Gestaltungsmacht darüber, „wie die Umwelt – die ja auch die Umwelt der an-

¹ Zu letzterem vgl. nur *Loewenheim/Peifer*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 6 m.w.N.

² So *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 786; *ders.*, in: Hilty/Jaeger/Kitz (Hrsg.), Geistiges Eigentum – Herausforderung Durchsetzung, 2008, 47, 65 f.

deren ist – in Zukunft sein soll“.³ Eine solche weitreichende Kompetenz des Einzelnen mit Konsequenzen auch für die Entfaltungsmöglichkeiten von Dritten muss in Übereinstimmung mit der jeweiligen Sozialordnung stehen, insbesondere ihren wirtschaftlichen und politischen Prinzipien. Aus welchen rechtlichen Problemlagen auch immer sich das Eigentum als Rechtsform entwickelt hat:⁴ Verstanden und legitimiert werden kann es nur aus den Wechselwirkungen mit den sozialen Prozessen in der Umwelt des Rechts.

Ein Privatrecht, das sich als Teil der Praxis seiner eigenen Institute begreift, müsste daher die Eigentümlichkeit des sozial-technologischen Gegenstandsbereiches von möglichen Eigentumsrechten erfassen, um eine entsprechend differenzierte und gehaltvolle Rekonstruktion ihrer Wirkung auf soziale Prozesse durchführen zu können. Grund und Gehalt von Eigentumsrechten lassen sich erst aus der reflexiven Auseinandersetzung des Privatrechts mit der Funktion dieser Rechte für die soziale Praxis rechtfertigen.

Die Ordnungsidee privater Rechte ist in dieser Trias aus Form, Funktion und Legitimation zu konkretisieren. Das gilt auch für mögliche Eigentumsrechte an Daten. Es wird sich zeigen, dass sie sich als Mitbestimmungsrechte bei der Entwicklung des digitalen Mediums verstehen lassen. Sie sind wichtige Elemente einer „Digitalverfassung“ als einer Reflexionsform des Rechts, mit der die Autonomie des digitalen Mediums rezipiert und mit anderen Autonomien ins Verhältnis gesetzt wird.

I. Soziale Funktion von Eigentumsrechten

Je nach der betrachteten Epoche sind freilich Politik, Recht und Wirtschaft in unterschiedlichem Maß voneinander differenziert, wie ein kursorischer Überblick über drei Großetappen zeigt.

³ Vgl. *Pawlowski*, Substanz- oder Funktionseigentum? Zum Eigentumsbegriff des geltenden Rechts, in: *AcP* 165 (1965), 395, 415 („Das Recht, die Funktion der Sache zu bestimmen, gibt dem Eigentümer also eine Rechtssetzungs- bzw. Gesetzgebungsbefugnis. Er kann für seinen Bereich entscheiden, wie die Umwelt – die ja auch immer Umwelt der anderen ist – in Zukunft sein soll“).

⁴ So wird etwa angenommen, dass eine Verknüpfung mit Fragen der Beweislastverteilung im Rechtsprozess bestand, in dem bei einem Streit über Sachen bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wurde, dass dem Besitzer sämtliche Rechte und Privilegien an der Sache zukommen. Vgl. *Donahue*, The Future of the Concept of Property Predicted from Its Past, *Nomos* 22 (1980), 28, 45.

1. Korrelationen: Rechtsform und Sozialordnung

(1) In Rom wird die uneingeschränkte Herrschaft über den Hausverband, der als wirtschaftliche Produktionseinheit und zugleich kleinste Zelle der *res publica* fungiert, in der Person des *pater familias* konzentriert. In der antiken *societas civilis*, in der Staat und bürgerliche Gesellschaft zusammenfallen, vereint der Hausherr sittliche, wirtschaftliche, rechtliche und religiöse Autorität über die *familia*. Er hat für sie „ganz dieselbe gesetzgebende und richterliche Gewalt, wie das Volk für die Verhältnisse, die das Gemeinwesen bestimmen“.⁵ In dieser ungeteilten Herrschaftsmacht über die „Gemeinschaft von Personen und Sachen“ wurzelt das Eigentum,⁶ das erst in der Phase der späten Republik technisch aus der einheitlichen Hausgewalt ausgegliedert wird.⁷ Der Eigentumsbegriff entwickelt sich also aus einem die Totalität von Lebensbeziehungen erfassenden und als Vollherrschaft konzipierten Rechtsverhältnis. Und auch wenn das *dominium* auf Sachen zugeschnitten wird, kommt für seine Zuordnung doch nur der – alleinige – Träger der sozio-ökonomischen Hausgewalt in Frage.

(2) Im Mittelalter entwickeln sich hingegen in der feudalistischen Gesellschaft abgestufte Herrschaftsverhältnisse, die nach einer Kompatibilisierung des absoluten Eigentumsbegriffs aus dem römischen Privatrecht verlangen. Dies gelingt dem gelehrten Recht durch die Lehre vom *dominium utile*, mit dessen Hilfe die mittelalterliche Besitzrechtspyramide innerhalb des römischen Eigentums abgebildet werden konnte. Die gemeinrechtliche Wissenschaft entwickelt einen weiten Begriff des *dominium*, der eine Teilbarkeit des Eigentums zuließ und so eine adäquatere juristische Darstellung der feudalistischen Besitzrechte erlaubte.⁸ Diese enge Kopplung von Recht und Politik über das Eigentum zeigt sich freilich nicht nur an der Einspiegelung der politischen Machtverhältnisse in den römischen Eigentumsbegriff, sondern gerade auch am deutschrechtlichen Eigentumsbegriff, der gleichsam in entgegengesetzter Richtung in den politischen Bereich ausstrahlt. Er schließt neben heute als privatrechtlich zu qualifizierenden Habebeziehungen auch Hoheitsrechte ein. Sofern diese irgendeine vermögensrechtliche Relevanz aufwiesen, wurde ihre Trägerschaft durch dieselben Zuordnungsbegriffe bestimmt wie rein private Nutzungsrechte.⁹

⁵ Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II 1, 3. Aufl. 1874, 147.

⁶ Jhering (Fn. 5), 157 und 163: *manus* als gemeinsamer Grundbegriff für *dominium* und *patria potestas*.

⁷ Kaser, Das römische Privatrecht, 1955, §§ 31 I, 97 I.

⁸ Zur Unterscheidung zwischen *dominium directum* und *dominium utile* vgl. Schwab, Eigentum, in: Geschichtliche Grundbegriffe, 1975, 70 ff.

⁹ Schwab (Fn. 8), 68.

(3) In der Moderne wird das Denken über Normativität umgestellt auf ein Rechtfertigungsmodell. Soziale Ordnung wird nicht als vorgegeben betrachtet, sondern es sind die gleich verteilten Rechte des Individuums, an denen sich die soziale Ordnung legitimieren muss. Eine zentrale Rolle spielt dabei das Eigentumsrecht, das zugleich als Paradigma für die Struktur subjektiver Rechte fungiert.¹⁰ Dem Menschen wird eine natürliche Freiheit zugeschrieben, die als Freiheit von der Abhängigkeit vom Willen anderer verstanden wird. Die angelsächsischen Theorien orientieren sich für die Frage der Institutionalisierung einer solchen Freiheit offenbar selbst schon insgeheim an der Realität einer frühkapitalistischen Gesellschaft, in der das Haben zur wichtigsten Voraussetzung für die Entfaltung der Möglichkeiten des Einzelnen wird, und interpretieren diese Ausrichtung auf das Haben dann zurück in die Natur des Individuums. Der Bürger wird nicht mehr anders qualifiziert als durch sein Eigentum.¹¹ Auch bei Kant wird Freiheit als Rechtsbegriff letztlich eigentumsanalog verkürzt.¹² Nur das Eigentum schien die Unabhängigkeit von der Willkür anderer auch Wirklichkeit werden lassen zu können, und nur von einem selbstständigen Mitglied der Gesellschaft war auch die Wahrnehmung von staatsbürgerlicher Autonomie zu erwarten.¹³

Konkret im Privatrecht umgesetzt wird das politische Postulat des Liberalismus dann in den großen kontinentalen Kodifikationen, deren Formulierungen des Eigentumsrechts darauf abzielen, die freie Verfügungsmacht des besitzenden Dritten Standes sicherzustellen.¹⁴ In Deutschland leistete die Historische Rechtsschule entsprechende Vorarbeit, indem sie auf die alten römischen Rechtsfiguren zurückgriff und diese neu in das Pandektenrecht übersetzte.¹⁵ Indem die Historische Rechtsschule die Vollherrschaft über die

¹⁰ Näher *Wielsch*, Medienregulierung durch Persönlichkeits- und Datenschutzrechte, JZ 2020, 105, 105 f.

¹¹ So der Befund von *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, 35, zu Locke, der *civil society* und *political society* nach wie vor ganz selbstverständlich gleichsetze. Nur wird der politische Bürger jetzt gleichsam umgekehrt vom Wirtschaftsbürger her qualifiziert.

¹² *Wielsch* (Fn. 10).

¹³ Diese Kopplung von politischer Mündigkeit an das Eigentum wurde später infolge der Ausdifferenzierung eines autonomen Gleichheitsbegriffs im Staatsrecht aufgelöst. Selbst eine diskurstheoretische Rekonstruktion des modernen demokratischen Rechtsstaats hält jedoch daran fest, dass gleichberechtigte Staatsbürger ihre durch demokratische Teilnahmerechte garantierte öffentliche Autonomie nur angemessen wahrnehmen können, soweit ihre private Autonomie gewährleistet ist, vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 492.

¹⁴ *Wieacker*, Zum Wandel der Eigentumsverfassung (1934), in: *Zivilistische Schriften*, 2000, 1 f. *Wieackers Schriften zum Eigentum aus der Zeit des Nationalsozialismus* behandelt ausführlich *Keiser*, Eigentumsrecht im Nationalsozialismus und Fascismo, 2005, 19 ff.

¹⁵ *Wieacker*, Wandlungen der Eigentumsverfassung (1935), in: *Zivilistische Schriften*, 2000, 9, 21 f. (mit Fn. 16).

Sache geräuschlos umdeutet in Freiheit zu beliebigem Gebrauch, ergibt sich ein abstraktes, ungebundenes und flexibel konkretisierbares Vollrecht. Der ungeteilten Willenssphäre des Individuums entspricht die Konstruktion eines ebenfalls unteilbaren, absoluten Eigentumsrechts.¹⁶ Es stellt sich die aus Rom bekannte Totalität des Eigentumsrechtsverhältnisses wieder her, ohne dass es freilich wie dort in eine selbstverständliche sittliche Ordnung eingebunden wäre.¹⁷ Die römische „Fülle der Machtbefugnis“ verbindet sich vielmehr mit dem spezifisch modernen Gedanken des subjektiven Rechts und gebiert Herrschaftsverhältnisse „als leere, abstracte Formen [...], die ihren Inhalt erst von dem subjectiven Willen erwarten, und die daher im einzelnen Fall je nach Verschiedenheit der concreten Füllung die mannigfaltigste Gestalt annehmen können“.¹⁸ Die so zu beschreibende Abstraktheit des Eigentumsbegriffs ist das Kennzeichen einer Rechtsform, in der sich die politischen Forderungen des siegreichen Dritten Standes ausdrücken.¹⁹

Die für die hierarchische Gesellschaft der Vormoderne beschriebene politische Funktion des juristischen Eigentumsbegriffs geht also nicht etwa verloren, sie wird vielmehr neu programmiert. An die Stelle eines feudalen Eigentumsbegriffs tritt ein bürgerlich-liberaler, der als tragende Stütze einer neuen gesellschaftlichen Verfassung dient. Das ganze Zivilrecht – und das Individualeigentum insbesondere – entwickelt sich im 19. Jahrhundert als ein „durch die französische Revolution geprägtes *politisches* System zur Sicherung von Freiheit und Gleichheit“.²⁰ Auch unter den französischen Revolutionsverfassungen selbst gerät das Privatrecht nicht etwa zu deren abhängiger Variable, vielmehr sind Verfassung wie Privatrecht als Ausdruck desselben politischen, auf die Freiheit und Gleichheit der Person ausgerichteten Gestaltungswillens anzusehen, der durch das Privatrecht arbeitsteilig operationalisiert wird.²¹ Schnell wird denn auch in den Augen der Zeitgenossen der Code Civil als „la vraie constitution“ angesehen.²²

¹⁶ Auer (Fn. 11), 105.

¹⁷ Eindringlich zur römischen Kombination eines freiheitlichen Privatrechts mit der Stärke außerrechtlicher Bindungen durch *pietas*, *fides* und *humanitas* vgl. F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, 1934, 15 und 107.

¹⁸ Vgl. Jhering (Fn. 5), 141.

¹⁹ Die Abstraktheit des positiven Eigentumsbegriffs ist das Ergebnis der Herrschaftsansprüche, die der besitzende Dritte Stand dem in die Privatsphäre gedrängten Grundfeudalismus des Ersten und Zweiten Standes und den veraltenden gebundenen Wirtschaftsformen des absoluten Fürstenstaates entgegensetzte, vgl. Wieacker (Fn. 14), 1.

²⁰ Großfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 1977, 16 (Hervorhebung hinzugefügt) und 13: Politische Aufgaben des Zivilrechts im Rahmen einer an den Idealen von Freiheit und Gleichheit orientierten liberalen Wirtschaftsverfassung.

²¹ Grimm, Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert, 2017, 68.

²² Vgl. Müller-Freienfels, „Vorrang des Verfassungsrechts“ und „Vorrang des Privatrechts“, in: FS für Fritz Rittner, 1991, 423, 428.

2. Neue Aufgabe des Privatrechts

Dem Privatrecht wächst damit eine neue Aufgabe zu. Seine Grundbegriffe wie Eigentum und Vertrag hatten jetzt die Ordnung der gesamten Gesellschaft zu bewältigen, während es unter feudalistischen Bedingungen nur subsidiär zum Stände- und Privilegienrecht bei der Gestaltung von ausnahmsweise gleichberechtigten Beziehungen im sozialen Verkehr herangezogen wurde. Die eigentliche Steuerungsfunktion übernehmen dabei freilich soziale Institutionen, die sich auf der Grundlage der errungenen personalen Gleichheit und in Ausübung der privatrechtlichen Freiheitsrechte weiterentwickeln oder gänzlich neu entstehen. Das liberale Gesellschaftsmodell kann insofern als eine „Theorie der Mittelbarkeit“ gekennzeichnet werden.²³ Es kann sich von der materiellen Bestimmung des Gemeinwohls durch den Staat nur deswegen emanzipieren und die einzelnen Rechtsbeziehungen von gesamtgesellschaftlichen Auflagen nur deswegen befreien, weil die von ständischen und politischen Bindungen freigesetzte Gesellschaft vermeintlich über eigene Ordnungsmechanismen verfügt, die eine Koordination des Handelns der Einzelnen zum Wohle aller zulassen.

Das hat entscheidende Folgen für das Recht selbst. Auf der einen Seite wird das Eigentums- und Vertragsrecht von naturrechtlichen Bindungen entlastet, die aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive entworfen worden waren. Auf der anderen Seite bedeutet die Öffnung von Eigentum und Vertrag für die Willensmacht des Einzelnen, dass das Recht jetzt reflexiv werden und die sozialen Effekte der Ausübung von individuellen Rechten bei deren Interpretation berücksichtigen muss. Denn die sozialen Effekte von Rechten bilden gleichzeitig deren Wahrnehmungsbedingungen und entscheiden über die Spielräume für die geschützte private Autonomie.

Allerdings zeigt sich das Privatrecht diesen Anforderungen im 19. Jahrhundert methodisch nicht gewachsen. Es ist nicht in der Lage, die normativen Anforderungen von sozialen Institutionen und ihr Verhältnis zu individueller Freiheit zu reflektieren, sondern sieht seine Aufgabe einzig in der Abgrenzung von individuellen Handlungssphären.²⁴ Weil im rechtswissenschaftlichen Positivismus die rechtliche Reflexion gesellschaftlicher Bezüge gezielt gekappt wird,²⁵ bleibt unverarbeitet, dass das Recht zum bloßen Medium der

²³ Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, 31 f.

²⁴ Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840, 23: Die Regel, durch die die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren, freyen Raum gewinne“ und eine „unsichtbare Gränze“ zwischen den sich „inmitten der äußeren Welt“ berührenden Menschen gezogen werde, sei das Recht. Die Rechtsregel weise dem individuellen Willen ein Gebiet an, „in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat“ (ebd., 333).

²⁵ Für eine solche Begrenzung kompromisslos Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft in Deutschland, 1884, in: Roellecke (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder Rechts-

in der Gesellschaft faktisch dominierenden Handlungsrationaltäten wird. Die tatsächliche Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert macht indessen deutlich, dass der freie Wettbewerb das vom absolutistischen Staat übernommene Funktionsmonopol eines Gemeinwohlstifters nicht ausfüllen kann. Unter dem Druck, den die Dynamik der Industrialisierung, die Entstehung des organisierten Kapitalismus und die Vermachtung von Märkten auf die Lebens- und Arbeitswelt ausüben, verändert sich der ehemals herrschaftliche Freiheitsanspruch des konkreten Individuums (nicht: der Rechtsperson) zu einem „Schutzanspruch gegen die pluralistischen Kapitalzusammenhänge, die im Kampfraum des neutralen Staates echte Herrschaftsgewalt entfalten und kraft dieser Gewalt entscheidendere Eigentumsbeschränkungen ausüben als je der Staat, indem sie über Produktion, Absatz, Güterverteilung und Lohnpolitik innerhalb der Spielregeln souverän bestimmen.“²⁶ Dieser Schutzanspruch richtet sich an den Staat, der gleichsam von außen die strukturellen Schwächen eines rechtlich auf den Prämissen des Liberalismus autonom gewordenen kapitalistischen Wirtschaftssystems beheben soll.

In Form wirtschaftsrechtlicher Interventionen setzt der als Materialisierung des liberalen Formalrechts beschriebene Prozess ein, als dessen langfristige Folgen etablieren sich jedenfalls zwei Tendenzen in der Mitte des Privatrechts. Zum einen scheint der Zweck des Privatrechts über das Ziel der Sicherung individueller Selbstbestimmung hinausgreifen zu müssen und seine Regeln unmittelbar der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit unterworfen zu werden. War es geradezu das Kennzeichen des liberalen Formalrechts, die eigenen Funktionsbedingungen unbeleuchtet zu lassen, zielt als Reaktion dagegen die Materialisierung von Recht auf den Einbau von Voraussetzungen und Auswirkungen des formalen Freiheitsrechts in die Rechtskategorie selbst.²⁷ Damit in Zusammenhang stehend, etabliert sich zum anderen der Gedanke einer freien politischen Verfügbarkeit und Gestaltbarkeit des Eigentumsrechts. Schon für die „sozialen“ Eigentumslehren, die sich Mitte des 19. Jahrhunderts als Alternative zum liberalen Eigentumsbegriff gebildet hatten, schuf erst der Staat das Individualeigentum. Entgegen der naturrechtlichen Annahme, der Gesellschaftsvertrag transformiere nur den

theorie?, 1988, 77, 89, der „ethische, politische, volkswirtschaftliche Erwägungen“ dem Gesetzgeber vorbehalten möchte.

²⁶ *Wieacker* (Fn. 14), 3 sowie *ders.* (Fn. 15), 25.

²⁷ Im deutschen Zivilrecht ablesbar am Entstehen von zahlreichen dogmatischen Neubildungen (wie etwa die Genese der Vertrauenstheorie, der Ausbau der Lehre vom Rechtschein, die Entfaltung der culpa in contrahendo, die positive Vertragsverletzung, die Lehre von der Geschäftsgrundlage), die nach *Wieacker* (Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, 18 ff.) eine partielle (Zurück-)Verwandlung der formalen Freiheitsethik des alten Modells in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung herbeigeführt hätten.

bestehenden tatsächlichen Besitz in ein staatlich gegen jedermann geschütztes Recht, sollen vielmehr auch Inhalt und Umfang allein dem staatlichen Gesetz zu entnehmen sein.²⁸

II. Alternative Eigentumsmodelle im Recht

Der Umbau des Rechts durch seine Materialisierung kann mit einem räumlich-gegenständlichen Modell subjektiver Rechte und einem entsprechenden Eigentumskonzept nicht begriffen werden. Zwar findet eine Weiterentwicklung der Gegenständlichkeit durch ihre Abstraktion statt. Sind nämlich zunächst nur physische Sachen und die Aneignung des individuellen Nutzwertes geschützt, öffnet sich der Gegenstandsbegriff mit dem Übergang von der agrarischen zur „Eigentümermarktgesellschaft“ (MacPherson) für unkörperliche Äquivalente der Sache. Durch die Fokussierung von Märkten auf Tauschwerte entsteht das Bedürfnis, Marktpositionen und -optionen zu verkörpern und aneignungsfähig zu machen.²⁹ Die Umstellung von Sachen auf Marktwerte, von Nutz- auf Tauschwerte, führt zu einer primären Entdinglichung des Eigentums, an die sich dann sekundär Erscheinungen wie das geistige Eigentum oder das Anteilseigentum anschließen. Das individualistische Eigentumskonzept, das von der Herrschaft eines Subjekts über ein Objekt ausgeht, wird mit solchen Adaptionen allerdings nicht verlassen.³⁰ Dass der „Eigentümer der Umwelt eingegliedert“ ist und bei einer materialen Betrachtung der Gestaltungsmacht des Eigentümers an die Stelle des „Habens“ das „Ausnutzendürfen“ mit entsprechender „Kontrolle der Handhabung“ tritt,³¹ kann das willenszentrierte Sphären-Modell nicht darstellen.

1. Bündelmodell des Eigentums

Die zunehmende Einschränkungs- und Kontrolldichte der Handlungsmöglichkeiten des Eigentümers wird jedoch im „Bündelmodell“ des Eigentums thematisierbar, wie es vor allem in der Schule der amerikanischen Rechtsrealisten verwendet wird. Unter dem Eindruck des intensiven gestalterischen Zugriffs des sozialreformistischen Gesetzgebers im New Deal desintegrieren sie den Einheitsbegriff des Eigentums und beschreiben die politisch zugeschnittenen Befugnisse des Eigentümers nur noch als *bundle of rights*. Liest man wie die Rechtsrealisten die rechtlichen zugleich als soziale Relationen, öffnet sich die Möglichkeit, Eigentum unter sozialen Aspekten zu bewerten.³²

²⁸ Vgl. Schwab (Fn. 8), 105 f.

²⁹ Vgl. Goldhammer, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, 2012, 41 ff.

³⁰ Zutreffend Goldhammer (Fn. 29), 62 f.

³¹ Formulierungen bei Hedemann, Sachenrecht, 1924, 55 und 61.

³² Goldhammer (Fn. 29), 73 f.

Das Bündelmodell setzt den liberalen Eigentumsbegriff unter legitimatorischen Druck, weil die vom Eigentümer jeweils beanspruchte Handlungsbezugnis einzeln rechtfertigungsbedürftig wird.

Den entscheidenden Schritt in konzeptioneller Hinsicht unternimmt Hohfeld, dem zufolge sich der Inhalt von sämtlichen subjektiven Rechten analytisch als Relationen in den vier Elementarformen Recht, Pflicht, Freiheit und Nicht-Recht zwischen zwei Personen darstellen lässt.³³ Auf diese Weise wird auch das Objekteigentum in interpersonelle Relationen aufgelöst und die Differenzierung in körperliche und unkörperliche Gegenstände unterlaufen.³⁴ Eigentum und Vertrag unterscheiden sich danach nur noch hinsichtlich der Anzahl und Vielfalt der Relationen.³⁵

Aus einer solchen Dekomposition von juristischen Allgemeinbegriffen in Einzelbefugnisse ergibt sich ein erhebliches Potenzial zur Kritik von naturrechtlich oder moralisch begründeten Freiheiten. Hohfeld zeigt, dass aus der Anerkennung einer Freiheit nicht zwingend auch ein subjektives Recht abzuleiten ist. Dritte sind entsprechend nicht dazu verpflichtet, ein mit der Freiheit interferierendes Handeln zu unterlassen. Will man das erreichen, so ist dazu eine Handlungsmöglichkeit dezidiert als Recht zu schützen. Dabei bestehen jedoch erhebliche rechtspolitische Spielräume. Der Begriff der Freiheit enthält kein eindeutiges Maß für die wechselseitige Begrenzung von Freiheitsräumen.³⁶ Das Konzept vom Eigentumsrecht als einer unteilbaren Freiheitsosphäre ist daher für das positive Recht nicht haltbar. Vielmehr ist die Rechtsposition eines Eigentümers aufzuspreizen in einzelne Handlungsmöglichkeiten, deren Ausgestaltung als pflichtgebundene subjektive Rechte jeweils gesondert gerechtfertigt werden muss. Diese Neukonzeption führt dazu, dass nicht Freiheitsräume miteinander in Beziehung gesetzt werden, sondern gegenstandsbezogene Handlungsrechte differenziert, politisiert und schließlich einer funktionalen Rechtfertigung anhand eines sozialen Zwecks (wie der Wohlstandsmaximierung) zugeführt werden müssen.

Konsequent deutet dann der Rechtsrealismus in einem weiteren Schritt die rechtlichen Relationen Hohfelds als soziale Beziehungen – mit entsprechenden Folgen für den Begründungsmaßstab. So begreift etwa Cohen Eigentum als eine Form der Souveränität und verlangt, dass für die Rechtfertigung von Eigentumsrechten analoge Kriterien wie für die Rechtfertigung von Souveränität herangezogen werden müssen.³⁷

³³ Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal 23 (1913), 16, 30 ff.

³⁴ Hohfeld (Fn. 33), 24 („Since all legal interests are ‚incorporeal‘ – consisting, as they do, of more or less limited aggregates of *abstract* legal relations“).

³⁵ Goldhammer (Fn. 29), 71.

³⁶ Auer, Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant, AcP 208 (2008), 584, 628.

³⁷ Cohen, Property and Sovereignty, Cornell Law Quarterly 13 (1927), 8 ff.

2. Relationales (Eigentums-)Rechtsmodell

Verglichen mit dem Einheitsmodell des Eigentums erweist sich das Bündelmodell als wesentlich besser geeignet, die im 20. Jahrhundert neu entstandenen Beschränkungen und Konkretisierungen der Eigentumsbefugnisse zu beschreiben – oder solche gegenüber dem Staat in kritischer Absicht einzufordern. Allerdings bleibt das Bündelmodell in handlungstheoretischen Prämissen verhaftet. Das Subjekt wird als vorsozial bestimmt gedacht, soziale Sinnselektion als Leistung der Akteure angesehen und entsprechend die Struktur und Dynamik sozialer Gebilde als rekonstruierbares Resultat individuellen Handelns verstanden.³⁸ Aufgrund dessen wird die operative Eigenständigkeit und Normativität emergenter sozialer Systeme und Institutionen nicht erfasst und kann methodisch nicht in die Rechtsgewinnung integriert werden.

Während das Defizit beim personalen Sphären-Modell in einer normativen Überdeterminierung der sozialen Funktion von Eigentum durch eine oft moralphilosophische begründete Autonomie des Individuums liegt, besteht es beim inter-personalen Bündel-Modell umgekehrt eher in einer normativen Inhaltslosigkeit; die Auflösung in ein Bündel sehr spezifischer Handlungsrechte bietet sich für die präzise Abbildung sozialer Funktionen in rechtlichen Strukturen an, trägt aber weder etwas zur Aufklärung der je eigentümlichen Normativität dieser Funktionen bei, noch kann es die eigene Normativität des Rechts bei der Entscheidung über kollidierende soziale Normativitäten hinreichend zur Geltung bringen.³⁹

Erforderlich ist stattdessen ein Modell, das den Zusammenhang von individuellen Rechten und sozialen Funktionalitäten, die Relation von personaler und sozialer Autonomie, berücksichtigt. Anders formuliert: Die normative Kraft von subjektiven Rechten resultiert daraus, dass sie eine konstituierende Funktion für soziale Praxis haben – diese ist aber ihrerseits maßgeblich für die effektive Wahrnehmbarkeit von Freiheitsrechten und damit für die Realisierbarkeit von Selbstbestimmung des Einzelnen. Darin eben liegt die politische Dimension von privaten Rechten: Sie ermöglichen das Operieren von sozialen Institutionen, deren Wirkungen eine Vielzahl von (unbeteiligten) Personen treffen.

Eine nach dieser Methode verfahrenende Rechtswissenschaft kann als „relational“ bezeichnet werden, weil sie den Zusammenhang der konkret in Anspruch genommenen subjektiven Rechte mit den betroffenen sozialen Autonomien klären und in einem zweiten Schritt deren wechselseitige Konstituierung von Umweltbedingungen in Rechnung stellt. Sie verlangt gerade

³⁸ Greve, Gesellschaft: Handlungs- und systemtheoretische Perspektiven, in: Balog/Schüle (Hrsg.), Soziologie, eine multiparadigmatische Wissenschaft, 2008, 149, 151.

³⁹ Zu weiteren Defiziten des Bündelmodells vgl. Goldhammer (Fn. 29), 105 ff.

auch vom Privatrecht methodisch eine Anreicherung des Vorverständnisses um weitere Perspektiven. Es hat die von den beteiligten Freiheitsrechten abgestützten sozialen Autonomien umfassend zu rekonstruieren. Das Recht muss den normativen Pluralismus seiner Umwelt darstellen können. Anders als der Normativität einer sozialen Praxis ist dem Recht eine Reflexivität seiner Formen abverlangt, mittels derer es eben jene soziale Normativität im Recht zur Darstellung bringt.

Damit ist dem Privatrecht methodisch eine multilaterale Rekonstruktion seiner Institute aufgegeben. Sie wird nach dem derzeitigen erreichten Stand der Konstitutionalisierung des Privatrechts von den Grundrechten *de lege lata* verbindlich gemacht.⁴⁰ Denn allen Grundrechten kommt grundsätzlich der gleiche Rang zu,⁴¹ so dass die Gewährleistungsbedingungen konkurrierender Freiheiten ebenfalls in den Blick genommen werden müssen. Anders als bei der Rechtsanwendung einfachen Rechts kann das Rechtssystem der sozialen Multilateralität von Rechten infolge ihrer Einbindung in einen Grundrechtskatalog nicht ausweichen. Ein Grundrecht steht nie allein.⁴²

An die Stelle des Individuums und seines Willens als der einen Umweltreferenz tritt dann die multiperspektivische Betrachtung einer rechtlichen Form in ihren verschiedenen sozialen Dimensionen. Die vom Bündelmodell bekannte „Aufspreizung“ der Freiheits- bzw. Willenssphäre wird von der interpersonellen auf die soziale Ebene gehoben und dort ausdifferenziert: zum einen in die drei Arten sozialer Systeme (Interaktion, Organisation und Gesellschaft)⁴³ und zum anderen in Relationen zwischen den gesellschaftlichen Teilsystemen.⁴⁴

Es gilt also zunächst, die Eigentümlichkeit des sozialen Gegenstandsreiches zu erfassen, der von der Rechtsausübung konstituiert bzw. betroffen wird. Um einen sozialen Reduktionismus zu vermeiden, muss das Recht seine bestehenden Kategorien daraufhin befragen, ob sie die beteiligten Handlungslogiken angemessen darzustellen vermögen (ob z.B. wirklich jede koordinierte Handlungsfolge in die Dichotomie von Vertrag und Gesellschaft eingeordnet werden kann) oder ob die Ermöglichung und Stabilisierung neuer Formen von sozialer Kooperation (wie „Netzwerke“) nur durch eigenständige, nicht auf andere rückführbare Rechtsformen möglich ist. In

⁴⁰ *Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote, AcP 213 (2013), 718, 751/753.

⁴¹ Dazu die ausdrücklichen Feststellungen des BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314, Rn. 141 zur Übereinstimmung in diesem Grundsatz mit der Rechtsprechung von EuGH und EGMR.

⁴² *Wielsch*, Gesellschaftliche Transformation durch subjektive Rechte, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), Gegenrechte – Recht jenseits des Subjekts, 141, 157.

⁴³ *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989, 143.

⁴⁴ *Teubner*, Vertragswelten – Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes, Rechtshistorisches Journal 17 (1998), 234, 257.

einem weiteren Schritt soll durch die Erweiterung des Blicks auf die Pluralität gesellschaftlicher Funktionssysteme verhindert werden, dass die Willensreferenz zum juridischen Vollzugsorgan einer ganz bestimmten Handlungsrationalität wird und soziales Handeln im Recht nur aus einer partikularen Perspektive rekonstruiert wird.

3. *Gesellschaftliche Teilverfassungen als Reflexionsstufe für relationales Eigentum*

Nimmt man auf dieser Grundlage das Eigentum aus der Perspektive der gesellschaftlichen Teilsysteme in den Blick, so wird deutlich, dass die treibende Kraft hinter der von den Rechtsrealisten beschriebenen „Desintegration“ des Eigentums – dem „death of property“⁴⁵ – weniger die Rückgewinnung (jetzt demokratisch legitimierter) staatlicher Steuerungsmacht über das Eigentum ist, die einzelne Handlungsbefugnisse zum Schutze der Nicht-Eigentümer aus der umfassenden Freiheit herauschneidet. Als tieferer Grund für die Fragmentierung des Eigentums erscheint vielmehr die weiter voranschreitende Arbeitsteilung im kapitalistischen Wirtschaftssystem, in deren Zuge Unternehmer und Finanzkapital selbst das umfassende liberale Eigentumsrecht in Einzelbefugnisse zerlegt und diese anschließend neu zusammengesetzt hätten.⁴⁶ Aus Sicht der Theorie sozialer Differenzierung ist in der Tat die wirklich entscheidende Neuerung für das Eigentum der Moderne weniger das Eindringen des *liber arbitrium* in das Eigentum als vielmehr dessen Bewertung in Geld, die bei allen Transaktionen erfolgt, und die dazu führt, dass über Eigentum nach Maßgabe seiner effizientesten Nutzungsmöglichkeiten disponiert wird. Infolge dieser Monetarisierung des Eigentums beginnt der Zweitcode Geld, den Primärcode Eigentum zu überlagern.⁴⁷ Vollzieht der Staat diese Entwicklung nur nach, indem er neue Organisationsmöglichkeiten des Kapitals sanktioniert oder die hierdurch in der Gesellschaft ausgelösten negativen sozialen Effekte zu kompensieren versucht, gerät die demokratisch-politische Codierung des Eigentums derivativ im Vergleich zu seiner wirtschaftskonformen Selbstgestaltung.

In der Zusammenschau beider Phänomene könnte man sagen, dass die Desintegration des Eigentums eine Art „Doppelbewegung“ (Polanyi) nachvollzieht, die auf der einen Seite Ausdruck der wirtschaftlichen Differenzie-

⁴⁵ Grey, *The Disintegration of Property*, *Nomos XXII* (1980), 69, 77.

⁴⁶ Grey (Fn. 45), 74 ff. („the collapse of the idea of property can best be understood as a process internal to the development of capitalism itself [...] it is intrinsic to the development of a free-market economy into an industrial phase [...] in no way fueled by the ethics, politics, or interests of socialism, collectivism, paternalism, or redistributive egalitarianism“).

⁴⁷ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 456 ff.

rung ist (durch die Ermöglichung neuer Formen der Arbeitsteilung bei der Güterbewirtschaftung) und auf der anderen Seite dem Einzelnen Handlungsmöglichkeiten in seiner Lebens- und Arbeitswelt (kompensatorisch) erschließen will, die mit der Innehabung von Eigentum nach dem liberalen Einheitsbegriff wie selbstverständlich verknüpft und Grundlage der Selbstbestimmung des Einzelnen waren.

Im Zuge des Übergangs von der einfachen Warenproduktion zur kapitalistischen Produktionsweise löst sich auch der dingliche Mikrokosmos des alten „Erb und Eigen“ auf, wie die materialistische Rechtstheorie des Eigentums und seines „Substrats“ beschreibt. Die Objekte jenes hauswirtschaftlichen Mikrokosmos, deren Zwecke vom Eigner auf sich und seine Hausgenossen bezogen wurden, finden sich jetzt nach ihrer technologisch-ökonomischen Funktion neu gruppiert und re-individualisiert.⁴⁸ Die Sachen werden mit der ebenfalls freigesetzten und über Märkte zirkulierenden Arbeitskraft in Produktionsbetrieben neu zusammengesetzt. Damit wächst dem Eigentumsrecht eine neue Funktion zu.⁴⁹ Denn das Eigentum an den Produktionsbetrieben kann nur durch Arbeitskräfte verwertet werden, während andererseits der arbeitende Mensch seine Arbeitskraft nicht ohne Produktionsmittel betätigen kann, die jetzt die Form von Produktionsbetrieben angenommen haben. Mit steigender Arbeitsteilung und der Notwendigkeit gezielter Kooperation der Arbeiter im Betrieb wird die Bestimmungsmacht des Eigentümers zu einer echten Produktionsbedingung, ohne die Arbeitskraft nicht realisiert werden kann. Der Arbeitsvertrag fungiert daher als „Konnexinstitut“ des Eigentums, dessen Inhaberschaft jetzt eine „Kommandogewalt“ bei der Organisation und Leitung des Produktionsprozesses verleiht. Wenn auf diese Weise die Verwertung des Eigentums zugleich durch Verfügung über die Arbeitskräfte geschieht, dann „enthüllt sich [das Eigentum] nicht nur als Herrschaft über Sachen, sondern auch als Herrschaft über Menschen“.⁵⁰

Bleibt angesichts dieser gewandelten sozialen Reichweite des Eigentums sein Rechtsbegriff unangetastet, so findet der Faktor Arbeit seine Repräsentation allein im Eigentum, das alle in der Wirtschaft wirkenden Produktivkräfte „vertritt“.⁵¹ Es kommt gleichsam zu einer überschießenden Rechtsverfassung der Gesellschaft durch das Institut des Eigentums. Um dem Faktor Arbeit eine Mitbestimmung beim Produktionsprozess zu ermöglichen, greift die Arbeitsrechtslehre der Weimarer Zeit zum Gedanken der „Arbeitsverfassung“, die als Recht der von Art. 165 WRV begründeten „Gemeinschaft von

⁴⁸ Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, in: Marx-Studien 1 (1904), 63, 89 f.

⁴⁹ Renner (Fn. 48), 100.

⁵⁰ Das folgert vor allem Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, 25, im Anschluss an Renner.

⁵¹ Vgl. Sinzheimer (Fn. 50), 208.

Arbeit und Eigentum“⁵² gleichsam von höherer Warte aus die Eigentümerbefugnisse im Funktionssystem Wirtschaft relativiert und umgekehrt eine eigene Repräsentation von Arbeit ermöglicht. In der entwickelten funktional differenzierten Gesellschaft wird die Verwaltungsbefugnis des Eigentums geöffnet für die von ihrer Ausübung unmittelbar Betroffenen. Sie erhalten gegenüber dem Eigentümer-Arbeitgeber Zugang zum Verwaltungsrecht seines betrieblichen Eigentums und können so Arbeitsprozesse mitgestalten.

War die absolute Kontrollbefugnis des Eigentums in Rom lebensweltlich beschränkt, wird sie unter Bedingungen funktionaler Differenzierung sozial entfesselt. Die Kompetenz zur Gestaltung der Umwelt wird über die Grenzen des *domus* hinausgetragen und entfaltet ihre Wirkung in unterschiedlichen sozialen Autonomiebereichen. Diese soziale Multilateralität des Eigentumsrechts kann in einem abstrakt-absoluten Eigentumsbegriff nicht dargestellt werden. Die Eigentumslehre des fortgeschrittenen Kapitalismus der Weimarer Zeit erkennt, dass die von ihr als „Bündel von Funktionen“ rekonstruierte Gestaltungsmacht des Eigentümers die rechtliche Reflexion dazu drängt, „den dogmatischen Boden des BGB zu verlassen“.⁵³ Das eben geschieht im Rahmen der neuartigen rechtlichen Reflexionsstufe der Arbeitsverfassung, aber auch der der Wirtschaftsverfassung, die sich – diesmal von der Perspektive des Kapitals her⁵⁴ – gleichfalls von einer individualistischen Betrachtung von Eigentum und Vertrag löst und sich „mit dem Sozialeffekt privatrechtlicher Institutionen“ befasst.⁵⁵ So vollziehen die Arbeiten von Wolff, Kronstein und Böhm den „Fortschritt vom römisch-rechtlichen Eigentumsbegriff und einer außerrechtlichen Handlungsfreiheit zu einer rechtlich verfaßten Funktionseinheit von Eigentum, Person, Vertrag und Markt“.⁵⁶

Der Grundgedanke der Wirtschaftsverfassung, in Parallele zur Konstitutionalisierung staatlicher Macht das Problem wirtschaftlicher Macht zu lösen⁵⁷ – und zwar dadurch, dass Freiheitsrechte funktional an den Wettbe-

⁵² Vgl. *Sinzheimer* (Fn. 50), ebd.

⁵³ Vgl. *Hedemann* (Fn. 31), 61 und 65.

⁵⁴ Überlegungen zum Verhältnis von Arbeits- und Wirtschaftsverfassung etwa bei *Ramm*, Die Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1977, 1, 2.

⁵⁵ *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 117.

⁵⁶ Vgl. *Fikentscher*, GATT Grundsätze, Property Rights und der Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs, in: FS Rudolf Lukes, 1989, 377, 390.

⁵⁷ *Mestmäcker*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: ders., Die sichtbare Hand des Rechts, 1978, 57: „Wie es die erste Aufgabe der politischen Verfassung ist, die Staatsgewalt an das Recht zu binden, so ist es die erste Aufgabe der Wirtschaftsverfassung, das Problem der wirtschaftlichen Macht zu lösen. Es kommt darauf an, Rechtsgrundsätze, wie sie für die Machtausübung des Staates im Verfassungsrecht entwickelt wurden, in einer dem Wirtschaftssystem entsprechenden Weise für den Erwerb und die Ausübung privater Macht zu entwickeln“.

werb gebunden werden⁵⁸ – ist hier freilich beschränkt auf die Zirkulationssphäre und die Verhinderung von Marktmacht. An der Totalisierung der Wertstruktur ändert das freilich nichts. Im Gegenteil sind freie Märkte die Voraussetzung für den Übergang vom Geld zum Kapital, durch den die Herrschaft des Tauschwertes über den Gebrauchswert festgeschrieben wird. Der im Geld realisierte Wert kann sich erhalten und vermehren, weil er sich nunmehr nicht bloß gegen vergegenständlichte Arbeit austauscht, sondern gegen das Arbeitsvermögen selbst. Durch die Aufnahme des Arbeitsprozesses in das zum Kapital gewordene Wertverhältnis wird der vormals gegenüber der Produktion neutrale Wert selbst produktiv.⁵⁹ Die abstrakte Vergegenständlichung bleibt also nicht auf die Zirkulationssphäre als Entstehungsbereich der Warenform beschränkt, sondern expandiert insbesondere auch in die Produktionssphäre. Gerade auf die damit verbundene Neustrukturierung der Arbeitsprozesse reagiert der Gedanke der Arbeitsverfassung, indem er Arbeit ein eigenständiges Mitwirkungsrecht auf Gestaltung dieses Prozesses gegenüber dem Kapital einräumen will.⁶⁰ Bei der Bestimmung über die Art und Weise der Generierung gesellschaftlichen Mehrwerts wird das Eigentumsrecht so auch an andere soziale Umwelten als Märkte zurückgebunden. Die damit verbundene Beschränkung von Eigentums“freiheiten“ und die korrespondierende (Wieder-)Erschließung von Handlungsmöglichkeiten der Arbeiter als Nichteigentümer ist Ausdruck jener Doppelbewegung der Eigentumsdifferenzierung. Sie wird jetzt begreifbar als Entwicklung einer gesellschaftlichen Teilverfassung des Wirtschaftssystems, die verhindert, dass die Eigentumsform einseitig zum Vollzugsorgan der wirtschaftlichen Rationalität wird.

III. Digitalverfassung statt Dateneigentum

Im Zuge der Digitalisierung sind Daten zu einem wesentlichen Produktionsfaktor geworden. Sie dienen nicht nur als Ressource für die Erzeugung von Mehrwert durch Arbeitsprozesse, sondern verändern auch die Arbeitsprozesse selbst. Durch selbstlernende Algorithmen ist sogar die Weiterentwicklung von Wertschöpfungsprozessen ohne das Zutun menschlicher Arbeit möglich. Daten treten neben Arbeit und Kapital. Diese Bedeutung von Da-

⁵⁸ *Mestmäcker*, Das Privatrecht vor den Herausforderungen der wirtschaftlichen Macht, *RabelsZ* 60 (1996), 58, 65.

⁵⁹ *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 75.

⁶⁰ *Sinzheimer* (Fn. 50), 212 Anm. 1, sieht gerade das Mitwirkungsrecht der Arbeiter in der Gemeinschaft mit dem Eigentum als das Charakteristikum der Arbeitsverfassung an und weist ausdrücklich die Auffassung zurück, wonach es sich bloß um die Gesamtheit der Rechtsnormen über die Organisation von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft handele.

ten für die Wertschöpfung – sowohl *upstream* als auch *downstream* – einerseits und die (technologischen) Möglichkeiten ihrer faktischen Aneignung nebst einer entsprechenden Appropriierung der Nutzungsvorteile andererseits haben eine Diskussion über die Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten an Daten oder einem „Dateneigentum“ ausgelöst.

Rechtswissenschaftliche Theoriebildung über Eigentumsrechte an Daten müsste im Dreischritt einen angemessenen Rechtsbegriff von „Daten“ entwickeln, die Funktion solcher Dateneigentumsrechte für individuelle/soziale Autonomien darstellen und zur Ordnungsidee von Privateigentum in Beziehung setzen. Denn denkt man die Funktionalisierung von Rechten zu Ende, geht es nicht allein darum, im Recht die Normativität der durch die Ausübung von Rechten konstituierten Ordnungen zu berücksichtigen, sondern auch um Einflussnahme auf diese Ordnungen durch die von ihnen Betroffenen. Sobald die Frage nach der Funktion von individuellen Rechten für die soziale Praxis gestellt wird, steht auch die Frage nach der Funktion dieser Praxis für die Rechte (gerade auch die von Dritten) im Raum; und damit einer Teilnahme der Träger dieser Rechte an der Regelbildung für die Praxis. Subjektive Rechte ermächtigen gleichermaßen zur Konstitution wie zur Transformation von gesellschaftlicher Ordnungsbildung. Insofern private Rechte die Änderung des Rechts der Praxis erlauben, fungieren sie als politische Gestaltungsrechte.

1. Datenbegriffe im Recht

Im Bereich des Eigentumsrechts neigt die Rechtswissenschaft in besonderem Maße zur Vergegenständlichung. Auch jenseits des Denkens in räumlich-gegenständlichen Herrschaftssphären werden die Handlungsbefugnisse von Ausschließlichkeitsrechten auf Gegenstände bezogen.⁶¹ Eigentumsrechte werden als Rechte der Zuordnung von Gütern angesehen.⁶² Sofern Daten als Güter qualifiziert werden, scheint dann nur noch überlegt werden zu müssen, welchem Regime von Ausschließlichkeitsrechten – dem sachenrechtlichen oder dem immaterialgüterrechtlichen – Daten unterworfen werden sollen, wobei eine Bewirtschaftung als *privates Gut* regelmäßig unterstellt wird.⁶³ In der Folge verengt sich die Diskussion um das Dateneigentum auf eine wirtschaftliche Partizipation an der Nutzung von Daten.

⁶¹ Diese Übereinstimmung mit dem Bündelmodell sieht *Zech*, *Information als Schutzgegenstand*, 2012, 102.

⁶² *Peukert* (Fn. 2), 56. *Esser*, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates*, 1949, 150 ff., sieht in der Güterverteilung sogar die Aufgabe von subjektiven Rechten im Allgemeinen.

⁶³ Breiter indes der Blick bei *Schneider*, *Regulierungsansätze in der Datenökonomie*, *APuZ* 24–26/2019, 35 ff., die zusätzlich die Möglichkeiten der Bewirtschaftung als öffentliches Gut, als Allmendegut und mittels einer Treuhandschaft diskutiert.

(1) Eine für rechtswissenschaftliche Begriffsbildung hinreichende Komplexität scheint eine von Zech vorgeschlagene Darstellung von Daten „als maschinenlesbar codierte Information“ zu erlangen.⁶⁴ Sie fußt ihrerseits auf einem für die Zwecke des Rechts entworfenen gegenständlichen Informationsbegriff, der die Informationsbegriffe unterschiedlicher Wissenschaften rezipiert und die sich aus ihnen ergebende Abgrenzung von Informationsarten für differenzierte Aussagen darüber nutzt, inwieweit eine bestimmte Information zum Gegenstand von Ausschließlichkeitsrechten gemacht werden soll. Danach lässt sich unterscheiden zwischen semantischer Information, die durch ihre Bedeutung abgegrenzt wird, syntaktischer Information, die durch ihre Darstellung als Menge von Zeichen abgegrenzt wird, und struktureller Information, die durch ihre Verkörperung abgegrenzt wird.⁶⁵ Ganz maßgeblich werden diese Abgrenzungen inspiriert von der Trennung zwischen Zeichen- und Bedeutungsebene in der Semiotik, die noch um die bewusstseinsunabhängige Ebene der in einem physikalischen System enthaltenen Information ergänzt wird. Die drei Perspektiven der Betrachtung von Information schließen einander nicht aus, sondern stehen insofern in einem „Stufenverhältnis“ zueinander, als strukturelle Information als „Träger“ syntaktischer Information und diese wiederum als Träger semantischer Information dienen kann.⁶⁶

Mit einer solchen „Aufspreizung“ des Informationsbegriffs wäre es theoretisch möglich, die Eigentümlichkeit des sozial-technologischen Gegenstandsbereiches von Dateneigentumsrechten zu erfassen und eine entsprechend differenzierte und gehaltvolle Rekonstruktion ihrer Wirkung auf soziale Prozesse zu geben. Zech selbst erkennt, dass die Mehrdimensionalität des vorgeschlagenen Informationsbegriffs Ähnlichkeit mit dem in der Netzwerkarchitektur von Computernetzen gebräuchlichen „Schichtenmodell“ hat, wobei dem *physical layer* die strukturelle Information, dem *code layer* die syntaktische Information und dem *content layer* die semantische Information entspricht.⁶⁷

Wie das Bündelmodell des Eigentums ist auch das Schichtenmodell von Kommunikationsnetzwerken nicht bloß ein analytisches Hilfsmittel. Seine Verwendung durch Juristen macht die Spielräume beim Design von Netzwerkarchitekturen sichtbar und lenkt entsprechend die Aufmerksamkeit darauf, dass sich auf jeder Ebene gesondert die Frage nach einer Bewirtschaftung durch Eigentumsrechte oder Gemeinschaftsgüter stellt. So wurde in der Frühphase der Internetentwicklung durch konsequente Umsetzung des *end-to-end-Prinzips* bei der Konstruktion von Netzwerk-Protokollen⁶⁸

⁶⁴ Zech (Fn. 61), 32.

⁶⁵ Zech (Fn. 61), 37 ff.

⁶⁶ Zech (Fn. 61), 43 und 410 f.

⁶⁷ Zech (Fn. 61), 43.

⁶⁸ Zum *end-to-end-Prinzip* in Computernetzwerken umfassend *van Schewick*, *Internet Architecture and Innovation*, 2010, 90 ff.

die Entscheidungskompetenz über die Nutzung des *code layer* dezentralisiert, so dass die logische Schicht entsprechend als Gemeinschaftsgut konstituiert ist.⁶⁹ Die Nutzer müssen sich nur nach den Spezifikationen des IP-Protokolls richten und nicht nach dem Willen und den technischen Vorgaben eines Netzbetreibers.⁷⁰ Eine solche Trennung von Eigentum (auf der physikalischen Schicht der Netzinfrastruktur) und Kontrolle (über die Handlungsmöglichkeiten auf der logischen Schicht) gewährleistet die Entwicklungsoffenheit des Mediums und eine enorme Varietät von netzwerkbasierenden Anwendungen. Mit Hilfe des Schichtenmodells wird darstellbar, wie durch technologisch implementierte Zugangsregeln ein neuer „Raum“ von Handlungsmöglichkeiten entsteht, die unabhängig vom Eigentum an und damit der Bestimmungsmacht über das physikalische Netz sind. Es emergiert ein Kommunikationsmedium, das sich autonom entwickeln kann, sofern es nicht zu einem *leveraging* von Bestimmungsmacht über die materiellen Träger des Datentransports auf die logisch-syntaktische Ebene kommt. In der Rechtswissenschaft macht das Schichtenmodell so die Konstitution von medialen Nutzungsfreiheiten wie ihre gleichzeitige Gefährdung in modularisierten technologischen Netzwerken beschreibbar.⁷¹

Die Konstruktion von Daten als Güter kann die Zusammenhänge, die zwischen den unterschiedlichen operativen Kontexten von Daten bestehen, nicht in ihre Darstellung aufnehmen. Um gegenständliche Abgrenzung bemüht, blendet sie die soziale Bedeutung von Daten aus. Weil die Nützlichkeit von Daten unterstellt wird, fokussiert der güterrechtliche Ansatz den Vorgang ihrer Herstellung durch Codierung von Informationen in Zeichen. Nach dem Muster des Immaterialgüterrechts, das dem Schöpfer als Übersetzer von Bedeutung in Zeichen – etwa eines Autors, der eine Geschichte als Text niederschreibt – ein Ausschließlichkeitsrecht an der erzeugten syntaktischen Information gewährt, soll auch der für die Codierung von struktureller in syntaktische Information Verantwortliche ein Ausschließlichkeitsrecht an der syntaktischen Information erhalten – vor allem, um eine normative Zuordnung des Datennutzens an die Stelle faktischer Ausschließlichkeit zu setzen und über eine rechtssichere Primärzuteilung die Handelbarkeit von Daten zu fördern.⁷² Auf diese Weise wird das mit Daten verbundene

⁶⁹ Wielsch, Zugangsregeln, 2008, 243.

⁷⁰ Zur Steigerung der Unabhängigkeit von Entwicklern und der Ermöglichung autonomer Innovation unter einem weit gefassten end-to-end-Prinzip vgl. *van Schewick* (Fn. 68), 204 ff.

⁷¹ Dazu wird es verwendet bei *Lessig*, *Future of Ideas*, 2001, 23 ff. und *Benkler*, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation*, *Federal Communications Law Journal* 52 (2000), 561, 562 f., auf die *Zech* sich bezieht.

⁷² *Zech*, *Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“*, CR 2015, 137, 145.

Potenzial zur Umweltgestaltung, das auf die Trennung der Informationen von ihren sozialen Kontexten zurückgeht, beim Datenproduzenten konzentriert. Da Daten im Unterschied etwa zu urheberrechtlichen Werken nicht an bestimmte semantische Entstehungszusammenhänge gebunden sind, wird Kontrollmacht anders als im Immaterialgüterrecht nicht spezifisch eingeschränkt, wo der Zuschnitt des Rechtsumfangs der Förderung der geistigen und kulturellen Werte zu dienen hat, die ihrerseits Grundlage für sein Werk-schaffen sind.⁷³ Datenerzeugerrechte führen infolgedessen zu einer unspezifischen und – bedenkt man das sozialregulative Potenzial einer Datenauswertung – gleichzeitig invasiven Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Aus diesem Grund werden Ausschließlichkeitsrechte von Datenproduzenten an syntaktischer Information nicht nur aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive kritisch gesehen, weil sie auch den gleichen Zugang von Wettbewerbern zum Inhalt der Daten beeinträchtigen könnten,⁷⁴ sondern auch mit Blick auf fehlende Mitbestimmungsmöglichkeiten derjenigen, die in einem weiteren Sinne zur Datengenerierung beitragen.⁷⁵

(2) Eine Rückbindung von Daten an ihre soziale Dimension wird jedoch dann möglich, wenn man sie nicht allein als Binärcodierungen, sondern als „kulturelle Tatsachen“ begreift. Da Digitalisierung sämtliches Verhalten der Bürger im privaten und öffentlichen Raum in einzelne Informationen (Aussagen der und über die Bürger) zerlege, kommt es nach Ansicht von Fezer zu einer „totalen Digitalisierung der bürgerlichen Lebenswelt“.⁷⁶ Weil alle Bereiche sinnhaften Handelns in Interaktionen, Organisationen und sozialen Institutionen ebenso wie die physikalische Umwelt der Umcodierung zugänglich sind, werden sie auch von der Auswertung der Daten betroffen, die soziales Handeln neu orientiert. Angesichts dieser Totalität einer digitalen Neuschaffung der Welt müssen unilaterale, aus einer einzigen Perspektive

⁷³ Im Anschluss an die Regierungsbegründung zum UrhG 1965 (BT-Drucks. IV/270, Vor § 45) zu dieser systemischen Konnexität vgl. *Wielsch* (Fn. 69), 79 f.

⁷⁴ *Ullrich*, Technology Protection and Competition Policy for the Information Economy – From Property Rights for Competition to Competition Without Proper Rights?, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19–12, 2019, 25.

⁷⁵ Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 85. Dort wird zutreffend auf den komplexen Charakter von Prozessen der Datengenerierung (Datenherstellung, Datenanreicherung und Datenveredelung) hingewiesen. Relevante Beiträge eines Akteurs – insbesondere von natürlichen Personen – sollen u.a. darin bestehen, dass sich die in den Daten gespeicherte Information in ihrer Bedeutung auf diesen Akteur oder auf einen mit ihm verbundenen Gegenstand bezieht, die Daten durch eine Aktivität des Akteurs generiert wurden, oder die Daten durch eine Technologie generiert wurden, welche dieser Akteur geschaffen oder in die er investiert hat.

⁷⁶ *Fezer*, Digitales Dateneigentum – ein grundrechtsdemokratisches Bürgerrecht in der Zivilgesellschaft, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), *Dateneigentum und Datenhandel*, 2019, 105 (Hervorhebung hinzugefügt).

vorgenommene Rekonstruktionen von Daten im Recht als besonders problematisch erscheinen.

Die Reformulierung von Daten als kulturelle *Tatsachen* überwindet zwar das vergegenständlichende Denken nicht, aber verschiebt den Akzent auf Daten als Bausteine von neuen, digitalisierten (Um)Welten, die zu realen Lebensgrundlagen werden. Infolge der gesellschaftlichen Pervasivität der Regulierung aufgrund von Daten ist der Einzelne als „Bürger“ und nicht etwa das Privatrechtssubjekt als bloßer Marktteilnehmer betroffen. Gleichwohl gestalten nicht die Betroffenen die neuen Lebensgrundlagen, sondern Unternehmen und Organisationen, die sich die Verhaltensdaten – die von den Bürgern selbst herrühren – faktisch aneignen. Durch die Faktizität des ersten Zugriffs auf die Daten herrscht bisher eine Art Naturzustand bei der Formung der digitalen Welt 2.0. Dadurch trete eine Entfremdung der Person als Bürger ein, der nicht mehr an der Gestaltung der Zivilgesellschaft mitwirken kann.

Um diesen Zustand zu ändern, ist dem Einzelnen in der digitalen Welt eine zivilgesellschaftliche Handlungs- und Gestaltungskompetenz zu verschaffen, die ihn an der Entscheidung über die Funktionsweise der von ihm generierten Daten beteiligt. Fezer schlägt daher vor, dem Einzelnen gesetzlich ein Immaterialgüterrecht sui generis an seinen verhaltensgenerierten Informationsdaten einzuräumen.⁷⁷ Ein solches Ausschließlichkeitsrecht versetzt den Bürger in die Lage, mit den Unternehmen über die „Netznormen“ zu verhandeln, in denen datenbasierte Verhaltensstandards festgelegt werden. Damit wird der bemerkenswerte Impuls gegeben, das Dateneigentum nicht einfach als ein subjektives Vermögensrecht, sondern als ein „Bürgerrecht“ zu konzipieren – ähnlich wie Sinzheimers „Wirtschaftsbürger“ das doppelte Freiheitsrecht der Selbstbestimmung und politischen Gestaltung im Wirtschaftsleben haben sollte.⁷⁸ Eigentumsrechte an Daten mögen daher zwar auch die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Beteiligung eröffnen,⁷⁹ in erster Linie können sie aber als Ausdruck der politischen Autonomie des Einzelnen gelesen werden, effektiv auf das vernetzte Datengeschehen Einfluss zu nehmen. Da ein regelnder Zugriff auf die Autonomiebedingungen des Einzelnen keinen Bezug zu identifizierbaren natürlichen Personen voraussetzt, sondern auch auf Daten basieren kann, die bei der Verwendung von Gegenständen durch die

⁷⁷ Fezer (Fn. 76), 128.

⁷⁸ Sinzheimer, Die Krisis des Arbeitsrechts (1933), in: v. Kahn-Freund/Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden, Band 1, 1976, 135, 140.

⁷⁹ Für Fezer, Repräsentatives Dateneigentum, 2018, 65, verlangt die rechtmäßige Benutzung von verhaltensgenerierten Informationsdaten entweder eine privatautonom individuelle Vereinbarung oder eine kollektive Rechtsgestaltung einer Vereinbarung oder eine gesetzliche Regelung der Art und Weise eines Vermögensausgleichs.

Person in ihrer Umwelt entstehen, ist der Regelungsgegenstand des immaterialgüterrechtlichen Dateneigentumsrechts im Unterschied zum Datenschutzrecht konsequent auf nicht-personenbezogene Daten zu erstrecken.⁸⁰ Die Limitationen des (vertragsrechtlichen) Datenschutzes werden aber auch insofern überschritten, als ein Dateneigentumsrecht Drittwirkung hat und jedem unbefugten Nutzer in der Wertschöpfungskette entgegengehalten werden kann und auch dann noch greift, wenn die ursprünglich personenbezogenen Daten später anonymisiert werden.

(3) Die integrale, lebensweltliche Konzeption von Daten kann jedoch die Autonomie des digitalen Mediums nicht erfassen. Sie bleibt handlungstheoretisch befangen in der Prämisse, dass der Einzelne „souverän“ über die Kommunikation seines Verhaltens bestimmen könne.⁸¹ Sinnbildung bleibt danach gebunden an individuelle Verstehensakte und kann die sozio-technologische Sinnproduktion nur von ihren Wirkungen her registrieren, nicht aber ihre Genese und Dynamik erklären. In dieser Richtung weiterführend erweist sich der Ansatz von Amstutz, Daten als „(technologisches) Medium“ zu begreifen und radikal von den durch sie übertragenen Zeichen zu trennen. Daten sind danach keine Informationen, sondern (binäre) Darstellungen von Informationen. Allein die digitale Syntax erlaubt es, dass sie Verarbeitungs-, Speicherungs- und Übertragungsmittel von Information und Gegenstand von technologischen Operationen sein können.⁸² Aus dieser Sicht muss das semiotische Modell, das auf die durch Daten abstrahierten Inhalte und deren Nützlichkeit abstellt, zu einer fehlerhaften Analogisierung mit den bekannten Immaterialgütern gelangen und aufgrund der Eigenschaft von Daten als öffentliches Gut dann die Schaffung von Exklusivrechten als Voraussetzung für geordnete Datenmärkte folgern. Betrachtet man Daten hingegen als ein Medium, wären sie in ihrer Funktion der Übertragung von Information für Kommunikation unerlässlich und ihre Produktion wäre keine Frage der Bewirtschaftung einer Ressource, sondern Ausdruck von Kommunikation. Freilich muss Amstutz hierfür den Medienbegriff selbst transformieren, wie er es im Anschluss an Kittler auch tut und Medien nicht auf Zeichen und Symbole bezieht, sondern streng unterscheidet zwischen symbolischen und technischen (Analog- und Digital-)Medien, zu denen Daten gehören.⁸³

Das Operieren von Daten als Medium erklärt auch ihre welterzeugende, sozialgenerative Funktion. Die Wirklichkeit, die Daten erzeugen, ist freilich keine Repräsentation der sozialen Wirklichkeit.⁸⁴ Auf der Basis von massen-

⁸⁰ Fezer (Fn. 76), 110.

⁸¹ Fezer (Fn. 76), 103.

⁸² Amstutz, Dateneigentum, AcP 218 (2018), 438, 452.

⁸³ Amstutz (Fn. 82), 462 f.

⁸⁴ Amstutz (Fn. 82), 511: „Digitale Wirklichkeit entsteht aus dem Streben danach, gesellschaftliche Wirklichkeit zu ‚entgesellschaftlichen‘, um sie statistisch in biopolitischer Absicht zu rekonstruieren.“

weise gesammelten, verhaltensbezogenen Daten ermitteln Algorithmen Korrelationen zwischen Personen und Ereignissen, die der Anfertigung von Prognosen über ein zukünftiges Verhalten von Personen dienen. Dabei kommt es freilich weniger auf die Richtigkeit der Voraussagen an als auf die Vorwegnahme von Handlungsmöglichkeiten, an denen sich das weitere Operieren von sozialen Systemen orientieren kann. Autonome digitale Systeme unterlaufen die Verstehensfunktion.⁸⁵ Weil die präformierten Handlungsmöglichkeiten technisch durchgesetzt werden, validiert sich die algorithmisch konstruierte digitale Welt selbst. Auf diese Weise fangen die Personenbilder der sozialen Systeme an, sich auf der Grundlage von algorithmischer Rationalität zu bilden. Damit ist der Weg frei für eine „algorithmische Gouvernmentalität“, in der die Steuerung von Verhalten nicht nach sozialen Normen erfolgt, die ein bestimmtes Erwarthen zum Ausdruck bringen und bestenfalls zuvor in deliberativen Prozessen gebildet wurden, sondern durch technologische Architekturen, die alle Handlungsmöglichkeiten vorwegnehmen und aus induktiven Rechenprozessen gewonnen sind.⁸⁶

Auf diese sich über Daten entwickelnde „algorithmische Gouvernmentalität“ ist nach Amstutz das Konzept des Dateneigentums einzustellen. Wie Fezer sieht er die Funktion eines Dateneigentumsrechts darin, zivile Autonomien – und nicht etwa auf der Seite von unternehmerischen Datenproduzenten entstehende Nutzungsvorteile – zu reappropriieren und abzusichern. Über Fezer hinaus hat er dabei nicht nur den Schutz personaler Autonomien vor Augen, sondern auch das geschilderte Verhältnis des digitalen Mediums zu sozialen Autonomien. Dogmatisch umgesetzt werden soll dies durch ein Dateneigentumsrecht, das nach dem Modell des Sacheigentums zu konzipieren sei. Gemessen an der Grundidee des Ansatzes, Daten als Medium zu verstehen, hat ein Rückgriff auf das Institut des Eigentums freilich etwas Schizophrenes. Denn in der Konsequenz einer solchen Qualifizierung läge es eigentlich, die Nutzung eines Mediums von normativen Einschränkungen freizuhalten. Die faktische Kontrolle der syntaktischen Ebene durch die Online-Intermediäre oder andere Unternehmen mit datengetriebenen

⁸⁵ Amstutz (Fn. 82), 515. Eine Zurechnung von Handlungen auf einzelne Personen ist für den Fortgang von Kommunikation nicht mehr möglich (Verhaltensdaten werden zu Clustern aggregiert) und auch nicht mehr nötig (da es nicht mehr um ein Interpretieren und Verstehen von Handlungen geht, sondern um die Vorwegnahme von Handlungsmöglichkeiten und ihrer technischen Durchsetzung).

⁸⁶ Rouvroy, *Governing Without Norms: Algorithmic Governmentality*, in: *Psychoanalytical Notebooks* 32 (2018), 99, beschreibt die Eigenart dieser Steuerungsform folgendermaßen: „the ‚profiles/scores/matches‘ through which individuals are classed, assessed, recomposed or sanctioned, and through which the merits, needs, opportunities or dangers contained in life forms are assessed, are based on the numerical signals arising from trajectories, relations and interactions of individuals rather than on norms resulting from prior deliberative processes“.

Geschäftsmodellen verschafft diesen aber Gestaltungsmöglichkeiten und damit normativen Einfluss auf der gesellschaftlich-semantischen Ebene. Um gleichwohl die Voraussetzungen für freies Handeln auf dieser Ebene weiter zu gewährleisten, sieht sich das mediale Datenkonzept gezwungen, von dort aus die syntaktische Ebene gleichsam „rückwärts“ und gegen die eigenen Vorstellungen zu normieren.

2. Digitale Mitbestimmung

Die Vorschläge von Fezer und Amstutz zur Schaffung eines „Dateneigentums“ liefern der Sache nach Bausteine für eine Rechtsverfassung des digitalen Mediums, eine „Digitalverfassung“. Sie rekonstruieren im Recht den Datenbegriff aus einer nicht-reduktionistischen, multilateralen Perspektive und können auf dieser Grundlage die Wirkungen von autonomen, im Medium von Daten (und nicht Sinn) operierenden Systemen für personale und soziale Autonomien berücksichtigen.

Die Strategie, die faktische Aneignung von Daten durch die Datenwirtschaft und die damit verbundene Setzung der Digitalregeln durch eine juristische Zuordnung mit Hilfe eines Dateneigentums der Bürger ersetzen zu wollen, lässt die politische Dimension des Rechtsinstituts Eigentum in den Vordergrund treten. Im Unterschied aber zum üblichen Gebrauch von Eigentumsrechten im Rahmen der Marktverfassung würde die Funktion von Dateneigentum darin bestehen, eine rechtliche Neu-Verfassung sozialer Praxis zu ermöglichen. Insofern ist das Konzept des Dateneigentums eher verwandt mit der Umpolung von Eigentumsrechten durch Open Source-Lizenzen. Entscheidend ist hier wie dort, dass sie Instrumente zur Modifikation einer sozialen Praxis installieren, die von Einzelnen in Bewegung gesetzt werden können. Es handelt sich um „Gegenrechte“ zur Ermächtigung einer alternativen sozialen Praxis.⁸⁷ Das Ausschließungsrecht dient weniger der Internalisierung von Nutzungsvorteilen als vielmehr der Mitgestaltung von „Netznormen“, die insbesondere über die Art und Weise der Generierung von Personenbildern entscheiden.⁸⁸ Im Vordergrund der als Dateneigentum bezeichneten digitalen Mitbestimmungsrechte steht die Partizipation an der gesellschaftsweit wirksamen Rechtsverfassung des digitalen Mediums, deren zentrale Aufgabe der Schutz der „Person“ ist. Insofern scheinen sie eher dem Datenschutz funktional äquivalent zu sein.

⁸⁷ *Wielsch*, Gesellschaftliche Transformation durch subjektive Rechte, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), *Gegenrechte – Recht jenseits des Subjekts*, 2018, 141, 160/163.

⁸⁸ Sofern das Dateneigentum nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch ein Benutzungsrecht umfassen würde, besäße es freilich auch vermögensrechtliche Qualität, vgl. *Fezer* (Fn. 79), 62 ff.

In den Augen der Verfechter eines Dateneigentumsrechts ist jedoch das Datenschutzrecht jedenfalls in seiner bisherigen Gestalt der Aufgabe der zivilgesellschaftlichen Ordnung der Digitalisierung nicht gewachsen.⁸⁹ Denn die datenschutzrechtliche Einwilligung – und ein darauf aufbauendes „Datenvertragsrecht“ – sind keine Legitimationsquelle für eine massenweise Datensammlung mit Regulierungseffekten für Dritte und für eine kontextübergreifende Datenvernetzung, die zur Transgression kontextbezogener Informationsnormen und damit zur Verletzung der Integrität sozialer Kontexte führen kann.⁹⁰ Die offene Flanke des Datenschutzrechtes der DSGVO besteht in strategischen und statistischen Drittwirkungen von datenschutzrechtlichen Einwilligungen („*unraveling of privacy*“ und „*Big Data*“).⁹¹ Während aber ein Dateneigentumsrecht in einigen Fragen größere Kontrollmöglichkeiten als das Datenschutzrecht verspricht,⁹² teilt es infolge seiner individualistischen Konzeption ausgerechnet an dieser Schlüsselstelle die Probleme der datenschutzrechtlichen Einwilligung. Offenlegungsdynamiken durch das Verhalten Dritter (nach der *Rational Choice*-Theorie), erhebliche Informationsasymmetrien und das Ausbleiben eines schutzbezogenen Konditionenwettbewerbs auf datenintensiven Märkten betreffen auch die aus dem Dateneigentum fließende Einwilligungsbefugnis. Infolge der Defizite von isolierten Einwilligungsvorbehalten einerseits und „*collective action*“-Problemen andererseits sieht sich das Dateneigentumsmodell denn auch veranlasst, eine repräsentierende Instanz zur Rechtewahrnehmung einzusetzen, um eine wirksame Datenkontrolle zu gewährleisten.⁹³

Letztlich müssten der Dispositionsbefugnis des einzelnen Dateneigentümers wie im Fall der datenschutzrechtlichen Einwilligung inhaltliche Grenzen gezogen werden. Und wie in jenem Fall liefern die Grundrechte hierfür maßgebliche Vorgaben. Die Dogmatik der rechtsgeschäftlich eingebundenen Einwilligung zur Datennutzung und die privatrechtliche Inhaltskontrolle der Geschäftsbedingungen von digitalen Diensten müssen konsequent grundrechtskonform interpretiert werden, wobei freilich weder von einer formal-liberalen, einer sozialstaatlich materialen noch einer funktional-institutionellen Lesart von Grundrechten auszugehen ist, sondern vielmehr von einer

⁸⁹ So die Einschätzung von Fezer (Fn. 79), 127.

⁹⁰ Zur *transgression* vgl. Nissenbaum, *Privacy in Context*, 2010, 186.

⁹¹ Dazu Bunnenberg, *Privates Datenschutzrecht*, 2020, 87 ff.

⁹² Etwa bei der Kontrolle von Datennutzungen über mehrere Stufen hinweg, vgl. oben nach Fn. 80.

⁹³ Fezer (Fn. 76), 152, betont freilich, dass es sich bei der Wahrnehmung der Dateneigentumsrechte durch ein Repräsentationsorgan nicht um ein Instrument des kollektiven Rechtsschutzes handle. Weil er Dateneigentum nicht bloß als ein Recht von Marktteilnehmern, sondern als ein Bürgerrecht begreift, orientiert er sich für die Wahrnehmung der Gestaltungskompetenz am demokratischen Repräsentationsprinzip.

relationalen wie bei anderen subjektiven Rechten auch.⁹⁴ Grundrechte gewährleisten die funktionalen Voraussetzungen für gelingende private Ordnungsbildung, indem sie private Regelbildung „prozedural-reflexiv“ durch verfahrensförmige Auflagen zur Beachtung aller von ihr betroffenen Autonomien verpflichten.⁹⁵

Wenn man berücksichtigt, dass sämtliche subjektiven Rechte an ihre gesellschaftlichen Ausübungsbedingungen zurückzubinden sind, so ist für das zivilgesellschaftliche Mitgestaltungsanliegen, das unter dem Titel „Dateneigentum“ verfolgt wird, die konkrete dogmatische Instituierung letztlich zweitrangig. Am Ende könnte ein Bündel von effektiven digitalen Mitbestimmungsmöglichkeiten stehen, die über verschiedene Rechtsgebiete verteilt sind. Die Rede vom Eigentum erscheint hierfür zwar insofern gerechtfertigt, weil sie eine Kompetenz zur Gestaltung der eigenen Umwelt unterstreicht. Die Aufgabe der Digitalverfassung darf jedoch nicht mit einem bestimmten rechtlichen Institut und seiner Dogmatik identifiziert werden – weder mit dem Sacheigentum noch dem Immaterialgüterrecht. Der konkrete Rückgriff auf die Eigentumsform zur Steuerung digitaler Regulierung erscheint problematisch, weil einzelnen Daten kein Nutzwert zukommt, dessen Aneignungsmöglichkeit es – noch dazu umfassend – zu schützen gälte, und auch der in beiden dogmatischen Gebieten wirksame Lockesche Gedanke einer Eigentumsbegründung durch Arbeit besitzt angesichts einer automatisierten Aggregation und Auswertung von Daten wenig Überzeugungskraft. Vor allem aber verleitet die Anwendung der Eigentumsform dazu, Daten als Gegenstand zu betrachten und sie damit von der sozialen Praxis zu lösen, in der sie entstehen und ihre Wirkung entfalten. Die Eigentumsform würde selbst jene Verdinglichung von sozialregulativer Datenpraxis herbeiführen, die das Recht um der Autonomie der Datensubjekte willen reflexiv aufzuheben hat. Um diese Engführung durch die Eigentumsform und auch umgekehrt eine dysfunktionale Adaption der Eigentumsdogmatik an Daten als Rechtsobjekte zu vermeiden, sollten zivile Mitbestimmungsrechte entsprechend dem Gedanken gesellschaftlicher Teilverfassungen unmittelbar auf die Regelbildung für das digitale Medium bezogen und als „Digitalrechte“ jeweils bereichsspezifisch dogmatisiert werden. Entscheidend ist die Ausbildung einer Reflexionsstufe im Recht, mit der die Autonomie des digitalen Mediums rezipiert und mit anderen Autonomien ins Verhältnis gesetzt werden kann.

Weil die digitale syntaktische Welt das Strukturbildungspotenzial der Gesellschaft beeinflusst und damit wiederum die Voraussetzungen individueller Freiheit, erlangt sie eine eigene normative Qualität. Die Verselbstständigung

⁹⁴ Ausführlich zu den verschiedenen Grundrechtstheorien und einer grundrechtskonformen Inhaltskontrolle im Datenschutz *Bunnenberg* (Fn. 91), 128 ff. und 247 ff.

⁹⁵ *Wielsch* (Fn. 40), 753.

dieser neuen Normativität – befördert durch die faktische Appropriierung von Daten durch die Anbieter technologischer Dienste – darf nicht zu ihrer Naturalisierung verführen und als vorgegeben betrachtet werden. Die neue digitale Normativität bildet überhaupt erst den Gegenstand eines Rechtfertigungsprozesses aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive.⁹⁶ Entsprechend eingestellte Digitalrechte und -pflichten von Datensubjekten und Datenverarbeitern operieren unabhängig von ihrer dogmatischen Verortung als Teil eines Medienverfassungsrechts, wenn sie die Funktion haben, die Autonomie des digitalen Mediums zu konstituieren und gleichzeitig im Verhältnis zu anderen Autonomien zu begrenzen – ähnlich wie die Konstituierung der politischen Selbsteinwirkungsfähigkeit der Gesellschaft in der Staatsverfassung zugleich mit einem Schutz von gesellschaftlichen Autonomien vor dem Politischen verbunden wird. Erst in dieser digitalverfassungsrechtlichen Perspektive wird verständlich, warum Rechtsprinzipien wie Datentransparenz, Datensicherheit, Dateninteroperabilität und Datentransportabilität, die aus dem Bereich des Datenschutzrechtes hinlänglich bekannt sind, in scheinbarer Wiederholung zum Rechtsinhalt eines repräsentativen Dateneigentums gehören sollen.⁹⁷ Sie sind eben nicht auf den Anwendungsbereich des Schutzes persönlicher Daten begrenzt, sondern stellen digitalverfassungsrechtliche Grundsätze dar, die rechtsgebietsübergreifend Geltung beanspruchen. Sie bilden den Gegenstand der Mitgestaltungskompetenzen von datenbezogenen Rechten, die auch in Fällen digitaler Regulierung (v.a. durch Algorithmen) wirksam zu machen sind – man könnte insofern von einem „zivilgesellschaftlichen *effet utile*“ der Digitalrechte sprechen. Denn das neue Kontrolldispositiv hat einen primär zivilgesellschaftlichen Charakter. Es liegt in den Händen von privaten Betreibern algorithmischer Systeme – sofern die Kontrolle nicht schon an die Dynamik eines selbstlernenden Algorithmus abgegeben ist – und gerade nicht in denen des Staates.

Bereits nach geltendem Recht sind zentrale Mitbestimmungsrechte von Datensubjekten für Daten mit unmittelbarem Personenbezug instituiert, etwa in Form des mit vielfachen Anforderungen an die Freiwilligkeit versehenen Einwilligungsvorbehalts (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 Abs. 4 DSGVO), in Form der Möglichkeit zum jederzeitigen Widerruf der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 DSGVO) oder in Form von Löschungsrechten (Art. 17 Abs. 1 DSGVO), die vermittels eines Rechts auf Weiterleitung des Löschungsbegehrens auch gegenüber Dritten auf anderen Stufen der Datenverarbeitung wirksam gemacht werden (Art. 17 Abs. 2 DSGVO). Auch bei nicht-personenbezogenen Daten wird eine faktische Gestaltungsmacht datenkontrollie-

⁹⁶ *Wielsch*, Die Ordnungen der Netzwerke, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht. Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, 2018, 61, 63.

⁹⁷ *Fezer* (Fn. 79), 80 f.

render *Gatekeeper* durch wettbewerbsspezifische Zugangsrechte normativ aufgebrochen und Mitnutzungsmöglichkeiten geschaffen (Art. 6 Abs. 1 lit. h und i Digital Markets Act; § 19 Abs. 2 Nr. 4, § 20 Abs. 1a i.V.m. § 20 Abs. 1 und § 19a Abs. 2 Nr. 5 GWB).⁹⁸ Jenseits von *Gatekeeper*-Konstellationen wird ganz allgemein vorgeschlagen, eine Sonderbeziehung zwischen Akteuren mit faktischer Datenkontrolle und den an der Generierung der entsprechenden Daten Beteiligten (etwa den Eigentümern von sensorbestückten Geräten) anzunehmen, aus der Mitsprache- und Teilhaberechte nach Kriterien eines beweglichen Systems hergeleitet werden können.⁹⁹ Und auch die Drittwirkung von vertraglichen Vereinbarungen zur Datennutzung könnten in Zukunft nach dem Vorbild von Art. 4 Abs. 4 Geschäftsgeheimnis-Richtlinie 2016/943 geregelt werden. Dagegen würde ein gesondertes Dateneigentum mit Verwertungsbefugnis – abgesehen von der fortbestehenden Notwendigkeit zur Inhaltskontrolle seiner schuldrechtlichen Mobilisierung – aus datenschutzrechtlicher Sicht problematische finanzielle Anreize zur Datenerzeugung gerade auch durch das Individuum setzen und die Prozesse der Datennutzung vollständig an die marktwirtschaftliche Dynamik ankoppeln.¹⁰⁰

Die Schaffung von Digitalrechten zugunsten von Datensubjekten geht mit der Steigerung von Transaktionskosten einher. Dies ist nicht nur hinzunehmen, sondern in gewisser Weise die Idee hinter der Reflexionsstufe einer digitalen Medienverfassung. Es sollen Verhandlungsmandate geschaffen werden, die digitale Dienste bei der Konstruktion von privaten Datenregimen zu berücksichtigen haben, auch wenn und gerade weil sich durch die Mitwirkung der von den Regimen Betroffenen andere Ausgestaltungen ergeben als bei einseitiger Festlegung durch Diensteanbieter. Man kann in Parallele zum Datenschutz insofern von einem „gewollten Marktversagen“¹⁰¹ sprechen, in dem sich gerade die erweiterten Mitbestimmungsmöglichkeiten spiegeln. Das übersieht die Ansicht, eine Position wie das Dateneigentum

⁹⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector, COM(2020) 842 final, 15.12.2020. Skeptisch gegenüber der Wirksamkeit der neuen datenzugangsbezogenen Regelungen des GWB vgl. *Gerpottl/Mikolas*, Zugang zu Daten großer Online-Plattformbetreiber nach der 10. GWB-Novelle, CR 2021, 137 ff. Zu weitergehenden Zugangsrechten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sogleich bei Fn. 104.

⁹⁹ Datenethikkommission (Fn. 75), 85 ff. Dort werden als Faktoren dieses beweglichen Systems von Datenrechten genannt: Umfang und Art des Beitrags zur Datengenerierung; Gewicht des Individualinteresses an der Gewährung des Datenrechts; Gewicht von konfligierenden Individualinteressen des Verpflichteten; Gewicht von Allgemeininteressen; Machtverteilung zwischen den Teilnehmern der Sonderverbindung.

¹⁰⁰ Gegen ein Dateneigentum, aber ausdrücklich für Mitsprache- und Teilhaberechte vgl. Datenethikkommission (Fn. 75), 104.

¹⁰¹ *Richter/Hilty*, Die Hydra des Dateneigentums – eine methodische Betrachtung, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, 2019, 241, 254.

würde „nicht nur gewaltige Transaktionskosten nach sich ziehen, ohne dass dem ein erkennbarer gesamtwirtschaftlicher Nutzen gegenüberstünde“. ¹⁰² Sie reduziert den unter dem Titel des Dateneigentums geführten Legitimationsdiskurs um Digitalrechte auf eine ökonomisch-funktionale Begründung und verfehlt damit das gesamtgesellschaftlich vom Recht zu verlangende Reflektionsniveau.

Das ökonomische Argument gegen Dateneigentum ist freilich in seiner Konzentration auf die partikuläre soziale Institution funktionierender Datenmärkte für sich genommen schlüssig. Ihm zufolge ermögliche es faktische „Dateninhaberschaft“ bereits, die Kosten für die Generierung der Daten und deren Zugänglichmachung für Dritte vertraglich zu amortisieren, so dass es für die Errichtung funktionsfähiger Märkte keines Eigentumsrechts bedürfe. Im Gegenteil bewirke der rechtliche Schutz von Rohdaten notwendig eine Beschränkung des Zugangs und der Nutzung von Daten auch auf der semantischen Ebene, auf der die eigentliche Wertschöpfung (Generierung neuen Wissens) anzusiedeln sei. ¹⁰³ Genau um die Ermöglichung eines solchen *leveraging* der Kontrollmöglichkeiten von der syntaktischen auf die (sozialgenerative) semantische Ebene geht es freilich den datenverfassungsrechtlichen Partizipationsrechten.

Angesichts der faktischen Aneignungsmöglichkeit der Datenproduzenten sieht sich aber auch der ökonomische Ansatz veranlasst, in bemerkenswerter struktureller Parallele Mitbestimmungsrechte zu postulieren, die freilich institutionenspezifisch zugeschnitten sind. Vorgeschlagen wird ein „Datenzugangsanspruch“ für diejenigen Personen, bei denen (v.a. im Rahmen der Nutzung von intelligenten Systemen) Daten erhoben werden und „die deshalb ein besonderes Interesse am Zugang zu diesen Daten zum Zwecke der weiteren Datenauswertung haben“. ¹⁰⁴ Zweck solcher als Zugangsrechte dogmatisierten Digitalrechte ist es, einen freien Datenfluss im Sinne eines „*Data Sharing*“ zu gewährleisten, was insbesondere auch den Wettbewerbern auf nachgelagerten Datenmärkten zugute kommt. Der so begründete Datenzugangsanspruch wird dann – ebenfalls ganz im Sinne des Gedankens der Digitalverfassung – gleich doppelt entgrenzt: Zum einen soll er nicht an eine marktbeherrschende Stellung des datenerhebenden Unternehmens geknüpft sein, zum anderen erweist sich ein solcher Zugangsanspruch als wettbewerbspolitische Verallgemeinerung des Rechts auf Datenportabilität in Art. 20 DSGVO, ¹⁰⁵ dessen Grundgedanke so über den Anwendungsbereich der DSGVO auch in andere Bereiche digitaler Regulierung hinaus getragen wird.

¹⁰² So ausdrücklich *Drexl*, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft?, NZKartR 2017, 339, 341.

¹⁰³ *Drexl* (Fn. 102), 343.

¹⁰⁴ *Drexl* (Fn. 102), 344.

¹⁰⁵ *Drexl* (Fn. 102), 344.

IV. Privatrechtlicher status activus in der digitalen Welt

Unter digitalen Bedingungen zeigt sich die Größe des Privatrechts und zugleich die Gefahr seiner fortgesetzten Tragödie. Es vermag in Bereiche vorzudringen, die hoheitlicher Verwaltung verschlossen sind, muss dazu aber seine politische Dimension voll anerkennen und darf sich nicht nur als Marktordnungsrecht verstehen. Im Privatrecht ruhte einst das Versprechen gesellschaftlich-politischer Emanzipation. Das politische Postulat, dass in der Gesellschaft alle die gleichen Rechte und den gleichen Status haben sollten, ließ sich – so die Annahme – einlösen, indem jedem Einzelnen der Status einer Person des Privatrechts zuerkannt wurde.¹⁰⁶ Die Gelingensvoraussetzungen hierfür sind aber im Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts gleich wieder zugeschüttet worden, insofern es mit Kant die Subjektivität in zwei Welten verlagert, in denen „Freiheit (als Freiheit autonomer Sittlichkeit des Menschen) und Bürger (als ‚Mitgesetzgeber‘ in der politischen Gesellschaft) auseinander treten“.¹⁰⁷ Diese Welten wieder zusammentreten zu lassen, indem private Rechte als Teilnahmerechte an sozialer Regelbildung verstanden und die mit ihnen verbundene politische Autonomie freigesetzt wird, bedarf geeigneter Rechtsinstrumente. Die als dezentralisiertes Medien- bzw. Digitalverfassungsrecht fungierenden Rechtsmaterien müssen dem Datensubjekt einen geeigneten *status activus* verleihen.¹⁰⁸

Die besondere Gestaltungsmacht des Eigentums hängt an der exklusiven Zuweisung von umfassenden Befugnissen in Bezug auf ein Rechtsobjekt. Abhängig einerseits von den sozialen Folgen der Nutzung durch den Eigentümer und andererseits der Angewiesenheit auf eine Nutzung durch die Nicht-Eigentümer ergibt sich ein erhebliches sozialregulatives Potenzial aus der normativen Zuweisung von exklusiven Entscheidungskompetenzen, wobei beide Faktoren im Falle von Eigentum am Unternehmen eine besondere gesellschaftliche Relevanz begründen. Dieses rechtlich-ontologische Gerüst ist durch die Digitalisierung der Welt und der Entstehung einer Datenwirt-

¹⁰⁶ *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75, 78/80 (es sollte „im Bereich der Gesellschaft nur noch einen einzigen, für alle gleichen rechtlichen Status, nur eine einzige, für alle gleiche Zuständigkeit des Planens und Handelns geben, nämlich die Privatautonomie“).

¹⁰⁷ *Wiethölter*, Art. Bürgerliches Recht, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, 50, 53. Dem korrespondiert die historische Entwicklung: „Die Ablösung der absolutistisch-feudalistischen Ständegesellschaft hat nicht zu einer politischen bürgerlichen Gesellschaft geführt mit entsprechendem bürgerlichen Recht, sondern zum formal-liberalen, bürgerlichen Rechtsstaat, also zum Dualismus von »politischem«, konstitutionell später gebundenem Obrigkeitsstaat und »unpolitischer«, von Besitz- und Bildungsbürgertum bestimmter Laissez-faire-Gesellschaft“.

¹⁰⁸ Zum *status activus* im Verhältnis zum Staat vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 132.

schaft in doppelter Weise brüchig geworden. Zum einen fußt die Gestaltungsmacht von Daten als Produktionsfaktor nicht auf der Innehabung finiter Güter, sondern auf der Übersetzung von sozialer Praxis in ein technologisches Medium. Nicht einzelne – körperliche oder unkörperliche – Gegenstände werden angeeignet, sondern Interaktionen und Prozesse. Zum anderen benötigt die „Kommodifizierung von Verhalten“ durch die Datenwirtschaft anders als gegenstandsbezogene Produktion kein „*Eigentum an der objektivierten Arbeit*“¹⁰⁹. Die datengetriebene Produktion (von Umwelt) setzt kein Eigentum an den Daten als Produktionsfaktor voraus. Den Datenunternehmen reicht eine faktische Kontrolle, die Entscheidungen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von Daten ermöglicht.¹¹⁰ Hierauf sind die Mitbestimmungsmöglichkeiten von Digitalrechten einzustellen, indem sie eine solche Kontrolle aufheben, ändern oder teilen. Anders als die arbeitsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte sind sie keine Dioskuren des Eigentums, teilen aber deren Grundgedanken der Rechtsverfassung einer transindividuell wirksamen Autonomie, die wesentlich über die Bedingungen für die individuelle Autonomie eines selbstbestimmten Lebens von Anderen entscheidet. Die Kategorie des Eigentums, die seit der bürgerlichen Revolution jeder Intermediation von Freiheit eine Absage erteilt und die Unteilbarkeit des individuellen Willens in den Mittelpunkt stellt, ist weder auf der Seite der Produzenten noch der Datensubjekte erforderlich und angemessen. Sofern sie zur Erfassung digitaler Regulierung von der Lehre herangezogen wird, müsste sie sich jedenfalls nach kontinentalem Verständnis bis zur Unkenntlichkeit transformieren, indem die unitarische Form aufgelöst und verschiedene Steuerungsrechte unter den verschiedenen Stakeholdern von Datenprozessen aufgeteilt werden.¹¹¹ Nicht die Rechte qualifizieren das Medium, sondern das Medium die Rechte. Mitbestimmung durch Digitalrechte realisiert die Autonomie von Datenbürgern in einer Welt ohne Eigentum.

¹⁰⁹ *Marx*, Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (1857/58), in: MEW 42, 2014, 421.

¹¹⁰ Formulierung in Anlehnung an Art. 4 Nr. 7 DSGVO zur Kennzeichnung des „*controller*“ in der englischen Sprachfassung.

¹¹¹ Konsequenz *van Erp*, Management as Ownership of Data, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, 2020, 77, 91, wonach das Objekt das Recht qualifiziert, nicht umgekehrt. Die Ansprüche, die mit einem „fluiden“ neuen Eigentumsbegriff verbunden sein sollen, bestehen aus „*access, control (exclusion), portability and erasure*“ und ermächtigen zum „*management*“ von Daten.

Strukturanalyse von Immaterialgüterrechten

Karl-Nikolaus Peifer

I. Immaterialgüterrechte und Sacheigentum – Zufallsehe oder Liebesheirat?

Die Rechtswissenschaften gelten eher als konservativ denn progressiv.¹ Dieser Eindruck nährt sich auch daraus, dass neue Sachverhalte oft mit den Maßeinheiten des Bisherigen vermessen werden. Das erhöht die Rechtssicherheit und das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, führt aber bei radikalen technologischen oder wirtschaftlichen Veränderungen dazu, dass Anpassungsprozesse sich verzögern, weil die herkömmlichen Instrumente den neuen Sachverhalt nicht zur vollen Entfaltung bringen können. Das Recht hinkt hinterher.² Bei den Immaterialgüterrechten ist das besonders spürbar, denn diese Rechte dienen vielfach der Förderung und Verbreitung von Innovationen. Die Frage, ob die Strukturprinzipien, die das Rechtsgebiet tragen, passgenau sind, stellt sich daher verstärkt.

Im Immaterialgüterrecht ging es zunächst um die Durchsetzung einer rhetorisch starken Idee. Die Eigentumslogik ist eine solch starke Idee.³ Eigentum als Institution ist bis heute ein geschichtlich und kulturell sehr wirkmächtiges Instrument, auch weil es ökonomischen Interessen in besonderer Weise Rechnung trägt. Bei der Durchsetzung der Idee ging es zunächst um Zuwei-

¹ Plakativ *Hoeren*, NJW 2001, 1184, 1185: „Juristen sind Legastheniker des Fortschritts“.

² Hieraus resultiert die Kritik an dem für die Wissensproduktion in modernen Gesellschaften als ungeeignet angesehenen Ansatz, vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, 6; *Benkler*, in: Biagioli/Jaszi/Woodmansee, Making and Unmaking Intellectual Property, 2011, 149.

³ Vgl. *Herzog*, Die Bedeutung des geistigen Eigentums für die Gesellschaft, in: Internationales Urheberrechtssymposium, 1986, 62, 68: „Erbärmlich ein Eigentumsbegriff, der sich nur auf Sachgüter, Produktionsmittel und Wertpapiere bezieht und die Leistungen des menschlichen Geistes ausklammert! Erbärmlich eine Gesellschaft, die sich einen solchen Eigentumsbegriff leisten wollte!“ Ähnlich die Rechtfertigung des Urheberrechts auf www.wir-sind-die-urheber.de: „Das Urheberrecht ist eine historische Errungenschaft bürgerlicher Freiheit gegen feudale Abhängigkeit, und es garantiert die materielle Basis für individuelles geistiges Schaffen.“ (Alle URLs im Beitrag wurden zuletzt am 08.12.2021 abgerufen).

sungsmechanismen, die auch im Recht der körperlichen Gegenstände eine Rolle spielen: Herrschaft, ausschließliche Nutzungsbefugnis, Verfügbarkeit, Bestimmtheit und Publizität.⁴ In der Entwicklung des Immaterialgüterrechts wurde sowohl an die Zuweisungsprinzipien als auch an die Rechtfertigung des Sacheigentums angeknüpft.⁵ Immaterialgüterrechte werden – wie Sacheigentumsrechte – als Herrschaftsrechte angesehen, die Ausschließlichkeit gewähren und die Ausschließung anderer ermöglichen. Wie bei körperlichen Sachen spricht man von Benutzungs- oder Verwertungsrechten. Die geschützten Gegenstände werden zum Teil registriert und erlangen dadurch Publizität. Der naheliegende Einwand, dass – jedenfalls im deutschen Recht – Eigentum rechtshistorisch stets an Körperlichkeit gebunden war (§ 903 BGB),⁶ hatte im internationalen Bereich nicht zur Folge, dass Begriffe wie „Intellectual Property“ oder „Propriété Intélectuelle“ wieder von der semantischen Landkarte verschwanden.⁷

Damit ist die Struktur dieses Beitrages vorgegeben. Er geht aus von dem Befund, dass Immaterialgüterrechte parallel zum Sacheigentum geformt und ausgestaltet wurden. Die dabei aufgetretenen Probleme hängen damit zusammen, dass das immaterielle Gut etwas anderes ist als eine (körperliche) Sache, also erst definiert werden muss, um es zu rechtlich zu erfassen. Dieses Grundproblem spielt naturgemäß auch eine Rolle bei der Zuweisung oder Übertragung von Rechten und Schranken, die güterbezogen definiert werden müssen, um anwendbar zu werden. Da es keinen Besitz an Immaterialgüterrechten gibt, müssen Publizitäts- und Herrschaftsbefugnisse an andere Phänomene geknüpft werden (z.B. die Registrierung, die Durchsetzung von Verkehrsbekanntheit oder die Vermutung einer Urheberschaft). Alle diese Probleme führen dazu, dass – ganz unabhängig von der Frage, ob es ein „Recht auf Eigentum“ gibt⁸ – der Gesetzgeber jedenfalls tätig werden muss, wenn es darum geht, ob ein Immaterialgut auch Immaterialgüterrecht werden soll.⁹ Die nachfolgenden Ausführungen knüpfen also an bekannte Struk-

⁴ Münchener Kommentar BGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 903 Rn. 1–2, 15; zum Bestimmtheitsprinzip (Numerus clausus der dinglichen Rechte) Prot. III 256 f.; R. Liebs, AcP 175 (1975), 1, 13–22; aus verfassungsrechtlicher Perspektive BVerfGE 31, 229, 239.

⁵ Vgl. die polemische Äußerung von *von Jhering*, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 13 (1885) 155, 311: „Es enthält doch wahrlich keine zu große Anforderung an das juristische Denken, den Begriff des Rechts von den körperlichen Gegenständen auf die unkörperlichen, auf Namen, Marken, Geistesprodukte, Erfindungen u.s.w. zu übertragen. Wessen Vorstellung das nicht fertigbringt, sollte aufhören Jurist zu sein.“

⁶ *Dölemeyer/Klippel*, in: FS GRUR I, 1991, 185, 216.

⁷ *Götting*, in: *Götting/Meyer/Vormbrock*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 3.

⁸ In diese Richtung argumentiert die naturrechtliche Rechtfertigung von Rechten an geistigen Gütern, vgl. in der Rechtsprechung nur BGHZ 17, 266, 278 – Grundig-Reporter.

⁹ Dazu *Schönherr*, in: FS Troller, 1976, 57.

turprinzipien an und zeigen auf, wo und wie sie immaterialgüterrechtlich interpretiert werden. Daraus ergeben sich naturgemäß Problembereiche für Einzelgegenstände oder konkrete Sachverhalte, welche die Erzeugung von Wissen und Anwendungen hieraus hervorbringen und fördern soll. Der Beitrag kommt gleichwohl zu der These, dass die eigentumsrechtlichen Anleihen dem Rechtsgebiet Sicherheit und Überzeugungskraft gegeben haben.¹⁰ Wie auch das Sacheigentum gerät das Immaterialgüterrecht allerdings in Zeiten elektronischer Vernetzung in eine besondere Legitimationskrise, die zum Teil daraus resultiert, dass Sachherrschaft überflüssig wird, zum Teil daraus, dass eine zu strenge Ausschließlichkeit in digitalen Umgebungen zu übermäßigen Ausschlussmechanismen führt, die dann durch Zugangsansprüche wieder mit juristischen Mitteln zu öffnen sind.¹¹

II. Die Strukturprinzipien im Einzelnen

1. Zuweisung warum? – Die Debatte zur Rechtfertigung des Schutzes von Immaterialgüterrechten

Bei der Zuweisung von Eigentumsrechten an Sachen und Grundstücken geht es in gesellschaftspolitischer Hinsicht zunächst um die Abgrenzung der Sphäre des Privaten von der des Staates. Eigentum sichert Freiheitsräume gegenüber der Obrigkeit und definiert eine Sphäre der Autonomie.¹² Im Verhältnis zu anderen sichert es Entfaltungs- und damit Freiheitsspielräume, die nach ihrer Zuweisung nicht mehr begründet werden müssen. „My Home is my Castle“ und die in der anglo-amerikanischen Welt noch heute vielfach anzutreffenden Schilder „Do not trespass“ stehen für eine rote Linie, deren Überschreitung per se rechtswidrig ist, mag auch der Tritt auf das befestigte Grundstück keinerlei Spuren oder Substanzschädigungen hinterlassen.

Hierin liegt bis heute die Stärke des Eigentumsansatzes. Wer das Herrschaftsrecht innehat, der hat auch die Nase bei Beeinträchtigungen vorn.¹³

¹⁰ Seifert, in: FS Piper, 1995, 769, 773.

¹¹ Für das Urheberrecht *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008; *Efroni*, Access Right, 2011; für das Patentrecht die Debatte um Lizenzierungspflichten bei Patenten im Bereich der Informationstechnologie EuGH GRUR 2015, 764 – Huawei; BGH GRUR 2009, 694 – Orange Book.

¹² Einprägsam *Diderot*, Fragments échappés du portefeuille d'un philosophe. Oeuvres complètes, Bd. VI Paris 1876, 449: „ici chacun a sa tête et sa propriété, une portion de la richesse générale dont il est maître et maître absolu, sur laquelle il est roi, et dont il peut user ou même abuser à discrétion.“ Für *Diderot* lag darin auch die Grundlage für Freiheit und Selbstentfaltung.

¹³ *Ch. Reich*, The New Property, 73 Yale L.J. 733, 771. (1964): „Property draws a circle around the activities of each private individual or organization. Within that circle, the

Ein illegaler Upload ist eine konkrete und klar definierte Verletzungshandlung, ebenso ist es bei der gewerblichen Nutzung einer Erfindung oder der zu geschäftlichen Zwecken verwendeten identischen Marke für Waren, die den für die Marke beanspruchten identisch sind. Weder auf der Tatbestandsebene noch bei der Verletzungshandlung ist von vornherein eine Abwägung mit gegenläufigen Interessen nötig. Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit indiziert die Tatbestandsmäßigkeit den Verstoß. Wer sich auf Rechtfertigungsgründe berufen möchte, muss diese vortragen, hat also von vornherein die Aktionslast. Wer in der mündlichen Verhandlung säumig ist, wird mit solchen nicht vorgetragenen Argumenten nicht gehört. Dies bezeichnet zugleich die Stärke eines objektbezogenen gegenüber einem verhaltensbezogenen Schutzansatz, wie er auch dem Verhältnis zwischen § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zugrunde liegt.

Die Rechtfertigung dafür, dass es Immaterialgüterrechte gibt, ist im Übrigen aber differenzierter als beim Sacheigentum. Immaterialgüterrechtler konnten sich nicht darauf beschränken, den Gegenstand des Schutzes als „self explaining“ zu bezeichnen. Die Verteidigung gegen den Staat gelingt noch – wie beim Sacheigentum – durch die Berufung auf natürliche Rechte, die politisch dabei half, Bürgerrechte gegen den Staat zu sichern.¹⁴ Wer nicht auf die Gnade des hoheitlichen Privilegs hoffen durfte, sondern ein Recht auf Zuordnung kraft Naturrechts erwarten konnte, der wendete sich auch gegen die Willkür absoluter Herrscher. Es ist daher keine Überraschung, dass sich die Idee des geistigen Eigentums in der Zeit der bürgerlichen Revolutionen ihre Bahn brach.¹⁵

Als die Idee politisch durchgesetzt war, musste sie allerdings im 19. und 20. Jahrhundert mit anderen, besseren Argumenten begründet werden. Geistiges Eigentum wird heute ökonomisch und persönlichkeitsrechtlich gerechtfertigt. Die ökonomische Deutung hat sich mit der Rezeption der Property-Rights-Lehre durchgesetzt.¹⁶ Damit verlässt die eigentumsrechtliche Deutung von Immaterialgüterrechten auch die sachenrechtlichen Grundlagen. Property Rights im Common Law gehen wesentlich weiter. Letztlich geht es

owner has a greater degree of freedom than without. Outside, he must justify or explain his actions, and show his authority. Within, he is master, and the state must explain and justify any interference. It is as if property shifted the burden of proof, outside, the individual has the burden, inside, the burden is on government to demonstrate that something the owner wishes to do should not be done.“

¹⁴ Klippell/Lies-Benachib, in: Falk/Mohnhaupt, Das BGB und seine Richter, 2000, 343, 346.

¹⁵ Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 1995, 142 f.

¹⁶ Furubotn/Pejovich, Property Rights, 1974; dies., Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature, 10 J. Economic Literature, 1137–1162 (1972); Alchian/Demsetz, J. Econ. Hist. 33 (1973), 16 ff.

um die Zuweisung von Ansprüchen, die auf die Zuweisung ökonomischer Werte an eine Person gerichtet sind.¹⁷

Das Urheberrecht mit seiner durchweg an die Person des Urhebers anknüpfenden Ausgestaltung im Bereich von Schutzzuweisung, (fehlender) Übertragbarkeit und langer Schutzdauer nimmt Argumente aus beiden Welten – Ökonomie und normative Überlegungen einer Zuweisungs-gerechtigkeit – auf¹⁸ und wird dadurch gestärkt, selten geschwächt. Das Markenrecht hat die besondere Idee einer gegen Verwässerung und Rufausbeutung geschützten Markenpersönlichkeit bei bekannten und berühmten Zeichen entwickelt.¹⁹ Das Patentrecht gilt dagegen als Motor für den Schutz und die Verteidigung von unternehmensgenerierten Innovationen.²⁰ Die Digitalisierung hat die Lizenzierungsfunktion von Schutzrechten konzeptionell gestärkt, mögen Lizenzen auch nicht immer gesucht oder durchgesetzt werden. Wer aber Eigentumsrechte an Daten befürwortet, begründet nicht nur eine Zuweisung, sondern verbessert auch Möglichkeiten, Geschäftsmodelle mit Daten durch dinglich wirkende Nutzungsrechte an Daten abzusichern. Die ursprüngliche Legitimation hat die Schutzrechtslogik – Eigentum als Grundsatz, Nutzerfreiheit als zu rechtfertigende Ausnahme – also gestärkt. Die Digitalisierung hat diese Reihenfolge von Grundsatz (Eigentum) und Freiheit (Ausnahme) allerdings erschüttert und vielfach auch umgekehrt.

Stärker als beim Eigentum an körperlichen Sachen muss der Gesetzgeber bei Immaterialgüterrechten nämlich Klarheit schaffen, was den Schutzgegenstand angeht (an welches Objekt oder Gut knüpft das Recht) an, den Schutzzumfang (welche Rechte hat der Rechtsinhaber), welche Schranken (oder auch Gegenrechte) gibt es und wie lange ist das Recht geschützt (Schutzdauer)? Alle diese Fragen, werden durch die Schutzrechtfertigung (warum erfolgt die Zuweisung?) beeinflusst, konzeptionell aber begrenzt. Wer Property Rights auf jedes Gut und jede Chance fordert, verlässt diese Logik.

¹⁷ So einprägsam zur Rechtfertigung von Property Rights an Persönlichkeitsattributen *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* 202 F2d 866, 868 (2d Cir. 1953), cert. denied 46 US 816 (1953): „Whether the right be labelled a ‚property‘ right is immaterial; for here, as often elsewhere, the tag ‚property‘ simply symbolizes the fact that courts enforce a claim which has a pecuniary worth.“

¹⁸ Dazu *Peifer*, in: FS Michel Walter, 2018, 222–232.

¹⁹ Vgl. nur BGHZ 86, 90 – *Rolls Royce*; zur Entwicklung *Domizlaff*, Die Gewinnung des öffentlichen Vertrauens, 1939; *Hellmann*, Die Soziologie der Marke, 2003, 78.

²⁰ WIPO (Hrsg.), *Introduction to Intellectual Property*, 1997, 50, N. 4.36.

2. Schutzgegenstand: Eigentum woran?

Das Objekt, das die Zuweisung betrifft, mag man als „Gut“ bezeichnen. Darin liegt eine erste Verfestigung, die das Gut vom „Interesse“ unterscheidet. „Interessen“ spielen eine Rolle beim Schutz von Persönlichkeitsrechten, Güter sind Objekte, die außerhalb der Person existieren, vielfach mit der Person nicht mehr zu tun haben, als dass an die Leistung, Erfindung, kreative Schöpfung oder die Gestaltung einer natürlichen oder juristischen Person angeknüpft wird.²¹

Bei körperlichen Sachen geht es um die Zuweisung von Ausschließlichkeit an einem durch sein So-Sein sicht- und fühlbaren Objekt. Das Objekt muss man dabei nicht definieren. Man sieht es ja, kann es berühren und tastend erfassen. Hier liegt der Unterschied zum Immaterialgut, das der Gesetzgeber, wenn er ausschließliche Rechte daran zuweisen möchte, begrifflich identifizieren und dadurch zugleich auch begrenzen muss. Ein wichtiges Strukturprinzip des Immaterialgüterrechts liegt mithin in dem Erfordernis einer gesetzlichen Definition des Schutzgegenstandes. Hier gibt es eine Abweichung vom herkömmlichen Sachenrecht, aber auch vom Deliktsrecht. Wenn im Deliktsrecht zu beurteilen ist, ob eine Eigentumsverletzung vorliegt, so sind Zerstörung und Beschädigung von Sachen zumeist offensichtlich. Bei Immaterialgüterrechten existieren die Begriffe der Zerstörung und Beschädigung schon deshalb nicht, weil rivalisierende Nutzungen am Gegenstand ohne Substanzverluste möglich sind. Das betrifft nicht nur die Ausgestaltung der Schutzrechte (unten IV.), sondern auch die Frage, wem das Recht zugewiesen wird (nachfolgend III.).

3. Schutzrechtsinhaber: Wem wird zugewiesen?

Eigentumsrechte an körperlichen Sachen werden originär zumeist Individuen zugewiesen. Gemeinschaftseigentum ist möglich, kommt aber oft erst dadurch zustande, dass Individuen sich zusammenschließen und den Eigentumsgegenstand gemeinschaftlich erwerben, halten oder verwalten. Das Prinzip der individuellen originären Zuweisung ist auch der Grundsatz im Immaterialgüterrecht. Ökonomisch gilt die Frage, wem als erstem zugewiesen wird, als wenig bedeutsam, solange das Schutzrecht frei transferierbar ist und dadurch derjenige Protagonist mit der höchsten Präferenz eine (transaktionskostenverträgliche) Chance hat, sich das Recht zu verschaffen.²²

Im Urheberrecht besteht diese Möglichkeit selbst in Rechtsordnungen, die das Urheberrecht unübertragbar gestalten (§ 29 UrhG), da nämlich Nutzungsrechte eingeräumt werden können, die dem derivativen Rechteinhaber

²¹ Näher Peifer, Individualität im Zivilrecht, 2001, 147–150.

²² Vgl. Coase, Notes on the Problem of Social Cost, 3 J. Law & Econ., 1–44 (1960).

eine abgesicherte Rechtsstellung gegenüber jedem Dritten gewähren und lediglich die Bindung zum originären Rechteinhaber noch mit Kontroll- und Rückrufbefugnissen bewaffnen.²³ Forderungen, die eine Zuweisung an Arbeitgeber oder Gruppen (z.B. diejenigen, die im Rahmen einer Creative-Commons-Gemeinschaft gesellschafterähnlich tätig werden) befürworten,²⁴ sind konzeptionell ebenso realisierbar, müssen sich dann allerdings fragen lassen, ob sie die Schutzfunktion des Rechts noch ausreichend abdecken.

Aus ökonomischer Sicht ist eine Zuweisung an Unternehmen unbedenklich und sie ist letztlich bei allen Immaterialgüterrechten, die registerpflichtig sind und daher auch durch Unternehmen angemeldet werden können (also beim Patentrecht, beim Marken- und Designrechte sowie beim Gebrauchsmusterrecht), die Realität. Im Urheberrecht hindert naturgemäß die auf das Persönlichkeitsrecht des natürlichen Schöpfers abstellende Schutzfunktion an einer originären Zuweisung an Unternehmen. Das Prinzip des § 950 BGB spielt insoweit im Immaterialgüterrecht kaum eine Rolle.

Kollektive Zuweisungen von Abwehr- und Verbotsrechten werden diskutiert bei Rechten an Folklore und natürlichen Ressourcen.²⁵ Dabei hat die Zuweisung heterogene Funktionen. Sie kann nämlich einen unerwünschten individuellen Rechtserwerb hindern. Die kollektive Zuweisung erfüllt dabei keine ökonomisch begründete Anreizfunktion, sondern sie dient dem Schutz kulturellen oder natürlichen Erbes. Durch die Zuweisung an das Kollektiv erhält das Kollektiv Kontrollrechte, auch Abwehrrechte gegen die kommerziell motivierte Aneignung zwecks individueller Ausbeutung einer Ressource.²⁶ Auf diese Weise kann einerseits die Gemeinfreiheit verteidigt werden,²⁷ andererseits können aber durch Kontroll- und Verbotsrechte zuguns-

²³ Allerdings vermindern Kontrollrechte, die beim Urheber verbleiben, den Anreiz, in den Werkerwerb zu investieren, *Landes/Posner*, 18 J. Legal Studies, 325, 327 (1989).

²⁴ Vgl. zur Rechtfertigung einer originären Zuweisung des Urheberrechts an den Arbeitgeber *Hardy*, An Economic Understanding of Copyright Law's Work-Made-for-Hire Doctrine, Col.-VLA J.L. & Arts 12 (1988), 181–227.

²⁵ Bei der WIPO wurde ein Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore mit dem Ziel gebildet, ein Abkommen über internationale Schutzinstrumente für diese Gegenstände zu entwickeln, vgl. <https://www.wipo.int/tk/en/igc/> und den Entwurfstext unter http://www.wipo.int/tk/en/igc/draft_provisions.html; *Abbott/Cottier/Gurry*, International Intellectual Property in an Integrated World, 2019, 814. Zur Eignung des IP-Schutzes vgl. *Le Gall*, Intellectual Property, Traditional Knowledge and Cultural Property Protection, 2014.

²⁶ Dies ist auch ein Anliegen von Regimes, die eine Allmende („Commons“) durch eine Gruppe verwalten lassen, vgl. allgemein *Ostrom*, Governing the Commons, 1990 und mit Bezug zu Wissen und Informationen *Hess/Ostrom*, Understanding Knowledge as a Commons, 2007.

²⁷ Dies war ein besonderes Anliegen der sog. „Bellagio Declaration“ von 1993, <https://case.edu/affil/sce/BellagioDec.html>. Vgl. zur Bewehrung der Gemeinfreiheit durch andere Instrumente *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012.

ten kollektiver Organisationen Ressourcen in ihrer konkreten Nutzung kontrolliert werden.

Eine solche Kontrolle spielt naheliegenderweise eine Rolle bei natürlichen Ressourcen, die durch Patentierung angeeignet werden können, aber auch bei kulturellen Leistungen (z.B. Tänzen, Trachten, Volksweisen oder -erzählungen), die sich durch Zuweisung an die Gruppe bestimmter Verwertungen entziehen können. Bei körperlichen Kulturgütern, etwa Kunstobjekten, ermöglicht das den Verbleib im Ursprungsgebiet oder die Wiederverbringung dorthin.²⁸ Bei immateriellen Gegenständen ermöglicht es die kommerzielle Aneignung und Herauslösung aus dem Ursprungskontext. Auf diese Weise schafft man eine Sperre gegen Entstellungen und Kontextveränderungen, die der ursprünglichen Verwendung zuwiderlaufen. Eine populäre Erscheinungsform des Interesses an einer solchen Zueignung durch nicht Kulturangehörige bezeichnet die Debatte um „blackfacing“ oder sonstige Formen der kulturellen Aneignung.

Die Zuweisung von Eigentumsrechten an Kollektive oder eine Gruppe kann die Aneignung durch Dritte hindern. Das erklärt das Bestreben, die Entstehung von Markenrechten an der Bezeichnung „Lady Di“ kurz nach dem Tod der Princess of Wales zu verhindern, um eine privatnützige Auswertung des Images zu verhindern,²⁹ aber auch den Versuch einer US-amerikanischen lesbischen Motorradgemeinde, die Bezeichnung „Dykes on Bikes“ für sich schützen zu lassen, um die Kontrolle über die Bezeichnung zu behalten.³⁰ Die Publikationskontrolle des Freistaats Bayern über Hitlers „Mein Kampf“ wurde durch einen Zufall des Erbrechts ermöglicht.³¹ Die Finanzierung der ideellen Arbeit des Amsterdamer Anne Frank-Hauses und

²⁸ Das betrifft den berühmten Streit um die „Elgin Marbles“ oder „Parthenon Marbles“, die vom Briten Elgin aus der griechischen Ursprungsstätte gelöst und in das British Museum verbracht wurden, vgl. *Merryman*, Thinking about the Elgin Marbles, 83 Mich. L. Rev. 1881 (1985).

²⁹ Vgl. dazu http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/374108.stm; die Anmeldung beim DPMA wurde letztlich wegen Bösgläubigkeit nach § 50 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG zurückgewiesen, vgl. BPatG, Beschluss vom 02.03.2004 – 24 W (pat) 36/02 – „Lady Di“.

³⁰ Der Einwand der Eintragungsbehörde, die Bezeichnung „Dykes“ („Lesben“) sei sittenwidrig und daher nicht eintragungsfähig, war dabei letztlich nicht erfolgreich, vgl. dazu *Anten*, Self-Disparaging Trademarks and Social Change: Factoring the Reappropriation of Slurs into Section 2(a) of the Lanham Act, 106 Col. L. Rev. 338 (2006). Das Registrierungshindernis für „immoral, deceptive, or scandalous matter“ wurde mittlerweile vom Supreme Court kassiert, *Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744 (2017).

³¹ OLG München ZUM-RD 2012, 479 – Das unlesbare Buch; Schwedischer Oberster Gerichtshof GRUR Int 1999, 625; Pretura di Bologna GRUR Int 1972, 57; *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 299, 301; *Plöckinger*, Geschichte eines Buches: Adolf Hitlers „Mein Kampf“: 1922–1945. 2. Aufl. 2011.

einer das Werk von *Anne Frank* verwaltenden Baseler Stiftung wurde aus der urheberrechtlich exklusiv gehaltenen Verwertung des berühmten Tagebuches finanziert.³² Die Kehrseite dieser Form von Zuweisungsdebatte ist, dass Immaterialgüterrechte auch eine Möglichkeit des Geheimnisschutzes für Informationen bieten, an deren Kenntnisnahme ein erhebliches öffentliches Interesse besteht.³³

Die Darstellung zeigt, dass die Zuweisungsfrage bei Immaterialgüterrechten heterogen zu beurteilende Kontrollbefugnisse verschafft. Die ökonomische Anreiztheorie kann diese Funktionen nicht erschöpfend erklären. Die dargestellten Phänomene zeigen, dass Eigentumsrechte hier für verschiedenste Aufgaben aus ihrem ursprünglichen Funktionszusammenhang gerissen werden. Diese Funktionsstörungen können nützliche Funktionen erfüllen, sie können Eigentumsrechte aber auch delegitimieren, weil sie die Grenze zwischen lauterem Gebrauch und Missbrauch verwässern.

4. Schutzzinhalt und Schutzz Grenzen: Funktion und Grenzen der Zuweisung

Durch ein auf klare Funktionen begrenztes Eigentumsrecht kann verhindert werden, dass Schutzzinhalte und Schutzzgrenzen konturenlos werden, aber auch, dass die Abwägung von Eigentums- und Freiheitssphären unter Berücksichtigung aller Interessen sachgerecht und zielgenau ist. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG stellt klar, dass der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen hat.³⁴ Das ist ein klares Bekenntnis gegen die Annahme, dass Schutzrechte aus der Natur der Sache vorbestehen und der Gesetzgeber sie nur noch anerkennen darf. Grundrechtliche Ansprüche auf die Zuweisung von Eigentumsrechten an beliebigen Gütern gibt es daher nicht.³⁵ Die vertragstheoretische Rechtfertigung der Existenz von Eigentumsrechten³⁶ hat sich hier gegen Usurpationstheorien, wie die Arbeitstheorie von *John Locke*³⁷ durchgesetzt.

Da bei Immaterialgüterrechten der Umfang der möglichen Nutzung, Ausschließung und Verfügung nicht schon aus dem fassbaren Objekt ersichtlich wird, muss der Gesetzgeber definieren, welche Schutzrechte dem Rechtsinhaber zugewiesen sind. Fehlt es an einer solchen Umschreibung, so hat der

³² Vgl. zum Sachverhalt: https://www.nytimes.com/2015/11/14/books/anne-frank-has-a-co-as-diary-gains-co-author-in-legal-move.html?_r=0; zum Vorschlag einer Verlängerung der Schutzfrist für Opfer des Nationalsozialismus in diesem Zusammenhang *P. Raue*, GRUR 2017, 861, 862.

³³ *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 299 m.w.N.

³⁴ BVerfGE 31, 229.

³⁵ Im Kontext der urheberrechtlichen Verwertungsrechte BVerfGE 31, 229, 241.

³⁶ Besonders wirkmächtig über die Eigentumszuweisung hinaus *Rawls*, Gerechtigkeit als Fairness (1971), Ausgabe 2001, 302.

³⁷ *Locke*, Zweiter Traktat über die Regierung, 1690, § 27.

Rechtsinhaber die jeweilige Befugnis im Zweifel nicht. Im Gewerblichen Rechtsschutz fehlt regelmäßig eine Zuweisung im Hinblick auf nicht gewerbliche Nutzungen, im Urheberrecht fehlt sie in Bezug auf unkörperliche Werkwiedergaben, die nur in Bezug auf öffentliche Wiedergaben erfasst sind (§ 15 Abs. 2 UrhG, Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG). Das Tüfteln im Bastelkeller und das Ansehen des Kinofilms im privaten Wohnzimmer sind daher nicht verbiet- und lizenzierbar.

Funktionswidrige Zuweisungen können bei klaren Definitionen und Schutzrechtszuweisungen (und damit im Immaterialgüterrecht) seltener vorkommen als im Falle vager Generalzuweisungen (wie in § 903 BGB für das Sacheigentum). Das zeigt sich an der Zuweisung von Bildrechten an Gegenständen. Urheberrechtlich bestehen solche Rechte nach den §§ 15 ff. UrhG nur, soweit der Gesetzgeber sie begründet hat. Nach Ablauf der Schutzfrist bestehen alle Freiheiten, mit dem Immaterialgut zu verfahren.³⁸ Diese Zuweisung wird gestört durch die richterliche Anerkennung von Rechten des Sacheigentümers daran, die Fotografie seiner Sache zu verbieten oder aber zu lizenzieren.³⁹ Der Konflikt ist die Folge einer fehlenden Definition von präzisen Nutzungs- und Abwehrrechten in § 903 BGB.

Bei den Schrankenbestimmungen hat die Zuweisung spezieller Schutzrechte zu dem Grundsatz geführt, dass Schrankenbestimmungen potentiell eng auszulegen sind.⁴⁰ Der Gedanke ist konsequent, wenn bei der Zuweisung des Rechts durch den Gesetzgeber eine angemessene Balance beim Zuschnitt des Rechts erfolgt ist. Der Grundsatz wird löchrig, wenn es um die Nutzung von Schutzgegenständen zu kreativen oder kritischen Auseinandersetzungen geht. Da bereits auf der verfassungsrechtlichen Ebene Äußerungsfreiheiten und Eigentumsschutz hierarchisch auf einer Stufe stehen, muss der Gesetzgeber daher präzise arbeiten, wenn er Eigentumsrechte definiert, die das Potential haben, kritische und kreative Äußerungen übermäßig zu begrenzen. Hier liegt der Kern des Streits um das Sampling. Wenn Sampling als Kunstgattung den Zugriff auf Schutzgegenstände zur kreativen Weiterentwicklung einer Kunstgattung vergütungs- oder verbotspflichtig macht, dann kippt die Balance, weil das Ausschließlichkeitsrecht dann das Potential entwickelt, eine Kunstgattung insgesamt zu verhindern. Die Eigentumslogik hat dagegen in einem solchen Konflikt keine Schwierigkeiten zu begründen, warum die individuelle Anreizwirkung durch die Verfügbarwerdung neuer Lizenz-

³⁸ BGHZ 44, 288, 295 f. – Apfel-Madonna.

³⁹ BGH NJW 2011, 749 Rn. 13 – Preußische Gärten und Parkanlagen: Eigentumsverletzung, wenn das Foto Folge einer nicht erlaubten Betretung des Grundstücks ist; offengelassen in BGH GRUR 2019, 284 Rn. 34 mit insoweit krit. Anm. Zech.

⁴⁰ Vgl. EuGH GRUR 2009, 1041 Rn. 5–68 – Infopaq; von Gamm, Urheberrechtsgesetz, 1968, § 51 Rn. 2; BGHZ 50, 147, 152 f. – Kandinsky; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 95.

märkte steigt. Zusätzliche Marktchancen machen das Schutzrecht nachvollziehbar wertvoller. Die Investition in Schutzrechte wird dann sogar zu einem interessanten Anlagekonzept, wie die Investition in große Bildagenturen wie „Getty Images“,⁴¹ „Corbis“⁴² oder der Handel mit Nutzungsrechten an Pop-Songs der Beatles, von Bob Dylan oder Neil Young zeigt.⁴³ Das BVerfG hatte in seiner Sampling-Entscheidung das richtige Gespür für die kunstspezifische Auslegung von Schrankenbestimmungen zum Schutz kreativer Weiterentwicklungen, wenn es formuliert:

„Der Verweis auf die Lizenzierungsmöglichkeit bietet keinen gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit: Auf die Einräumung einer Lizenz zur Übernahme des Sample besteht kein Anspruch; sie kann von dem Tonträgerhersteller aufgrund seines Verfügungsrechts ohne Angabe von Gründen und ungeachtet der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts für die Lizenzierung verweigert werden. Für die Übernahme kann der Tonträgerhersteller die Zahlung einer Lizenzgebühr verlangen, deren Höhe er – innerhalb der allgemeinen rechtlichen Grenzen, also insbesondere des Wucherverbots des § 138 Abs. 2 BGB – frei festsetzen kann. Besonders schwierig gestaltet sich der Prozess der Rechteinräumung bei Werken, die viele verschiedene Samples benutzen und diese collagenartig zusammenstellen. Die Existenz von Sampledatenbanken, auf denen Samples samt den Nutzungsrechten erworben werden können, sowie von Dienstleistern, die Musikschaufende beim Sampleclearing unterstützen, beseitigen diese Schwierigkeiten nur teilweise, da bei deren Inanspruchnahme unter Umständen erhebliche Transaktionskosten und größerer Rechercheaufwand entstehen.“⁴⁴

Diese Argumentation hat auch im Fall „Germania 3“ für die Textcollage eine entscheidende Rolle gespielt, um die Umformung von Zitaten zu einem neuen Theaterstück zu rechtfertigen.⁴⁵ Auch dabei zeigt sich, dass allein das Vorhandensein eines Lizenzmarktes diese Freiheit nicht ausreichend gewährleistet. Wie das BVerfG richtigerweise klarstellt: Lizenzen können verweigert und verteuert werden. Sie erzeugen Transaktionskosten und organisatorischen Aufwand. Selbst wenn die Lizenzen einfach über Verwertungsgesellschaften mit Lizenzierungszwang erhältlich sind (wie im Rahmen des künftig geplanten § 51a UrhG-E mit § 5 Abs. 2 UrhDaG-E)⁴⁶: es bleibt das Risiko,

⁴¹ Das Unternehmen gibt an, über 400 Millionen Inhalte zu verfügen, „enabling customers to tell their stories with greater creativity and accuracy“, <https://wherewestand.gettyimages.com/#>.

⁴² Ursprünglich von Bill Gates gegründet, 2016 an die Visual China Group veräußert, die mittlerweile Kooperationen mit Getty Images eingegangen ist, vgl. <https://www.businesswire.com/news/home/20160122005504/de/>.

⁴³ Meldung der Deutschen Welle vom 29.1.2021: „Verkauf von Songrechten – ein Geschäft mit zwei Seiten“.

⁴⁴ BVerfG NJW 2016, 2247 Rn. 98 – Metall auf Metall.

⁴⁵ BVerfG NJW 2001, 598, 599 – Germania 3.

⁴⁶ Dazu kritisch vgl. das Positionspapier der Urheberrechtswissenschaft, abrufbar unter: <https://www.zar.kit.edu/downloads/News/Positionspapier%20der%20Urheberrechtswissens.pdf>; a.A. die MPI-Stellungnahme, 9 ff., abrufbar unter: www.bmjv.de/SharedDoc

dass der Gegenstand nicht verfügbar ist oder dass die Verhandlung mit der Verwertungsgesellschaft an der Lizenzhöhe oder an Kautelen der Wahrnehmungsbedingungen scheitert. Das ist für die Wahrnehmung kreativer Freiheiten nicht verträglich.

Die Abgrenzung zwischen Schutzrechtsinhalt und Schranke kann nicht mehr gelingen, wenn man in den Bereich des Schutzrechts jeden Inhalt zieht, der das Originalwerk wiedererkennbar macht,⁴⁷ um dann bei der Schrankenbestimmung festzustellen, dass eine passgenaue Schranke für neue Kunstgattungen, wie das Sampling im Bereich der Hip-Hop-Musik, fehlt. An dem Beispiel zeigt sich, dass das Vervielfältigungsrecht in einen Bereich ausgedehnt werden kann, der zwar ökonomisch als Marktchance zuweisbar ist, aber aus kreativen Gründen nicht vollständig zugewiesen werden darf. Das deutsche Recht hatte diese Gefahr abgefedert, indem es die Vervielfältigung von der Bearbeitung abgrenzte und zu den lizenzpflichtigen Bearbeitungen dabei solche Gestaltungen ausnahm, die das Ursprungswerk nur als Anregung oder Gegenstand kreativer Weiterentwicklungen nutzten (§ 24 UrhG). Die mit Umsetzung der DSM-Richtlinie⁴⁸ geplante Streichung des § 24 UrhG⁴⁹ beschädigt insoweit die Balance zwischen Schutzrechtszuweisung und Schrankenformulierung.

Kritisch ist auch zu sehen, wenn sich das Markenrecht anschickt, über einen weiten Begriff der Verwässerungs- und Rufausbeutungsgefahr kreative Nutzungen durch Markenparodien oder den pop-kulturellen Umgang mit Markenbegriffen zu verhindern.⁵⁰ Ökonomisch ist nachvollziehbar, dass der Aufbau einer Markenpersönlichkeit exklusive Kommunikationskanäle erzwingt und jede Rufschädigung bekämpfen muss. Hat ein Automobilhersteller den Ruf für Sportlichkeit, Eleganz und Schnelligkeit erworben, dann stört eine Kommunikation, die aus dem Markennamen eine sexuelle Anspielung macht⁵¹ und BMW-Fahrer verdeckt als testosterongesteuerte Wesen qualifiziert. Andererseits kann der Inhaber einer Marke, die wirtschaftliches Kommunikationszeichen ist, nicht verhindern, dass dieses Zeichen in den

s/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_M
PI_RefE_Urheberrecht-ges.pdf.

⁴⁷ So im Sampling-Fall der EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 36, 39 – Pelham (Metall auf Metall).

⁴⁸ Richtlinie (EU) 2019/790 vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt, ABl. L 130/92.

⁴⁹ Art. 1 Nr. 1 b) Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 3.2.2021, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html.

⁵⁰ Vgl. BGHZ 125, 91 – Markenverunglimpfung I; BGH, GRUR 1995, 57 – Markenverunglimpfung II.

⁵¹ BGHZ 98, 94 – Bumms mal wieder.

allgemeinen kulturellen Diskurs eingeht und damit in diesem Diskurs auch ihre Unantastbarkeit gegen Rufbeeinträchtigung und Rufausbeutung verliert. Die Zeichen müssen dann auch Gegenstand harter Kritik und Spott werden können, so dass zu dulden ist, wenn die Zeichen assoziativ für kulturell bedeutsame Zusammenhänge benutzt zu werden.⁵²

Im Ergebnis zeigt sich, dass sich Immaterialgüterrechte vom Prinzip Eigentum entfernt und dem Prinzip Freiheit geöffnet haben und auch öffnen mussten. Ein starres Prinzip der Ausgestaltung eines Gutes als Eigentumsrecht gibt es danach bei immateriellen Gütern nicht.⁵³ Die Debatte hierüber ist im Immaterialgüterrecht wichtiger als im Bereich des Sacheigentums, weil Immaterialgüterrechte viel schärfer in kollidierende Handlungsfreiheiten eingreifen als das Sacheigentum und weil der Gegenstand des Schutzes nicht intuitiv erkennbar und erfassbar ist.

5. Wer weist zu – Gerichte oder der Gesetzgeber?

Nach dem bisher Gesagten ist eindeutig, dass neue Eigentumsrechte an unkörperlichen Gütern vom Gesetzgeber, nicht von den Gerichten einzuführen sind. Das ergibt sich bereits aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Der Gesetzgeber kann sich daher nicht darauf beschränken, Eigentumsrechte an Gütern einzuführen, ohne Befugnisse und Schranken auszuformulieren. Eine weite Formulierung wie in § 903 BGB ist fragwürdig vor dem Hintergrund der seit 1949 geänderten Verfassungsordnung. Er bleibt als vorkonstitutionelles Recht und wegen der jahrhundertealten Tradition, Sacheigentum anzuerkennen und zu schützen, tragbar.

In Bezug auf die Einführung von Eigentumsrechten an noch unerfassten, neuen Gütern ist es anders. Dass das UWG mit seiner Generalklausel aus dem Jahr 1909 eine äußerst waghalsige Grundlage war, Immaterialgüterrechte an Leistungsergebnissen durch Richterrecht anzuerkennen, liegt auf der Hand.⁵⁴ Das „sonstige Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB ist keine Grundlage für die Zuweisung von Eigentumsrechten. Das sog. Recht am Gewerbebetrieb ist richtigerweise vom BVerfG niemals als Eigentumsrecht im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG anerkannt worden.⁵⁵ Das Recht auf den Schutz des räumlich-gegenständlichen Schutzbereichs der Ehe ist kein Eigentums-, sondern lediglich Abwehrrecht gegen bestimmte Handlungen, nicht aber einmal Grundlage von Schadensersatzansprüchen.⁵⁶

⁵² Näher *Peifer*, in: FS Fezer 2016, 391–403.

⁵³ So im Ergebnis die Schrift von *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008.

⁵⁴ Vgl. *Eck*, Neue Wege zum Schutz der Formgebung, 1993, 74.

⁵⁵ Zuletzt BVerfG NJW 2017, 217 Rn. 240 – Atomausstieg.

⁵⁶ BGHZ 6, 360, 365 f.; BGH NJW 2014, 1243 Rn. 10.

Atypisch in dieser Reihe ist das Recht auf Abwehr kommerzieller Nutzungen von Persönlichkeitsattributen.⁵⁷ Seine einzige tragfähige Grundlage liegt darin, dass die kommerzielle Aneignung von den Gerichten nicht eindeutig als Eingriff in die personelle Selbstbestimmung mit einem Abwehr- und immateriellen Geldersatzanspruch abgesichert wurde.⁵⁸ Der Schutzauftrag, den die Verfassung insoweit stellt, bleibt daher unerfüllt. Der Umstand, dass aus der Verletzung des Rechts Lizenzpflichten entstehen, die Grundlage einer Merchandising-Industrie und damit auch eines Lizenzhandelns sind, folgt daraus, dass ein lukrativer Markt durch richterrechtliche Begründung entstanden ist. Die Eigentumslogik macht diesen Markt lukrativer als es bloße Abwehr- und Schmerzensgeldansprüche könnten.⁵⁹ Der Blick auf die Entwicklung in den USA als Vorbildrechtsordnung⁶⁰ ist irreführend, weil in den USA einerseits eine Verfassungsgrundlage für die Zuweisung von Eigentumsrechten fehlt, andererseits Richterrecht im Ergebnis eben doch die Grundlage für die Zuweisung neuer Rechte bilden darf,⁶¹ die der Gesetzgeber dann ausformulieren, absichern oder auch wieder beseitigen darf.

Im Immaterialgüterrecht zeigen die rechtspolitischen Debatten um das Urheberrecht, dass Gerichte gut daran tun, sich bei der Anerkennung neuer – auch mittelbarer, über § 823 Abs. 1 BGB als sonstige Rechte anerkannte – Eigentumsrechte zurückzuhalten. Das betrifft selbstverständlich auch die Frage, ob und welche Eigentumsrechte an Daten es geben sollte. Die Abwägungsfragen, die bei der Definition von Schutzgegenstand, Schutzzumfang, Schranken und Schutzrechtfertigung zu führen sind, sind wesentliche Entscheidungen, die der parlamentarische Gesetzgeber, nicht der Richter zu treffen hat.

6. Systemkonforme Zugangseröffnungen – Lizenzen

Systemkonforme Zugangseröffnungen im Bereich des Eigentums oder des Immaterialgüterrechts sind Vereinbarungen, die Einräumung von Nutzungsbefugnisse über Lizenzen, letztlich also Verträge. Im Bereich des Sacheigentums gibt es hierzu klare Absicherungen des Inhalts eingeräumter Befugnisse, die sich letztlich aus dem Numerus clausus sachenrechtlicher Befugnisse und der Unteilbarkeit des Sacheigentums ergeben. Wer eine Wohnung erwirbt, erwirbt Eigentum an der gesamten Wohnung und nicht nur an zwei Räumen. Wer Eigentum erwirbt, begibt sich in die Vollrechtsstellung. Wer lediglich mietet, erhält keine dingliche Position (vgl. § 553 BGB), mag die

⁵⁷ BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich.

⁵⁸ Vgl. Peifer, GRUR 2002, 495, 500.

⁵⁹ Seemann, Prominenz als Eigentum, 1996, 53.

⁶⁰ Götting, Persönlichkeitsrechte, 1993; Magold, Personenmerchandising, 1994, 546.

⁶¹ Vgl. oben Fn. 17 (*Haelan v. Topps Chewing Gum*).

Position auch – wie andere obligatorische Rechtspositionen – Schutz nach Art. 14 Abs. 1 GG genießen.⁶²

Bei Immaterialgüterrechten ist die Vollrechtsübertragung möglich, sie ist aber in der Praxis nicht die Regel, im Urheberrecht gar unzulässig (§ 29 Abs. 1 UrhG). Lizenzen, also die Einräumung von Nutzungsbefugnissen an dem Immaterialgut, überwiegen in der Praxis auch deswegen, weil sie dem Lizenznehmer – anders als beim Sacheigentum – eine dingliche Rechtsstellung verschaffen.⁶³ Doch fehlen in den Schutzrechtsordnungen vielfach Regeln über die Bestimmtheit des Gegenstandes sowie Regelungen über den Mindestinhalt von eingeräumten Befugnissen. Letztlich ist der Bereich der Lizenzinhalte weitgehend der Vertragsverhandlung überlassen. Es überwiegt die private Gestaltungsmacht. Gesetzliche Vorschriften über den Mindest- oder Maximalinhalt von Lizenzen fehlen. Die systemkonforme Zugangseröffnung hängt an der Verhandlungsmacht derjenigen, die Vereinbarungen über Immaterialgüter treffen. In einem Bereich, der zunehmend verbraucher-schutzrechtliche Relevanz erhält, führt das dazu, dass ein besonderer Schutz der schwächeren Vertragsseite erforderlich ist.⁶⁴

Dies betrifft oft auch Vereinbarungen mit dem Lizenzgeber. Eine natürliche Person, die kreative Leistungen – von der Gestaltung des Markenlogos über die Einzelerfindung bis hin zur kreativen Autorenleistung – in die Welt setzt, findet ihrerseits kaum andere als schuldrechtliche Normen vor, um ihre eigene Position in Bezug auf künftige Nutzungserfolge absichern zu können. Das Urhebervertragsrecht ist einer der ersten Bereiche, in dem die Überzeugung für die Notwendigkeit von Schutzbestimmungen für die am Beginn der Leistungskette stehenden Personen eine Rolle spielt.⁶⁵ Letztlich gilt allerdings auch hier vielfach die Freiheit des Stärkeren.⁶⁶

⁶² BVerfGE 89, 1, 5; zum Schutz von Rückkaufswerten kapitalbildender Lebensversicherungen BVerfGE 164, 297.

⁶³ Hierzu m.w.N. *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2008, 338.

⁶⁴ Vgl. dazu *Loos/Helberger/Guibault/Mak u.a.*, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts (2011); überraschend zurückhaltend *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, A99: „lediglich punktuelle Neuregelungen“ seien erforderlich.

⁶⁵ *Hilty*, in: Klippel/Ohly, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, 107, 116: Gegenschutz des Urhebers durch die Etablierung zwingender Vertragsbestimmungen.

⁶⁶ Vgl. BVerfG NJW 1987, 3115, 3118; *Ulmer*, Urhebervertragsrecht, 1977, Nr. 6.

7. Durchsetzungsmechanismen (Sanktionen)

Die Durchsetzungsmechanismen im Bereich des Immaterialgüterrechts folgen im Ansatz denjenigen im Sachenrecht. Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche folgen zum Teil heute noch den Regeln des Deliktsrechts unter Einschluss der negatorischen Haftung analog § 1004 Abs. 1 BGB. Die gesetzlichen Regeln haben sich allerdings gegenüber den BGB-Normen deutlich verfeinert. Das zeigt die Möglichkeit, auf dreifache Weise den Schadensersatz beziffern zu können, am attraktivsten darunter der Anspruch auf eine fiktive Lizenzgebühr.⁶⁷

Ein Hauptproblem besteht vielfach darin, den ökonomischen Wert von Gütern und angemäßen Nutzungen sauber quantifizieren zu können. Auch die Bilanzierung von Immaterialgütern leidet darunter.⁶⁸ Letztlich sind Werte, die in Unternehmenskaufverträgen angegeben werden, qualifizierte Schätzungen künftiger Ertragschancen. Die Bemessung von Streitwerten erfolgt regelhaft, aber kaum unter zuversichtlicher Anwendung dessen, was § 3 ZPO vorgibt.⁶⁹ Daran zeigt sich, dass Immaterialgüter – anders als körperliche Gegenstände – keine transparenten Marktgegenstände sind, sondern ihre ökonomische Bewertung aus in der Summe wenig erfassten Einzeltransaktionen folgt. Etwas mehr Transparenz erzeugen Tarifwerke der Verwertungsgesellschaften, die bei der Frage angemessener Lizenzsätze allerdings nur bedingt herangezogen werden können.⁷⁰ Ein differenziertes Sachverständigenwesen zur Beurteilung des Werts von Immaterialgütern fehlt. Vielleicht führt auch dieser Umstand dazu, dass scheinbare Mondwerte im Bereich der Markenwerte von Unternehmen genannt werden.⁷¹ Verantwortlich dafür ist vielfach, dass es die Gattungssache mittlerer Art und Güte – anders als bei körperlichen Gegenständen – bei immateriellen Gütern kaum gibt.

Eine ausgefeilte Dogmatik hat sich im Bereich der Behandlung von Unterlassungsansprüchen herausgebildet. Sie sind in vielen Rechtsbereichen die wichtigsten Durchsetzungsinstrumente. Die dogmatische oder gar gesetzliche Ausdifferenzierung dessen, was ein hinreichend bestimmtes Unterlassungsgebot ausmacht, fehlt. Die Gerichte haben hierzu komplexe Regeln entwickelt, die von Fall zu Fall angepasst werden.⁷² Eine „Blackbox“ scheint

⁶⁷ Raue, Die dreifache Schadensberechnung, 2017.

⁶⁸ Parr/Smith, Intellectual Property, Valuation, Exploitation and Infringement, 12. Aufl. 2016.

⁶⁹ Zu den dabei maßgeblichen Überlegungen bereits Schramm, GRUR 1953, 104; Spieß, GRUR 1955, 227; Ulrich, GRUR 1984, 177.

⁷⁰ Zur Eignung einseitiger Tarifempfehlungen OLG Frankfurt/M. ZUM-RD 2016, 720; LG Düsseldorf Urt. v. 8.3.2017 – 12 O 190/14, GRUR-RS 2017, 103647.

⁷¹ Regelmäßig werden die Markenwerte der 25 wertvollsten Unternehmen veröffentlicht, vgl. für 2020: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/6003/umfrage/die-wertvollsten-marken-weltweit/>.

⁷² F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, 431.

die sog. Kerntheorie, die dazu führen soll, dass nicht nur das konkret sichtbar gewordene Verletzerverhalten, sondern auch im Kern gleiche Wiederholungshandlungen künftig unterlassen werden. Man hat hier vielfach den Eindruck, dass auch die Wissenschaft die Regeln der Praxis eher auf- und nachzeichnet, als sie selbst vorzuprägen.

Wenig klar ist das Verhältnis zwischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch.⁷³ Im Sacheigentumsrecht sind die Grenzen länger erprobt.⁷⁴ Im Immaterialgüterrecht neigen die deutschen Gerichte dazu, den Unterlassungs- zu einem Beseitigungsanspruch zu erweitern.⁷⁵ Das ist dogmatisch ungewöhnlich, weil an sich nur der Beseitigungsanspruch einem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unterliegt, nicht aber das Gebot, eine ausreichend konkrete Handlung, die unter das Schutzrecht fällt, zu unterlassen.⁷⁶

Die Tendenz, diese Grenze zu verwischen, zeigt sich auch bei den Vorschlägen, Unterlassungsansprüche im Patentrecht, generell einem unklaren und für Gerichte kaum umsetzbaren Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zu unterstellen.⁷⁷ Die Debatte hierüber entfacht sich an der Einzelfrage des Zugangs zu Patenten im Bereich der Informationstechnologie und bei komplexen Produkten.⁷⁸ Bei diesen Beispielen zeigt sich allerdings die Gefahr, dass Patentinhaber die Nutzung einer Schlüsseltechnologie, die vielfach verbaut und eingesetzt werden, untersagen und damit ganze Produktionsabläufe stilllegen können.⁷⁹ An diesem Problem offenbart sich ein neuer Fragenkreis, der das Problem des Zugangs zu Technologien beherrscht und der im Recht der körperlichen Sache kaum einmal auftritt. Das Immaterialgüterrecht hat ihn aber bisher nur sehr zögerlich und punktuell betreten.

8. Nicht systemkonforme Zugangsöffnungen: Vom Ausschließlichkeitsrecht zum Zugangsrecht?

Immer öfter wird diskutiert, ob nutzungswillige Personen ein subjektives Recht auf Zugang zu mit Mitteln des Immaterialgüterrechts bewusst oder

⁷³ Vgl. dazu aber ausführlich *Ahrens*, GRUR 2018, 374 sowie *Hermanns*, GRUR 2017, 977.

⁷⁴ *Jauernig*, NJW 1973, 1671, 1673.

⁷⁵ BGH GRUR 2017, 823 Rn. 26 – Luftentfeuchter: „Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, ist mangels abweichender Anhaltspunkte regelmäßig dahin auszulegen, dass sie nicht nur die Unterlassung derartiger Handlungen, sondern auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands umfasst.“

⁷⁶ Vgl. dazu aber *F. Hofmann*, NJW 2018, 1290, 1292.

⁷⁷ Art. 139 PatG-E eines Zweiten Gesetzes zur Modernisierung des Patentrechts, BT-Drucks. 19/25821.

⁷⁸ Dazu *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, 470.

⁷⁹ Dazu *Verhauwen/Gerstein*, GRUR-Prax 2020, 362.

auch nur faktisch verschlossenen Gütern erhalten sollen oder gar erhalten müssen. Zugangsrechte sind Ausnahmen im Bereich des Sacheigentums. Im Immobiliarsachenrecht gibt es zwar gesetzliche Bestimmungen über Wegerechte (§ 917 BGB) oder einen Anliegergebrauch⁸⁰, doch erfordert der Zugang zu fremden Gütern regelmäßig eine Erlaubnis des Berechtigten, auf die Personen allenfalls dann einen Anspruch haben können, wenn das Gesetz ihn gibt, der Missbrauch von Marktmacht oder vorsätzliche Schädigungsabsichten ihn hervorbringen.⁸¹

Einen gesetzlichen Zugangsanspruch gibt es bereits seit langem in § 25 Abs. 1 UrhG, der dem Urheber eines Unikats die Möglichkeit verschafft, Zugang zu einem veräußerten und in privatem Eigentum stehenden Kunstgegenstand zu erhalten.⁸²

Die heftig umstrittene Frage, ob Immaterialgüterrechte die Informationsfreiheit der Allgemeinheit hindern, ist mit der Digitalisierung besonders brisant geworden. Die klassische Antwort des Urheberrechts lautet, dass es keine Informationsfreiheit dahingehend gibt, dass Informationen den Nutzern kostenlos zur Verfügung stehen müssen; eine Verletzung des free flow of information wird frühestens dann angenommen, wenn allgemein zugängliche Informationen vorenthalten werden oder ihre Nutzung von der Zahlung eines prohibitiv hohen Entgelts abhängig gemacht wird.⁸³ Diese Haltung wankt. Vermehrt wird gefordert, Schrankenbestimmungen auch als subjektive Zugangsrechte auszugestalten, so dass etwa ein Anspruch auf die Durchführung von Privatkopien besteht, wenn technische Hindernisse einen Zugang zum Zweck der Wahrnehmung von Schrankenbestimmungen hindern.⁸⁴ Weitergedacht kann man daraus einen allgemeinen Anspruch auf freien Zugang zu geschützten Gegenständen konstruieren, der vor allem zur Wahrnehmung der Presse- und Äußerungsfreiheit dienen kann.⁸⁵ Dieser Gedanke enthält erhebliche Sprengkraft für die Eigentumsidee. Wesentlich schonender ist es, Schrankenbestimmungen freiheitsfreundlich auszulegen und anzupassen. Wenn die dort zu findende Balance aber nicht gelingt (vgl. oben II. 4.) provoziert man atypische Lösungen, die letztlich systemkonforme Lösungen ablösen.⁸⁶

⁸⁰ Lakkis, in: BeckOGK BGB, 2020, § 903 Rn. 190.

⁸¹ Grunewald, AcP 182 (1982), 181.

⁸² Müller/Werner, GRUR 2018, 1202.

⁸³ Schack, AfP 2003, 1, 5; Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, 349.

⁸⁴ Dafür Davies, GRUR Int. 2001, 915–919, 919; Wand, Technische Schutzsysteme, 175.

⁸⁵ Testfälle hierfür waren die Fälle EuGH GRUR 2019, 934 – Funke Medien (Afghanistan-Papiere) und EuGH GRUR 2019, 940 – Volker Beck (Reformistischer Aufbruch).

⁸⁶ Wielsch, Zugangsregeln, 2008.

III. Zusammenfassung

1. Strukturprinzipien des Immaterialgüterrechts folgen historisch den Strukturprinzipien des Eigentumsrechts an körperlichen Gegenständen (Sachen). Zwischen beiden Rechtsgebieten ist eher eine Vernunft Ehe als eine Liebesheirat zustande gekommen.

2. Die Funktionen des Immaterialgüterrechtsschutzes weichen von denjenigen Gründen, die das Sacheigentum tragen, ab: im Vordergrund steht die sog. Anreiztheorie: die Aussicht auf Schutzrechte soll die Investition in unkörperliche Güter anreizen, handelbare Güter schaffen und Geschäftsmodelle absichern. In der Praxis weniger durchschlagskräftig, in der Theorie und Rhetorik allerdings übermächtig, war die Idee, kreative Leistungen aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen zuzuweisen und mit Kontrollbefugnissen zu versehen.

3. Anders als beim Sacheigentum muss der Gesetzgeber bereits den Gegenstand des immaterialgüterrechtlichen Schutzes sorgfältig definieren. Das gilt auch für die Grenzen, die sorgfältig austarieren müssen, wo die Ausschließlichkeit fehlt oder begrenzt wird.

4. Die Zuweisung von Gütern an Individuen überwiegt, eine Zuweisung an Kollektive ist möglich, erfüllt aber andere Funktionen als die Gewährung eines Anreizes und eines Persönlichkeitsinteressen dienenden Rechtsschutzes.

5. Aufgrund der Vorgaben in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, aber auch wegen der erheblich größeren Einwirkungen auf Wettbewerbs- und sonstige Entfaltungsfreiheiten, hat die Zuweisung und Begrenzung von Schutzrechten durch den Gesetzgeber zu erfolgen. In der Praxis ist dieser Grundsatz bei der Hervorbringung neuer Rechte mehrfach missachtet worden. Wo dies geschehen ist, zeigte sich später, dass die Interessenkollisionen durch den Gesetzgeber nachträglich – nicht immer mit Erfolg – beseitigt werden mussten.

6. Vereinbarungen über die Nutzung von Immaterialgüterrechten unterliegen überwiegend der Vertragsfreiheit. Zwingende Bestimmungen sind die Ausnahme.

7. Erhebliche Besonderheiten weisen Immaterialgüterrechte bei der Durchsetzung von Schutzansprüchen auf. Diese Besonderheiten betreffen Schadensersatz- und in jüngerer Zeit auch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Sie ergeben sich insbesondere aus dem erweiterten Verbotspotential von Immaterialgüterrechten im Hinblick auf die Beschränkung von wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheiten.

8. Zugangsansprüche für Nutzerfreiheiten vertragen sich nicht mit der Eigentumsidee, sind allerdings in aller Munde, seit die Digitalisierung gezeigt hat, dass schlecht konturierte Schutzrechte die Forderung nach Zugangsrechten erzeugen können. Hielte man sich an die Prinzipien, dass Schutzgegenstand, Schutzzumfang, Schutzschranken und Schutzrechtfertigung sorg-

fältig diskutiert und konturiert werden, könnte man erdrutschartige Bewegungen der Eigentumsidee deutlich abfedern.

Strukturanalyse des Sacheigentums

Marina Wellenhofer

In der Diskussion um die Rechtsnatur und rechtliche Zuordnung von digitalen Daten und anderen digitalen Gütern wird vielfach vom Dateneigentum gesprochen. Eigentum, wie es das „alte“ Sachenrecht des BGB kennt, kann indes nur an Sachen bestehen, wozu Daten als solche nicht gehören. Gleichwohl wird überlegt, wie Rechtsinstitute und Grundgedanken des Sachenrechts im digitalen Zeitalter nutzbar gemacht werden können, um auch digitale Gegenstände rechtlich zu erfassen. Die nachfolgende Strukturanalyse des Sacheigentums wird indes zeigen, dass Daten und Sachen nach geltendem Recht wenig gemeinsam haben.

I. Definition des Eigentums im Zivilrecht

1. Umfassendes Herrschaftsrecht

Nach herkömmlicher Definition beschreibt das zivilrechtliche Eigentum das umfassende Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache.¹ Demgemäß bestimmt § 903 BGB, dass der Eigentümer einer Sache mit ihr nach Belieben verfahren kann. Dem Eigentümer sind damit alle denkbaren Befugnisse im Umgang mit einer Sache zugewiesen.² Das betrifft vor allem die Nutzung der Sache (bis hin zu ihrer Zerstörung) und natürlich auch die Übertragung des Eigentums auf eine andere Person.

Das Eigentum wird gesichert durch ein System von Ansprüchen, gerichtet auf Herausgabe (§ 985 BGB), Schadensersatz (§§ 989 ff. BGB), Nutzungersatz (§§ 987 f. BGB) sowie auf Abwehr von Störungen (§ 1004 BGB). Das Eigentum vermittelt somit auch ein Abwehrrecht. Hervorzuheben ist zudem der deliktsrechtliche Schutz des Eigentums über § 823 Abs. 1 BGB, der sowohl die Sachsubstanz schützt als auch die Nutzungsmöglichkeiten, die das Eigentum gewährt.

Umfassend ist das Herrschaftsrecht nach § 903 S. 1 BGB aber nur, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Insofern kennt das BGB diverse Einschränkungen, etwa die räumliche Begrenzung des Eigen-

¹ *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 3.

² *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 591.

tums gem. § 905 BGB, die Vorschriften des Nachbarrechts (§§ 906 ff. BGB) oder die Duldungspflicht im Notstand (§ 904 BGB). Darüber hinaus spielen Normen des öffentlichen Rechts eine wichtige Rolle, z.B. Vorschriften des Bau- und Bauordnungsrechts oder des Naturschutz- oder Immissionsschutzrechts. Diese Einschränkungen ändern aber nichts daran, dass das Eigentum in unserer Rechtsordnung als das allumfassende Zuordnungsrecht und als „Vollrecht“³ begriffen wird.

2. Ausschließlichkeit des Eigentums

Hervorzuheben ist weiterhin die Ausschließlichkeit des Eigentums. Wesentlicher Inhalt des Eigentums ist das exklusive, also alle anderen Personen ausschließende Verfügungs- und Nutzungsrecht.⁴ Die eigentliche *Rechtsmacht* des Eigentümers realisiert sich auch erst im Verhältnis zu anderen Personen.⁵ Die Ausschließlichkeit ist allerdings kein spezifisch sachenrechtliches Prinzip.⁶

3. Unteilbarkeit des Eigentums

Außerdem liegt dem BGB die Annahme eines ungeteilten und unteilbaren Eigentums zu Grunde. Verfügungs- und Nutzungsrecht sind dem Eigentümer einheitlich zugeordnet und stehen ihm stets in vollem Umfang zu.⁷ Er hat lediglich die Möglichkeit, einzelne Befugnisse in Form von beschränkt dinglichen Rechten abzuspalten.⁸ So kann etwa die Nutzung einer Sache dem Nießbraucher überlassen werden.

In Zusammenhang damit steht auch der *numerus clausus* der Sachenrechte. Insbesondere der Inhalt des Eigentums ist festliegend und unterliegt in seiner Ausgestaltung nicht der Privatautonomie. Das wird auch bestätigt durch § 137 BGB, welcher – zum Schutz des Rechtsverkehrs und der Verkehrsfähigkeit der Güter⁹ – rechtsgeschäftliche Beschränkungen zwar zulässt, ihnen aber keine dingliche Wirkung beilegt.

³ Vgl. Zech, AcP 219 (2019), 488, 531.

⁴ MüKo-BGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 903 Rn. 12; MüKo-BGB/Gaier, 8. Aufl. 2020, Einl. Sachenrecht Rn. 10; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 4 Rn. 3; Adam, JuS 2021, 109.

⁵ MüKo-BGB/Brückner (Fn. 4), § 903 Rn. 13.

⁶ MüKo-BGB/Brückner (Fn. 4), § 903 Rn. 13.

⁷ Vieweg/Lorz (Fn. 1), § 1 Rn. 6; Baur/Stürner (Fn. 4), § 4 Rn. 7.

⁸ Heymann, CR 2016, 650, 656; MüKo-BGB/Brückner (Fn. 4), § 903 Rn. 8; Baur/Stürner (Fn. 4), § 3 Rn. 23.

⁹ Vgl. MüKo-BGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 137 Rn. 4.

4. Funktionen des Eigentums

Aus dem Begriff des Eigentums folgen auch seine wesentlichen Funktionen. Das Eigentum erfüllt eine Zuordnungsfunktion. Sachenrecht ist Zuordnungsrecht;¹⁰ es klärt die Berechtigung an den Sachen bzw. die Ausschließung anderer. Damit wird für klare Rechtsverhältnisse und für Rechtsfrieden gesorgt (Friedensfunktion).¹¹ Eigentum hat zudem eine freiheitsverbürgende Funktion.¹² Eigentum vermittelt einen privaten Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich, welcher dem Einzelnen eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglicht.¹³ Das kann man Persönlichkeitsfunktion nennen.¹⁴ Schließlich ist auf ökonomische Funktionen des Eigentums zu verweisen, insbesondere auf die damit verbundenen Investitionsanreize und die damit zu bewirkende Allokationseffizienz.¹⁵

Ferner bleibt zu erwähnen, dass Sachenrecht auch auf die Erhaltung wirtschaftlicher Einheiten zielt, indem es durch ganzheitliche Zuordnung von Sachen einer Rechtszersplitterung entgegenwirkt.¹⁶ Das zeigt sich etwa in den §§ 946 ff. BGB.

II. Die Sache als Bezugsobjekt des Sachenrechts

1. Die Gegenstände des Rechts

Zentral für den Eigentumsbegriff ist die Sachbezogenheit des Eigentums. Eigentum kann nur an Sachen bestehen.¹⁷ Normen wie § 903 oder § 985 BGB nehmen konkret Bezug auf die „Sache“, wie sie in § 90 BGB definiert ist. Die Sache wird gemeinhin abgegrenzt von Forderungen und sonstigen Rechten, deren Regelung dem Schuldrecht zugewiesen ist. Sucht man einen Oberbegriff für die verschiedenen Verfügungsobjekte, kann man von „Gegenständen“ sprechen.¹⁸ Auch die allgemeine Vorschrift zum Pfändungspfandrecht in § 804 Abs. 1 ZPO spricht von den gepfändeten „Gegenständen“. § 453

¹⁰ *Vieweg/Lorz* (Fn. 1), § 1 Rn. 3; *Prütting*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, § 2 Rn. 17; *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 303.

¹¹ S. auch *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 508 f.

¹² *Raue*, NJW 2019, 2425, 2426.

¹³ BVerfG, NJW 2000, 2573.

¹⁴ Vgl. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 509 f., die Bedeutung dieser Funktion nehme aber ab.

¹⁵ Näher *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 511.

¹⁶ *Vieweg/Lorz* (Fn. 1), § 3 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. z.B. *Grüneberg/Ellenberger*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 90 Rn. 4.

¹⁸ *MüKo-BGB/Stresemann*, 8. Aufl. 2018, § 90 Rn. 1; *BeckOK-BGB/Fritzsche*, Stand 1.8.2020, § 90 Rn. 3; *jurisPK-BGB/Vieweg/Lorz*, 9. Aufl. 2020, § 90 Rn. 6; Arbeitsgruppe Digitaler Neustart der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15. Mai 2017, 33.

Abs. 1 BGB zum Rechtskauf spricht neben dem Kauf von Sachen „von Rechten und sonstigen Gegenständen“. Allerdings wird auch der Begriff des Gegenstands im Gesetz nicht einheitlich verwendet. Ansonsten kann man von „Rechtsobjekten“¹⁹ oder „Verfügungsobjekten“ sprechen. Der Berechtigte ist bei den Sachen der Eigentümer, bei Forderungen und sonstigen Rechten sprechen wir vom „Inhaber“.

2. Definition der Sache

Sachen im Sinne des BGB sind gem. § 90 BGB *nur* körperliche Gegenstände. Insoweit hat der Gesetzgeber den Sachbegriff bewusst eng gehalten.²⁰ „Körperlich“ bedeutet dabei zunächst, dass der Gegenstand im Raum sinnlich wahrnehmbar sein muss,²¹ z.B. sichtbar oder greifbar. Strom ist das etwa nicht. Eine Sache kann fest, flüssig oder gasförmig sein,²² muss aber räumlich abgrenzbar sein.²³ Flüssiges oder Gasförmiges muss daher z.B. abgefüllt sein. Aus diesem Grund ist das Grundwasser als solches keine Sache.²⁴ Schließlich muss der Gegenstand beherrschbar im eigentlichen Sinne sein.²⁵ Das wird etwa für die Schneeflocke verneint,²⁶ weil sie sich bei Berührung meist auflöst.

Keine Sachen sind Rechte und Forderungen, da ihnen die Körperlichkeit fehlt.²⁷ Ihre Übertragung richtet sich folglich nicht nach Sachenrecht, sondern nach den §§ 398 ff. BGB, ggf. in Verbindung mit § 413 BGB. Keine Sachen sind insbesondere die Immaterialgüterrechte, also die Zuordnungsrechte an geistigen Gütern, die durch Spezialgesetze geregelt werden. Lediglich beim einzelnen verkörperten Werk, z.B. einem Buch, ist eine Sache gegeben. Keine Sachen sind ferner der Name bzw. das Namensrecht (§ 12 BGB), die IP-Adresse²⁸ oder der Domainname.²⁹

¹⁹ Auer, ZfPW 2019, 130, 137.

²⁰ Staudinger/*Althammer*, BGB, Bearb. 2020, Einl. zu §§ 903 ff. Rn. 3; für Ausdehnung des Begriffs de lege ferenda Paulus, in: FS für Karsten Schmidt, 2019, 119, 129.

²¹ BeckOK-BGB/*Fritzsche* (Fn. 18), § 90 Rn. 6, Erman/*J. Schmidt*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 90 Rn. 1.

²² Vgl. MüKo-BGB/*Stresemann* (Fn. 18), § 90 Rn. 8.

²³ BeckOK-BGB/*Fritzsche* (Fn. 18), § 90 Rn. 7; Staudinger/*Stieper*, BGB, Bearb. 2021, § 90 Rn. 1 f.; JurisPK-BGB/*Vieweg/Lorz* (Fn. 18), § 90 Rn. 10.

²⁴ MüKo-BGB/*Stresemann* (Fn. 18), § 90 Rn. 9; BeckOK-BGB/*Fritzsche* (Fn. 18), § 90 Rn. 7.

²⁵ BeckOK-BGB/*Fritzsche* (Fn. 18), § 90 Rn. 8; Staudinger/*Stieper* (Fn. 23), § 90 Rn. 3.

²⁶ Staudinger/*Stieper* (Fn. 23), § 90 Rn. 3.

²⁷ Z.B. JurisPK-BGB/*Vieweg/Lorz* (Fn. 18), § 90 BGB Rn. 9.

²⁸ *Fammler/Hecht*, MMR 2015, 220, 223.

²⁹ Dazu *Fammler/Hecht*, MMR 2015, 220, 223 m.w.N.; s. auch BGH, NJW 2012, 2034 zur Ablehnung des deliktsrechtlichen Schutzes.

3. Bestimmtheit der Sache

Wenn das Sachenrecht von Sachen spricht, muss es sich immer um eine ganz bestimmte Sache handeln. Zu den Grundprinzipien des Sachenrechts gehört der Bestimmtheitsgrundsatz. Eigentum und Besitz müssen sich auf klar bestimmbare Sachen beziehen. Das dient vor allem der Rechtsklarheit.³⁰ Bei gleichartigen Sachen muss daher ein konkretes Exemplar ausgewählt werden, um daran – etwa dem Käufer – Eigentum verschaffen zu können. Bei Sachgesamtheiten wiederum knüpft das Sachenrecht gedanklich an jede einzelne Sache an; es geht dann etwa um alle einzelnen Bücher in der (betreffenden) Bibliothek oder alle einzelnen Waren im Warenlager.³¹

III. Einzelne Problemfelder zur Abgrenzung der Sache von anderen Verfügungsobjekten

Die Einordnung eines Gegenstandes als Sache hat weitreichende Konsequenzen. Damit eröffnet sich der Anwendungsbereich des Sachenrechts, insbesondere auch der Besitzschutzvorschriften (§§ 858 ff. BGB), und zugleich auch des deliktischen Schutzes über § 823 Abs. 1 BGB.

1. Elektrizität

Ein Problemfeld, das der Gesetzgeber schon vor langem erkannt hat, betrifft die Elektrizität. Mangels Fassbarkeit ist Strom keine Sache.³² Im Sachenrecht hat der Strom daher nichts zu suchen. Im Übrigen behandelt ihn das Recht aber wie eine Sache. Die Lieferung von Strom hat die Rechtsprechung schon früh dem Kaufrecht unterstellt.³³ Mittlerweile hilft hier § 453 Abs. 1 BGB, der den Begriff der Kaufsache ausgedehnt hat. § 2 ProdHaftG stellt klar, dass auch Elektrizität neben den Sachen als Produkt eingeordnet wird. Im Strafrecht wiederum hat der Gesetzgeber die Sonderregelung in § 248c StGB getroffen, welcher die Straftat der Entziehung elektrischer Energie gesondert und somit neben dem Diebstahl (§ 242 StGB) erfasst. Dieses ganze Regelungskonzept zeigt klar auf, dass der Gesetzgeber die fehlende Sacheigenschaft von Strom erkannt hatte, aber auch das Bedürfnis sah, Strom im Ergebnis rechtlich wie eine Sache zu behandeln. Das gelang aber nur über die Schaffung entsprechender Normen.

³⁰ Baur/Stürner (Fn. 4), § 4 Rn. 17.

³¹ Vgl. Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl. 2021, § 3 Rn. 8.

³² BeckOK-BGB/Fritzsche (Fn. 18), § 90 Rn. 24; MüKo-BGB/Stresemann (Fn. 18), § 90 Rn. 24.

³³ RGZ 86, 12; BGH, NJW 1969, 1903.

2. Abgrenzung von Mensch und Sache

Ein weiteres Problemfeld eröffnet sich in Zusammenhang mit dem menschlichen Körper. Lebende natürliche Personen und ihre Körper sind natürlich keine Sachen.³⁴ Das Bestimmungsrecht über den eigenen Körper wird nicht dem Eigentum zugewiesen, sondern dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Sobald aber Teile vom Körper abgetrennt werden, z.B. Haare, gezogene Zähne, Blut, Samen oder auch Organe, ist die Definition des § 90 BGB im Grunde erfüllt. Diese Gegenstände können nun als Sachen Eigentumsobjekte sein. Sie stehen dabei zunächst demjenigen als Eigentümer zu, von dem sie stammen, vgl. § 953 BGB.³⁵

Allerdings stellen sich hier Abgrenzungsfragen. In einem BGH-Fall von 1993 ging es darum, dass ein Mann seinen eigenen Samen konservieren ließ, weil er wusste, dass er nach einer ärztlichen Behandlung nicht mehr zeugungsfähig sein würde. Der Samen wurde nun von der Klinik aus Versehen vernichtet, und der Mann verlangte Schadensersatz. Geht man insoweit von einer schlichten Eigentumsverletzung an der Sache „Samen“ aus, wäre der Schaden heute – verglichen mit dem, was für Samenspenden bezahlt wird – vielleicht mit 100 Euro anzusetzen. Der BGH hingegen verwies auf die fortbestehende funktionale Einheit von Samen und Körper und nahm eine Körperverletzung an.³⁶ Im Schrifttum wird zudem die Ansicht vertreten, dass hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt sei.³⁷ Damit eröffnet sich die Möglichkeit, auch den erlittenen immateriellen Schaden geltend zu machen, der hier darin liegt, keine (genetisch) eigene Familie mehr gründen zu können. Das bedeutet letztlich auch, dass es bei einem entsprechend weiten Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts auf die Frage der Sacheigenschaft nicht mehr ankommt. Tatsächlich lässt sich der Persönlichkeitsbezug mit dem Sachbegriff auch nicht fassen. Diese Gedanken lassen sich auch für personenbezogene Daten fruchtbar machen.³⁸

³⁴ BeckOK-BGB/Fritzsche (Fn. 18), § 90 Rn. 32.

³⁵ MüKo-BGB/Stresemann (Fn. 18), § 90 Rn. 26; BeckOK-BGB/Fritzsche (Fn. 18), § 90 Rn. 33.

³⁶ BGH, NJW 1994, 127; zustim. Grüneberg/Ellenberger (Fn. 17), § 90 Rn. 3; Erman/J. Schmidt (Fn. 21), § 90 Rn. 5; mit Einschränkungen BeckOK-BGB/Fritzsche (Fn. 18), § 90 Rn. 33; krit. Taupitz, NJW 1995, 745.

³⁷ MüKo-BGB/Stresemann (Fn. 18), § 90 Rn. 27; JurisPK-BGB/Vieweg/Lorz (Fn. 18), § 90 Rn. 14.

³⁸ S. auch BGH, NJW 2016, 1094 für Fotos aus dem Intimbereich.

3. Geld und virtuelle Währungen

Bei Geld handelt es sich zweifellos um Sachen, wenn es um Münzen und Scheine geht. Kontenbestände hingegen sind keine Sachen, sondern werden rechtlich als Forderung gegen das Bankinstitut erfasst. Neuerdings stellt sich die Frage, was für Krypto-Token wie etwa Bitcoins gelten soll und nach welchen Normen sie zivilrechtlich zu erfassen sind. Da Bitcoins physisch nicht vorhanden sind, spricht ihnen die ganz h.M. die Sacheigenschaft ab.³⁹ Bitcoins sind aber auch keine Forderungen, da es keine Stelle gibt, gegen welche Auszahlungsansprüche bestehen könnten.⁴⁰ Allerdings wird vertreten, dass virtuelle Währungen durchaus dem Eigentumsschutz gem. Art. 14 Abs. 1 GG unterfallen sollten.⁴¹

Aus zivilrechtlicher Sicht wird zudem die analoge Anwendung von Sachenrecht diskutiert, soweit es um die rechtliche Erfassung des Transfers von Krypto-Währungen geht. Hier wird eine planwidrige Regelungslücke gesehen⁴² und geltend gemacht, dass jeder Krypto-Token aufgrund seiner komplexen Verschlüsselung einmalig und einzigartig sei, weshalb eine dingliche Einordnung möglich sei. Zum Teil wird dann vorgeschlagen, für den Transfer von Bitcoins die für bewegliche Sachen geltenden Normen analog anzuwenden, also die §§ 929 ff. BGB.⁴³ Eine andere Ansicht verweist auf die Normen für unbewegliche Sachen, §§ 873, 925 BGB analog, da die Validierung einer Transaktion in der Blockchain nicht zwischen zwei Personen vorgenommen werde (und daher auch § 413 BGB nicht passe), sondern von einer Vielzahl von Rechnern im Mehrheitskonsens. Und damit komme es zu einer Art Eintragung, die klar dokumentiert und öffentlich einsehbar sei, was mit Eintragungen im Grundbuch vergleichbar sei.⁴⁴ Das erscheint durchaus plausibel. Allzu viel gewonnen ist mit dieser Feststellung indes auch nicht. Beachtenswert bleibt lediglich der Aspekt der Verschlüsselung. Wenn digitale Inhalte durch Verschlüsselung einmalig werden, nähern sie sich insoweit dem Wesen von Sachen an.

³⁹ MüKo-BGB/Stresemann (Fn. 18), § 90 Rn. 21; BeckOK-BGB/Fritzsche (Fn. 18), § 90 Rn. 29; Erman/J. Schmidt (Fn. 21), § 90 Rn. 3; JurisPK-BGB/Vieweg/Lorz (Fn. 18), § 90 Rn. 11; Ammann, CR 2018, 379, 380; Sattler, NJW 2019, 3609, 3611; Amend-Traut/Hergenröder, ZEV 2019, 113, 117; Hillemann, CR 2019, 830, 831.

⁴⁰ Ammann, CR 2018, 379, 382; Hillemann, CR 2019, 830, 831; Sattler, NJW 2019, 3609, 3611.

⁴¹ Hillemann, CR 2019, 830, 835; Sattler, NJW 2019, 3609, 3613.

⁴² Sattler, NJW 2019, 3609, 3613; Ammann, CR 2018, 379, 382.

⁴³ Walter, NJW 2019, 3609, 3614; a.A. Amend-Traut/Hergenröder, ZEV 2019, 113, 117.

⁴⁴ Vgl. insgesamt Ammann, CR 2018, 379, 382 f.

4. Computerprogramm/Software

Was Computerprogramme bzw. Software betrifft, ist anerkannt, dass ein körperlich fassbarer Datenträger, auf dem ein Programm abgespeichert ist, eine Sache i.S.v. § 90 BGB darstellt.⁴⁵ Der Eigentümer des Datenträgers kann daher bei dessen Zerstörung Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB verlangen. Das Sacheigentum am Datenträger sagt aber nichts darüber aus, ob und wie der Eigentümer die darauf gespeicherte Software nutzen darf. Abgesehen davon werden Programme heute fast immer direkt von Servern auf Endgeräte geladen. Und die Software selbst ist mangels abgrenzbarer Körperlichkeit keine Sache i.S.v. § 90 BGB,⁴⁶ sondern ein geistiges Werk. Dafür gilt folglich nicht das Sachenrecht,⁴⁷ sondern das Immaterialgüterrecht.⁴⁸ Entsprechendes gilt für sonstige digitale Inhalte (vgl. § 312b Abs. 3 BGB) wie z.B. Apps.

5. Daten

a) Begriff und Abgrenzung zur Sache i.S.v. § 90 BGB

Die aktuelle Diskussion dreht sich um die Frage, wie Daten bzw. Datenbestände rechtlich einzuordnen sind, z.B. Daten, die eine Suchmaschine sammelt, oder Daten, die durch die Nutzung eines Fahrzeugs generiert werden.⁴⁹ Bei solchen Daten geht es nicht um das Ergebnis eines besonderen geistigen Arbeitsprozesses oder um geistiges Eigentum,⁵⁰ sondern schlicht um die Daten als solche,⁵¹ um codierte Information bzw. die sog. syntaktische Information.⁵²

Solche Daten weisen keine Körperlichkeit auf und werden daher von der ganz h.M. nicht als Sachen i.S.v. § 90 BGB eingeordnet.⁵³ So hat es der BGH

⁴⁵ BGH, NJW 2007, 2394; *Baur/Stürner* (Fn. 4), § 3 Rn. 2.

⁴⁶ *Ohly*, JZ 2003, 545, 547; *BeckOK-BGB/Fritzsche* (Fn. 18), § 90 Rn. 27; *Staudinger/Stieper* (Fn. 23), § 90 Rn. 12 m.w.N.; *Erman/J. Schmidt* (Fn. 21), § 90 Rn. 3.

⁴⁷ *MüKo-BGB/Stresemann* (Fn. 18), § 90 Rn. 25; *Staudinger/Stieper* (Fn. 23), § 90 Rn. 12 ff.; *Sattler*, JZ 2017, 1036, 1037; *Heymann*, CR 2016, 650; *Hoeren*, MMR 2013, 486; *Grüneberg/Ellenberger* (Fn. 17), § 90 Rn. 2.

⁴⁸ *BeckOK-BGB/Fritzsche* (Fn. 18), § 90 Rn. 30; zu den Parallelen beider Bereiche *Ohly*, JZ 2003, 545, 547 ff.

⁴⁹ Zu maschinengenerierten Daten z.B. *Hessell/Leffer*, MMR 2020, 647.

⁵⁰ Vgl. *Ensthaler*, NJW 2016, 3473, 3474.

⁵¹ *Steinrötter*, MMR 2017, 731, 732.

⁵² *MüKo-BGB/Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 334; *Zech*, CR 2015, 137, 138; *Riehm*, VersR 2019, 714, 715; krit. *Amstutz*, AcP 218 (2018), 438, 448.

⁵³ BGH, MDR 2018, 227 (bez. Vollstreckung); OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54; LG Konstanz, NJW 1996, 2662; *BeckOK-BGB/Fritzsche* (Fn. 18), § 90 Rn. 28; *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 52), § 823 Rn. 334; *Stender-Vorwachs/Steeger*, NJOZ 2018, 1361, 1362; *Vogelgesang*, jM 2016, 2, 3; *Riehm*, VersR 2019, 714, 717; *Sattler*, JZ 2017, 1036, 1037;

etwa auch für Fotodaten ausgesprochen.⁵⁴ Wie bei Software gilt aber, dass der körperlich fassbare Datenträger, auf dem Daten gespeichert sind, durchaus eine Sache ist, also z.B. ein USB-Stick oder auch eine Festplatte. Verletzungshandlungen, die zur Veränderung oder Löschung von Daten auf dem Datenträger führen, bewirken dann zugleich eine physikalische Veränderung des Datenträgers, sodass in solchen Fällen auch eine Eigentumsverletzung vorliegt.⁵⁵ Beim Besitzer des Datenträgers wäre eine Verletzung des (berechtigten) Besitzes gegeben.⁵⁶ Auf dieser körperlichen Ebene befindet man sich somit im Sachenrecht. Das ändert aber nichts daran, dass an den Daten als solchen kein Eigentum im Sinne des BGB bestehen kann.⁵⁷

b) Strafrechtliche Regelung

Die sich daraus ergebende strafrechtliche Regelungslücke hat der Gesetzgeber bereits geschlossen. Dabei belegt insbesondere die Norm des § 303a StGB, dass auch der Gesetzgeber Daten nicht als Sachen begreift; andernfalls hätte die Regelung in § 303 StGB genügt. Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass durch die strafrechtliche Regelung eine Verdinglichung von Daten stattgefunden habe, die das Zivilrecht nun aufzugreifen habe.⁵⁸ Das wäre ein Zirkelschluss, weil die strafrechtlichen Normen über die Vorfrage der Datenzuordnung selbst nichts aussagen. Wie bei der Regelung zum Strom ging es dem Gesetzgeber allein darum, die strafrechtliche Schutzlücke zu schließen.

c) Zivilrechtliche Schutzlücken

Im Zivilrecht bleiben möglicherweise Schutzlücken. Das betrifft vor allem Schadensfälle außerhalb des Vertragsrechts, in denen keines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter verletzt ist, also weder das Eigentum an einem Datenträger noch das Persönlichkeitsrecht oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Dann bleiben zwar noch als letz-

Heymann, CR 2016, 650; *Faust*, Gutachten zum 71. Deut. Juristentag, 2016, 47; *Börding/Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, CR 2017, 134; *Schuster*, CR 2020, 726.

⁵⁴ BGH, NJW 2016, 1094.

⁵⁵ Vgl. OLG Oldenburg, CR 2012, 77; *Faust*, Gutachten zum 71. Deut. Juristentag, 2016, 47 m.w.N.; MüKo-BGB/*Wagner* (Fn. 52), § 823 Rn. 332, 333; *Spindler*, ZGE 2011, 129, 146; BeckOGK-BGB/*Spindler*, Stand 1.3.2018, § 823 Rn. 185, Nutzungsbeeinträchtigung; *Specht*, CR 2016, 288, 289; *Härting*, CR 2016, 646, 649; *Riehm*, VersR 2019, 714, 715; *Wendehorst*, IPPrax 2020, 490, 491; *Bartsch*, CR 2010, 553, 554.

⁵⁶ *Faust*, Gutachten zum 71. Deut. Juristentag, 2016, 47; *Riehm*, VersR 2019, 714, 717.

⁵⁷ Zutr. *Rößnagel*, NJW 2017, 10, 11; OLG Nürnberg, CR 2013, 212.

⁵⁸ So aber MüKo-BGB/*Wagner* (Fn. 52), § 823 Rn. 338; *Vogelgesang*, jM 2016, 2, 6; wohl auch *Hoeren*, MMR 2013, 486, 490; *Riehm*, VersR 2019, 714, 720; wie hier aber *Heunl Assion*, CR 2015, 812, 813; *Härting*, CR 2016, 646, 649.

ter Rettungsanker die strafrechtlichen Normen i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB; das einschlägige Strafrecht erfasst aber nur Vorsatztaten.

Offen ist somit, ob und welche Rechtsfolgen das Zivilrecht an fahrlässige Handlungen knüpfen soll, welche etwa zur Veränderung oder zum Verlust von Daten führen, die nicht auf einem Datenträger, sondern z.B. in der Cloud abgespeichert sind.⁵⁹ Anknüpfend an diese Fallkonstellation stellt sich durchaus die Frage, ob es richtig ist, dass der deliktsrechtliche Schutz zufällig davon abhängen soll, ob Daten auf der eigenen Festplatte oder in einer Cloud abgespeichert sind.⁶⁰

Offen ist zudem die Frage nach der originären Zuordnung von Daten zu einem „Inhaber“ bzw. Verfügungsberechtigten.⁶¹ Hier besteht insofern eine Gesetzeslücke, als der Gesetzgeber des BGB das Phänomen der heutigen Datenmassen („Big Data“) nicht erahnt hat. Die Meinungen darüber, wie groß diese Gesetzeslücke ist und ob es erforderlich ist, sie zu schließen, etwa durch Schaffung eines absoluten Rechts an Daten, sind allerdings geteilt. Die Arbeitsgruppe Digitaler Neustart der Justizministerinnen und Justizminister der Länder sah keinen Handlungsbedarf.⁶² Im Schrifttum ist die Diskussion nach wie vor im Gange.⁶³

IV. Analoge Anwendung von Sachenrecht auf Daten?

1. Einführung

Solange es keine konkrete gesetzliche Regelung zur Einordnung von Daten gibt, bleibt zu klären, ob es de lege lata möglich ist, etwaige Schutzlücken mit einer analogen Anwendung von Sachenrecht⁶⁴ zu schließen, oder ob zumindest Anleihen bei sachenrechtlichen Grundsätzen genommen werden könnten. Sprachlich ist jedenfalls offensichtlich, dass der Eigentumsbegriff enorm griffig und kraftvoll ist. Auch der Titel des Sammelbandes spricht vom „Eigentum“ in der digitalen Gesellschaft. Im umgangssprachlichen Sinne wird mit „Dateneigentum“ oder „Data Ownership“ klar, was man sagen will. Zu Recht wird aber auch vor der inflationären Verwendung dieses Begriffs ge-

⁵⁹ Die Schutzlücke sehen auch *Faust*, Gutachten zum 71. Deut. Juristentag, 2016, 50; *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 52), § 823 Rn. 338; *Kornmeier/Baranowski*, BB 2019, 1219, 1223.

⁶⁰ Vgl. *Riehm*, VersR 2019, 714, 720; Arbeitsgruppe Digitaler Neustart (Fn. 18), 49.

⁶¹ Überblick zu den denkbaren Zuordnungsmechanismen bei *Kornmeier/Baranowski*, BB 2019, 1219 ff.

⁶² Arbeitsgruppe Digitaler Neustart (Fn. 18), 97; ähnl. *Determann*, MMR 2018, 277 ff.

⁶³ Z.B. *Riechert*, DuD 2019, 353 ff.; *Fries/Scheufen*, MMR 2019, 721, 725; *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24, 27; *Heymann*, CR 2016, 650, 656; *Specht*, CR 2016, 288, 294; *Börding/Jülicher/Röttgen/Schönfeld*, CR 2017, 134, 136.

⁶⁴ Abl. *Stender-Vorwachs/Stege*, NJOZ 2018, 1361, 1365; *Hoeren*, MMR 2019, 5, 6.

warnet,⁶⁵ weil damit noch nichts gelöst ist und letztlich eine Vereinfachung vorgegaukelt wird, von der die komplexe Realität weit entfernt ist.

2. Wesensmerkmale von Sachen

Die Frage nach der analogen Anwendung von Sachenrecht führt zurück zur Ausgangsfrage, nämlich zur Strukturanalyse des Sacheigentums. Diese ist freilich wieder sehr eng mit den Wesensmerkmalen von Sachen verbunden.

Ausgangspunkt ist insoweit, dass sich das Sacheigentum auf die einzelne, in ihrer Körperlichkeit und Identität einmalige Sache bezieht. Es geht stets um die rechtliche Zuweisung der Nutzungs- und Verfügungsbefugnis an der bestimmten einzelnen Sache. Mit der Körperlichkeit der Sache sind auch ihre Sichtbarkeit sowie ihre Ortsgebundenheit verbunden. Eine Sache kann immer nur an einem bestimmten Ort sein. Ihr statischer Ausgangspunkt ist stets klar. Wird eine Sache an Dritte übergeben, ist dies nach außen sichtbar. Damit korrespondiert das Publizitätsprinzip. Sichtbarkeit und Ort der Sache sind klare Anknüpfungspunkte für Übereignungshandlungen und auch für den guten Glauben. Bei dinglichen Rechten, die jedermann respektieren muss, ist aus Gründen der Rechtssicherheit auch wichtig, dass sie für Dritte erkennbar sind.⁶⁶

Die Sichtbarkeit der Sache bedingt auch ihre klare Abgrenzbarkeit. Ihre Form und ihre Ränder sind eindeutig, nicht diffus. Herstellung und Veränderung von Sachen verlaufen in einem transparenten, sichtbaren Prozess. Grundlegende Veränderungen führen regelmäßig zu einer neuen Sache (vgl. § 950 BGB), für welche die Sprache dann einen anderen Begriff parat hat. Im Übrigen unterliegen Sachen dem Verbrauch und sind ganz überwiegend vergänglich.

Die Einmaligkeit und Ortsgebundenheit der Sache begrenzen ihre Nutzungsmöglichkeiten. Dort, wo sich die Sache befindet, kann sie nur von einer oder wenigen Personen gleichzeitig genutzt werden. Sachen werden daher als „rival“ bezeichnet.⁶⁷ Das Sachenrecht ist das „Regime der rivalen Nutzungen“. ⁶⁸ Konfligierende Nutzungsansprüche werden durch eine klare rechtliche Zuweisung vermieden.⁶⁹

⁶⁵ Vgl. *Hornung/Goeble*, CR 2015, 265, 268; *Heun/Assion*, CR 2015, 812, 813 f.; *Hoeren*, MMR 2019, 5, 6; *Hoffmann*, JZ 2019, 960, 965; *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24, 25.

⁶⁶ *Prütting*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, § 5 Rn. 38; *Vieweg/Lorz* (Fn. 1), § 1 Rn. 9.

⁶⁷ OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54; *Raue*, NJW 2019, 2425.

⁶⁸ *Zech*, CR 2015, 137, 142.

⁶⁹ *Heymann*, CR 2016, 650, 656.

3. Absolutheit der dinglichen Rechte

Mit all diesen Wesensmerkmalen der Sache geht ihre Exklusivität einher. Daraus erklärt sich auch die Absolutheit der dinglichen Rechte. Bestimmtheit und Einmaligkeit, Ortsgebundenheit und Sichtbarkeit der Sache ermöglichen eine klare Zuordnung, insbesondere eine klare rechtliche Zuordnung, so wie sie das BGB für das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte auch vorsieht. Ausschließlichkeitsrechte sind durch eine solche klare gesetzliche Regelung gekennzeichnet.⁷⁰ Das Vermögen einer Person hingegen ist nicht in gleicher Weise hinreichend bestimmt, sichtbar und abgrenzbar. Demgemäß fehlen auch Normen zur klaren gesetzlichen Zuordnung. Das Vermögen als solches wird daher nicht zu den von § 823 Abs. 1 BGB geschützten absoluten Rechten gezählt.

4. Wesensmerkmale von Daten

Wie sieht es demgegenüber bei Daten aus? Sind sie nur ein unbestimmter Teil des Vermögens oder doch den Sachen so ähnlich, dass sie sich für eine dingliche und damit absolute Einordnung und Zuordnung eignen? Vergleicht man die genannten Wesensmerkmale von Sachen mit der Beschaffenheit von Daten, zeigt sich freilich, dass Daten ganz anders sind. Daten haben keine vergleichbare sichtbare Körperlichkeit wie Sachen und sind auch nicht ortsgebunden. Sie erweisen sich vielmehr als ein immaterielles Wirtschaftsgut. Das macht es auch schwieriger zu bestimmen, an welchen und wie vielen Orten sie sind und was ihr genauer Inhalt ist, zumal sich viele Datenbestände auch täglich ändern. Daten können ohne Aufwand oder Qualitätsverlust kopiert bzw. vervielfältigt werden.⁷¹ Sie können einer unbegrenzten Zahl von gleichzeitigen Nutzern zugänglich gemacht werden, ggf. sogar jedermann, ohne dass damit zwangsläufig ein Wertverlust verbunden wäre.⁷² Daten sind somit ihrer Natur nach nicht-rival.⁷³ Ein zwangsläufiger Nutzungskonflikt wie bei Sachen ergibt sich damit von vornherein nicht.⁷⁴ Daten sind auch kaum abnutzbar.⁷⁵ Der Interessenkonflikt ist ein anderer als im Sachenrecht.⁷⁶ Es geht weniger um einen Zuordnungskonflikt im Sinne eines Ent-

⁷⁰ *Dorner*, CR 2014, 617, 620.

⁷¹ *Faust*, Gutachten zum 71. Deut. Juristentag, 2016, 1.

⁷² *Zech*, CR 2015, 137, 139; *Steinrötter*, MMR 2017, 731, 732; *Heymann*, CR 2016, 650, 653; s. auch OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54.

⁷³ OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54; *Hoeren*, MMR 2019, 5, 6; *Raue*, NJW 2019, 2425; *Heymann*, CR 2016, 650, 653; *Fries/Scheufen*, MMR 2019, 721, 725; *Steinrötter*, MMR 2017, 731, 732; *Zech*, CR 2015, 137, 138; *Faust*, Gutachten zum 71. Deut. Juristentag, 2016, 55.

⁷⁴ *Steinrötter*, MMR 2017, 731, 732.

⁷⁵ *Heymann*, CR 2016, 650, 653; OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54.

⁷⁶ *Zutr. Raue*, NJW 2019, 2425; *Zech*, GRUR 2015, 1151, 1159.

weder/Oder, sondern eher um die Frage, wer alles faktischen Zugang zu den Daten und ihrer Nutzung haben soll.⁷⁷ Nicht die Monopolisierung von Nutzungsbefugnissen⁷⁸ steht im Vordergrund, sondern die Frage nach der Teilhabe.

Mit den beschriebenen Besonderheiten von Daten geht zugleich die Schwierigkeit ihrer Zuordnung einher. Aus ebendiesen Gründen kann man sich aber auch darüber streiten, ob eine absolute Zuordnung überhaupt notwendig ist bzw. sinnvoll wäre.⁷⁹

5. Zwischenergebnis

Im Zwischenergebnis kann jedenfalls festgehalten werden, dass sich digitale Daten maßgeblich von körperlichen Sachen unterscheiden. Daten sind aber bekanntlich auch nicht dem Immaterialgüterrecht zuzuweisen. Vielleicht liegen sie als „hybride Rechtsobjekte“ irgendwo zwischen den Sachen und den immateriellen Gütern,⁸⁰ vielleicht aber auch jenseits davon. Die Eigenschaften, die gemeinhin mit Ausschließlichkeitsrechten verbunden sind, weisen Daten jedenfalls nicht auf. Sie können daher lediglich dem Vermögen, nicht aber dem Eigentum zugeordnet werden.⁸¹ Aus diesem Grunde müssen auch Analogien zum Sachenrecht grundsätzlich ausscheiden. Das soll aber nicht davon abhalten, im folgenden Abschnitt noch zu untersuchen, ob aus dem Steinbruch des Sachenrechts nicht zumindest Grundgedanken für den Umgang mit digitalen Gütern gewonnen werden können.

V. Betrachtung einzelner sachenrechtlicher Normen

1. Eigentumserwerb durch Verbindung und Vermischung, §§ 947 f. BGB

a) Inhalt und Normzweck

Zunächst sollen die §§ 947, 948 BGB zu Verbindung und Vermischung betrachtet werden. Werden bewegliche Sachen derart miteinander verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, d.h. dass ihre Trennung mit Zerstörung oder Wesensveränderung verbunden wäre,

⁷⁷ Kornmeier/Baranowski, BB 2019, 1219, 1223 ff.; Kühling/Sackmann, ZD 2020, 24, 26; Adam, NJW 2020, 2063, 2067.

⁷⁸ Vgl. Arbeitsgruppe Digitaler Neustart (Fn. 18), 40; Kornmeier/Baranowski, BB 2019, 1219, 1224; Riechert, DuD 2019, 353, 357.

⁷⁹ Krit. Heymann, CR 2016, 650, 656; Hoeren, MMR 2019, 5, 6; Kühling/Sackmann, ZD 2020, 24, 27; näher dazu Riechert, DuD 2019, 353 ff.

⁸⁰ So Auer, ZfPW 2019, 130, 137.

⁸¹ Vgl. Heymann, CR 2016, 650, 652, dies sei nur im Ausnahmefall zu bejahen.

vgl. §93 BGB, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer der neuen Sache, §947 Abs. 1 BGB. Anderes gilt nur, wenn eine der Sachen als Hauptsache anzusehen ist; dann erwirbt ihr Eigentümer Alleineigentum, §947 Abs. 2 BGB. Bei untrennbarer Vermischung von beweglichen Sachen gilt Entsprechendes, §948 Abs. 1 BGB. Untrennbarkeit ist auch gegeben, wenn die Trennung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre, §948 Abs. 2 BGB.

Sinn und Zweck dieser Regelungen sind zum einen Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.⁸² Sowohl für die beteiligten Eigentümer als auch gegenüber Dritten soll eindeutig sein, wer Eigentümer der Sachen ist. Zum anderen wollen die §§ 946 ff. BGB einen Wertverlust durch Trennung vermeiden.⁸³ Ein durch Verbindung oder Vermischung neu entstandenes wirtschaftliches Gut soll erhalten bleiben. Wer dadurch einen Rechtsverlust erleidet, erhält einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch (§ 951 BGB).

b) Anwendung auf Daten

Bei Daten könnte man zwar durchaus von Vermischung sprechen, wenn neue Daten erhoben und einem vorhandenen Datenbestand hinzugefügt werden, aber der Aspekt der Untrennbarkeit passt nicht. In der Regel lassen sich Daten durchaus trennen. Ein Wertverlust durch Trennung oder Ablösung liegt hier nicht vor, zumal die Wiederzusammenführung der Daten technisch sogleich wieder durchführbar wäre. Daher besteht kein Grund, den Inhaber eines großen Datenbestandes analog §947 Abs. 2 BGB als Alleininhaber von eingesammelten Daten zu sehen. Aber auch für die Bejahung einer Art Miteigentum von mehreren „Datenlieferanten“ an einem Datenkuchen entsprechend §947 Abs. 1 BGB gibt es keinen Anlass. Zwar ist Mitberechtigung von zwei oder mehr Unternehmen an einem Datenbestand nach den Grundsätzen der Bruchteilsgemeinschaft durchaus denkbar.⁸⁴ Es passt jedoch nicht, eine solche Bruchteilsgemeinschaft mit §947 Abs. 1 BGB analog zu begründen.

⁸² MüKo-BGB/Füller, 8. Aufl. 2020, §947 Rn. 1 mit Verweis auf §946 Rn. 1 und §951 Rn. 1.

⁸³ MüKo-BGB/Füller (Fn. 82), §947 Rn. 1 mit Verweis auf §946 Rn. 1.

⁸⁴ *Ensthaler*, NJW 2016, 3473, 3477.

2. Eigentumserwerb durch Verarbeitung, § 950 BGB

a) Inhalt und Normzweck

Auf § 950 BGB wird im Zusammenhang mit Daten bisweilen verwiesen.⁸⁵ § 950 BGB löst den Konflikt zwischen Rohstoffeigentümer und Hersteller.⁸⁶ Führt die Verarbeitung fremder beweglicher Sachen zu einer neuen Sache und wird dadurch ein erheblicher Mehrwert erzeugt, so bestimmt § 950 BGB, dass der Hersteller, also der Herr des Verarbeitungsprozesses, Eigentümer der neuen Sache wird. Das Gesetz stellt insoweit auf die Wertschöpfung ab, die auf dem Einsatz von Arbeit und Kapital beruht und mit dem Eigentumserwerb belohnt wird.⁸⁷ Zudem soll der entstandene Mehrwert erhalten bleiben. Die klare Zuordnung zum Hersteller soll im Rechtsverkehr für Klarheit und Rechtssicherheit sorgen. Sowohl für die beteiligten Eigentümer als auch gegenüber Dritten soll eindeutig sein, wer Eigentümer ist. Eine Rechtszersplitterung wird vermieden. Für den entstandenen Rechtsverlust ist Entschädigung zu leisten, § 951 BGB.

b) Erzeugen von Daten

Will man das auf Daten beziehen, müssen mehrere Fallgruppen unterschieden werden.⁸⁸ Die erste betrifft den Fall, dass Daten erstmalig gewonnen, also gewissermaßen aus dem Nichts generiert werden. Ein Beispiel mögen Daten sein, die bei der Nutzung einer smarten Maschine aufgezeichnet werden. Das ist kein Fall von § 950 BGB, denn diese Norm setzt einen am Anfang vorhandenen Stoff voraus, der dann umgebildet wird. Beim erstmaligen Erzeugen von Daten gibt es keinen solchen Ausgangsstoff.

c) Abspeichern von Daten

Die zweite Fallgruppe betrifft das Abspeichern von Daten auf einem Datenträger. Das ist ebenfalls kein Fall von § 950 BGB direkt oder analog,⁸⁹ denn durch das Speichern von Daten allein entsteht keine neue Sache. Das hat der BGH bereits im Fall der Kohl-Tonbänder klargestellt.⁹⁰ Der Datenträger bleibt Datenträger; eine Wesensveränderung der Sache findet nicht statt. Die

⁸⁵ Riehm, VersR 2019, 714, 722; Ensthaler, NJW 2016, 3473, 3476; Adam, NJW 2020, 2063, 2064.

⁸⁶ Grüneberg/Herrler (Fn. 17), § 950 Rn. 1; Baur/Stürner (Fn. 4), § 53 Rn. 14.

⁸⁷ Vgl. Baur/Stürner (Fn. 4), § 53 Rn. 14.

⁸⁸ Zum Wertschöpfungsprozess bei Daten Fries/Scheufen, MMR 2019, 721, 722.

⁸⁹ So aber LAG Chemnitz, MMR 2008, 416; Zech, CR 2015, 137, 142; Bartsch, CR 2010, 553, 554.

⁹⁰ BGH, NJW 2016, 317; so auch Hoeren, MMR 2013, 486, 490; MüKo-BGB/Füller (Fn. 82), § 950 Rn. 10; Grüneberg/Herrler (Fn. 17), § 950 Rn. 3.

Daten können grundsätzlich ohne Wertverlust von einem Datenträger wieder heruntergenommen und anderweitig aufgespielt werden; genau darin liegen sogar Sinn und Zweck von Datenträgern. Wert oder Inhalt der Daten sind bei alledem irrelevant.

d) Sammeln von (vorhandenen) Daten

Drittens geht es um das schlichte Sammeln vorhandener Daten. Auch darin liegt keine Verarbeitung zu einer neuen Sache. Das mag folgendes Beispiel zeigen: Wenn ein Dieb bei zehn Eigentümern zehn Bücher stiehlt, die dann zusammengenommen die komplette Erstausgabe eines Werkes darstellen, so wird der Dieb allein durch das Zusammenfügen der Bände noch nicht gem. § 950 BGB zum Eigentümer, und zwar auch dann nicht, wenn ein Sammler für die komplette Ausgabe doppelt so viel zahlen würde wie in der Summe für die einzelnen Bände. Das reine Zusammenlegen von Sachen ist kein Fall von § 950 BGB. Für Daten muss das erst recht gelten. Sofern eine Datenbank entstehen sollte, wäre im Übrigen auf die §§ 87a, b Urhebergesetz zu verweisen, welche unter bestimmten Voraussetzungen Investitionen in Datenbankinhalte schützen.

e) Auswerten von Daten

Relevant erscheint allenfalls die vierte Fallgruppe, das Aufbereiten oder Auswerten eines Datenbestandes, um daraus Informationen zu gewinnen. Hierauf könnte der Begriff der Verarbeitung passen. Rohdaten werden wie Rohstoffe verarbeitet.⁹¹ Hier wie dort geht es um einen Realakt.⁹² Das Ergebnis der Datenauswertung wäre im Vergleich zu den Rohdaten auch etwas Neues. Hersteller wäre derjenige, in dessen Namen und wirtschaftlichen Interesse der Verarbeitungsprozess vorgenommen wird, also etwa das Unternehmen, das die Datenaufbereitung oder -auswertung veranlasst.⁹³ Insoweit kann dann auf den diesbezüglichen Skripturakt verwiesen werden.⁹⁴

Zusammen genommen könnte das dafürsprechen, das Ergebnis einer Datenauswertung rechtlich ausschließlich dem Hersteller als Berechtigtem zuzuordnen. Schließlich mag § 950 BGB auch der Gedanke zugrunde liegen, dass der Schöpfer eines Werkes dessen Eigentümer werden soll. Letztlich ist das jedoch kein sachenrechtlicher Grundsatz; im Immaterialgüterrecht gilt das in gleicher Weise. Tatsächlich liegt das Immaterialgüterrecht hier sogar

⁹¹ *Ensthaler*, NJW 2016, 3473, 3476; *Hoeren*, MMR 2013, 486, 490; krit. *Stender-Vorwachs/Steeger*, NJOZ 2018, 1361, 1365.

⁹² MüKo-BGB/Füller (Fn. 82), § 947 Rn. 3.

⁹³ Vgl. MüKo-BGB/Füller (Fn. 82), § 950 Rn. 18; *Riehm*, VersR 2019, 714, 722, jeweils aber wohl schon auf die schlichte Datenspeicherung abstellend.

⁹⁴ Dazu *Hoeren*, MMR 2013, 486, 487; *Ensthaler*, NJW 2016, 3473, 3476.

näher, da das Ergebnis einer Datenauswertung ein immaterieller Gegenstand ist.

Außerdem wird der Gedanke, dass der Schöpfer eines Werkes stets dessen Alleineigentümer werden soll, im Sachenrecht ohnehin nicht durchgehalten. Das ist weder bei § 946 BGB immer der Fall noch bei § 950 BGB, wo es auf die Wertverhältnisse ankommt. Die weitergehende sachenrechtliche Rechtsfolge des § 950 BGB, dass Ansprüche auf Herauslösung der verarbeiteten Rohstoffe zur Vermeidung von Wertverlusten ausgeschlossen sind, passt auf Daten ebenfalls nicht. § 950 BGB hilft daher bei Daten nicht weiter.

3. *Eigentumserwerb an Erzeugnissen, § 953 BGB*

§ 953 BGB, wonach die Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile einer Sache auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache zustehen, passt auf Daten ebenfalls nicht. Daten, die gerade erst gewonnen werden, sind keine vorab vorhandenen Bestandteile. Sie sind aber auch keine natürlichen bzw. organischen Produkte⁹⁵, sondern maschinengeneriert. Zudem werden die meisten Daten auch nicht aus einer Sache gewonnen. Analogien zu § 953 BGB liegen daher fern.⁹⁶ Die Frage wiederum, ob Datenbestände möglicherweise als Früchte eines Rechts i.S.v. § 99 Abs. 2 BGB⁹⁷ oder als Nutzungen⁹⁸ gem. § 100 BGB begriffen werden könnten, kann dahinstehen. Denn über ihre rechtliche Zuordnung ist damit nichts ausgesagt.

4. *„Datenbesitz“ und Eigentumsvermutung kraft Besitzes, § 1006 BGB*

Die bislang betrachteten Normen haben somit noch nichts zur Begründung eines Dateneigentums beitragen können. Auch der vielerorts zitierte § 903 BGB hilft insoweit nicht weiter, weil er zur Frage, wer Eigentümer ist oder wird, nichts aussagt. Tatsächlich hat sich die Diskussion im Schrifttum zuletzt auch vermehrt auf den Gedanken vom *Datenbesitz*⁹⁹ verlagert. Insofern könnte man darüber nachdenken, die Regelung des § 1006 BGB für den Bereich von Daten fruchtbar zu machen.¹⁰⁰

Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird nach § 1006 Abs. 1 BGB vermutet, dass er auch Eigentümer sei. Diese Eigentumsvermutung hilft, wenn kein anderer Beweis für das Eigentum einer Person erbracht wor-

⁹⁵ Vgl. Staudinger/*Stieper* (Fn. 23), § 99 Rn. 4.

⁹⁶ A.A. *Riehm*, VersR 2019, 714, 722 f.; *Zech*, CR 2015, 137, 142.

⁹⁷ Abl. BMVI-Studie, Eigentumsordnung für Mobilitätsdaten, 2017, 59; *Specht*, CR 2016, 288, 292.

⁹⁸ Bejahend *Heun/Assion*, CR 2015, 812, 818.

⁹⁹ Vgl. *Hoeren*, MMR 2019, 5; *Michl*, NJW 2019, 2729.

¹⁰⁰ Abl. zu Recht v. *Westphalen*, ZIP 2020, 737, 739; *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24, 26.

den ist. Besitzer wiederum ist nach § 854 Abs. 1 BGB derjenige, der die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat und auch Besitzwillen hat.¹⁰¹ Bei Daten könnte man ebenfalls überlegen, von der tatsächlichen Verfügungsmacht auf die Inhaberschaft bzw. ein Recht an den Daten zu schließen. Tatsächliche Verfügungsmacht wäre ggf. anzunehmen, wenn man Besitz am Datenträger oder Zugang zum jeweiligen Server hat. Das mag dann auch für die Berechtigung an den Daten sprechen, zumindest sofern andere Zuordnungskriterien völlig fehlen.¹⁰²

Bei Daten liegt es jedoch so, dass typischerweise mehrere Personen beteiligt sind.¹⁰³ Im Fall eines Datenträgers gibt es dessen Eigentümer und ggf. auch noch einen davon zu unterscheidenden Besitzer. Daneben mag es noch denjenigen geben, der die Daten durch sein Verhalten oder den Betrieb seiner Maschine erzeugt hat, denjenigen, der diese Daten technisch erfasst und gespeichert hat, denjenigen, der das Ganze wirtschaftlich veranlasst hat und nicht zuletzt all diejenigen, die im Fall personenbezogener Daten persönlich betroffen sind. Zudem können Daten beliebig vielfältig und auf unzählige Personen verteilt werden. Dann müsste man aber – ausgehend von § 1006 Abs. 1 BGB – bei allen Personen, die aus irgendeinem Grund faktischen Zugriff auf die Daten haben, auch auf ihre Berechtigung schließen. Würde also heißen, wer immer die Daten hat, ist im Zweifel auch nutzungsberechtigt. Unabhängig davon, ob man das für richtig oder falsch hält, sollte jedoch klar sein, dass das mit dem Gedanken des § 1006 BGB nichts mehr gemein hat.¹⁰⁴ Sinn und Zweck der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB ist schließlich, anknüpfend an die einmalig vorhandene körperliche Sache unter mehreren rivalisierenden potenziellen Eigentümern allein denjenigen als Eigentümer zu vermuten, der Besitz an der Sache hat. Diese Logik passt auf Daten gerade nicht.¹⁰⁵ Angesichts der genannten Unterschiede zwischen Sachen und Daten erscheint es vielmehr sehr zweifelhaft, von der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit einer Person auf Daten bereits auf deren Alleinberechtigung oder gar auf deren Ausschließlichkeitsrecht zu schließen.¹⁰⁶ In gleicher Weise ist auch offensichtlich, dass Daten, die auf einem Server abgespeichert sind, nicht schon allein deshalb dem Inhaber bzw. Betreiber des Servers gehören.¹⁰⁷

Im Ergebnis heißt das, dass tatsächliche Verfügungsmacht zwar selbstverständlich auch bei Daten vorliegen kann, es aber fernliegt, daran die Vermutungswirkung des § 1006 Abs. 1 BGB zu knüpfen. Daher eignet sich der

¹⁰¹ Vgl. nur Grüneberg/Herrler (Fn. 17), § 854 Rn. 4.

¹⁰² Hoeren, MMR 2013, 486, 487.

¹⁰³ Vgl. Arbeitsgruppe Digitaler Neustart (Fn. 18), 43 ff., 77, zum Internet der Dinge.

¹⁰⁴ Vgl. auch Michl, NJW 2019, 2729, 2731.

¹⁰⁵ Vgl. Heymann, CR 2016, 650, 656.

¹⁰⁶ Vgl. dazu Steinrötter, MMR 2017, 731, 734.

¹⁰⁷ BGH, NJW 2016, 317; Hoeren, MMR 2013, 486, 489; Riehm, VersR 2019, 714, 720.

„Besitz“ an Daten auch nicht als Grundlage für einen „gutgläubigen“ Erwerb von Daten. Die Publizitätsfunktion des Besitzes ist im Fall des „Datenbesitzes“ nämlich gerade nicht erfüllbar.¹⁰⁸ Im Übrigen wäre für den abgeleiteten Erwerb von Daten oder digitalen Inhalten ohnehin auf § 413 BGB zu verweisen, wonach die Vorschriften über die Forderungsabtretung auf die Übertragung anderer Rechte entsprechend Anwendung finden. Wie immer man das Recht an Daten einordnet, richtet sich seine Übertragung somit nach § 398 BGB. Ein gutgläubiger Erwerb ist hier ohnehin ausgeschlossen.

5. Besitzschutz, §§ 858 ff. BGB

Schließlich soll noch ein Blick auf die Besitzschutzvorschriften der §§ 858 ff. BGB geworfen werden. Aus deren analoger Anwendung auf Daten¹⁰⁹ könnten sich Ansprüche auf Abwehr von Störungen ergeben sowie Herausgabeansprüche. Abgesehen davon ist § 858 BGB als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt, so dass man über diesen Umweg möglicherweise sogar die Tür zum Deliktsrecht aufstoßen könnte.¹¹⁰

Ausgangspunkt ist indes auch hier, dass sich der Begriff des Besitzes allein auf Sachen bezieht, also auf körperliche Gegenstände (§ 90 BGB).¹¹¹ Laut BGH beschreibt der Besitz einen dauernden Zustand der tatsächlichen Gewalt, welche mit der Einwirkungsmacht auf die Sache und der Ausschlussmacht zwei Komponenten enthält.¹¹² Bei Daten mag man möglicherweise von Einwirkungsmacht sprechen können, wenn eine faktisch-technische Zugriffsmöglichkeit besteht.¹¹³ Da Datenbestände aber ihrer Natur nach nicht zwangsläufig nur einmalig an einem Ort vorhanden sind, sondern z.B. auch als Sicherungskopien existieren oder – wie gesagt – weitere Personen die gleichen Datenbestände haben können, ist das Kriterium der Einwirkungsmacht hier viel weniger aufschlussreich als bei körperlichen Gegenständen. Für die Komponente der Ausschlussmacht gilt das erst recht. Bei Sachen sind beide Elemente aufgrund der Sichtbarkeit und Publizität der Sache recht eindeutig zu bestimmen, bei Daten hingegen nicht.¹¹⁴

Eine Analogie wäre zudem nur gerechtfertigt, wenn eine Schutzlücke bestehen würde, die mit den §§ 858 ff. BGB zu füllen wäre. Indes wären Fälle der Löschung von Daten ohnehin nicht erfasst; denn die §§ 858 ff. BGB stellen

¹⁰⁸ Vgl. *Hoeren*, MMR 2019, 5, 7.

¹⁰⁹ Dafür *Adam*, NJW 2020, 2063, 2066 f.; abl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54.

¹¹⁰ So *Adam*, NJW 2020, 2063, 2067.

¹¹¹ BGH, NJW 2016, 1094; OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54; *Michl*, NJW 2019, 2729, 2730; *Hoeren*, MMR 2019, 5, 6.

¹¹² BGH, NJW 2009, 1947.

¹¹³ *Adam*, NJW 2020, 2063, 2068.

¹¹⁴ Vgl. zutr. *Michl*, NJW 2019, 2729, 2731; s. auch OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54.

auf einen noch irgendwo vorhandenen Besitz ab, der ggf. zurück zu übertragen ist. Auch Ansprüche bei Vernichtung sind dort nicht geregelt. Die Kopie von Daten und deren Verwertung wäre ebenfalls nicht erfasst, weil sie die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die nach wie vor vorhandenen Daten nicht beeinträchtigt würde.¹¹⁵ Relevant wäre möglicherweise eine Datenveränderung, sofern diese rückgängig gemacht werden könnte; denn Schadensersatz gewähren die §§ 861, 862 BGB nicht. Ansonsten wäre nur der komplette Datenklau übrig. Dafür wird aber meist auch keine Schutzlücke gegeben sein, weil hier zugleich auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen dürfte und/oder ein Fall von § 303a StGB.

Im Übrigen erstarkt der Besitz im Sinne von § 854 BGB auch erst dann zum Rechtsgut i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, wenn das Recht zum Besitz (oder zumindest die Gutgläubigkeit des Besitzers) nachgewiesen ist. Erst im Anschluss daran sowie im Anschluss an die Einmaligkeit und Bestimmtheit der betroffenen Sache wird der Besitz zum Ausschließlichkeitsrecht gem. § 823 Abs. 1 BGB. Für Besitz im Sinne von §§ 858, 823 Abs. 2 BGB gilt dasselbe.¹¹⁶ Ein Nutzungsschaden setzt auch ein Nutzungsrecht voraus.

VI. Ergebnis

Das Anliegen, die an Eigentum und Besitz anknüpfenden Ansprüche auf Abwehr, Herausgabe und Schadensersatz auch den Inhabern von digitalen Daten zuzugestehen, ist zwar nachvollziehbar. Der Zugriff auf die Rechtsfolgenseite setzt jedoch eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte auf der Tatbestandsebene voraus, an der es fehlt. Daten sind gänzlich anders als Sachen. Das Sachenrecht kann daher weder zur Frage, wem Daten gehören oder zuzuordnen sind, noch zur Frage, wie man ein Ausschließlichkeitsrecht an Daten konstruieren könnte, einen entscheidenden Beitrag leisten. Die erheblichen Unterschiede zwischen Daten und Sachen sprechen auch gegen eine analoge Anwendung von Sachenrecht. Im Ergebnis muss man wohl sagen, dass die Eindimensionalität des BGB-Sachenrechts der Komplexität der mit Daten verbundenen Rechtsfragen nicht gewachsen ist. Nach geltendem Recht müssen daher weiterhin Lösungen auf der Schiene des Vertragsrechts gefunden werden. De lege ferenda wäre eine Lösung auf europarechtlicher Ebene zu begrüßen.

¹¹⁵ Vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 54 für Kopien aus Akten.

¹¹⁶ BGH, NJW 1981, 865; NJW 1979, 1358; ferner BGH, NJW 1991, 2420.

Befugnisse des Sacheigentümers

Recht am Bild und Recht am Datum der eigenen Sache?

Anne Lauber-Rönsberg

I. Vorüberlegungen

Während es seit Jahrzehnten Diskussionen über den Umfang der dem Urheber zustehenden Befugnisse gibt, schienen die Befugnisse des Sacheigentümers demgegenüber wesentlich klarer umrissen. Insbesondere die *Sanssouci*-Entscheidungen des BGH¹ haben allerdings gezeigt, dass auch der Umfang der Befugnisse des Sacheigentümers nach § 903 Satz 1 BGB nicht so vorgegeben ist, wie man dies angesichts der physischen Grenzen des körperlichen Schutzobjekts vermuten würde. Zwar ist unstreitig, dass Einwirkungen auf die Sachsubstanz, z.B. eine Beschädigung oder Zerstörung der Sache, sowie sonstige Einwirkungen, z.B. Schuttablagerungen oder Immissionen, die den Eigentümer daran hindern, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, eine Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse darstellen.² Dagegen ist streitig, inwieweit dies auch für die Handlungen wie das Fotografieren einer Sache oder andere Erhebungen von Daten über eine Sache gilt, die ohne eine „unmittelbare konkrete Fühlungnahme“³ mit der Sache vorgenommen werden können, und inwieweit die wirtschaftlichen Vorteile, die sich aus der Verwertung von Abbildungen oder anderen Daten über eine Sache ergeben, dem Eigentümer zuzuordnen sind.

Am ausführlichsten diskutiert wurde bislang, ob das Anfertigen von Abbildungen einer Sache und die nachfolgende Verwertung der Abbildungen einen Eingriff in die Befugnisse des Sacheigentümers darstellen. Der BGH hat diese Frage hinsichtlich der kommerziellen Verwertung von Gebäudefotografien bejaht.⁴ Über diese Fallkonstellationen hinausgehend stellt sich

¹ BGH GRUR 2011, 323 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; BGH GRUR 2013, 623 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; BGH GRUR 2011, 321 – Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal.

² BGH GRUR 1990, 390 ff. – Friesenhaus; s. aus dem Schrifttum statt aller *Brehml Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 11 f.

³ So die Formulierung in BGH GRUR 1966, 503, 505 – Apfel-Madonna.

⁴ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 8 ff. – Preußische Gärten und Parkanlagen I; BGH GRUR 2013, 623 Rn. 12 ff. – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

im Allgemeinen die Frage, ob auch die Erhebung von Daten *über* eine Sache und ihre nachfolgende Verwertung sowie der Zugriff auf *in* einer Sache, z.B. einem Datenträger, gespeicherte Daten in die Befugnisse des Eigentümers der Sache eingreifen. Beispiele hierfür sind somit

- die Erhebung von Daten über eine Sache und auf nachgelagerten Verwertungsstufen die Weitergabe dieser Daten an Dritte (z.B. durch das Beschreiben der bzw. das Reden über die Sache), die Analyse der Daten und die anschließende Nutzung der Analyseergebnisse,
- das Herstellen von Abbildungen und nachgelagert die Weitergabe dieser Abbildungen an Dritte (diese den *Sanssouci*-Entscheidungen zugrundeliegende Fallkonstellation stellt genaugenommen einen Unterfall der zuvor genannten Fallgruppe der Erhebung von Daten über eine Sache dar),
- das Kopieren von in einer Sache gespeicherten Daten sowie nachgelagert die Weitergabe dieser Daten, die Analyse der Daten und wiederum die anschließende Nutzung der Analyseergebnisse und schließlich
- das Verändern oder Löschen von in einer Sache gespeicherten Daten.

Wie diese Aufzählung zeigt, kommt vielen dieser Nutzungshandlungen in der Informationsgesellschaft mittlerweile sehr viel mehr Relevanz zu als in den ersten Jahrzehnten nach dem Inkrafttreten des BGB. Solche unkörperlichen Nutzungen, bei denen Daten über eine Sache erhoben und verwertet werden, standen daher bislang im Rahmen von § 903 Satz 1 BGB – anders als z.B. bei dem auf immaterielle Bezugsobjekte bezogenen Urheber- oder Datenschutzrecht – nicht primär im Fokus.⁵

II. Rechtsprechung zu Abbildungen von Sachen

Im Folgenden wird zunächst der Diskussionsstand zu der Frage zusammengefasst, ob das Anfertigen von Abbildungen einer Sache – als Beispiel für einen Datenerhebungsvorgang – und die nachfolgende Verwertung der Abbildungen zu den Befugnissen des Sacheigentümers aus § 903 Satz 1 BGB gehört, um sodann zu erörtern, ob sich daraus Erkenntnisse über den Umfang der Befugnisse des Sacheigentümers ergeben.

1. Friesenhaus: Von einem anderen Grundstück aus aufgenommene Fotografien

Die Friesenhaus-Entscheidung aus dem Jahr 1989 betraf die Frage, ob die Nutzung einer Fotografie der von der Straße aus einsehbaren Frontansicht des Hauses der Klägerin auf Sylt zur Bebilderung eines Prospekts für Innen-

⁵ Zech, AcP 219 (2019), 488, 546.

dekorationen eine Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse nach § 903 BGB ist. Der I. Zivilsenat verneinte diese Frage „jedenfalls in den Fällen [...], in denen es [...] um das Fotografieren eines Hauses von einer öffentlichen Straße aus geht“.⁶ Eine Beeinträchtigung des Eigentums liege zwar nicht nur in einer Substanzverletzung, sondern auch in einer „sonstige[n] die tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers treffende[n] Einwirkung auf die Sache“. Dies sei dann der Fall, wenn der Eigentümer in der tatsächlichen Nutzung seiner Sache beeinträchtigt wird, indem deren Benutzung be- oder verhindert wird. Beim Fotografieren fehle es an einer tatsächlichen Einwirkung auf das Eigentum in dem Sinne, dass der Fotografiervorgang keinerlei Auswirkung auf die Nutzung der Sache selbst habe – er hindere den Eigentümer nicht daran, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, und störe ihn auch nicht in seinem Besitz.⁷

Für die Zwecke dieses Beitrags wichtig ist zudem, dass der BGH diesen Begründungsansatz um systematische Überlegungen zum Verhältnis zwischen dem Sacheigentum und dem Urheberrecht ergänzte. Die Einbeziehung von Ablichtungen in die Befugnisse des Sacheigentums „würde auf die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts an dem in der Sache verkörperten immateriellen Gut hinauslaufen und damit den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Eigentum an einer körperlichen Sache und dem Urheberrecht als Immaterialgüterrecht verkennen.“⁸ Die bürgerlich-rechtliche Besitz- und Eigentumsordnung diene „dem Schutz der Sachherrschaft über die körperliche Sache, während Gegenstand des Urheberrechts das unkörperliche, geistige Werk“ sei. Dementsprechend sei „die (tatsächliche und rechtliche) Sachherrschaft des Eigentümers über die konkrete Sache von der dem Urheber vorbehaltenen Werkverwertung in den Verwertungsformen der §§ 15 ff. UrhG zu trennen“.⁹ Die Abbildung einer Sache sei eine Vervielfältigung des immateriellen, geistigen Werkes, die den urheberrechtlichen Verwertungsrechten unterfalle; die „Zubilligung eines parallelen Ausschließlichkeitsrechts zugunsten des Sacheigentümers würde dem Wesen des Urheberrechts und seiner Abgrenzung gegenüber der sachenrechtlichen Eigentumsordnung zuwiderlaufen“.¹⁰ Der BGH verwies insbesondere auf die Regelung der Panoramafreiheit des § 59 UrhG, die erkennen lasse, dass dem Gesetzgeber des Urheberrechtsgesetzes selbstverständlich war, dass dem Eigentümer kein Nutzungs- und Vermietungsrecht zustehe. Andernfalls wäre es unverständlich, dass der Gesetzgeber die Abbildung von Bauwerken urheberrechtlich freigibt, wenn sie gleichwohl aus dem Eigentumsrecht bürgerlich-rechtlich zu

⁶ BGH GRUR 1990, 390 – Friesenhaus.

⁷ BGH GRUR 1990, 390 f. – Friesenhaus.

⁸ BGH GRUR 1990, 390, 391 – Friesenhaus.

⁹ BGH GRUR 1990, 390, 391 – Friesenhaus.

¹⁰ BGH GRUR 1990, 390, 391 – Friesenhaus.

untersagen wären. Wenn bereits das Fotografieren keine zur Abwehr berechtigende Einwirkung auf das Hauseigentum darstelle, so gelte dies auch für die gewerbliche Verwertung solcher Fotografien.¹¹

2. *Sanssouci: Von dem Grundstück aus aufgenommene Fotografien*

Eine gänzlich andere Position hingegen haben sowohl der I. Zivilsenat in der Schloss Tegel-Entscheidung¹² aus dem Jahr 1974 sowie nunmehr der V. Zivilsenat in den 2011 und 2013 ergangenen Entscheidungen zu den Preußischen Schlössern und Gartenanlagen eingenommen. Die sog. Sanssouci-Verfahren umfassten Parallelverfahren, die die öffentlich-rechtliche Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg gegen eine Fotoagentur,¹³ ein Bildportal¹⁴ und einen Filmverlag¹⁵ führte, um diesen die kommerzielle Nutzung von Fotoaufnahmen der Schlösser zu untersagen. Im Gegensatz zu der Friesenhaus-Konstellation waren die Fotografien nicht von außerhalb des Grundstücks, sondern von dem Schlosspark als Privatgrundstück aus aufgenommen worden. Die Stiftung als Berechtigte hatte der Allgemeinheit das Betreten des Grundstücks gestattet. Jedoch hatte die Stiftung an den Eingängen des Parks Schilder mit einer „Parkordnung“ anbringen lassen, wonach Fotoaufnahmen der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Stiftung bedurften.

Zweifellos steht es in der Rechtsmacht des Eigentümers, den Zugang zu seinem Grundstück zu verbieten oder nur unter der Bedingung zu gewähren, dass dort nicht fotografiert wird.¹⁶ Die hier relevante, darüberhinausgehende Frage, ob die Eigentümerbefugnisse auch das Anfertigen von Abbildungen und die nachfolgende Verwertung dieser Abbildungen umfassen, bejahte der BGH ebenfalls. Allerdings sind die Begründungslinien der Entscheidungen aus 2011 und der in 2013 ergangenen Entscheidungen etwas unterschiedlich.

In den Entscheidungen aus dem Jahr 2011 argumentierte der BGH, dass das Eigentum „auch dadurch beeinträchtigt werden [könne], dass es, ohne beschädigt zu werden, in einer dem Willen des Eigentümers widersprechenden Weise genutzt wird“. Dies gelte sowohl für die ungenehmigte Anfertigung von Abbildungen von Gebäuden von dem Grundstück, auf dem sie stehen, als auch für die nachfolgende ungenehmigte Verwertung der ungenehmigten Abbildungen, durch die die Beeinträchtigung des Eigentums ver-

¹¹ BGH GRUR 1990, 390, 391 – Friesenhaus.

¹² BGH GRUR 1975, 500 – Schloss Tegel.

¹³ BGH GRUR 2011, 323 V ZR 45/10 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; BGH GRUR 2013, 623 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

¹⁴ BGH GRUR 2011, 321 – Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal.

¹⁵ BGH ZUM 2011, 333.

¹⁶ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 13 – Preußische Gärten und Parkanlagen I.

tieft werde.¹⁷ Als zusätzliches Argument führt der BGH das Recht an, aus dem Grundstück Früchte zu ziehen. Die Verwertungsbefugnis beruhe auf dem Grundstückseigentum selbst, das das Recht umfasst, aus dem Grundstück Früchte zu ziehen. Zu diesen Früchten gehörten nach § 99 Abs. 3 BGB auch die Erträge aus der Verwertung von Abbildungen.¹⁸ Zu dem systematischen Verhältnis zwischen dem Urheberrecht und dem Sacheigentumsrecht führte der BGH aus, dass der Umstand, dass bei einem urheberrechtlich geschützten Werk das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht ausschließlich dem Urheber zugewiesen sind, nicht die gesetzliche Wertung zu entnehmen sei, das äußere Erscheinungsbild der Sache sei einer Nutzung durch den Eigentümer generell entzogen. Urheberrecht und Eigentum am Werkoriginal seien voneinander unabhängig und stünden selbstständig nebeneinander.¹⁹

In der Entscheidung „Preußische Gärten und Parkanlagen II“ aus 2013 rekurrierte der BGH – wohl auch aufgrund der im Schrifttum geäußerten Einwände²⁰ – nicht mehr auf § 99 Abs. 3 BGB, sondern betonte nun, dass zu dem Zuweisungsgehalt des Grundstückseigentums nicht nur die Abwehr von Beeinträchtigungen der Sachsubstanz sowie das Recht gehöre, darüber zu entscheiden, wer das Grundstück zu welchen Bedingungen betreten dürfe, sondern – „damit“ – auch das Recht des Grundstückseigentümers, darüber zu entscheiden, wer die wirtschaftlichen Vorteile ziehen dürfe, die das Betreten oder Benutzen des Grundstücks eröffnet.²¹ Der BGH fokussiert in dieser späteren Entscheidung somit auf die Verwertung der Fotografien und akzentuiert die Zugehörigkeit des durch die Verwertung von Abbildungen zu erzielenden Vermögenswerts zum Zuweisungsgehalt des Sacheigentums. Zwar wiederholt der BGH in dieser Entscheidung die darüberhinausgehende Aussage, dass auch die ungenehmigte Anfertigung von Abbildungen einen Eingriff in die Eigentümerbefugnisse darstellt, nicht. Spätere Entscheidungen zeigen jedoch, dass der BGH nach wie vor hieran festhält.²² Auch in dieser Entscheidung wiederholt der BGH aber nochmals, dass dann, wenn das Betreten des Grundstücks nur unter bestimmten Bedingungen gestattet werde, jede Abweichung hiervon ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt und damit eine Eigentumsbeeinträchtigung sei.²³

¹⁷ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 17 – Preußische Gärten und Parkanlagen I.

¹⁸ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 15 – Preußische Gärten und Parkanlagen I.

¹⁹ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 16 – Preußische Gärten und Parkanlagen I.

²⁰ *Stieper*, ZUM 2011, 331, 332.

²¹ BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; ebenso BGH GRUR 1975, 500, 501 f. – Schloss Tegel; BGH GRUR 2015, 578 Rn. 8 – Preußische Kunstwerke.

²² BGH GRUR 2015, 578 Rn. 8 – Preußische Kunstwerke.

²³ BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II unter Ver-

3. Apfel-Madonna und Preußische Kunstwerke: Fotografien beweglicher Sachen

Unklar ist, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das ungenehmigte Fotografieren einer beweglichen Sache eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellen kann. Der BGH hat diese Frage in jüngeren Entscheidungen offengelassen.²⁴

Eine besondere Fallkonstellation betraf die Entscheidung Apfel-Madonna²⁵ des Zivilsenats Ib, des Vorläufers des heutigen I. Zivilsenats, aus dem Jahr 1965. Die Klägerin betrieb eine kunstgewerbliche Werkstatt für religiöse Kunst und stellte Reproduktionen von Statuen her, unter anderem von der sog. Apfel-Madonna aus dem 15. Jahrhundert, deren Original der Klägerin von dem Aachener Suermondt-Museum zur Herstellung einer Form für die Anfertigung weiterer Reproduktionen leihweise überlassen worden war. Der Beklagte, ein Kunstbildhauer, nutzte eine von der Klägerin in Verkehr gebrachte Reproduktion, um hiervon seinerseits Reproduktionen anzufertigen und zu vertreiben. Die Klägerin konnte mit ihrem Vortrag, dass in der Reproduktion der Reproduktion eine Verletzung des dem Museum zustehenden Eigentums am Original liege, nicht durchdringen. In dem Streitfall liege jedenfalls keine Verletzung des dem Museum zustehenden Eigentums am Originalwerkstück vor, weil dem Beklagten „keine unmittelbare konkrete Fühlungnahme mit dem Originalwerkstück“ zum Vorwurf gemacht werden könne, da er nicht auf das im Eigentum des Museums stehende körperliche Originalwerkstück eingewirkt habe. Vielmehr habe er lediglich den „unkörperlichen Gegenstand des Werkes der bildenden Kunst“ unter Zuhilfenahme eines Vervielfältigungsstückes genutzt, das aber weder der Sachherrschaft des Museums noch der Klägerin unterliege. Das hier allein genutzte Werk als „geistiges Gebilde“ sei keine Sache und damit nicht Gegenstand des sachenrechtlichen Eigentums.²⁶ Die Klägerin konnte auch nicht damit durchdringen, dass ihr das Museum gegen Entgelt das alleinige Recht eingeräumt habe, die Apfel-Madonna nachzubilden und diese Reproduktionen in Verkehr zu bringen. Da dem Museum an den gemeinfreien Werken weder sachen- noch urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte zustünden, habe es solche auch

weis auf BGH GRUR 2006, 879 – Flüssigkeitsgastank; BGH GRUR 2005, 539 – Fremdeinspeisung.

²⁴ BGH GRUR 2015, 578 Rn. 9 – Preußische Kunstwerke; BGH GRUR 2019, 284 – Museumsfotos; bejaht haben die Übertragbarkeit auf bewegliche Sachen hingegen OLG Stuttgart GRUR 2017, 905, 909 ff.; OLG Köln GRUR 2003, 1066, 1067 – Wayangfiguren. Kritisch Staudinger/*Althammer*, BGB, 2020, §903 Rn. 11; *Lehment*, GRUR 2011, 327, 328.

²⁵ BGH GRUR 1966, 503.

²⁶ BGH GRUR 1966, 503, 505 – Apfel-Madonna.

nicht der Klägerin einräumen können. Die getroffene schuldrechtliche Vereinbarung begründe kein gegen Dritte wirkendes Ausschließlichkeitsrecht.²⁷

Die Entscheidung lässt sich so interpretieren, dass auch eine direkt am Original angefertigte Abbildung keinen Eingriff in die Eigentümerbefugnisse darstellt, wenn hiermit keine „körperliche Fühlungnahme“ mit dem Werkstück verbunden ist. Allerdings ließ der BGH unter Verweis auf die divergierenden Ansichten im Schrifttum ausdrücklich dahinstehen, ob das Fotografieren des Originals gegen den Willen der Eigentümerin als Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse nach § 903 BGB anzusehen gewesen wäre.²⁸

4. Kritik an der Rechtsprechung

Neben einigen zustimmenden Stellungnahmen²⁹ sind die Entscheidungen zu den Abbildungen der Preußischen Gärten und Parkanlagen vor allem im immaterialgüterrechtlichen Schrifttum auf Kritik³⁰ gestoßen.

a) Widerspruch zu urheberrechtlichen Wertungen

Dies liegt vor allem darin begründet, dass die vom BGH gewählte Konzeption des Sacheigentums im Widerspruch zu den urheberrechtlichen Wertungen steht. Anders als vom BGH in der Preußische Gärten I-Entscheidung angenommen,³¹ ist die eigentumsrechtliche Neutralität des Fotografierens nicht nur aus einer Parallelwertung zu § 59 UrhG abzuleiten und damit nicht auf die von dieser Regelung erfassten Fälle beschränkt, in denen von einer allgemein zugänglichen Stelle aus fotografiert wird. Vielmehr ergibt sich aus systematischen Gründen, dass die Regelungen darüber, ob Abbildungen von Sachen hergestellt und wie diese Abbildungen genutzt werden dürfen, (zumindest derzeit) allein im Urheberrecht angesiedelt sind.³² Diese Befugnis ist grundsätzlich nach § 16 UrhG dem Urheber vorbehalten, wird allerdings durch das Erfordernis des Vorliegens eines schutzfähigen Werkes gemäß § 2

²⁷ BGH GRUR 1966, 503, 505 – Apfel-Madonna.

²⁸ BGH GRUR 1966, 503, 505 – Apfel-Madonna.

²⁹ *Flöter/Königs*, ZUM 2012, 383, 384 und 387; *Schabenberger/Nemeczek*, GRUR-Prax 2011, 139, 140 ff.; *Götz Schulze*, JZ 2015, 381, 389 f.; *Wanckel*, NJW 2011, 1779; *MüKoBGB/Raff*, § 1004 Rn. 121 ff.

³⁰ *Dreier*, in: FS Pfennig, 2012, 15, 20 ff.; *Elmenhorst*, GRUR 2013, 626; *Götting*, FS Wandtke, 2013, 259, 263 ff.; *Lehment*, GRUR 2011, 327; *Schack*, JZ 2011, 375; *Stang*, GRUR 2015, 579, 580; *Stieper*, ZUM 2011, 331; *ders.*, GRUR 2012, 1083, 1084.

³¹ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 12 – Preußische Gärten und Parkanlagen I.

³² BGH GRUR 1990, 390, 391 – Friesenhaus; *Götting*, FS Wandtke, 2013, 259, 264; *Stang*, GRUR 2015, 579, 580; *Stieper*, GRUR 2012, 1083, 1084 f.; *ders.*, ZUM 2011, 331, 333. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das für die Aufnahme bzw. sonstige Datenerhebung verwendete Verfahren die Substanz der Sache beschädigt, wie es z.B. bei Kunstlicht und Handschriften der Fall sein kann.

Abs. 2 UrhG bedingt sowie durch die Schranken der §§ 44a ff. UrhG eingeschränkt. Mit dem Erlöschen des urheberrechtlichen Schutzes 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (§ 64 UrhG) ist die Befugnis zur Herstellung von Abbildungen keinem Rechtsinhaber mehr zugewiesen. Somit steht es dann der Allgemeinheit frei, Werkverkörperungen zu fotografieren oder anderweitig abzubilden. Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen ein zeitlich unbegrenztes Urheberrecht entschieden, da es „im Wesen der geistigen Schöpfungen auf dem Gebiete der Literatur und Kunst [liege], dass sie als Mitteilungsgut nach Ablauf einer gewissen Zeit gemeinfrei werden“.³³ Diese mit der Gemeinfreiheit der vormals urheberrechtlich geschützten Werke verbundenen Wertungen werden durch die Rechtsprechung des BGH unterlaufen, wenn dem Sacheigentümer unter bestimmten Umständen ein unbefristetes Recht zur Abbildung der Sache zustehen soll.³⁴ Unterlaufen würde auch das ausdifferenzierte Schrankenregime, das berechtigten Nutzungsinteressen Rechnung tragen soll, wenn z.B. § 51 UrhG die Nutzung von Abbildungen einer Sache, deren äußere Gestalt urheberrechtlich geschützt ist, zu Zitzwecken ohne Zustimmung des Urhebers gestattet, der Sacheigentümer hingegen die Nutzung der Abbildung verbieten könnte. Um diese Auswirkungen zu vermeiden, wird im Hinblick auf Ansprüche aus §§ 903, 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB auf Tatbestandsseite eine analoge Anwendung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen³⁵ bzw. auf Rechtsfolgenseite eine Abwägung mit entgegenstehenden Informationsinteressen³⁶ erwogen. In der Sache belegt diese Notwendigkeit des Interessenausgleichs aber vor allem erst einmal die Systemwidrigkeit der vom BGH vorgenommenen Ausweitung der Befugnisse des Sacheigentümers, die anders als im Urheberrecht nicht durch entsprechende gesetzliche Nutzungserlaubnisse ausbalanciert wird.

Auch wenn der BGH dies stets verneint hat,³⁷ hat er mit seiner Rechtsprechung ein immaterialgüterrechtsähnliches „Recht am Bild der eigenen Sache“ zugunsten des Grundstückseigentümers geschaffen,³⁸ das sich allerdings wohl nur auf kommerzielle Nutzungshandlungen bezieht³⁹ und das in

³³ BT-Drucks. IV/270 S. 79.

³⁴ *Stieper*, GRUR 2012, 1083, 1085; *ders.*, ZUM 2013, 574, 576; *Götting*, FS Wandtke, 2013, 259, 267; s. auch *Staudinger/Althammer*, BGB, 2020, § 903 Rn. 11.

³⁵ In diese Richtung *Stang*, GRUR 2015, 789 (581).

³⁶ Um diese Auswirkungen einer systemwidrigen Ausweitung des Sacheigentums zu vermeiden, fordert *Raue* auf Rechtsfolgenseite eine Interessenabwägung, s. *Raue*, in diesem Band, 109, 125.

³⁷ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 15 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; BGH GRUR 2013, 623 Rn. 15 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

³⁸ *Dreier*, in: FS Pfennig, 2012, 15, 21; *Stieper*, GRUR 2012, 1083, 1085; *Brehml/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 12: „neues Immaterialgüterrecht“; *Stang*, GRUR 2015, 579, 580: „Quasi-Immaterialgüterrecht“.

³⁹ BGH GRUR 1975, 500, 502 – Schloss Tegel; BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preu-

Abgrenzung zu der Friesenhaus-Entscheidung⁴⁰ auf Konstellationen beschränkt ist, in denen das Foto vom Grundstück aus angefertigt wurde. Dies hat zur Folge, dass der Umfang des sacheigentumsrechtlichen Schutzes eines Grundstücks vor Abbildungen davon abhängig ist, ob der Eigentümer die Einsehbarkeit seines Grundstücks durch Maßnahmen wie den Bau eines blickdichten Zauns verhindern kann. Zu Recht wird im Schrifttum als inkonsistent kritisiert, dass das Anfertigen von Abbildungen nur dann dem Grundstückseigentümer zugewiesen sein soll, wenn das Grundstück uneinsehbar ist,⁴¹ und dass der Eigentümer es damit selbst in der Hand hat, durch faktische Maßnahmen seine rechtlichen Befugnisse zu erweitern.⁴² In späteren Entscheidungen setzt sich der BGH allerdings selbst in Widerspruch zu dieser Zuordnung der Verwertung von Abbildungen zu den absoluten Befugnissen des Sacheigentümers, indem er für eine Haftung von Dritten, die die Abbildung nicht selbst angefertigt hatten, voraussetzte, dass sie als Störer einzuordnen waren und dementsprechend Prüfpflichten verletzt hatten.⁴³

b) Zirkelschlüssige eigentumsrechtliche Begründung

Des Weiteren erweist sich die Argumentation des BGH als zirkelschlüssig. Dies gilt für die zunächst gewählte Begründung über § 99 Abs. 3 BGB. Die hierin geregelten „Rechtsverhältnisfrüchte“ stellen eine Gegenleistung für die Überlassung der Nutzung der Sache an andere dar. Sie stehen dem Eigentümer jedoch nur dann zu, wenn die einem Dritten überlassene Nutzung dem Eigentümer ausschließlich zugewiesen ist, was hier aber gerade fraglich ist.⁴⁴

Dieselbe Kritik gilt auch für die vom BGH in der Entscheidung „Preußische Gärten und Parkanlagen II“ gewählte Begründung, dass aus dem Zuweisungsgehalt des (Grundstücks-)Eigentums auch Ausschließlichkeitsrechte hinsichtlich der wirtschaftlichen Vorteile folgten, die das Betreten oder Benutzen des Grundstücks eröffnet.⁴⁵ Denn auch hier stellt sich die Frage, ob der Zuweisungsgehalt des Sacheigentums ebendiese Befugnis umfasst. Der Verweis des BGH auf den Zuweisungsgehalt des Rechts am eigenen Bild und

Preußische Gärten und Parkanlagen II; MüKoBGB/Raff, § 1004 Rn. 122. Dementsprechend sah das KG NJOZ 2013, 931, 932 Aufnahmen, die nicht gewerblich verwertet wurden, nicht als Beeinträchtigung von § 903 BGB an.

⁴⁰ BGH GRUR 1990, 390 – Friesenhaus.

⁴¹ Zech, AcP 219 (2019), 488, 583.

⁴² Dreier, in: FS Pfennig, 2012, 15, 27.

⁴³ BGH GRUR 2015, 578 Rn. 12 – Preußische Kunstwerke; BGH ZUM 2011, 325 Rn. 15; dazu Stieper, ZUM 2011, 331, 333; Dreier, in: FS Pfennig, 2012, 15, 24.

⁴⁴ So zu Recht Stieper, ZUM 2011, 331, 332.

⁴⁵ BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; BGH GRUR 2015, 578 Rn. 8 – Preußische Kunstwerke.

des Urheberrechts⁴⁶ trägt nicht, da es bei diesen – anders als beim Sacheigentum – außer Zweifel steht, dass diese gerade auch die Befugnis zur Verwertung von Abbildungen umfassen. Gerade angesichts des unergiebigem Wortlauts des § 903 Satz 1 BGB hätte der BGH sich intensiver als geschehen mit der Funktion des Sacheigentums auseinandersetzen müssen.⁴⁷

III. Schlussfolgerungen für den Zuweisungsgehalt des Sacheigentums

Nach § 903 S. 1 BGB kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Es besteht Konsens darüber, dass das Sacheigentum das „umfassendste Herrschaftsrecht“ ist, das die Rechtsordnung an einer Sache zulässt und das sowohl die „rechtliche Verfügungsmacht“ als auch die „tatsächliche Herrschaft“ einschließt⁴⁸ und damit die „umfassende Berechtigung an einer Sache“⁴⁹ i.S. von § 90 BGB darstellt. Anders als z.B. §§ 15 ff. UrhG enthält der Wortlaut der Regelung keine Zuweisung einzelner Befugnisse.⁵⁰ Welche konkreten Befugnisse dem Eigentümer zustehen sollen, lässt sich dem – abgesehen von dem Umstand, dass bereits in der Beziehung auf eine Sache i.S. von § 90 BGB als körperlichen Schutzgegenstand eine inhärente Begrenzung liegt⁵¹ – insoweit unergiebigem Wortlaut des § 903 Satz 1 BGB nicht entnehmen. Aus der referierten Rechtsprechung sowie der daran geäußerten Kritik im Schrifttum lassen sich jedoch mehrere Thesen für die Auslegung des § 903 Satz 1 BGB formulieren.

1. *Stimmige Systematik von Sacheigentum und Urheberrecht*

Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, eine stimmige Systematik der bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbefugnisse und des Urheberrechts zu entwickeln. Dieser Aufgabe wird die bisherige Rechtsprechung nicht gerecht.

Die bisherigen Rechtsprechungslinien beruhen auf sehr unterschiedlichen Konzeptionen für das Verhältnis zwischen Sacheigentum und Urheberrecht.

⁴⁶ BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

⁴⁷ BGH GRUR 2013, 623 Rn. 13 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

⁴⁸ BGH GRUR 1990, 390 – Friesenhaus; *Prütting*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, § 27 Rn. 305.

⁴⁹ *Brehm/Berger*, § 5 Rn. 1.

⁵⁰ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 519; s. auch *Kianfar*, Sachfotografie und Hausrecht, 2015, 76.

⁵¹ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 547 ff.

Die Entscheidungen Apfel-Madonna⁵² und Friesenhaus⁵³ verfolgen angesichts der Unterschiede zwischen dem nach § 64 UrhG zeitlich befristeten Urheberrecht und der danach zugunsten der Allgemeinheit eintretenden Gemeinfreiheit einerseits und dem zeitlich unbefristeten Sacheigentumsrecht andererseits einen übergreifenden Ansatz. Um eine systematisch stimmige Abgrenzung der beiden Eigentumsordnungen zu erreichen, werden dem Sacheigentümer danach nur solche Befugnisse zugewiesen, die mit einer physischen Einwirkung auf die Sache, einer „körperlichen Fühlungnahme“ einhergehen. Hingegen sehen die jüngeren Entscheidungen des V. Zivilsenats das Urheberrecht und das Sacheigentum als voneinander unabhängig und selbstständig nebeneinander stehend an.⁵⁴

Es ist zu konzedieren, dass die Abgrenzung zwischen der Sache und dem Immaterialgut nicht so klar ist, wie in der Apfel-Madonna Entscheidung suggeriert wird.⁵⁵ Wenn ein Bauwerk fotografiert wird, dann wird hierbei eben nicht nur das Immaterialgut genutzt, sondern zugleich auch die Werkverkörperung, die Sache, abgebildet. Anders läge es zum Beispiel, wenn eine Komposition als Immaterialgut zunächst auf einem Tonträger aufgezeichnet wird und dann unabhängig von diesem Tonträger nochmals aufgeführt und auf einem anderen Tonträger aufgezeichnet wird. In diesem Fall läge nur eine Vervielfältigung des Immaterialguts vor, ohne Zuhilfenahme der ersten Werkverkörperung. Aus dem Umstand, dass eine Abbildung eines Bauwerks sowohl das Immaterialgut als auch die Sache betrifft, folgt aber nicht zwangsläufig, dass diese Befugnis auch – und im Falle von gemeinfreien Werken nur – dem Sacheigentümer zuzuordnen ist. Vielmehr wirft dies die Frage auf, ob auch solche Nutzungen, die weder einen Eingriff in die Substanz der Sache darstellen noch die Möglichkeit des Eigentümers zur Nutzung der Sache beeinträchtigen, den Befugnissen des Sacheigentümers zuzuordnen sind.

Im Rahmen der systematischen Auslegung ist des Weiteren der am 7.6.2021 in Kraft getretene § 68 UrhG zu berücksichtigen, der der Umsetzung von Art. 14 DSM-Richtlinie⁵⁶ dient. Danach werden Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke nicht durch verwandte Schutzrechte, wie das Leistungsschutzrecht des Fotografen nach § 72 UrhG, geschützt. Erw. 53 der DSM-Richtlinie führt zur Begründung an, dass im „Bereich der bildenden Kunst [...] die Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen gemein-

⁵² BGH GRUR 1966, 503, 505 – Apfel-Madonna.

⁵³ BGH GRUR 1990, 390, 391 – Friesenhaus.

⁵⁴ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 16 – Preußische Gärten und Parkanlagen I.

⁵⁵ BGH GRUR 1966, 503, 505 – Apfel-Madonna.

⁵⁶ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, L 130/92, 17.5.2019.

freier Werke zum Zugang zur Kultur und ihrer Förderung und zum Zugang zum kulturellen Erbe“ beitrage. Durch Art. 14 DSM-Richtlinie soll daher die Anfertigung und Nutzung von (originalgetreuen) Vervielfältigungen gemeinfreier Werke ermöglicht werden. Der europäische Gesetzgeber hat damit das Interesse an der ungehinderten Nutzung von Abbildungen im Falle der Gemeinfreiheit des fotografierten Objekts höher gewichtet als die Interessen der Fotografen, obgleich der mit dem Fotografieren verbundene Aufwand von dem urheberrechtlichen Status des Objekts unabhängig ist. Wenn an originalgetreuen Abbildungen gemeinfreier Gegenstände keine Leistungsschutzrechte des Fotografen entstehen, um ihre Nutzbarkeit durch die Allgemeinheit zu erleichtern, wäre es widersprüchlich, wenn dem Eigentümer eines Grundstücks bürgerlich-rechtliche Ausschließlichkeitsrechte zugesprochen würden in dem Fall, dass der Fotograf ein gemeinfreies Bauwerk von dem Grundstück aus fotografiert.⁵⁷

2. Umfang der Eigentümerbefugnisse

a) Befugnisse des Sacheigentümers sind legitimationsbedürftig

Die einzelnen Befugnisse, die dem Sacheigentümer durch § 903 Satz 1 BGB zugewiesen werden, sind im Lichte der Funktionen des Sacheigentums rechtfertigungsbedürftig.

Wie von *Zech* ausführlich dargelegt, wird der Umfang der Eigentümerbefugnisse nicht durch die vorrechtliche Beziehung des Eigentümers zur Sache vorgegeben.⁵⁸ Vielmehr ist der Umfang des Sacheigentums, auch wenn es das „umfassendste Herrschaftsrecht“ ist, das die Rechtsordnung an einer Sache zulässt,⁵⁹ im Lichte der Funktionen des Sacheigentums rechtfertigungsbedürftig. Zu den Funktionen des Sacheigentums gehört neben der Sicherung der individuellen Freiheit auch die ökonomische Funktion, eine effiziente Güterbewirtschaftung zu gewährleisten.⁶⁰

Aus der Legitimationsbedürftigkeit des Sacheigentums folgt, dass es kein natürliches Vorrecht des Eigentümers darauf gibt, dass ihm jede nur erdenkliche, auch nur mittelbare Nutzung der Sache oder wirtschaftliche Erträge, die mittelbar aus der Nutzung der Sache gezogen werden, z.B. durch die Verwertung von Abbildungen, zugeordnet wird. Gerade angesichts des unergiebigen Wortlauts des § 903 Satz 1 BGB hätte der BGH sich mit den Funktionen des Sacheigentums auseinandersetzen müssen und nicht lediglich pauschal darauf verweisen dürfen, dass aufgrund des Erhaltungsaufwands aus dem Zuweisungsgehalt des (Grundstücks-)Eigentums auch Ausschließlich-

⁵⁷ Ebenso *Stang*, ZUM 2019, 668 (673); a.A. *Gernot Schulze*, GRUR 2019, 779, 783.

⁵⁸ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 506.

⁵⁹ BGH GRUR 1990, 390 – Friesenhaus.

⁶⁰ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 507 ff.

keitsrechte hinsichtlich der wirtschaftlichen Vorteile folgten, die das Betreten oder Benutzen des Grundstücks eröffnet.⁶¹ Insbesondere folgt aus der unstreitig dem Sacheigentümer durch § 903 BGB zugeordneten Befugnis, den Zugang zu seinem Grundstück zu regeln und diesen von Bedingungen abhängig zu machen, anders als der BGH⁶² annimmt, nicht automatisch zugleich, dass das Sacheigentum auch die Befugnis umfasst, den Benutzungsbedingungen zuwiderlaufende Handlungen auf seinem Grundstück, z.B. das Fotografieren, mit dinglicher Wirkung zu verbieten. Aus der einen Befugnis des Sacheigentümers lassen sich nicht zwingend andere Befugnisse ableiten. Vielmehr bedürfen die einzelnen Befugnisse des Sacheigentümers jeweils einer eigenen Rechtfertigung im Lichte der mit dem Sacheigentum verfolgten Funktionen.

Die gegenteilige Ansicht des BGH, wonach jede auf einem Grundstück entgegen dem Willen des Eigentümers begangene Handlung als Eigentumsverletzung zu werten wäre, würde zu einem „uferlosen“ Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung führen, der die allgemeine Handlungsfreiheit aller anderen überlagert.⁶³ Um es ins Abstruse zu übersteigern: Mit dieser Begründung könnte der Eigentümer auch mit dinglicher Wirkung festlegen, welche Musik Jogger beim Laufen im Park Sanssouci hören dürfen, oder verbieten, dass Besucher im Nachhinein über ihre Beobachtungen auf dem Grundstück berichten. Auch der BGH selbst geht in anderem Kontext, nämlich hinsichtlich der unberechtigten Untervermietung, nicht davon aus, dass jede Abweichung von den Benutzungsbedingungen einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Grundstückseigentums darstellt.⁶⁴

Um Missverständnisse zu vermeiden, sei hier nochmals darauf hingewiesen, dass es selbstverständlich zu den Eigentümerbefugnissen gehört, Handlungen zu untersagen, die in die Sachsubstanz eingreifen oder den Eigentümer in der Nutzung seiner Sache beeinträchtigen. Zudem bleibt dem Eigentümer immer noch die Möglichkeit, bestimmte Handlungen vertraglich – d.h. mit relativer Wirkung – auszuschließen und durch Vertragsstrafen abzusichern, wenn diese nicht unter die Eigentümerbefugnisse fallen und daher nicht auf Grundlage von §§ 903, 1004 BGB untersagt werden können.⁶⁵ Un-

⁶¹ BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; ebenso BGH GRUR 1975, 500 – Schloss Tegel; BGH GRUR 2015, 578 Rn. 8 – Preußische Kunstwerke.

⁶² BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; zustimmend *Raue*, in diesem Band, 109, 119 ff.; *ders.*, NJW 2019, 2425, 2427.

⁶³ *Lehment*, GRUR 2011, 327, 328.

⁶⁴ BGHZ 131, 297 (304 ff.) = NJW 1996, 838; hierauf weist *Stieper*, ZUM 2013, 574, 575 hin.

⁶⁵ S. z.B. zu vertraglichen Fotografierverboten in Museen BGH GRUR 2019, 284 Rn. 48 ff. – Museumsfotos.

zulässig verkürzend ist aber die Schlussfolgerung, dass aus dem Grund, dass der Sacheigentümer den Zutritt zu seinem Grundstück von bestimmten Bedingungen abhängig machen kann, „jede Abweichung hiervon ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Eigentums und damit eine Eigentumsbeeinträchtigung“⁶⁶ sei.

Zum Beleg der gegenteiligen Auffassung wird z.T. auf Entscheidungen des BGH⁶⁷ verwiesen,⁶⁸ die das Befüllen von Behältern entgegen dem Willen des Eigentümers als Eigentumsbeeinträchtigung ansahen. Diese Entscheidungen sind aber auch nach der hier vertretenen Ansicht richtig – allerdings nicht allein aus dem Grund, dass die Befüllung entgegen dem Willen des Eigentümers erfolgte, sondern weil hierin eine Beeinträchtigung des Sacheigentums lag, da der Eigentümer in seiner Nutzungsmöglichkeit eingeschränkt und daran gehindert wurde, mit den Tanks nach Belieben zu verfahren.

b) Klarheit des Umfangs der Sacheigentümerbefugnisse

Die Befugnisse des Sacheigentümers müssen im Interesse des Rechtsverkehrs hinreichend klar sein.

Denn nur dann ist für potenzielle Nutzer der Sache erkennbar, welcher Umfang dem Sacheigentum zukommt. Dieser Gedanke liegt auch dem Numerus clausus der Sachenrechte zu Grunde, der im Interesse des Rechtsverkehrs Formenklarheit gewährleisten soll.⁶⁹ Auch im Urheberrecht gilt, dass Nutzungsrechte gemäß § 31 UrhG aus Gründen des Verkehrsschutzes nur dann mit dinglicher Wirkung eingeräumt werden können, wenn sie nach der Verkehrsauffassung als wirtschaftlich-technisch einheitliche und abgrenzbare konkrete Nutzungsarten einzuordnen sind.⁷⁰ Dieses Prinzip setzt nicht nur der „Aufspaltungsbefugnis“ des Urhebers bzw. des Sacheigentümers⁷¹ Grenzen, sondern gilt erst recht für die primäre Ausgestaltung der Befugnisse des Sacheigentümers.

Dieser Gesichtspunkt der Publizität wird insbesondere dafür relevant, ob auch dem Betreten des Grundstücks nachgelagerte – unter Umständen erst Jahrzehnte später erfolgende – Verwertungsvorgänge in die Befugnisse des Sacheigentümers einbezogen werden.⁷² Des Weiteren stellt sich auch hinsicht-

⁶⁶ So BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II. S. weiterführend *Stieper*, ZUM 2013, 574, 575.

⁶⁷ BGH GRUR 2006, 879 Rn. 15 – Flüssigkeitsgastank.

⁶⁸ *Raue*, NJW 2019, 2425, 2427.

⁶⁹ S. statt aller *Wellenhofer*, Sachenrecht, 34. Aufl. 2019, § 3 Rn. 27. S. zur Publizität des Kriteriums der körperlichen Einwirkung *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 565.

⁷⁰ BGH GRUR 2017, 266 Rn. 46 – World of Warcraft II; *Schricker/Loewenheim/Ohly*, UrhR, 6. Aufl. 2020, § 31 Rn. 28, jeweils m.w.N.

⁷¹ Hierzu *Raue*, in diesem Band, 109, 120; *ders.*, NJW 2019, 2425, 2429 zu dinglich wirkenden Datenerhebungsverboten.

⁷² Der BGH hat diese Problematik allerdings dadurch entschärft, dass er die Haftung

lich der Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf bewegliche Sachen die Frage, ob ein solches Verständnis der Eigentümerbefugnisse ein hinreichendes Maß an Klarheit aufweisen würde, obgleich das Betreten des Grundstücks als Anknüpfungspunkt entfällt.

c) Ausschließungsbefugnisse des Sacheigentümers

aa) Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit bzw. Rivalität

Die Rechtsprechung hat zur Bestimmung der Befugnisse des Sacheigentümers zum einen darauf abgestellt, ob es zu einer „körperlichen Fühlungnahme“⁷³ oder ob es zu einer Substanzverletzung oder einer sonstigen, die tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers treffende Einwirkung auf die Sache gekommen ist, so dass der Eigentümer in der tatsächlichen Nutzung seiner Sache beeinträchtigt wird.⁷⁴ Dies entspricht zum einen der freiheitssichernden Funktion des Sacheigentums. Im Schrifttum wurde überzeugend dargelegt, dass zum anderen das entscheidende ökonomische Kriterium hinter diesen Begründungen die Rivalität der Güternutzung ist. Die ausschließlichen Befugnisse des Sacheigentümers umfassen rivale Nutzungen, also alle Befugnisse, deren Ausübung eine objektive Beeinträchtigung der Ausübung gleichartiger Befugnisse bewirkt.⁷⁵

Es dürfte Konsens darüber bestehen, dass zumindest in solchen Fällen, in denen eine Einwirkung auf die Sache andere in der Nutzung der Sache beeinträchtigt, eine Beeinträchtigung des Sacheigentums vorliegt. Dies ist der Fall beim unbefugten Betreten eines Grundstücks, aber ebenso, um wieder auf die eingangs angeführten Beispiele zurückzukommen, bei dem Verändern oder Löschen elektromagnetisch gespeicherter Daten, da hierbei die Magnetisierungsmuster des Datenträgers als Schutzobjekt des Sacheigentums verändert werden.⁷⁶ Gleiches gilt auch für das Kopieren von in einer Sache gespeicherten Daten (d.h. das Erheben von Daten *aus* einer Sache), wenn die Möglichkeit des Kopierens nicht unbestimmt vielen Personen zur gleichen Zeit offensteht, weil z.B. der gleichzeitige Zugriff auf die relevante Stelle des Datenträgers oder die Möglichkeit zur Verbindung mit einem externen Da-

von Dritten nur im Falle ihrer Einordnung als Störer angenommen hat, BGH GRUR 2015, 578 Rn. 12 – Preußische Kunstwerke; BGH ZUM 2011, 325 Rn. 15.

⁷³ BGH GRUR 1966, 503, 505 – Apfel-Madonna.

⁷⁴ BGH GRUR 1990, 390 f. – Friesenhaus.

⁷⁵ Zech, AcP 219 (2019), 488, 577 ff.; Kianfar, Sachfotografie und Hausrecht, 2015, S. 51 ff.

⁷⁶ OLG Oldenburg ZD 2012, 177; OLG Karlsruhe NJW 1996, 200, 201; Jauernig/Berger, BGB, 18. Aufl. 2021, § 1004 Rn. 4; Gärtner, in: Sandeen/Rademacher/Ohly, Research Handbook on Information Law and Governance, 2021, 121, 123 und 130; Zech, AcP 219 (2019), 488, 540 f., 584 ff.

tenträger, auf den die Daten kopiert werden sollen, begrenzt sind.⁷⁷ Dasselbe gilt wohl auch für das einfache Auslesen von Daten,⁷⁸ das in der Regel mit temporären Vervielfältigungsvorgängen einhergehen dürfte.

Legt man mit der Rechtsprechung als Maßstab an, ob eine Handlung entweder eine Substanzverletzung oder eine sonstige die tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers treffende Einwirkung auf die Sache ist, die den Eigentümer in der tatsächlichen Nutzung seiner Sache beeinträchtigt, oder stellt man aus der Perspektive der Rivalität der Güternutzung darauf ab, ob eine Handlung eine objektive Beeinträchtigung der Ausübung gleichartiger Befugnisse bewirkt, so umfassen die Eigentümerbefugnisse hingegen weder das Erheben von Daten über eine Sache, wie z.B. das Fotografieren einer Sache,⁷⁹ noch die Verbreitung der Daten, z.B. von Abbildungen, das Beschreiben einer bzw. das Reden über eine Sache. All diese Handlungen sind nicht-rival bzw. schränken die Handlungsmöglichkeiten des Sacheigentümers nicht ein.⁸⁰

Im Schrifttum wird argumentiert, dass auch die mit der Veröffentlichung von Informationen durch Google Street View und vergleichbare Massenerfassungen verbundenen „mittelbare[n] Gefährdungen des Eigentums durch faktisch stark erleichterte Bereitstellung von Informationen nicht zuletzt für Kriminelle“ berücksichtigt werden müssten, durch die das Sacheigentum quantitativ und qualitativ in neuartiger Weise bedroht werde.⁸¹ Dies liefe auf einen eigentumsrechtlichen „Vorfeldschutz“ hinaus. Das grundsätzlich berechnete Interesse des Sacheigentümers zur Abwehr eines hypothetischen späteren unbefugten Eindringens Dritter kann jedoch mangels einer hinreichend konkreten und nahe bevorstehenden Beeinträchtigung keine eigenständige Beeinträchtigung im Rahmen des § 903 Satz 1 BGB darstellen.⁸²

⁷⁷ Ebenso *Raue*, in diesem Band, 109, 117; a.A. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 585; *Determann*, MMR 2018, 277.

⁷⁸ Offengelassen von *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 570.

⁷⁹ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 582 ff.; *Kianfar*, Sachfotografie und Hausrecht, 2015, S. 66.

⁸⁰ Zu der Frage, ob die Zuweisung der wirtschaftlichen Gebrauchsvorteile als eigenständige Begründung für entsprechende Eigentümerbefugnisse herangezogen werden kann, s. sogleich unter bb).

⁸¹ MüKoBGB/*Raff*, 8. Aufl. 2020, BGB § 1004 Rn. 129.

⁸² Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob das Sacheigentum einen Vorfeldschutz zum Zweck des Schutzes der Privatsphäre zur Gewährleistung eines datenerhebungsfreien Rückzugsraums gewährleisten soll. So mit beachtlichen Argumenten *Raue*, in diesem Band, 109, 114 f.; a.A. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 590 mit dem letztlich überzeugenden Argument, dass es angesichts der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts keiner „persönlichkeitsrechtlichen Aufladung des Sacheigentums“ bedürfe; hinzu kommt zudem der datenschutzrechtliche Vorfeldschutz, dazu von *Lewinski*, Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 78 ff.

bb) Zuweisung auch der wirtschaftlichen Vorteile aus der Sache?

Mit den genannten Befugnissen des Sacheigentümers ist fraglos auch die Befugnis verbunden, die wirtschaftlichen Vorteile zu ziehen, die sich unmittelbar aus der Kontrolle über den Zutritt zu der Sache ergeben, z.B. durch die Erhebung von Eintrittsgeldern für den Zutritt zu einem Grundstück. Zentrale Bedeutung kommt allerdings der Frage zu, ob dem Eigentümer zudem auch die Befugnis zur Erzielung der mittelbaren wirtschaftlichen Vorteile, die sich z.B. durch die Verwertung von Abbildungen oder von weiteren über eine Sache erhobenen Daten ergeben, sowie den Vorgang der Datenerhebung als für die wirtschaftliche Verwertung erforderliche Vorhandlung zugewiesen ist, wie der BGH im Hinblick auf Abbildungen dann angenommen hat, wenn diese von dem Grundstück aus entgegen der vom Eigentümer vorgegebenen Benutzungsbedingungen angefertigt wurden.⁸³

Zwar lässt sich dem hinsichtlich der Datenverwertung m.E. nicht das Argument der fehlenden Rivalität dieser Handlungen entgegenhalten.⁸⁴ Das Herstellen der Abbildungen ist zweifellos eine nicht-rivale Handlung, da hierdurch Dritte objektiv nicht darin beeinträchtigt werden, ebenfalls Abbildungen der Sache herzustellen. Hinsichtlich des Vertriebs der Abbildungen ist dies allerdings weniger eindeutig, da die Verwertungsmöglichkeiten des Einzelnen durch ein größeres Angebot an Abbildungen durch verschiedene Anbieter geschmälert werden. Insofern ließe sich argumentieren, dass der Vorgang der Datenerhebung zwar nicht-rival, die Verwertung der Daten bzw. die Verwertung einer Analyse der Daten auf den nachgelagerten Verwertungsstufen durchaus wiederum als rival angesehen werden können.

Allerdings sprechen, wie oben dargestellt,⁸⁵ die überzeugenderen Argumente gegen die vom BGH gewählte weite Auslegung des § 903 BGB, da andernfalls keine systematisch stimmige Abgrenzung zwischen Sacheigentum und Immaterialgüterrecht möglich wird. Auch die grundsätzliche Zuordnung der Erhebung von Daten über eine Sache und ihrer Verwertung, z.B. die verbale Beschreibung der Beschaffenheit und der Maße einer Sache, zum Sacheigentümer kann nicht überzeugen. Es wäre kaum mit dem Gebot der Klarheit⁸⁶ der Befugnisse des Sacheigentümers vereinbar, die Erhebung von Daten über eine Sache und ihre nachgelagerte Verwertung als Befugnis aus § 903 Satz 1 BGB anzusehen.⁸⁷ Die allgemein gehaltene Regelung des § 903

⁸³ BGH GRUR 2013, 623 Rn. 14 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; BGH GRUR 2015, 578 Rn. 8 – Preußische Kunstwerke; dazu s.o. II. 2.

⁸⁴ So aber *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 582 f.

⁸⁵ S.o. III.1.

⁸⁶ S.o. III.2.b).

⁸⁷ Vgl. auch *Stieper*, GRUR 2012, 1083, 1085, der zu Recht kritisiert, dass der BGH auch die spätere Verwertung der Fotos unter die Eigentümerbefugnisse subsumiert, obwohl der Fotograf zu diesem Zeitpunkt das Grundstück längst wieder verlassen hat.

Satz 1 BGB bietet für solche weitgehenden Schlussfolgerungen eine zu schwache Basis. Auch wenn es grundsätzlich ökonomisch sachgerecht ist, dem Sacheigentümer wirtschaftliche Gebrauchsvorteile der Sache zuzuordnen, um eine Amortisation der Aufwendungen für den Erhalt der Sache zu ermöglichen und Investitionsanreize zu setzen,⁸⁸ geht mit der Einbeziehung jedes wirtschaftlichen Vorteils, der auch nur mittelbar durch Abbildungen und andere „Sachderivate“ zu erzielen ist, in § 903 BGB die Gefahr einher, dass der Eigentumsbegriff „ausufert“ und die Grenze zur Handlungsfreiheit verschwimmt.⁸⁹ Überzeugender ist es daher, dem Sacheigentümer die wirtschaftlichen Vorteile, die sich z.B. durch die dem Zugang zu der Sache nachgelagerte Verwertung von Abbildungen oder weiteren über eine Sache erhobenen Daten ergeben, nicht allgemein zuzuordnen, wenn diese Verwertungshandlungen keinen konkreten Sachbezug aufweisen. Es gibt daher weder ein Recht am Bild noch ein Recht am Datum der eigenen Sache.

Mit beachtlichen Argumenten wird nun von *Raue* vertreten, dass dem Grundstückseigentümer im Falle einer Verletzung seiner Eigentumsrechte zwecks eines effektiven Rechtsgüterschutzes zumindest als Rechtsfolge ein Anspruch auf Löschung der Daten zustehen müsse – obgleich nur die Handlung der Datenerhebung, z.B. das Fotografieren, in den Schutzbereich des Sacheigentums falle, hingegen nicht die dabei hergestellten Fotografien als solche.⁹⁰ Hiernach käme dem Sacheigentümer zumindest mittelbar die Befugnis zur Kontrolle der wirtschaftlichen Verwertung der Abbildungen zu. Die Frage, ob ein solcher Anspruch besteht, ist grundsätzlich eine Frage des Schutzzweckzusammenhangs.⁹¹ Allerdings ist es hier besonders wichtig, präzise die beeinträchtigten Befugnisse des Sacheigentümers herauszuarbeiten: Wenn die Datenerhebung als solche die Eigentümerbefugnisse verletzt, so ist ein Anspruch auf die Datenlöschung als Rechtsfolge überzeugend. Im Falle des Betretens eines Grundstücks kommt es maßgeblich darauf an, ob man mit *Raue* auch das Fotografieren *auf* einem Grundstück als Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse ansieht oder man, wie hier vertreten, lediglich das unbefugte Betreten des Grundstücks, nicht aber das Fotografieren bzw. die Datenerhebung als solche als Eigentumsverletzung einordnet. Auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht kommt ein Anspruch auf Löschung der Daten daher nicht in Betracht, wenn das Betreten des Grundstücks mit Erlaubnis des Sacheigentümers und lediglich die Datenerhebung unbefugt erfolgte. Denn in diesem Fall fehlt es bereits auf Tatbestandsseite an einer anspruchsbegründenden Eigentumsverletzung.⁹²

⁸⁸ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 512 ff.

⁸⁹ *Kianfar*, Sachfotografie und Hausrecht, 2015, 76; *Dreier*, in: FS Pfennig, 2012, 15, 26.

⁹⁰ *Raue*, in diesem Band, 109, 122; *ders.*, NJW 2019, 2425, 2428.

⁹¹ *Raue*, in diesem Band, 109, 123; s. auch *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 581.

⁹² So bereits *Stieper*, ZUM 2013, 574, 576.

IV. Fazit

Dadurch, dass der Sacheigentümer über den Zugang zu der Sache und ihrer Nutzung bestimmen kann, hat er zugleich auch die faktische Möglichkeit, den Zugang zu den der Sache innewohnenden Informationen, ihre Erhebung und weitere Verwertung zu begrenzen. Aus dem Eigentumsrecht an der Sache gemäß § 903 Satz 1 BGB ergibt sich damit zumindest die faktische Möglichkeit zur Kontrolle darüber, ob Dritte Daten über die Sache bzw. in der Sache gespeicherte Daten erheben und nutzen,⁹³ und damit mittelbar eine Kontrolle über Daten. Die damit u.U. verbundene Machtposition, insbesondere bei „sole-source-Daten“, hat den Ruf nach Datenzugangsrechten laut werden lassen.⁹⁴

Des Weiteren gehört es zu den Befugnissen des Sacheigentümers, Nutzungshandlungen abzuwehren, die zu einer Substanzverletzung führen können oder die den Eigentümer in der tatsächlichen Nutzung seiner Sache beeinträchtigen. Soweit die Erhebung von Daten über die Sache oder der Umgang mit in der Sache gespeicherten Daten diese Voraussetzungen erfüllen, stellen sie eine Eigentumsbeeinträchtigung dar. Dies gilt z.B. für das Löschen und das Kopieren von auf einem Datenträger gespeicherten Daten. Hingegen sind das Anfertigen von Abbildungen bzw. das Erheben von Daten über eine Sache für sich genommen keine Eigentumsbeeinträchtigungen, wenn andere hierdurch nicht in der Nutzung der Sache gestört werden. Dem Sacheigentümer ist nach hier vertretener Ansicht weder eine allgemeine Befugnis zur Anfertigung von Abbildungen und zur Erhebung anderer Daten über die Sache noch die Befugnis zur Verwertung der Abbildungen bzw. Daten zugewiesen. Es gibt kein bürgerlich-rechtlich begründetes Recht am Bild bzw. Datum der eigenen Sache.

Damit hat der Eigentümer nach § 903 Satz 1 BGB zum einen rechtliche Befugnisse, wenn die Nutzung von Daten zugleich eine Nutzung der Sache darstellt, und zum anderen – aufgrund der rechtlichen Befugnis der Kontrolle des Zugangs zu der Sache – die faktische Möglichkeit zur Kontrolle des Zugangs zu den der Sache inhärenten Daten. Hinsichtlich auf einem Datenträger gespeicherter Daten werden die Eigentümerbefugnisse an dem Datenträger vor allem dann relevant, wenn die Daten lokal gespeichert sind und der Sacheigentümer den Zugang zu diesem Datenträger kontrollieren kann. Dies zeigt zugleich die Grenzen der Sacheigentümerbefugnisse an dem Datenträger z.B. hinsichtlich „in der Cloud“ gespeicherter Daten.⁹⁵ Das Sacheigentum

⁹³ S. z.B. BGH NJW 2006, 377 – Hörfunkrechte zur Verweigerung des Zutritts zu einem Fußballstadion zum Zweck der Berichterstattung, gestützt auf das aus dem Grundstückeigentum oder -besitz abgeleitete Hausrecht.

⁹⁴ S. dazu *Hartll/Ludin*, MMR 2021, 534.

⁹⁵ *Hofmann*, in: *Pertot, Rechte an Daten*, 2020, S. 9, 20 f.; *Gärtner*, in: *Sandeen/Rademacher/Ohly, Research Handbook on Information Law and Governance*, 2021, 121, 130.

an dem Datenträger umfasst jedenfalls keine Befugnisse hinsichtlich der Daten.⁹⁶ In dieser Konstellation steht somit die Frage, ob es eigenständige Eigentumsrechte an Daten geben kann,⁹⁷ als Elefant im Raum.

⁹⁶ *Specht*, CR 2016, 288, 292. S. auch BGH NJW 2016, 317 Rn. 20 – Eigentumserwerb und Herausgabeanspruch an bespielten Tonbändern.

⁹⁷ S. dazu *Ohly*, in diesem Band, 135.

Das (Sach-)Eigentum als Teil der Informationsrechtsordnung

Zugangsrechte, sachbezogene Datenerhebungen und Fotografien¹

Benjamin Raue

I. Von Informationen und Sachen

Darf der Grundstückseigentümer des frei zugänglichen Schlossparks Sanssoucis Fotografien des Schlosses, der darin befindlichen Gemälde oder Selfies verbieten?² Oder die Berliner Verkehrsbetriebe, gestützt auf das Eigentum an ihren Betriebsflächen, gegen die Dokumentation „trainwriting in berlin“ mit Filmaufnahmen vorgehen, die auf Grundstücken der Berliner Verkehrsbetriebe gefilmt wurden und zeigen, wie U-Bahn-Waggons großflächig besprayt wurden?³ Wie ist es mit dem Eigentümer eines USB-Sticks, eines Servers oder eines Motorspeichers, auf die unerlaubt zugegriffen wird?

Die Fragen lassen sich verallgemeinern: Darf der Eigentümer die Erhebung von Daten und deren Verwendung verbieten, für die ein Dritter sein Grundstück betreten oder seine Sache berühren muss?

Auf den ersten Blick erscheint die Antwort klar: Es gibt kein Recht am Bild der eigenen Sache.⁴ Pars pro toto gibt es auch kein Recht am Datum der eigenen Sache. Wer Informationen über eine Sache nutzen oder anderen die Nutzung verbieten darf, regeln in erster Linie das Urheber-, das Patent- und das Geschäftsgeheimnisrecht.⁵ Trotzdem hat der V. Zivilsenat des BGH dem

¹ In diesem Beitrag vertiefe ich Gedanken, die ich bereits in meinem Beitrag „Die Rechte des Sacheigentümers bei der Erhebung von Daten“, *Raue*, NJW 2019, 2425 sowie in meiner Habilitation *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, 572 ff. erörtert habe.

² Dazu BGH NJW 2011, 749 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; BGH NJW 2013, 1809 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

³ KG GRUR 2013, 628 – trainwriting in berlin; zur Vorinstanz *Raue*, KUR 2012, 166.

⁴ BGHZ 44, 288, 293 f. = NJW 1966, 542, 543 f. – Apfel-Madonna; BGH NJW 2011, 749 Rn. 15 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; BGH NJW 2013, 1809 Rn. 15 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; OLG Köln GRUR 2003, 1066, 1067 – Wayangfiguren; MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 267; Staudinger/*Althammer*, 2020, BGB § 903 Rn. 11; Staudinger/*Thole*, 2019, BGB § 1004 Rn. 226.

⁵ Wenn Informationen einen Personenbezug haben, sind noch das Datenschutzrecht und das Persönlichkeitsrecht zu nennen.

Eigentümer eines Grundstücks in seinen Preußische Gärten und Parkanlagen-Entscheidungen eine gewisse Kontrolle über solche Fotografien eingeräumt, die gegen seinen Willen von seinem Grundstück aus angefertigt wurden.⁶ Dieser Beitrag will daher der Frage nachgehen, welche Rolle dem Sacheigentum in einer Informationsrechtsordnung zukommt.

1. Sacheigentum als das Recht der rivalen Nutzungskonflikte

Sachen sind körperliche Gegenstände (§ 90 BGB). Das Sacheigentum regelt in erster Linie rivale Nutzungskonflikte und weist dem Eigentümer alle Handlungen zu, die eine physische Fühlungnahme mit einer Sache erfordern.⁷ Informationen existieren unabhängig von ihrer Verkörperung und können unabhängig von einer Verkörperung verwendet werden. Sie sind immaterielle, ubiquitär nutzbare Gegenstände. Das Sacheigentum scheint daher auf den ersten Blick für Informationen kategorial die falsche Regelungsmaterie zu sein und nicht zur Informationsrechtsordnung zu gehören.

2. Sacheigentum als Zugangsrecht struktureller Informationen

Bei näherem Hinsehen gehört das Sacheigentum dennoch zum Informationsrecht. Denn für die Speicherung von Informationen und deren späteren Abruf muss auf eine Verkörperung zurückgegriffen werden, sei es ein Buch, ein Gemälde oder eine Fotografie. Auch digitale Dateien müssen auf Festplatten oder anderen körperlichen Speichermedien gespeichert werden. Auf dieser Ebene der strukturellen Informationen⁸ trifft das Informationsrecht auf das Sacheigentum. In beiden Fällen ist eine physische Fühlungnahme mit dem Speichermedium erforderlich, die in die Regelungsdomäne des Sachenrechts fällt.⁹ Auch für den Abruf codierter Informationen muss auf einen körperlichen Informationsspeicher zugegriffen werden, etwa auf eine Festplatte bzw. einen Server. Aber auch das Lesen eines Buchs fällt in den Regelungsbereich, soweit es aufgeschlagen und einzelne Seiten umgeblättert werden müssen. Das Eigentumsrecht reguliert also den Zugang zu diesen *Informationsspeichern*.¹⁰

⁶ BGH NJW 2011, 749 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; BGH NJW 2013, 1809 – Preußische Gärten und Parkanlagen II.

⁷ Zech, AcP 219 (2019), 488, 564 ff., 577 ff. und passim; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 254; Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 224. Dazu ausführlich unten II.2.

⁸ Zu den verschiedenen Informationsebenen Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, 14 ff.

⁹ Dazu auch Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, §§ 17–19.

¹⁰ Es handelt sich bei diesen Informationsspeichern um Informationsgüter zweiter Ordnung, Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, 58.

Die Zugangsdimension des Sacheigentums spielt zudem bei der *Informationserhebung* eine Rolle, wenn für die Erfassung und Codierung von Informationen der Zugang zu oder die physische Fühlungnahme mit einer Sache notwendig ist. Ohne besondere dingliche, vertragliche oder gesetzliche Zugangsrechte darf der Eigentümer eines Grundstücks entscheiden, wer es betreten und was Dritte dort machen dürfen.¹¹ Der Eigentümer einer beweglichen Sache darf die Sache dem Zugriff Dritter entziehen und letztere von allen Nutzungshandlungen ausschließen, die eine physische Fühlungnahme mit der Sache erfordern.¹² Wer also ein Grundstück betreten möchte, um dort Daten zu erheben oder Fotografien zu machen, benötigt ebenso die Zustimmung des Eigentümers wie derjenige, der an einem Auto oder einem anderen beweglichen Gegenstand einen Sensor zur Datenerhebung anbringen möchte.

3. Steuerungsmöglichkeiten

Die Zugangskontrolle eines einzelnen Eigentümers fällt nicht weiter ins Gewicht, wenn die Information an vielen verschiedenen Orten gespeichert ist und ohne weiteres abgerufen oder neu erhoben werden kann. Der Sacheigentümer wird aber zum *Gatekeeper*, wenn eine Information nur noch an einem Ort gespeichert ist (etwa in einer einmaligen Handschrift) oder nur an einem, uneinsichtigen Ort erhoben werden kann, etwa ein Gebäude oder eine einmalige Felsformation auf einem uneinsehbaren Grundstück, aber auch das einmalige Bergpanorama, das nur von einer bestimmten Stelle aus fotografiert werden kann. In dem Fall kann der Sacheigentümer über den Zugang zu der (strukturellen) Information auch die Nutzung der dort gespeicherten oder codierbaren Information kontrollieren.

Der Eigentümer kann zum einen den Zugang gestatten und die weitere Nutzung der Informationen vertraglich steuern. Das soll hier aber nicht weiter vertieft werden. Zum anderen kann der Eigentümer den Zugang zu den Informationen begrenzen oder verweigern. Wenn der Eigentümer den Zugang zu Informationen verweigert oder begrenzt, stellt sich die Frage, wie es sich auf die weitere Nutzung der Informationen auswirkt, wenn ein Dritter diese Verbote missachtet und sich rechtswidrig Zugang zu den strukturellen Informationen verschafft. Weil das Sacheigentum in dem Fall ganz erhebliche Auswirkungen auf die Freiheit der Informationsverwendung haben kann, sind der Schutzzumfang des Eigentums und die Rechtsfolgen einer Verletzung in besonderem Maß rechtfertigungsbedürftig.¹³

¹¹ Dazu unten II.2.a).

¹² Dazu unten II.2.b).

¹³ Vgl. allgemein zur besonderen Rechtfertigung des Eigentumsschutzes außerhalb der klassischen Fallgruppen, *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 499 f.

II. Zugangskontrolle durch Sacheigentum

1. Schutzdimensionen des Sacheigentums in der Informationsrechtsordnung

Zunächst sollen die verschiedenen Schutzdimensionen des Sacheigentums näher ausgearbeitet werden. Relevant werden sie später auf zwei Ebenen, zum einen bei der Frage, in welchem Umfang der Eigentümer die Datenerhebung verbieten darf (dazu 2.), und zum anderen, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen ein Datenerhebungsverbot auf die erhobenen Daten haben soll (dazu vor allem III.2.).

a) Ökonomische Dimension: Zuordnung aller rivalen Nutzungen

Das Sacheigentum ist geprägt durch einen rivalen Nutzungskonflikt.¹⁴ Dieselbe Sache kann zur selben Zeit nur von einer begrenzten Anzahl von Menschen genutzt oder betreten werden. Außerdem nutzen sich Sachen durch Gebrauch ab und erfordern im Regelfall Erhaltungsinvestitionen; daneben sind oft Investitionen notwendig, um bestimmte Nutzungszwecke zu ermöglichen.¹⁵

Dasselbe gilt für den Zugang zu bzw. den Zugriff auf Speichermedien. Auch physische Speichermedien nutzen sich durch Gebrauch ab. Zudem sind der Zugang bzw. die Zugriffsmöglichkeiten begrenzt (und damit rival). Sofort einsichtig ist dies bei einem (physischen) Buch, das nicht von beliebig vielen Personen zur selben Zeit gelesen werden kann. Aber auch die Nutzerschnittstellen digitaler Speichermedien weisen nur eine begrenzte Bandbreite auf und können daher nicht von beliebig vielen Nutzern zur selben Zeit verwendet werden.

Es ist daher ökonomisch sinnvoll, dass derjenige, der die Investitionen in den Aufbau bzw. den Erhalt der Sache geleistet hat, den Zugang zu der Sache und deren Nutzung kontrollieren und gegebenenfalls von der Entrichtung eines Entgelts abhängig machen kann.¹⁶ Dem Eigentümer steht daher die ausschließliche Befugnis zu, eine Sache zu nutzen und den Zugang zu ihr zu verwehren, wenn dafür eine rivalisierende Nutzungshandlung notwendig ist. Das sind jedenfalls all diejenigen Handlungen, die eine physische Fühlungnahme mit dem Gegenstand erfordern. Weil ein solcher Ausschluss der Drittnutzung auch faktisch möglich ist, sind Sachen exklusiv.¹⁷

¹⁴ Vgl. Zech, AcP 219 (2019), 488, 496, 514, 577 und passim; ders., Information als Schutzgegenstand, 2012, 276 ff.; Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 218 ff.; Specht, CR 2016, 288, 291 f.

¹⁵ Dazu ausführlich Zech, AcP 219 (2019), 488, 512 f. m.w.N.

¹⁶ Vgl. dazu nur Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, 594 ff. Ferner Wellenhofer, in diesem Band, 69, 71.

¹⁷ Zech, AcP 219 (2019), 488, 514 m.w.N.

Deswegen weist das Sacheigentum dem Eigentümer nicht jeden wirtschaftlichen Wert zu, der mit ihrer Nutzung einhergeht. Soweit also die Abbildung oder Vermessung eines Gegenstands keine physische Fühlungnahme erfordert bzw. der Eigentümer die Fühlungnahme gestattet hat, kann er die weitere Nutzung dieser Abbildung oder der Messdaten nicht kontrollieren. Die Fotografie führt auch nicht zu einer Beeinträchtigung oder Abnutzung der Sache.¹⁸ Daher entsteht kein Nutzungskonflikt, der durch das Sachenrecht moderiert werden müsste. Soweit aber die Nutzungshandlung eine physische Fühlungnahme erfordert, weist das Sacheigentum dem Inhaber die wirtschaftlichen Vorteile zu, die mit dieser Nutzung einhergehen.¹⁹ Es ist dann autonome Entscheidung des Eigentümers, ob er das wirtschaftliche Potenzial selbst gewinnbringend nutzt oder Dritten die Nutzungshandlungen erlaubt. Anders ausgedrückt weist das Sacheigentum ihrem Inhaber innerhalb der gesetzlichen Grenzen das gesamte ökonomische Potenzial zu, das der Möglichkeit innewohnt, den Gegenstand in einer Form zu nutzen, die eine physische Fühlungnahme erfordert.

Um ein Beispiel aus einem anderen Bereich zu wählen: Der Eigentümer (und kein Dritter) darf entscheiden, ob auf seinem Grundstück eine Stromtankstelle für E-Autos betrieben werden darf.²⁰ Gehört ihm das letzte dafür geeignete Grundstück vor der Staatsgrenze, nach deren Überschreiten das Aufladen des Autos wegen anderer Standards und Abrechnungsmodalitäten mit Schwierigkeiten und höheren Kosten verbunden ist, steigert dies den Wert des Grundstücks für den Tankstellenbetrieb und somit für den Eigentümer. Der Grundstückseigentümer kann aus dem Sacheigentum zwar weder verhindern, dass der Verkehr dauerhaft und ununterbrochen an seinem Grundstück vorbeiführt,²¹ noch, dass sein Grundstücksnachbar ebenfalls eine Tankstelle aufstellt und ihm Kunden abnimmt. Solange beide Szenarien aber nicht eintreten, weist ihm sein Eigentumsrecht das ökonomische Potenzial des Lagevorteils zu.

Dasselbe gilt entsprechend, wenn die Lage des Grundstücks bestimmte exklusive Einblicke ermöglicht, etwa ein Balkon entlang der Rosenmontagsroute oder ein Garten mit einmaligem Blick auf ein Schloss oder Landschaftspanorama. Deswegen darf der Grundstückseigentümer in diesen Fällen den Zutritt während des Karnevalszugs oder Film- und Fotografieregenehmigungen von einer Gegenleistung abhängig machen. Verallgemeinernd gilt dies für alle Handlungen, mit denen die spezifischen Vorteile des Grundstücks genutzt werden und damit auch für alle Handlungen, mit denen Fotos oder sonstige Daten erhoben werden.

¹⁸ Das kann ausnahmsweise bei einer Blitzlichtfotografie eines besonders lichtempfindlichen Gegenstands anders sein.

¹⁹ Vgl. auch BGHZ 187, 255 = GRUR 2011, 436 Rn. 22 – hartplatzhelden.de.

²⁰ Die baurechtliche Zulässigkeit unterstellt.

²¹ BGH NJW 2015, 1174 Rn. 19 – Autobahnrastranlage.

Zusammengefasst ist dem Eigentümer einer Sache das ökonomische Potenzial zugewiesen, das sich in einem bestimmten Zeitraum aus der Sachherrschaft und damit aus allen Nutzungshandlungen ergibt, die eine physische Fühlungnahme mit einer Sache erfordern. Ihm sind alle wirtschaftlichen Vorteile und Chancen zugewiesen, die sich aus einer rivalisierenden Nutzung der Sache ergeben.

b) Freiheitsdimension: Eigentum als Rückzugsraum

Neben der ökonomischen hat das Sacheigentum auch eine freiheitsverbürgende Funktion.²² Es ermöglicht dem Eigentümer, sich einen gegenständlich klar umgrenzten Rückzugsraum und damit einen Autonomiebereich zu schaffen, den er nach „eigenen, selbstverantwortlich entwickelten Vorstellungen“²³ gestalten kann. Prägnant zusammengefasst: *a man's house as his castle*.²⁴

Weil der Eigentümer Dritten verbieten darf, seine Sachen zu nutzen, sie zu betreten oder in irgendeiner anderen Form physisch auf sie einzuwirken, ermöglicht ihm das Sacheigentum einen privaten Rückzugs- und Freiheitsraum.²⁵ Im Kontext einer immer mehr durch die Analyse und Nutzung von Daten getriebenen Gesellschaft stärkt diese Eigentumsdimension das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Wenn die Zugangs- und Zugriffskontrolle des Eigentümers jegliche Datenerhebung einschließt, die eine physische Fühlungnahme mit seinen Sachen erfordert, kann er sich einen gegenständlich-räumlichen Schutzbereich schaffen, in dem Dritte keine Daten erheben dürfen.²⁶ Das Eigentum gewährt einen datenerhebungsfreien Rückzugsraum und damit einen räumlichen Vorfeldschutz. Zwar hat die freiheitssichernde Bedeutung des Sacheigentums im historischen Vergleich abgenommen, weil das Recht auf informationelle Selbstbestimmung heute als solches verfassungsrechtlich und einfach-rechtlich durch die DSGVO geschützt wird.²⁷ In einer datensammelnden Gesellschaft kommt der Freiheitssicherung aber weiter Bedeutung zu: Wer andere physisch daran hindern darf, Daten in seiner Privatsphäre zu sammeln, muss nicht darauf vertrauen, dass die über

²² Wellenhofer, in diesem Band, 69, 71.

²³ BVerfGE 79, 292, 303 f. = NJW 1989, 970 – Eigenbedarf II; BGHZ 214, 269 = NJW 2017, 2018 Rn. 27.

²⁴ *Warren/Brandeis*, The Right to Privacy, 4 Harvard L. Rev. (1890), 193, 195, 220. Die Wendung geht u.a. zurück auf eine entsprechende Formulierung im *Semayne's Case* 77 ER 194, 195 von *Edward Coke*. Das Sacheigentum ist in der *common law* Tradition ein wichtiger Baustein der Privatsphäre, dazu *Mills*, Privacy, 2008, 13 f., 19.

²⁵ *Kirchhof*, Bitburger Gespräche 2004 I, 15, 20. Vgl. zu weiteren persönlichkeitsrechtlichen Berührungspunkten des Sacheigentums *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärererscheinung zum Sacheigentum?, 2002, 245 f.

²⁶ *Raue*, NJW 2019, 2425, 2426.

²⁷ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 510; *Lauber-Rönsberg*, in diesem Band, 89, 104 Fn. 82.

ihn gesammelten Informationen nur in einer Weise verwendet werden, die mit seinem abwägungsoffenen Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar ist.

c) Befriedungsdimension

Die hier behandelte Zugangskontrolle des Sacheigentums erfasst nur Fälle, die eine Fühlungnahme mit der Sache erfordern. Deswegen haben die potenziellen Nutzungskonflikte – anders als bei der sonstigen Datennutzung – eine physische Dimension. Unabhängig davon, ob die ökonomische oder freiheitsverbürgende Dimension des Sacheigentums betroffen ist, kommt dem Sacheigentum hier eine nicht zu vernachlässigende Befriedungsfunktion zu.²⁸ Damit sich diese entfalten kann, reicht es nicht aus, dass dem Eigentümer Ausschließungs- und Verbotsrechte zustehen. Wenn er eine Rechtsverletzung nicht verhindern konnte, müssen seine Interessen auf der Rechtsfolgenseite weiter berücksichtigt werden. Dem Haftungsrecht kommt insoweit eine Rechtsfortsetzungsfunktion zu.²⁹

2. Schutzbereich des Sacheigentums

Der Sacheigentümer darf Dritten grundsätzlich „jede Einwirkung“ (§ 903 S. 1 BGB), also jede Sachnutzung untersagen, die eine *physische Fühlungnahme* mit der Sache erfordert.³⁰

a) Grundstücke

Der Grundeigentümer hat zunächst das ausschließliche Recht, Gegenstände auf das Grundstück zu bringen oder sie fest mit seinem Grundstück zu verbinden.³¹ Wer also Sensoren auf einem fremden Grundstück aufstellt, etwa eine Wettermessstation, begeht eine Eigentumsverletzung.

²⁸ Vgl. allgemein Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, 93. EL Oktober 2020, GG Art. 14 Rn. 3, 7; Kirchhof, Bitburger Gespräche 2004 I, 15, 19 f.; Zech, AcP 219 (2019), 488, 508 sowie Wellenhofer, in diesem Band, 69, 71.

²⁹ Dazu auch unten III.2.a).

³⁰ Zum umfassenden Ausschließungsrecht Staudinger/Althammer, 2020, BGB § 903 Rn. 11. Zum Kriterium der Fühlungnahme BGHZ 44, 288, 293 = NJW 1966, 542 – Apfel-Madonna; BAG MDR 1979, 700, 701; OLG Oldenburg NJW-RR 1988, 951, 952 – Luftaufnahme eines Hausgrundstücks; Zech, AcP 219 (2019), 488, 564 f.; Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 219 f. Vgl. auch Picker, NJW 2015, 2304, 2306: „Rechtsgrenzen des Eigentums [enden] an den physischen Grenzen der Sache“. Hier nicht näher beleuchtet werden sollen Ein-/Ausschlussfälle, da die Datenerhebung die eigene Nutzung der Sache durch den Eigentümer nicht aufhebt.

³¹ BGH NJW-RR 2012, 1048 Rn. 11 f.; MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, BGB § 903 Rn. 23; BeckOK BGB/Fritzsche, 57. Ed. 1.11.2020, BGB § 903 Rn. 18; BeckOGK BGB/Spohnheimer, 1.2.2021, BGB § 1004 Rn. 81.

Auch wer ohne Zustimmung des Eigentümers dessen Grundstück betritt, begeht eine Eigentumsverletzung.³² Allerdings verletzt nicht nur der Eintritt, also der erste Schritt auf das Grundstück das Eigentum. Zum Inhalt des Grundeigentums gehören alle Tätigkeiten, die innerhalb seiner räumlichen Grenzen stattfinden.³³ Deswegen greift auch jeder weitere Schritt und jede weitere Tätigkeit auf dem Grundstück in das Ausschließlichkeitsrecht des Eigentümers ein. Wer unbefugt auf einem fremden Grundstück fotografiert³⁴ oder sonstige Daten erhebt, begeht eine Eigentumsverletzung in Form einer unzulässigen Gebrauchsanmaßung. Das gilt unabhängig vom fotografierten Gegenstand oder erhobenem Datum, wobei aber auf Rechtsfolgenebene solche Daten ausgenommen werden, die keinen spezifischen Bezug zum Grundstück haben.³⁵ Wer also unerlaubt einen fremden Hühnerstall³⁶ oder ein S-Bahn-Depot³⁷ betritt und dabei filmt, begeht eine Eigentumsverletzung. Dasselbe gilt für den, der fremde Äcker mithilfe von Sensoren vermisst, die über das Grundstück gefahren werden müssen.

Zu den räumlichen Grenzen des Grundstücks gehört auch dessen Luftraum (§ 905 S. 1 BGB). Überflüge und aus dem Luftraum angefertigte Fotos verletzen dessen räumlichen Zuweisungsgehalt.³⁸ Allerdings gestattet das LuftVG die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge und beschränkt insoweit das Grundeigentum.³⁹ Luftaufnahmen aus Flugzeugen oder Hubschraubern greifen daher nicht in das Grundeigentum ein. Drohnenüberflüge sind jedoch nur in sehr engen Grenzen erlaubt und bedürfen etwa für den Überflug über Wohngrundstücke der Erlaubnis des Eigentümers.⁴⁰

³² BGH NJW 2015, 2037 Rn. 10 – Preußische Kunstwerke; GRUR 2011, 323 Rn. 11 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; Staudinger/*Thole*, 2019, BGB § 1004 Rn. 59; *Ohly*, FS Canaris, 2017, 987, 1008.

³³ Staudinger/*Althammer*, 2020, BGB § 903 Rn. 5; BeckOK BGB/*Fritzsche*, 57. Ed. 1.11.2020, BGB § 903 Rn. 24.

³⁴ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 11 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; MüKoBGB/*Brückner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 903 Rn. 26; MüKoBGB/*Raff*, 8. Aufl. 2020, BGB § 1004 Rn. 125; BeckOK BGB/*Fritzsche*, 57. Ed. 1.11.2020, BGB § 903 Rn. 26; *Schulze*, JZ 2015, 381, 390; a.A. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 290; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 221; *Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 106.

³⁵ Vgl. MüKoBGB/*Raff*, 8. Aufl. 2020, BGB § 1004 Rn. 127. Zu letzterem unten III.2.b).

³⁶ BGH GRUR 2018, 648 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

³⁷ KG GRUR 2013, 628 – trainwriting in berlin.

³⁸ Dazu Staudinger/*Roth*, 2020, BGB § 905 Rn. 21a.

³⁹ § 1 LuftVG, dazu OLG Oldenburg NJW-RR 1988, 951, 952 – Luftaufnahme eines Hausgrundstücks; BeckOGK BGB/*Spindler*, 1.2.2021, BGB § 823 Rn. 145.

⁴⁰ § 21b Abs. 1 Nr. 7 LuftVO, dazu Staudinger/*Roth*, 2020, BGB § 905 Rn. 21a.

b) Bewegliche Gegenstände

Auch der Eigentümer eines beweglichen Gegenstands darf Dritte von jeglicher Nutzung seiner Sache ausschließen, die eine physische Fühlungnahme erfordert. Anders als Grundstücke haben bewegliche Sachen jedoch keinen räumlichen Schutzbereich, der über ihre körperlichen Dimensionen hinausgeht. Abgesehen davon darf der Eigentümer jede Nutzung und damit das Anbringen von Gegenständen an seinen Sachen oder sogar deren Berührung verbieten.⁴¹ Dem Eigentümer ist es vorbehalten, bewegliche Gegenstände zeitweise oder dauerhaft zu berühren⁴² oder miteinander zu verbinden. Wer ein Buch lesen möchte, benötigt die Zustimmung des Eigentümers; dasselbe gilt, wer es mithilfe eines Buchscanners digitalisieren möchte. Darüber hinaus muss der Eigentümer zustimmen, wenn jemand Sensoren an oder in seinen Gegenständen anbringen will. Auch wer ein Werkoriginal mithilfe einer Abformmasse nachbildet, greift in das Eigentumsrecht des Werkeigentümers ein.⁴³ Nicht dagegen vom Schutzbereich des Sacheigentums erfasst ist, wenn ein Dritter das Werkoriginal lediglich zum Vorbild nimmt und es nachschneidet oder sonst nachbildet.⁴⁴

An der Grenze liegt der elektronische Zugriff auf fremde Gegenstände, etwa auf eine Festplatte. Wenn für den Datenzugriff an dem fremden Datenträger ein Kabel angebracht oder ein USB-Stick eingesteckt werden muss, sind das unproblematisch zustimmungsbedürftige Nutzungshandlung, die auch das folgende Kopieren der Daten rechtswidrig machen.⁴⁵ Wenn allerdings eine bestehende Netzwerkverbindung genutzt wird, um auf Daten eines Servers zuzugreifen und diese auf einen eigenen Datenträger zu übertragen, ist die rechtliche Einordnung schwieriger. Allerdings liegt auch hier meines Erachtens eine rivale Nutzungshandlung vor, die der Eigentümer untersagen können muss.⁴⁶ Denn die Schnittstellen haben eine begrenzte Kapazität und können nur eine bestimmte Anzahl von Zugriffen pro Zeiteinheit zulassen. Das ist vergleichbar mit dem Durchleiten von Signalen durch Kabelleitungen, was nach dem BGH in das Eigentumsrecht des Leitungseigentümers eingreift.⁴⁷ Weil es um die bestimmungsgemäße Verwendung des Datenträgers geht, handelt es sich auch nicht um eine bedeutungslose Handlung, die

⁴¹ BAG MDR 1979, 700, 701 (Anbringen eines Gewerkschaftsstickers auf den Helm des Arbeitgebers).

⁴² Zech, AcP 219 (2019), 488, 562.

⁴³ Zech, AcP 219 (2019), 488, 568.

⁴⁴ BGHZ 44, 288, 293 f. = NJW 1966, 542, 543 f. – Apfel-Madonna.

⁴⁵ A.A. Zech, AcP 219 (2019), 488, 585; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 246.

⁴⁶ Raue, NJW 2019, 2425, 2427; Arbeitsgruppe Digitaler Neustart, Bericht 25. Mai 2017, 54; Assion, CR 2016, 84; a.A. Zech, AcP 219 (2019), 488, 585; ders., CR 2015, 137, 142.

⁴⁷ BGHZ 156, 172, 178 = NJW 2003, 3762, 3763.

mangels Erheblichkeit aus dem Schutzbereich ausgeschieden werden darf.⁴⁸ Wer seinen Server in einem Netzwerk zugänglich macht, willigt allerdings konkludent darin ein, dass Nutzer in üblicher Weise auf die darauf gespeicherten Informationen zugreifen.

Unerheblich ist, ob der Zugriff kabelgebunden oder kabellos stattfindet, etwa durch Bluetooth- oder WLAN-Verbindungen. Im letzteren Fall findet zwar keine körperliche Fühlungnahme statt, aber ein damit gleichzusetzender Einsatz physikalischer Kräfte.⁴⁹ Auch kabellos kann nicht unbegrenzt auf den Gegenstand zugegriffen werden, so dass es sich um eine rivalisierende Nutzung handelt, die eine eigene Nutzung durch den Eigentümer einschränkt. In Konsequenz darf der Eigentümer jedem Dritten die Erhebung von Daten untersagen, wenn dafür Fühlung mit der Sache aufgenommen oder mithilfe von beherrschbaren Naturkräften auf sie zugegriffen werden muss.

c) Grenzen des Sacheigentümers

Das Kriterium der sachbezogenen Fühlungnahme setzt aber auch klare Grenzen des Eigentumsschutzes: In Abgrenzung zum Urheberrecht ist die Gestaltung einer Sache dem Urheber und nicht dem Eigentümer zugewiesen. Allgemeiner: semantische Informationen über sein Eigentum sind dem Eigentümer nicht zugewiesen. Es gibt kein Recht am Bild der eigenen Sache.⁵⁰ Es gibt auch kein Recht am Datum der eigenen Sache. Der Eigentümer darf Dritten lediglich – aber immerhin – den Zugang zu seinem Eigentum verwehren und ihnen so die Informationserhebung erschweren oder in seltenen Fällen unmöglich machen.⁵¹ Wenn die Abbildung des Gegenstands oder eine andere Form der Informationserhebung ohne physische Fühlungnahme möglich ist, etwa durch Beobachtung von außen, darf der Eigentümer sie nicht verbieten.⁵² Der Schutzbereich des Sacheigentums ist damit grundsätzlich auf Nutzungshandlungen begrenzt, die einen physischen Kontakt voraussetzen.⁵³ Andernfalls könnte „der Eigentümer auf Dauer verbieten, was bis dahin nur dem Urheber befristet erlaubt war“⁵⁴. Deswegen darf ein fremdes Grundstück von einer öffentlichen Straße aus oder aus der Luft foto-

⁴⁸ So aber im Ergebnis *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 545 i.V.m. 585.

⁴⁹ Zu letzterem *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 560.

⁵⁰ Oben Fn. 4.

⁵¹ Vgl. BGH NJW 1989, 2251, 2252 – Friesenhaus und oben I.3.

⁵² Vgl. BGH NJW 1989, 2251, 2252 – Friesenhaus; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 562. Schutzmöglichkeiten bestehen möglicherweise aus persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen, etwa der DSGVO oder dem KUG.

⁵³ Hier nicht näher behandelt werden sollen die Ein-/Ausschlussfälle, da die Datenerhebung die eigene Nutzung der Sache durch den Eigentümer nicht aufhebt.

⁵⁴ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 43.

grafiert (soweit § 1 LuftVG den Überflug gestattet), vermessen oder in sonstiger Form analysiert werden.⁵⁵ Das gilt – jedenfalls aus der Perspektive des Sacheigentums – auch dann, wenn der Fotograf Sichtbarrieren mit einer Leiter oder Hebebühne überwindet oder das Foto von einem öffentlich unzugänglichen Ort aus aufnimmt.⁵⁶ Dasselbe gilt für bewegliche Gegenstände. Wer ein Auto fotografiert, das frei zugänglich auf einer Straße steht, eine Verkehrszählung aus dem öffentlichen Raum vornimmt oder aber auch von einem frei zugänglichen Ort Gemälde fotografiert, begeht keine Eigentumsverletzung, selbst dann nicht, wenn der Eigentümer des Gemäldes (nicht des Grundstücks)⁵⁷ ein Fotografierverbot ausgesprochen hat.

3. Vorbehalt einzelner Nutzungsbefugnisse mit dinglicher Wirkung

Wer ein fremdes Grundstück ohne oder gegen den Willen des Eigentümers betritt und dort fotografiert oder andere Daten erhebt, begeht eine Eigentumsverletzung. Umstritten ist allerdings, ob der Eigentümer den Zutritt auf sein Grundstück, etwa seinen Schlosspark, erlauben, sich allerdings mit dinglicher Wirkung einzelne Nutzungshandlungen vorbehalten darf, etwa indem er ein Fotografierverbot erlässt.⁵⁸

Der BGH erlaubt dem Eigentümer, den Zutritt auf sein Grundstück zu gestatten, dies aber auf bestimmte Zwecke zu beschränken.⁵⁹ Wenn ein Grundeigentümer sein Grundstück für den allgemeinen Verkehr öffnet, gestattet er den Zutritt lediglich im Rahmen des üblichen Verhaltens.⁶⁰ Im Umkehrschluss kann er aus seinem Eigentumsrecht weiter gegen unübliches Verhalten vorgehen. Es ist also eine Frage der Verkehrsüblichkeit, welche Formen der Datenerhebung bzw. des Fotografierens ein Eigentümer seinen Be-

⁵⁵ Vgl. BGH NJW 1989, 2251, 2252 – Friesenhaus; KG MMR 2011, 414 – Google Street View; OLG Oldenburg NJW-RR 1988, 951, 952 – Luftaufnahme eines Hausgrundstücks; BeckOGK BGB/Spindler, 1.2.2021, BGB § 823 Rn. 145; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 266; Staudinger/Hager, 2017, BGB § 823 Rn. B 103.

⁵⁶ BeckOGK BGB/Spindler, 1.2.2021, BGB § 823 Rn. 145; a.A. Staudinger/Hager, 2017, BGB § 823 Rn. B 103; Schulze, JZ 2015, 381, 390, die dafür die Grenzen der urheberrechtlichen Panorama-Schranken heranzieht, zu letzterem BGH NJW 2004, 594 ff. – Hundertwasserhaus.

⁵⁷ OLG München BeckRS 2019, 13112 Rn. 18 = GRUR-Prax 2019, 395; MüKoBGB/Raff, 8. Aufl. 2020, BGB § 1004 Rn. 127.

⁵⁸ BGH NJW 1975, 778 – Schloß Tegel; BeckOGK BGB/Spohnheimer, 1.2.2021, BGB § 1004 Rn. 135.2. Dagegen etwa Lehment, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 106; Schack, JZ 2013, 743, 744; Stieper, ZUM 2011, 331, 332.

⁵⁹ BGHZ 165, 62 = NJW 2006, 377 Rn. 25, 35 – Hörfunkrechte; NJW 2006, 1054 Rn. 7 – Fraport; NJW 1975, 778 – Schloß Tegel. Zustimmend: MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, BGB § 903 Rn. 26; BeckOGK BGB/Spohnheimer, 1.2.2021, BGB § 1004 Rn. 135.2.

⁶⁰ BGHZ 124, 39, 43 = BGH NJW 1994, 188 – Taschenkontrolle im Supermarkt; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 261.

suchen gestattet.⁶¹ Den üblichen Gebrauch darf er durch ausdrückliche Verbote weiter einschränken.⁶²

Entsprechendes gilt für bewegliche Gegenstände: Ein Gaslieferant darf seinem Kunden einen Gastank unter der Bedingung zur Verfügung stellen, den Tank nur mit Gas zu befüllen, das von ihm geliefert wird.⁶³ Der Kunde darf dann den Tank nicht mit Gas von Drittlieferanten füllen lassen. Ein Verstoß gegen diese vertragliche Beschränkung ist nicht nur eine vertragliche Pflichtverletzung, sondern ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Tankeigentümers.⁶⁴ Der Eigentümer darf feingranular mit dinglicher Wirkung steuern, welche einzelnen Nutzungshandlungen er Dritten erlauben und welche er sich mit dinglicher Wirkung vorbehalten möchte.

Das ist konsequent: Der Eigentümer hat im räumlichen Schutzbereich eine umfassende Ausschließungsbefugnis. Wenn er Dritten die Nutzung seiner Sache gestatten möchte, kann er diese räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränken.⁶⁵ Es gibt keinen Rechtssatz, nach dem der Eigentümer seine Ausschließungsbefugnis entweder ganz oder gar nicht aufheben kann. Dritte dürfen die Sache demnach nur im Rahmen des Erlaubten nutzen. Überschreiten sie die Erlaubnis, greifen sie in das Ausschließungsrecht des Eigentümers ein und begehen deswegen eine Eigentumsverletzung.⁶⁶ Die nicht erlaubten Nutzungshandlungen nehmen also weiter am dinglichen Schutz des Eigentums teil. Das ermöglicht dem Eigentümer, durch differenzierte Nutzungsbefugnisse das wirtschaftliche Potenzial des Eigentums bestmöglich auszunutzen bzw. die erlaubte Fremdnutzung mit seiner Eigennutzung in Einklang zu bringen.⁶⁷

Allerdings sollten dem Eigentümer dieselben Grenzen der Aufspaltungsbefugnis gesetzt werden wie Urhebern.⁶⁸ Letztere können Nutzungsrechte nicht beliebig mit dinglicher Wirkung begrenzen, sondern nur klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch einheitliche und selbstständige Nutzungsrechte vergeben.⁶⁹ Die Begrenzung der dinglichen Steuerungsbefugnis dient

⁶¹ Vgl. BGHZ 124, 39 = NJW 1994, 188 – Taschenkontrolle m.w.N.

⁶² Raue, NJW 2019, 2425, 2429.

⁶³ BGH NJW 2003, 3702 – Flüssiggastank I. Aufgrund der nur vorübergehenden Verbindung war der Tank als Scheinbestandteil nicht in das Eigentum des Grundstücksbesitzers übergegangen.

⁶⁴ BGH NJW 2003, 3702 – Flüssiggastank I, bestätigt in BGH NJW-RR 2006, 270 Rn. 5 – Flüssiggastank II.

⁶⁵ Vgl. insofern auch § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG.

⁶⁶ Staudinger/Thole, 2019, BGB § 1004 Rn. 64; BeckOK BGB/Fritzsche, 57. Ed. 1.11.2020, BGB § 903 Rn. 26; Raue, NJW 2019, 2425, 2428 f.

⁶⁷ Vgl. Staudinger/Thole, 2019, BGB § 1004 Rn. 65.

⁶⁸ Raue, NJW 2019, 2425, 2429.

⁶⁹ BGHZ 145, 7 = GRUR 2001, 153, 154 – OEM-Version; GRUR 1992, 310, 311 – Taschenbuch-Lizenz; Dreier/Schulze, UrhG § 31 Rn. 9; Schricker/Loewenheim/Ohly, UrhG, § 31 Rn. 28; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 609.

dem Verkehrsschutz und damit Allgemeininteressen. Nutzer sollen erkennen und beachten können, wie sie einen Gegenstand benutzen dürfen und welche Nutzungsrechte ihnen der Eigentümer gegebenenfalls einräumen muss.

Im Ergebnis kann der Eigentümer also sein Grundstück für den Publikumsverkehr öffnen, sich aber trotzdem Nutzungshandlungen mit dinglicher Wirkung vorbehalten, etwa das Fotografieren zu gewerblichen Zwecken.⁷⁰ Es muss sich dabei aber um wirtschaftlich einheitliche Nutzungsrechte handeln, die die erlaubten Nutzungshandlungen nicht künstlich aufspalten bzw. erschweren.

III. Rechtsfolgen der Eigentumsverletzung

Es herrscht Einigkeit, dass lediglich sachbezogene Datenerhebungshandlungen (das Fotografieren *auf* einem fremden Grundstück bzw. eine Datenerhebung mit sachbezogener Fühlungnahme) in den Schutzbereich des Sacheigentums fallen, nicht aber die erhobenen Daten bzw. die Fotografien als solche. *Herbert Zech* hat dies prägnant zusammengefasst:

„Das Ergebnis ist [dem Eigentümer] nicht zugewiesen, wohl aber der Prozess.“⁷¹

Wenn ein Fotograf oder ein sonstiger Dritter Daten erhebt und durch die Datenerhebungshandlung in die Ausschließlichkeitsrechte des Eigentümers eingreift, muss er diese Handlungen künftig unterlassen (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB). Damit allein hat der Eigentümer aber wenig gewonnen: Die rechtswidrig erhobenen Daten sind weiter in der Welt. Sein Interesse wird nur wiederhergestellt, wenn er die weitere Verwendung der Daten untersagen und ihre Löschung verlangen kann.

Damit kommt der Rechtsfolgenebene in diesen Konstellationen eine wichtige, eigenständige Bedeutung beim Rechtsgüterschutz zu.⁷² Das Haftungsrecht hat Rechtsfortsetzungsfunktion und soll den mit der Rechtsgüterzuweisung bezweckten Schutz sicherstellen (dazu 1.). Deswegen wird im Folgenden argumentiert, dass dem Eigentümer auch *ex post* nach einer erfolgten Rechtsverletzung grundsätzlich die Vorteile erhalten bleiben sollen, die ihm die Abwehrrechte und damit die Zugangskontrolle des Eigentumsrechts *ex ante* ermöglichen (dazu 1.). Es darf im Grundsatz keinen Unterschied machen, ob er den drohenden Rechtsverstoß verhindern konnte, weil er hinreichend informiert und handlungsfähig war – oder nicht.

⁷⁰ Oben Fn. 59.

⁷¹ *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 568.

⁷² Vgl. allgemein zur eigenständigen Bedeutung der Rechtsfolgenebene *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, 182 ff.; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 536.

Auf der anderen Seite ist zunehmend anerkannt, dass umfassende Abwehrrechte kein Automatismus sein müssen.⁷³ Entgegenstehende Interessen können nicht nur durch eine Begrenzung der Ausschließungsrechte, sondern auch nachfolgend durch eine Begrenzung der Rechtsfolgen angemessen berücksichtigt werden (dazu 2.). Daher ist der Anspruchsumfang normativ zu begrenzen, wenn Fotografien und Daten nur bei Gelegenheit der Eigentumsverletzung erhoben werden. Es fehlt dann am Schutzzweckzusammenhang (dazu 2.b). Darüber hinaus können auch entgegenstehende Allgemeininteressen den Anspruch des Eigentümers begrenzen (dazu 2.c).

1. Grundsatz: Löschungspflicht und Nutzungsverbot

Grundsätzlich kann der Inhaber eines verletzten Rechts – jedenfalls bei einer schuldhaften Verletzung⁷⁴ – verlangen, so gestellt zu werden, als wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB). Bei einer Kausalbetrachtung würden die rechtswidrig erstellten Fotografien bzw. die rechtswidrig erhobenen Daten ohne die Rechtsverletzung nicht existieren. Deswegen darf der Eigentümer vom Verletzer grundsätzlich als Naturalrestitution das Unterlassen der weiteren Verwendung und deren Vernichtung verlangen.⁷⁵ Mangels positiven Zuweisungsgehalts muss der Verletzer diese Daten aber nicht an den Eigentümer herausgeben,⁷⁶ es sei denn, die Datenerhebung des Verletzers hat den Eigentümer ausnahmsweise daran gehindert, die Daten selbst zu erheben.

Dem Haftungs- und Schadensrecht kommt dabei eine Rechtsfortsetzungsfunktion zu.⁷⁷ Es muss sicherstellen, dass Eingriffe in das Ausschließlichkeitsrecht möglichst vollständig ausgeglichen und die rechtswidrigen Folgen möglichst vollständig beseitigt werden. Eine Rechtsordnung wird inkonsequent, wenn sie einerseits Rechte zuweist, andererseits aber gegen relevante Rechtsverstöße keinen ausreichenden Rechtsschutz gewährt. Sie setzt dadurch in doppelter Hinsicht Fehlanreize:

⁷³ F. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, 182 ff.; Zech, AcP 219 (2019), 488, 497 f.

⁷⁴ Zur Abgrenzung des verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruchs Staudinger/Thole, 2019, BGB § 1004 Rn. 16 ff. m.w.N.

⁷⁵ BGH NJW 2011, 749 Rn. 8 – Preußische Gärten und Parkanlagen I; NJW 2013, 1809 Rn. 12 – Preußische Gärten und Parkanlagen II; OLG Köln GRUR 2003, 1066, 1067 – Wayangfiguren; Beater, JZ 1998, 1101, 1105 f. Vgl. auch die entsprechenden Handlungsverbote in § 4 Abs. 2 GeschGehG und die Rechtsfolgen in § 7 Nr. 1 GeschGehG.

⁷⁶ Vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 1988, 951, 952 – Luftaufnahme eines Hausgrundstücks; BeckOGK BGB/Spohnheimer, 1.2.2021, BGB § 1004 Rn. 136; Beater, JZ 1998, 1101, 1105; Schack, JZ 2011, 375, 376.

⁷⁷ Dazu Neuner, AcP 133 (1931), 277, 305 (dort noch rechtsverfolgende Funktion); Stoll, Haftungsfolgen, S. 190 f., 193 f.; Larenz, SchuldR I, § 27 I (S. 425); Jansen, AcP 216 (2016), 112, 206; Raue, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, 281.

Zum einen signalisiert sie potenziellen Rechtsverletzern, dass sich Rechtsverstöße lohnen.⁷⁸ Dieser Anreiz ist in den hier beschriebenen Konstellationen besonders hoch, weil ein einmaliger Normverstoß das Zugangsinteresse des Rechtsverletzers vollständig abdeckt. Anschließend kann er die erhobenen Daten, etwa in Form von Fotografien, unabhängig von weiteren Betretungs- oder Zugriffsmöglichkeiten nutzen. Ein strafbewehrter Unterlassungsanspruch bleibt daher – abgesehen von der Kostenlast des Verletzers – weitgehend folgenlos. Das schwächt den Normgeltungsanspruch des Eigentumsrechts.

Zum anderen macht schwacher Rechtsschutz kostspielige Schutzmaßnahmen notwendig und setzt Anreize zum Errichten sprichwörtlicher Zäune, zum Einsatz von Aufsichtspersonal zur Verhinderung des Fotografierens, zum Abschluss von Verträgen mit Vertragsstrafklauseln oder zu ähnlichen Schutzmechanismen.⁷⁹

2. Ausnahmen von der Löschungspflicht

Der Umfang des Schadensersatzanspruchs wird jedoch normativ eingeschränkt, vor allem durch das Gebot des Schutzzweckzusammenhangs.⁸⁰ Deswegen kann der Eigentümer nur Löschung verlangen, wenn das durch die Rechtsverletzung kausal verursachte Ergebnis im Widerspruch zu der Rechtslage steht, die die verletzte Norm sicherstellen möchte.

a) Keine generelle Schutzzweckausnahme

Weil es kein Recht am Bild der eigenen Sache und auch kein Recht an Informationen über die eigene Sache gibt, wollen viele mit beachtlichen Argumenten dem Eigentümer verwehren, Ansprüche in Bezug auf die Fotografien oder erhobenen Informationen geltend machen zu können. Für sie schränkt ein so weit gezogener Schutzbereich des Sacheigentums unangemessen die Informations- und Gemeinfreiheit und die Nutzbarkeit von Daten ein.⁸¹ Deswegen fehle es bei der weiteren Verwendung der Fotografien (oder sonstiger Daten) *generell* am Schutzzweckzusammenhang zu der vorherigen Eigentumsverletzung.⁸² Ein großer Vorteil dieser Ansicht ist die Rechtsklarheit und systematische Grenzziehung zu den Immaterialgüterrechten.

⁷⁸ Vgl. auch *Beater*, JZ 1998, 1101, 1103.

⁷⁹ Vgl. auch *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 263.

⁸⁰ Vgl. allgemein MüKoBGB/*Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 249 Rn. 120 ff. m.w.N.

⁸¹ So insbesondere *Lauber-Rönsberg*, in diesem Band, 89, 95 ff.; *Ohly*, FS Canaris, 2017, 987, 1010; *Stang*, GRUR 2015, 579, 580 f.; *Schack*, JZ 2011, 375 f.; *Stieper*, ZUM 2011, 331, 332 f.

⁸² *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 290; *ders.*, AcP 219 (2019), 488, 581 und passim; *Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, 140 (zu § 123 StGB).

Jedoch kommt dem Rechtsschutz gerade bei solchen Fallkonstellationen eine besondere Präventionswirkung zu, wenn die Eigentumsverletzung auf die Erhebung von Daten gerichtet ist und sie dem Eigentümer die wirtschaftlichen und privatsphärenbezogenen Vorteile entzieht, die ihm Abwehrrechte des Eigentums eigentlich gewähren sollen. Wenn der Eigentümer Folgenbeseitigung verlangt, ist dies daher vom Schutzzweck des Eigentums erfasst:

Wenn sich der Eigentümer in erster Linie einen Rückzugsraum schaffen will,⁸³ kann er diesen nur dann verwirklichen, wenn die unerwünscht erhobenen Informationen gelöscht werden müssen.

Darüber hinaus weist das Sacheigentum dem Eigentümer alle wirtschaftlich wertvollen Handlungen zu, die eine physische Fühlungnahme mit seiner Sache erfordern.⁸⁴ Diese Interessen werden nur dann effektiv geschützt, wenn der Eigentümer vom Verletzer verlangen darf, die spezifischen Folgen seiner rechtsverletzenden Handlungen zu beseitigen.⁸⁵ In der ökonomischen Dimension des Sacheigentums machen die erhobenen Daten den wirtschaftlichen Wert der unerlaubten Nutzungshandlungen aus.

Weil die vermögenswerten Daten auf einer Verletzung des Ausschließlichkeitsrechts beruhen, handelt es sich gerade nicht um einen reflexhaften, sondern um einen schutzzweckorientierten Schutz. Auch in anderen Fällen von Eigentumsverletzungen schützen wir die wirtschaftlichen Vorteile, die eine Lage des Eigentums vermittelt. Wenn eine E-Tanksäule, die auf einem Grundstück an einer viel befahrenen Bundesstraße liegt, so in der Substanz beschädigt wird, dass für vier Wochen kein Strom verkauft werden kann, dann gewährt das Schadensrecht dem Eigentümer Ersatz der wirtschaftlichen Nachteile, die er als mittelbare Folge der Eigentumsverletzung erleidet. Dabei werden die wirtschaftlichen Chancen des vorteilhaft gelegenen Grundstücks eingepreist, obwohl das Eigentumsrecht den *status quo* des faktischen Standortvorteils nicht schützt. Der Eigentümer kann aufgrund seines Eigentumsrechts etwa nicht dagegen vorgehen, dass die Bundesstraße stillgelegt, für Wartungsarbeiten oder Bergungsarbeiten gesperrt wird.⁸⁶ Bei einer unmittelbaren Eigentumsverletzung gehören zum Schutzzumfang des verletzten Rechts auch solche mittelbaren Schadenspositionen, die unabhängig von der Verletzung dem Rechtsinhaber nicht exklusiv zugewiesen sind (vgl. für Vermögensvorteile § 252 BGB).

⁸³ Oben II.1.b).

⁸⁴ Oben II.1.a).

⁸⁵ *Beater*, JZ 1998, 1101, 1105 f.; a.A. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 573.

⁸⁶ BGH NJW 2015, 1174 Rn. 19 – Autobahnrastanlage.

b) Fehlender Schutzzweckzusammenhang bei Datenerhebung bei Gelegenheit

Der Eigentümer kann nur dann Löschung verlangen, wenn das durch die Rechtsverletzung kausal verursachte Ergebnis der Rechtslage widerspricht, die die verletzte Norm sicherstellen möchte. Spiegelbildlich kann er die Löschung solcher Daten nicht verlangen, die nur bei Gelegenheit der Eigentumsverletzung erhoben bzw. abgerufen wurden, aber weder die zugewiesene wirtschaftliche Nutzung noch die Eigenschaft des Eigentums als Rückzugsraum betreffen.⁸⁷

„Bei Gelegenheit“ erfolgt eine Datennutzung, wenn der Verletzer Daten erhoben hat, die keinen spezifischen Bezug zum Grundstück oder der genutzten beweglichen Sache haben, weil sie ohne weiteres auch andernorts bzw. mithilfe einer anderen Sache hätten erhoben werden können. Wenn zum Beispiel eine Smart Watch die Körperfunktionen des Trägers während des unerlaubten Betretens des Grundstücks aufzeichnet, die nicht durch das Betreten des Grundstücks bzw. durch das Nutzen der konkreten Sache beeinflusst worden sind, dann handelt es sich um Daten, die lediglich bei Gelegenheit der jeweiligen Sachnutzung erhoben worden sind. Dasselbe gilt für ein Selfie, auf dem nur etwas Himmel, aber nicht das Grundstück zu sehen ist.

c) Überwiegendes Informationsinteresse

Des Weiteren kann ein überwiegendes Informationsinteresse der Allgemeinheit die Verpflichtung zur Löschung der Daten einschränken. Es ist anerkannt, dass kollidierende Grundrechte Dritter bzw. Interessen der Allgemeinheit die Reichweite des Eigentumsschutzes begrenzen können. So kann bereits die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausgeschlossen sein, wenn der Eingriff in das Eigentumsrecht durch grundrechtlich geschützte Freiheiten, etwa die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), gedeckt ist.⁸⁸ Erst recht können grundrechtlich geschützte Freiheiten auf Rechtsfolgenebene die Beseitigung mittelbarer, nicht rechtsgutbezogener Schadensfolgen ausschließen.

aa) Interessenabwägung

Bei der erforderlichen Interessenabwägung ist einerseits zu berücksichtigen, dass nicht der Schutzbereich des Sacheigentums, sondern nur die Rechtsfolgen einer erfolgten Verletzung eingeschränkt werden. Andererseits gelten die Informationsfreiheit bzw. die Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit nicht un-

⁸⁷ Im Ergebnis ebenso (wenn auch weitergehend) die in Fn. 81 Genannten.

⁸⁸ BGHZ 137, 89, 99 = NJW 1998, 377, 380 – Haftung für Demonstrationsschäden; BeckOGK BGB/Spindler, 1.2.2021, BGB § 823 Rn. 89. Bei § 1004 BGB können entgegenstehende, überwiegende Grundrechte Duldungspflichten nach Abs. 2 auslösen, BeckOK BGB/Fritzsche, 57. Ed. 1.11.2020, BGB § 1004 Rn. 106 m.w.N.

eingeschränkt, sondern werden nur im Rahmen der geltenden Gesetze und entgegenstehenden Rechte gewährt. So wie ein Künstler nicht ohne Konsequenzen fremde Lein- oder Hauswände bemalen darf,⁸⁹ setzt die Rechtsordnung auch der Informationsbeschaffung bzw. -weiterverwendung Grenzen.

Weil die Verwendung von Informationen in einer vernetzten, datengetriebenen Gesellschaft eine ganz erhebliche Bedeutung hat, verbieten sich Lösungen, die einseitig den Interessen bestimmter Rechtsinhaber Vorrang geben. Notwendig ist daher eine Interessenabwägung, die die entgegenstehenden Interessen möglichst schonend in Ausgleich bringt, wobei aber weder den berechtigten Interessen an einer möglichst freien Nutzung von Daten noch den berechtigten Interessen der Sacheigentümer *a priori* Vorzug gebührt.

bb) Übertragbarkeit von Wertungen aus anderen Bereichen des Informationsrechts

Für die Zulässigkeit der weiteren Informationsverwendung können Wertungen aus anderen Bereichen des Informationsrechts herangezogen werden. Insbesondere im Unternehmenspersönlichkeitsrecht und beim Geschäftsgeheimnisschutz existieren Wertungen für Konstellationen, in denen Informationen ebenfalls durch den „rechtswidrigen Einbruch in einen geschützten Bereich“⁹⁰ erhoben wurden. In diesen Fällen ist das Interesse an der Abwehr und Prävention rechtswidriger Eingriffe abzuwägen mit den entgegenstehenden Informations- und Kommunikationsfreiheiten.⁹¹

Zwar ist das Unternehmenspersönlichkeitsrecht ein Rahmenrecht, dessen Inhalt und Grenzen erst eine Abwägung der kollidierenden Interessen anderer festlegt.⁹² Dennoch lässt sich die Interessenabwägung auf das hier interessierende Problem übertragen. Denn hier wie da hat ein Eingriff in eine geschützte Sphäre stattgefunden.⁹³ Eingriffe in den Kern des Eigentumsrechts indizieren grundsätzlich die Rechtswidrigkeit der Handlung und berechtigen zur Beseitigung der verursachten Schadensfolgen. Allerdings verlassen die hier relevanten mittelbaren Schadensfolgen den Kernbereich des Eigentumsschutzes und beeinträchtigen die Informations- und Kommunikationsfreiheiten potenziell sehr weitgehend. Auch § 5 GeschGehG erlaubt

⁸⁹ BVerfG NJW 1984, 1293, 1294 – Sprayer von Zürich.

⁹⁰ BGH GRUR 2018, 648 Rn. 22 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen (zum Unternehmenspersönlichkeitsrecht).

⁹¹ Vgl. BGH GRUR 2018, 648 Rn. 22 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen; Harte-Bavendam/*Ohly*/Kalbfus, 2020, GeschGehG § 5 Rn. 28 f.

⁹² Vgl. nur BGH GRUR 2018, 648 Rn. 19 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen m.w.N.

⁹³ Der BGH knüpft für den Schutz des Unternehmenspersönlichkeitsrechts an den „rechtswidrigen Einbruch in einen geschützten Bereich“ an, BGH GRUR 2018, 648 Rn. 22 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

die an sich dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses vorbehaltene Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen, wenn dies „zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt“, insbesondere aus Gründen der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit sowie zur Aufdeckung von Fehlverhalten.⁹⁴

Wenn nun das Unternehmenspersönlichkeits- oder das Geschäftsgeheimnisrecht, also Rechtsinstrumente, die Betroffene spezifisch vor der Verwendung rechtswidrig erlangter Informationen schützen sollen, die Verwendung von Informationen aufgrund entgegenstehender, überwiegender Interessen gestatten, kann bei systematischer Betrachtung ein Eingriff in Eigentümerbefugnisse keine weiter reichenden Rechtsfolgen rechtfertigen.

cc) Rechtswidrigkeit der Informationserhebung

Einzustellen in die Abwägung ist zunächst, dass die Informationen in rechtswidriger Weise erhoben wurden. Wer rechtswidrig beschaffte Informationen verwendet, vertieft den ursprünglichen Rechtsverstoß und stellt den Normgeltungsanspruch weiter infrage.⁹⁵ Das gilt insbesondere, wenn der Rechtsverstoß in erster Linie mit der Absicht erfolgte, die Informationen zu beschaffen, um diese anschließend selbst zu verwenden oder Dritten die Verwendung zu ermöglichen.⁹⁶ Wenn der Verletzer die Information im privaten Verkehr primär zur Verfolgung eigennütziger Ziele verwendet, hat dies bei der weiteren Interessenabwägung nur ein geringes Gewicht zu seinen Gunsten.⁹⁷ Wenn sich der Verletzer die Informationen in der Absicht verschafft hat, diese wirtschaftlich zu verwenden oder eine wirtschaftliche Verwendung des Eigentümers zu verhindern, kann dies kaum die weitere Verwendung der Informationen rechtfertigen.⁹⁸ Im Regelfall überwiegt dann das entgegenstehende Interesse des Eigentümers, den Rechtsverstoß weitgehend ungeschehen zu machen. Deswegen muss der Verletzer die erhobenen Daten löschen und die weitere Verwendung einstellen.

⁹⁴ § 5 GeschGehG wird als Tatbestandsausnahme, nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen, Harte-Bavendam/*Ohly*/Kalbfus, 2020, GeschGehG § 5 Rn. 4; Köhler/Bornkamm/*Feddersen/Alexander*, 39 Aufl. 2021, GeschGehG § 5 Rn. 2.

⁹⁵ BVerfGE 66, 116, 139 = NJW 1984, 1741 – Springer/Walraff; BGH GRUR 2018, 648 Rn. 23 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

⁹⁶ BVerfGE 66, 116, 139 = NJW 1984, 1741 – Springer/Walraff; BGH GRUR 2018, 648 Rn. 20, 23 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen; GRUR 2015, 92 Rn. 21 – Innenminister unter Druck.

⁹⁷ BVerfGE 66, 116, 138 f. = NJW 1984, 1741 – Springer/Walraff; BGH GRUR 2018, 648 Rn. 22 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen; GRUR 2015, 92 Rn. 20 – Innenminister unter Druck.

⁹⁸ Vgl. BGH GRUR 2018, 648 Rn. 23 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

dd) Kommunikationsfreiheiten und Interesse an der Freiheit des Informationsflusses

Jedoch fällt auch die Veröffentlichung bzw. weitere Verwendung rechtswidrig beschaffter oder erlangter Informationen in den Schutzbereich der Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit (Art. 5 GG).⁹⁹ Darüber hinaus ist auch das Allgemeininteresse an der „Freiheit des Informationsflusses“¹⁰⁰ betroffen. Deswegen muss hier die Bedeutung der erhobenen Informationen für das Allgemeininteresse in die Abwägung eingestellt werden.¹⁰¹ Darüber hinaus muss bei Beschränkungen der Kunst- und Pressefreiheit berücksichtigt werden, in welchem Ausmaß Freiheiten durch ein Verbot der Informationsverwendung beeinträchtigt würden.¹⁰² Sollen die erhobenen Informationen nicht in erster Linie wirtschaftlich verwendet werden, sondern einen Beitrag zum „geistigen Meinungskampf“ in einer „die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage“ leisten, hat dies bei der Abwägung erhebliches Gewicht.¹⁰³ Veröffentlicht der Verletzer selbst die Informationen, erfordert dies jedoch in der Regel ein überragendes öffentliches Interesse, die Informationen zu veröffentlichen.¹⁰⁴ Dafür muss er Missstände von erheblichem Gewicht aufdecken, die im Regelfall nur rechtswidrige Zustände begründen.¹⁰⁵

3. Schadensersatz in Geld

Der BGH hat offengelassen, ob der Eigentümer neben der Beseitigung der Schadensfolgen seinen eigenen Schaden nach der dreifachen Schadensberechnung berechnen darf.¹⁰⁶ Das ist differenziert zu beantworten.¹⁰⁷ Für die Schadensberechnung der Nutzungsanmaßung als Rechtsgutschaden kann, soweit die Folgen nicht mehr vollständig rückgängig gemacht werden können (§ 251 Abs. 1 BGB), auf die Grundsätze der Lizenzanalogie zurückge-

⁹⁹ BVerfGE 66, 116, 138 f. = NJW 1984, 1741 – Springer/Walraff; EGMR NJW 2015, 763 Rn. 51 f. – Tierbefreier e. V./Deutschland; BGH GRUR 2018, 648 Rn. 21 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen; GRUR 2015, 92 Rn. 20 – Innenminister unter Druck.

¹⁰⁰ BGH GRUR 2018, 648 Rn. 21 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

¹⁰¹ Vgl. auch Harte-Bavendam/*Ohly*/Kalbfus, 2020, *GeschGehG* § 5 Rn. 29.

¹⁰² Hierbei ist bei Eingriffen in die Kunstfreiheit insb. eine kunstspezifische Betrachtung vorzunehmen, BVerfGE 142, 74, 102 = GRUR 2016, 690 Rn. 85 f. – Metall auf Metall.

¹⁰³ BVerfGE 66, 116, 139 = NJW 1984, 1741 – Springer/Walraff; BGH GRUR 2018, 648 Rn. 22 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen; GRUR 2015, 92 Rn. 20 f. – Innenminister unter Druck. Vgl. auch BGHZ 73, 120, 128 – Telefongespräch.

¹⁰⁴ BVerfGE 66, 116, 139 = NJW 1984, 1741 – Springer/Walraff; BGH GRUR 2018, 648 Rn. 23 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen; GRUR 2015, 92 Rn. 21 – Innenminister unter Druck.

¹⁰⁵ BGH GRUR 2018, 648 Rn. 23 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

¹⁰⁶ BGH GRUR 2011, 323 Rn. 30, 38 – Preußische Gärten und Parkanlagen.

¹⁰⁷ *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, 574.

griffen werden.¹⁰⁸ Weil dem Eigentümer nur die Nutzungshandlung (z.B. das Fotografieren), nicht aber das Ergebnis (das Foto) zugewiesen ist, muss für die Lizenzanalogie nach dem wirtschaftlichen Wert der Nutzungshandlung – nicht der weiteren Verwertung – gefragt werden. Der Schaden durch die unerlaubte Nutzungshandlung ist damit der Preis einer üblichen bzw. angemessenen Fotografierlaubnis, nicht aber die Lizenzgebühr für die Nutzung eines Fotos.¹⁰⁹ Einen Anspruch auf Gewinnherausgabe hat der Eigentümer nur unter den Voraussetzungen der angemessenen Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB).¹¹⁰

4. Ansprüche gegen Dritte

Die erhobenen Daten sind dem Eigentümer nicht zugeordnet. Der Lösungsanspruch und weitere Beschränkungen ihrer Weiterverwendung müssen daher auf die ursprüngliche Rechtsverletzung zurückgeführt werden können.¹¹¹ Deswegen ist besonders begründungsbedürftig, weshalb Dritten bei der Verwendung solcher Daten Einschränkungen auferlegt werden können, die unter Verstoß gegen das Eigentumsrecht erhoben worden sind.

Wenn man allerdings in der Verwendung der rechtswidrig gemachten Fotos bzw. Daten eine Vertiefung der ursprünglichen Eigentumsverletzung sieht,¹¹² dann tragen auch Dritte, die diese Fotos bzw. Daten verwenden, zur Vertiefung dieser Eigentumsverletzung bei. Deswegen können sie grundsätzlich als Störer (§ 1004 Abs. 1 BGB) in Anspruch genommen werden.¹¹³ Diese Rechtsfolge steht im Einklang mit Wertungen anderer Informationsrechte. Auch der Geschäftsgeheimnisschutz weist dem Inhaber des Schutzes die geschützten Informationen nicht absolut zu, sondern schützt nur gegen bestimmte Formen der Erlangung.¹¹⁴ Wenn jedoch Informationen rechtswidrig erlangt wurden, gilt das Verwendungsverbot (erlangen, nutzen, offenlegen) nicht nur für den Täter des Geheimnisbruchs, sondern für jeden unbeteiligten Dritten, der zum Nutzungszeitpunkt „weiß oder wissen müsste, dass [irgend-

¹⁰⁸ *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, 569 ff. und zur Begründung eines Rechtsgutschadens ausführlich a.a.O. 277 ff.

¹⁰⁹ *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, 574.

¹¹⁰ *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, 602.

¹¹¹ BeckOGK BGB/*Spohnheimer*, 1.2.2021, BGB § 1004 Rn. 135; *Elmenhorst*, GRUR 2013, 626, 628; *Raue*, NJW 2019, 2425, 2428.

¹¹² BGH GRUR 2011, 323 Rn. 17 – Preußische Gärten und Parkanlagen. Vgl. für das Persönlichkeitsrecht BGHZ 73, 120, 127 – Telefongespräch. A.A. *Stieper*, ZUM 2011, 331, 332.

¹¹³ BGH NJW 2011, 753 Rn. 11 ff., 15 ff. – Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal; NJW 2015, 2037 Rn. 12 – Preußische Kunstwerke.

¹¹⁴ Erwgr. 16 Know-How-RL 2016/943; *Harte-Bavendam/Ohly/Kalbfus*, 2020, GeschGehG § 4 Rn. 43.

eine andere Person] das Geschäftsgeheimnis [rechtswidrig] benutzt oder offengelegt hat“ (§ 4 Abs. 3 GeschGehG).

Aus dieser dogmatischen Begründung ergeben sich gleichzeitig die Beschränkungen der Inanspruchnahme. Nur wenn Dritte eigene Prüf- bzw. Verkehrspflichten verletzen, die ihnen zum Schutz des Eigentums Dritter obliegen, können sie in Anspruch genommen werden.¹¹⁵ Wenn sie bei der im Verkehr üblichen Sorgfalt nicht erkennen konnten, dass die Daten bzw. Fotos rechtswidrig erhoben bzw. beschafft wurden, unterliegen sie bei der weiteren Verwendung keinen Beschränkungen.¹¹⁶

Zugunsten des Eigentums darf kein strenger Maßstab angelegt werden. Denn als Grundwertung der Immaterialgüter- und der übrigen Datenrechte sind Daten und Fotografien gemeinfrei, wenn sie sondergesetzlich nicht geschützt sind – sie dürfen daher frei verwendet werden. Diese grundsätzliche, gesellschaftlich erwünschte Freiheit der Informationsverwendung würden strenge Verkehrspflichten unverhältnismäßig einschränken. Dritte treffen daher grundsätzlich keine Nachforschungspflichten.¹¹⁷ Sie entstehen nur, wenn sich aufgrund konkreter und erheblicher Anhaltspunkte geradezu aufdrängen muss, dass die Daten unter Verstoß gegen fremde Eigentumsrechte erhoben wurden. Das kann sich aus einer substantiierten Aufklärung durch den Eigentümer ergeben, aber auch aus der Eigenart der Informationen (bzw. der Fotografien) oder den Umständen ihrer Erlangung.¹¹⁸

Allerdings ist auch in dem Fall die oben angesprochene Interessenabwägung anzustellen.¹¹⁹ Zugunsten des unbeteiligten Dritten ist zu berücksichtigen, dass er selbst keine Rechtsverletzung begangen hat, sondern lediglich den Rechtsbruch eines Dritten ausnutzt.¹²⁰ Auch hier gilt, dass das Interesse der Informationsverwendung insbesondere dann starkes Gewicht hat und damit privilegiert ist, wenn sie zur öffentlichen Meinungsbildung beiträgt, vor allem wenn es sich um die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen handelt.¹²¹ Allerdings können für die Presse schon Informationen mit „Öffentlichkeitswert“ ausreichen, der jedoch umso gewichtiger sein muss, desto stärker die Interessen des Verletzten beeinträchtigt werden.¹²² Dasselbe gilt,

¹¹⁵ BGH NJW 2015, 2037 Rn. 12 – Preußische Kunstwerke.

¹¹⁶ Vgl. auch BGH GRUR 2018, 648 Rn. 23 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

¹¹⁷ Vgl. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, 39 Aufl. 2021, GeschGehG § 4 Rn. 71. Nach BGH NJW 2015, 2037 Rn. 13 – Preußische Kunstwerke besteht bei Fotografien von Kunstwerken kein Anlass zur Annahme, dass diese ohne die Zustimmung des Eigentümers angefertigt wurden.

¹¹⁸ Vgl. Harte-Bavendam/Ohly/Kalbfus, 2020, GeschGehG § 4 Rn. 45.

¹¹⁹ Oben 2.c).

¹²⁰ Vgl. BGHZ 73, 120, 127 – Telefongespräch; BGH GRUR 2018, 648 Rn. 24–27 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

¹²¹ BGH GRUR 2018, 648 Rn. 28 – Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen.

¹²² Vgl. BGHZ 73, 120, 128 – Telefongespräch.

wenn die Information für die Verwirklichung der Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit bedeutsam ist.

IV. Andere Lösungen zum Ausgleich der Interessen des Sacheigentümers und der Informationsfreiheit

Insbesondere das immaterialgüterrechtliche Schrifttum überzeugt die unter II. und III. skizzierte Lösung nicht, weil es die Freiheit der Information und die Gemeinfreiheit höher gewichtet und systematische Brüche zum Immaterialgüterrecht sieht.¹²³ Diese Freiheit geht zulasten des Eigentumsschutzes, weil der unzureichende Rechtsschutz einen Anreiz für Rechtsverletzungen setzt. Zudem verbleibt der Nutzungskonflikt nicht allein auf der immateriellen Ebene, sondern wird zu einem realen Nutzungskonflikt in der körperlichen Welt. Das gefährdet die Befriedungsfunktion des Eigentums.

Dennoch darf das Sacheigentum nicht zu einem Vehikel für ein faktisch ewiges Urheberrecht historischer Gebäude und Originale der bildenden Kunst werden. Es ist eine grundlegende Wertung des Urheberrechts, dass es dem kreativen Schöpfer eines Werks ausschließliche Nutzungsrechte zuweist, diese aber bewusst zeitlich begrenzt.¹²⁴ Deswegen sollen zum Abschluss zwei Wege aufgezeigt werden, wie die Informationsfreiheit gestärkt werden kann, ohne dass die Rechtsordnung Anreiz zu Rechtsbrüchen geben muss.

1. Verringern der faktischen Exklusivität

Zum Konflikt von Sacheigentum und Informationsfreiheit kommt es nur in Konstellationen, in denen die Information exklusiv an einem oder ganz wenigen Orten gespeichert ist, die für die Allgemeinheit zugänglich sind. Wenn Informationen allgemein zugänglich sind, gibt es keinen Anreiz, rechtswidrig das Sacheigentum eines Dritten in Anspruch zu nehmen.

Einen solchen Weg haben der deutsche und der Unionsgesetzgeber vor kurzem im Urheberrecht beschritten. Sie haben die Gemeinfreiheit von Werken der bildenden Kunst auf solche Vervielfältigungen (insbesondere Fotografien) erweitert, die bislang durch ein Leistungsschutzrecht geschützt waren (§ 68 UrhG/Art. 14 DSM-RL 2019/790). Bislang konnte der Sacheigentümer ein Werkoriginal, das gemeinfrei geworden ist, mit folgender Kombination von Eigentumsrechten für wenigstens 50 Jahre exklusiv weiterverwerten. Mithilfe des Sacheigentums konnte er Dritten den Zugang verweigern

¹²³ Dazu oben III.2.a).

¹²⁴ Dazu ausführlich *Peukert*, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, 2012; *Raue*, Nachahmungsfreiheit nach Ablauf des Immaterialgüterrechtsschutzes?, 2010; *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 2011.

und eigene Fotografien über den Lichtbildschutz (§ 72 UrhG) exklusiv verwerten. Diese Möglichkeit verwehrt ihm nun § 68 UrhG weitgehend, weil einfache Fotografien gemeinfreier Gegenstände der bildenden Kunst frei verwendet werden dürfen. Dem Eigentümer bleibt die Wahl, entweder den Gegenstand vollständig unter Verschluss zu halten oder zu akzeptieren, dass er die Abbildung nicht mehr exklusiv verwerten darf.

Für existierende Fotografien stärkt das den Zugang zu gemeinfreien Werken enorm. Man wird beobachten müssen, welchen Effekt diese Beschränkung des Leistungsschutzes auf noch nicht digitalisierte Werke hat. Wenn jeder solche Fotografien ohne Einschränkung nutzen darf, verringert das den Anreiz, hochwertige Fotografien zu erstellen und zugänglich zu machen. Es bleibt abzuwarten, welchen Effekt der fehlende Leistungsschutz auf die weitere hochwertige Digitalisierung gemeinfreier Gegenstände hat.

2. Zugangsansprüche

Eine weitere Möglichkeit, die Informationsfreiheit zu stärken, sind Zugangsansprüche. Zugangsansprüche nehmen dem Eigentümer die faktische Exklusivität und stärken die Gemeinfreiheit, ohne auf Rechtsbrüche angewiesen zu sein.¹²⁵ Zugangsansprüche gegen die öffentliche Hand können im öffentlich-rechtlichen Widmungszweck, aber auch in Informationszugangsgesetzen geregelt werden.¹²⁶ Die Nutzung des Luftraums gestattet in weitem Umfang das LuftVG.¹²⁷ Will man gegenüber privaten Eigentümern weitere Zugangsansprüche gewähren, kann § 25 Abs. 1 UrhG Vorbild sein. Die Norm gewährt dem Urheber einen Zugangsanspruch gegen den Besitzer eines Originals oder eines Vervielfältigungsstückes seines Werks, soweit dies zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken des Werks erforderlich ist und keine berechtigten Interessen des Besitzers entgegenstehen.

Nach Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist könnte man dieses Zugangsrecht jedem gewähren, der das Werk mithilfe einer Vervielfältigung der Allgemeinheit zugänglich machen möchte. Die berechtigten Interessen des Eigentümers können über das entsprechende Tatbestandsmerkmal geschützt werden. Ein solcher Anspruch wäre etwa bei Werken ausgeschlossen, von denen bereits Fotografien existieren oder zu denen anderweitig einfacher Zugang besteht, etwa weil weiter Vervielfältigungsstücke im Handel vertrie-

¹²⁵ Denn jedenfalls vertragliche Fotografierverbote sind nach allgemeiner Ansicht möglich, vgl. nur *Schack*, JZ 2011, 375, 376.

¹²⁶ Zum Zugangsanspruch aufgrund öffentlich-rechtlicher Widmung *Stieper*, ZUM 2011, 331, 333; *Maaßen*, GRUR 2010, 880, 883 f.; *Ernst*, ZUM 2009, 434, 435. Auch die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte kann einen Anspruch auf Nutzung von Flächen begründen, etwa für eine Demonstration, BVerfGE 128, 226, 249 ff. – Fraport.

¹²⁷ Dazu oben Fn. 38 f.

ben werden. Der Eigentümer könnte den Zugangsanspruch also bereits dadurch abwehren, dass er selbst Fotografien zur Verfügung stellt. Außerdem könnte er den Fotografen dazu verpflichten, seinerseits die Fotografien Dritten zur Verfügung zu stellen, um in Zukunft keinen weiteren Zugangsansprüchen ausgesetzt zu sein. Darüber hinaus können Persönlichkeitsrechte und die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen einem solchen Zugangsanspruch entgegengesetzt werden.

V. Zusammenfassung

1. Das Eigentumsrecht ermöglicht dem Eigentümer, den Zugang zu strukturellen Informationen zu steuern. Es ist damit Teil des Informationsrechts.¹²⁸

2. Der Eigentümer darf das Fotografieren und sonstige Handlungen der Datenerhebung verbieten, die auf seinem Grundstück stattfinden oder eine Fühlungnahme mit seinen Sachen erfordern.¹²⁹ Er kann das Betreten des Grundstücks erlauben, sich aber andere wirtschaftlich wertvolle Handlungen mit dinglicher Wirkung vorbehalten.¹³⁰

3. Die Ausschließungsfunktion des Eigentums gewährt ihm so den ökonomischen Wert dieser Handlungen und ermöglicht ihm zusätzlich, einen datenerhebungsfreien Rückzugsraum zu schaffen.¹³¹

4. Das Haftungsrecht hat Rechtsfortsetzungsfunktion. Um gezielte Rechtsbrüche zu verhindern, die auf die Erlangung von Fotografien oder sonstiger Daten gerichtet ist, muss der Eigentümer nach einer Eigentumsverletzung im Grundsatz verlangen können, dass die rechtswidrig erhobenen Daten nicht nur nicht weiterverwendet werden dürfen, sondern gelöscht werden müssen.¹³²

5. Davon sind jedoch solche Fotografien und Daten ausgenommen, die lediglich bei Gelegenheit der Rechtsverletzung erhoben wurden.¹³³ Darüber hinaus können überwiegende Informationsinteressen den Lösungsanspruch des Eigentümers ausschließen.¹³⁴

¹²⁸ Oben I.

¹²⁹ Oben II.2.

¹³⁰ Oben II.3.

¹³¹ Oben II.1.

¹³² Oben III.1. und 2.a).

¹³³ Oben III.2.b).

¹³⁴ Oben III.2.c).

Zuweisung von Daten: immaterialgüterrechtliche Lösungen

Ansgar Ohly

I. Einführung: die Perspektive des Immaterialgüterrechts

Das Sachenrecht ist ein Materialgüterrecht: Es regelt Rechte an körperlichen Gegenständen (§ 90 BGB). Daten hingegen sind unkörperlich. Sie sind selbst keine Sachen,¹ und in Zeiten des Cloud Computing greift es zu kurz, auf die dingliche Verkörperung der Daten im Datenträger² abzustellen. Eine Einordnung von Daten unter die Systembegriffe des BGB bereitet daher Schwierigkeiten. Zwar mag man auf den Gedanken kommen, ein Recht am Datum als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB zu postulieren,³ aber für die Beantwortung der zentralen Fragen der Rechtfertigung eines solchen Rechts, der Inhaberschaft, des Schutzbereichs und der Schranken gibt das BGB keine Anhaltspunkte.

Hingegen fühlt sich der Immaterialgüterrechtler für den Schutz von Daten spontan zuständig. Das Immaterialgüterrecht oder Recht des geistigen Eigentums ordnet Rechte an unkörperlichen Gegenständen wie Werken, Erfindungen oder Zeichen einem Inhaber zu. Der Schritt zu Rechten an (unkörperlichen) Daten ist klein. In der Geschichte des Immaterialgüterrechts sind verschiedene deontologische und utilitaristische Rechtfertigungstheorien erprobt worden,⁴ die sich möglicherweise auch für Rechte an Daten fruchtbar machen lassen. Auch die Systembegriffe des geistigen Eigentums – Inhaberschaft, Schutzbereich und Schranken – bieten für Rechte an Daten einen möglichen Analyserahmen. In der Tat werden Daten bei näherem Hinsehen

¹ BGH NJW 2016, 1094 Rn. 20; *Raue*, NJW 2019, 2425; *Stresemann*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2021, § 90 Rn. 25; für eine analoge Anwendung der §§ 90, 903 BGB auf Daten allerdings *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 298 ff. und 328: de lege ferenda für Erstreckung des § 90 BGB; *Amstutz*, AcP 218 (2018), 439, 541 ff.

² So der BGH in st. Rspr., z.B. BGH NJW 2007, 2394 Rn. 15.

³ Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei *Zech*, GRUR 2015, 1151, 1158 f. Hierüber hatte ich selbst in meinem Münchener Habilitationsvortrag von 2001 nachgedacht, den ich aber nie veröffentlicht habe.

⁴ Vgl. den Überblick über die Rechtfertigungstheorien für das Urheberrecht bei *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, für das Patentrecht bei *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, 2018, S. 190 ff.

schon de lege lata durch einige Rechte des geistigen Eigentums gegen unbefugte Nutzung geschützt. Und wollte man de lege ferenda ein „Eigentumsrecht an Daten“ anerkennen wollen, so würde es sich um ein Recht des geistigen Eigentums, um ein Immaterialgüterrecht, handeln.

Das Recht des geistigen Eigentums teilt einige Ausgangspunkte mit dem Sachenrecht.⁵ Jeweils werden Ausschließlichkeitsrechte an Gegenständen begründet, dabei lässt sich zwischen dem Eigentümer bzw. Inhaber als Rechtssubjekt und dem körperlichen oder unkörperlichen Gegenstand als Rechtsobjekt unterscheiden.⁶ Ebenso wie das Sacheigentum gem. § 903 BGB haben auch Immaterialgüterrechte eine positive und eine negative Dimension: Ihr Inhaber kann zum einen Dritten die Nutzung verbieten und zum anderen das Immaterialgut nicht nur selbst nutzen, sondern auch Lizenzen vergeben. In §§ 903 ff. BGB angelegt, aber im Immaterialgüterrecht ausgeprägter ist das Zusammenspiel eines Schutzbereichs mit Schranken, die in Sonderfällen einen Eingriff in den Schutzbereich erlauben.

Doch zwischen dem Sachen- und dem Immaterialgüterrecht bestehen mehrere wesentliche Unterschiede. Erstens weisen Immaterialgüter im Vergleich zu Sachen besondere Eigenschaften auf.⁷ Viele Personen können ein Werk oder eine Erfindung gleichzeitig benutzen (Nicht-Rivalität). Auf natürlichem Wege kann, sieht man vom Sonderfall der Geheimhaltung ab, niemand faktisch von der Nutzung eines Immaterialguts abgehalten werden (Nicht-Ausschließbarkeit). Anders als im Sacheigentum spielen Substanzeingriffe nahezu keine Rolle. Im Vordergrund steht die Nutzung von Immaterialgütern, bei deren Zuordnung das Recht zwischen den wirtschaftlich und persönlich begründeten Schutzinteressen des Inhabers und dem Allgemeininteresse an der Nutzung technischer Informationen und am Zugang zu Kulturgütern abwägen muss.

Zweitens kann jede Sache zumindest potentiell Gegenstand eines Eigentumsrechts sein, während nur an einigen Immaterialgütern ein Recht bestehen kann. Beispielsweise sind wissenschaftliche Theorien oder Geschäftsmethoden nicht nur immaterieller Natur, sondern können auch Güter im ökonomischen Sinn sein. Gleichwohl werden sie weder vom Urheber- noch vom Patentrecht erfasst, sondern sind gemeinfrei. Die Zuweisung immate-

⁵ Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden näher *Ohly*, in: Auer, Grigoleit et al., FS Canaris, 2017, S. 987, 989 ff. m.w.N.

⁶ Ohne dass damit ausgesagt werden soll, dass Immaterialgüterrechte am besten als Subjekt-Objekt-Relationen begriffen werden, vgl. dazu Text zu Fn. 12 und 14.

⁷ Sie werden besonders von den Vertretern der ökonomischen Analyse des geistigen Eigentums hervorgehoben, vgl. *Blair/Cotter*, Intellectual Property – Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies, 2005, S. 13; *Guellec/Pottelsberghe de la Potterie*, The Economics of the European Patent System, 2007, S. 49; Überblick bei *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 118 f. m.w.N.

rieller Güter bedarf der Rechtfertigung. Der bloße Umstand, dass ein immaterielles Gut einen wirtschaftlichen Wert aufweist, reicht hierfür noch nicht aus: Der Grundsatz „if value, then right“ wird zumindest in der Wissenschaft allgemein abgelehnt,⁸ selbst wenn er in der Praxis oft als intuitiv überzeugend angesehen wird. Meist beruht die Zuweisungsentscheidung auf einem utilitaristischen Kalkül: Wegen der Nicht-Rivalität und der Nicht-Ausschließbarkeit haben Immaterialgüter aus ökonomischer Sicht den Charakter freier Güter, deren Nutzung – wie im Schulbeispiel des Lichts, das der Leuchtturm wirft – nicht von einer Bezahlung abhängig gemacht werden kann und die der Markt aus eigener Kraft daher nicht hervorbringt. Erst Rechte des geistigen Eigentums schaffen künstliche Knappheit, setzen so Anreize zur Schaffung des Immaterialguts und ermöglichen den Abschluss von Lizenzverträgen.⁹ Für das Kennzeichenrecht und das Urheberrecht gilt das allerdings nur bedingt. Kennzeichenrechte sollen nicht die Investition in die Schaffung neuer Marken fördern, sondern dienen der Markttransparenz und ermöglichen, dass gute Produktqualität belohnt und schlechte bestraft wird.¹⁰ Das Urheberrecht schützt, jedenfalls nach kontinentaleuropäischer Überzeugung, auch nicht-ökonomische Interessen der Urheber und wird zumindest auch deontologisch begründet.¹¹

Drittens ist der Schutzgegenstand der Immaterialgüterrechte stärker normativ konstituiert. Eine Sache hat eine natürliche Existenz, an die das Recht anknüpfen kann. Daher brauchen sich das Sachen- und das Deliktsrecht über die Abgrenzung und Definition der Sache und über die genaue Bestimmung des Eingriffs regelmäßig keine Gedanken zu machen. Diese ontologische Evidenz besteht im Immaterialgüterrecht allenfalls scheinbar. Das geschützte Werk unterscheidet sich nicht nur von seiner Verkörperung in einem Buch, einem Tonträger oder einem Gemälde, es kann sich auch vom sinnlich wahrnehmbaren Objekt unterscheiden.¹² Wenn das Urheberrecht „persönliche geistige Schöpfungen“ schützt, geht es einerseits über den Schutz des konkreten Musikstücks oder Romans hinaus und schützt auch Bearbeitungen (§ 23 UrhG), andererseits bleiben aber vorbestehende Elemente, bei-

⁸ *Cohen* 35 Columbia Law Review 809, 815 ff., 1935; *Dreyfuss* 65 Notre Dame Law Review 397, 405, 1990; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 117 ff., 460 f., 733 f.

⁹ *Stierle* (Fn. 4), S. 237 ff.

¹⁰ Näher hierzu *Ohly*, in: Drexl/Kamperman Sanders (Hrsg.), *The Innovation Society and Intellectual Property*, 2019, S. 146, 148 ff.

¹¹ S. *Stallberg* (Fn. 4) und *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.

¹² Vgl. die Kritik am (angeblich herrschenden) ontologischen Verständnis des geistigen Eigentums bei *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, S. 27 ff., 166 ff. und passim.

spielsweise aus anderen Werken übernommene Tonfolgen¹³ oder dem Schriftwerk zugrundeliegende Theorien, frei.

Drittens ist für das Immaterialgüterrecht die in den §§ 904 ff. BGB nur rudimentär angelegte Abwägung zwischen Schutz- und Freiheitsinteressen zentral. Insofern ist für das Verständnis des geistigen Eigentums das im US-Schrifttum verbreitete Verständnis von Eigentumsrechten als Bündel einzelner Rechte besonders hilfreich.¹⁴ Diese Bündel sind im Recht des geistigen Eigentums unterschiedlich dick. So kann der Patentinhaber die Nutzung seiner Erfindung einem Dritten auch dann verbieten, wenn dieser sie unabhängig und ohne Kenntnis des Patents getätigt hat. Der Urheber hat diese Befugnis nicht: In dem – praktisch freilich seltenen – Fall der unabhängigen Doppelschöpfung erlangen beide Urheber voneinander unabhängige Rechte. Die Abwägung zwischen angemessenem Schutz und Gemeinfreiheit schlägt sich darin nieder, dass alle Schutzrechte mit Ausnahme der Kennzeichenrechte nur befristet gewährt werden. Auch kommt Schrankenregelungen eine deutlich größere Bedeutung als im Sachenrecht zu. Das gilt vor allem im Urheberrecht, in dem die §§ 44a–63a UrhG die Feinabwägung zwischen Schutz und gegenläufigen Freiheiten der Nutzer, insbesondere der Kommunikationsfreiheiten, vornehmen.

Für die Frage nach Rechten an Daten folgt daraus zunächst, dass jede Rechtszuweisung rechtfertigungsbedürftig ist. In aller Regel wird eine solche Rechtfertigung utilitaristisch-ökonomischer Natur sein. Wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ohne Gewährung von Rechten ein Marktversagen zu befürchten ist oder wenn ein erwünschter Datenhandel ohne Zuweisung von Rechtspositionen schwierig oder gar unmöglich ist, dann spricht das für die Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten. Erlaubt aber der Markt eine hinreichende Produktion von Daten, dann spricht das für Zurückhaltung jedenfalls bei der Schaffung neuer Rechte.

Auch bedarf aus immaterialgüterrechtlicher Sicht für die Bestimmung des Schutzgegenstands und -bereichs der amorphe Datenbegriff der Konkretisierung. Zwar bedeutet die Dreiteilung zwischen semantischer, syntaktischer und struktureller Information¹⁵ einen Erkenntnisgewinn und eine Hilfe bei der Analyse datenbezogener Fragen, dennoch bleibt der Datenbegriff unscharf.¹⁶ Das zeigt ein Blick auf den Begriff der „personenbezogenen Daten“ im Datenschutzrecht. Dem Gesetzgeber standen wohl codierte Einzeldaten wie der Name, die Adresse oder die Information über die Erkrankung einer

¹³ Beispiel: BGH GRUR 1991, 531 und 533 – Brown Girl I und II – bei einem Popsong, der auf einer gemeinfreien Melodie beruht, sind nur die zusätzlichen kreativen Elemente wie das Arrangement oder Veränderungen der Melodie oder des Textes geschützt.

¹⁴ Näher hierzu *Goldhammer*, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, 2012, S. 84 ff.

¹⁵ *Zech* (Fn. 7), S. 35 ff.

¹⁶ *Amstutz*, AcP 218 (2018), 439, 444 ff.

Person vor Augen, aber der Datenbegriff ist so weit, dass er auch komplexere semantische Information erfasst, die bisher aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht anhand ihres Inhalts, nicht anhand ihrer Dateneigenschaft beurteilt wurden. Dadurch ist beispielweise das Verhältnis zwischen § 22 KUG und der DSGVO problematisch geworden:¹⁷ Personenfotos sind „personenbezogene Daten“, doch das speziell auf Fotos zugeschnittene Regime der §§ 22, 23 KUG löst soziale Probleme rund um die Veröffentlichung und Nutzung von Fotografien möglicherweise passgenauer als die DSGVO mit seiner Fokussierung auf das codierte Datum. Auch das Immaterialgüterrecht befasst sich, von Sonderfällen wie dem Datenbankschutz abgesehen, nicht mit Daten, sondern mit komplexen Immaterialgütern wie Erfindungen oder Werken, an deren Kern es vorbeiginge, wollte man sie als Daten oder als Kombinationen von Daten begreifen.

Für die Zwecke dieses Beitrags sollen „Daten“ als codierte Daten verstanden werden, also als „syntaktische Information“. Paradebeispiel sind industrielle Daten, wie sie etwa beim Gebrauch von Fahrzeugen und Maschinen automatisch erhoben werden oder wie sie zum Training von Systemen künstlicher Intelligenz zusammengestellt werden. Ausgeklammert bleiben dabei die Sonderfragen des Datenschutzrechts und damit auch das Konkurrenzverhältnis zwischen der DSGVO einerseits und Persönlichkeits- und Urheberrechten andererseits.

II. Der Schutz von Daten durch das Immaterialgüterrecht *de lege lata*

1. Überblick

Die Immaterialgüterrechte lassen sich grob in vier Kategorien einteilen: die technischen Schutzrechte (Patent, Gebrauchsmuster, Sortenschutzrecht, Halbleitertopographie), das Urheberrecht mit verwandten Schutzrechten, das Designrecht und die Kennzeichenrechte (Marke, Unternehmensbezeichnung, Werktitel, geographische Herkunftsangaben). Während das Kennzeichenrecht und auch das Patentrecht hier nur zu Abgrenzungszwecken zu behandeln sind (2), verdient der urheberrechtliche Datenbankschutz größere Aufmerksamkeit (3).

Hinzu kommt der Geheimnisschutz, der traditionell als Teil des Lauterkeitsrechts angesehen wurde, der aber seit Schaffung eines spezialgesetzlichen Schutzregimes deutliche immaterialgüterrechtliche Charakterzüge auf-

¹⁷ Vgl. BGH GRUR 2021, 643 Rn. 36 ff. – Urlaubslotto; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 378 ff.

weist, so dass er teilweise als Recht des geistigen Eigentums charakterisiert wird, jedenfalls aber als Hybrid bzw. als unvollkommenes Immaterialgüterrecht angesehen werden kann. Da nicht allgemein zugängliche Datensätze regelmäßig die Voraussetzungen für ein Geschäftsgeheimnis erfüllen, stellt der Geheimnisschutz nach geltendem Recht die zweite zentrale Materie des immaterialgüterrechtlichen Datenschutzes dar (4).

2. Abgrenzungen: Persönlichkeitsrechte, Kennzeichenrechte, Patentrecht

Vom Immaterialgüterrecht zu unterscheiden sind die Persönlichkeitsrechte, auch wenn sie eine kommerzielle Komponente aufweisen können, und das im vorliegenden Beitrag ausgeklammerte Datenschutzrecht.

Von vornherein außer Betracht bleiben kann das Kennzeichenrecht. Zwar sind auch Marken wie „Coca-Cola“ oder „Apple“ Daten, und das Markenregister ist eine Datenbank. Das Markenrecht schafft aber keine umfassenden Nutzungs- und Verfügungsrechte an Wörtern oder Symbolen, sondern schützt Marken gerade in ihrer Kennzeichenfunktion, insbesondere gegen eine Störung der Markttransparenz durch Hervorrufen von Verwechslungsgefahr.

Auch das Patentrecht steht nur am Rand der hier behandelten Problematik. Sicherlich stellt die künstliche Intelligenz in zweifacher Hinsicht eine Herausforderung für das Patentsystem dar:¹⁸ Zum einen können Systeme künstlicher Intelligenz nach den Grundsätzen über den Schutz computerimplementierter Erfindungen patentierbar sein, zum anderen stellt sich bei Erfindungen, die durch künstliche Intelligenz getätigt wurden, die Frage, ob die KI Erfinder sein kann¹⁹ und welche Auswirkungen auf die Schutzvoraussetzung der erfinderischen Tätigkeit die künftige Verbreitung KI-generierter Erfindungen haben wird. Aber im Grundsatz besteht ein deutlicher Unterschied zwischen der schutzfähigen Erfindung als einer technischen Lösung eines technischen Problems und industriellen Daten, die für sich genommen nicht erfinderisch sind, sondern allenfalls Werkzeuge zur Tätigung der Erfindung darstellen. Immerhin können in bestimmten Fällen Daten als „unmittelbare Verfahrenserzeugnisse“ gem. § 9 S. 2 Nr. 3 PatG geschützt sein. Dient ein patentgeschütztes Verfahren dazu, die Qualität von Videosignalen zu verbessern, so sind die Signale das Ergebnis eines Herstellungsverfahrens und

¹⁸ Überblick bei *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574, 576 ff.; *Menière/Pihlajamaa*, GRUR 2019, 332 ff.

¹⁹ Verneinend de lege lata das EPA in den DABUS-Fällen: GRUR-RS 2020, 647, 653, ebenso, wenn auch mit beachtlichem abweichendem Votum von Birss LJ, Court of Appeal of England and Wales, *Thaler v. Comptroller General*, [2021] EWCA Civ 1374; aus der Literatur *Dornis*, GRUR 2021, 784, 790 ff.; *Stierle*, GRUR Int. 2021, 115 ff.; umfassend *Maamar*, Computer als Schöpfer, 2021.

können daher trotz ihrer immateriellen Natur nach Ansicht des BGH geschützt sein.²⁰ Auch ein Verfahren zur Simulation eines Systems kann patentierbar sein, wenn es sich um die technische Lösung eines technischen Problems handelt.²¹ Das bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Daten, die durch patentgeschützte Maschinen generiert werden, am Patentschutz teilhaben. So stellt die Darstellung reiner Untersuchungsbefunde nach Durchführung eines patentgeschützten Verfahrens eine nicht patentfähige Wiedergabe von Informationen dar.²² Das Patentrecht schützt Daten als solche also nur in dem Ausnahmefall, dass die Daten eine besondere technische Qualität aufweisen, die ihnen durch das Verfahren aufgeprägt wurde.

3. Urheberrecht: Schutz von Datenbanken

Das Urheberrecht schützt Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst (§ 1 UrhG) und scheint damit auf den ersten Blick mit dem Schutz von Daten ebenfalls wenig zu tun zu haben. Werke sind persönliche geistige Schöpfungen (§ 2 Abs. 2 UrhG). Damit fallen rein maschinell generierte Daten von vornherein nicht in den Schutzbereich, und selbst bei menschlich erzeugten Daten, beispielsweise protokollierten Experimentalergebnissen, fehlt es an der kreativen Nutzung eines Gestaltungsspielraums. Ein Werk wie einen Roman, eine Komposition oder ein Kunstwerk mag man zwar unter einen abstrakten Datenbegriff fassen, doch von den hier untersuchten industriellen Daten ist es weit entfernt.

Dennoch verdient das Urheberrecht Aufmerksamkeit, weil es Datenbanken schützt. Der Begriff der Datenbank wird dem deutschen Recht von der EU-DatenbankRL vorgegeben: Es handelt sich um eine Sammlung von Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind.²³ In Umsetzung der Richtlinie differenziert das deutsche Recht zwischen schöpferischen Datenbanken, die wie Sammelwerke urheberrechtlich geschützt werden (§ 4 Abs. 2 S. 1 UrhG), und nicht-schöpferischen Datenbanken, die im EU-Recht, anders als etwa in den USA, Gegenstand eines verwandten Schutzrechts, des sogenannten „Sui-generis-Rechts“, sind (§§ 87a ff. UrhG).

Das Datenbankwerk ist eine Sonderform des Sammelwerks (§ 4 Abs. 2 S. 1 UrhG). Beim Sammelwerk ergibt sich die persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) nicht aus der eigenschöpferischen Natur der Einzelbeiträge,

²⁰ BGH GRUR 2012, 1230 Rn. 21 ff. – MPEG 2-Videosignalcodierung; krit. *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 131.

²¹ EPA GRUR-RS 2021, 6335 = GRUR 2021, 940 (Ls.) – Computersimulation m. Anm. *Zech*.

²² BGH GRUR 2017, 261 Rn. 20 ff. – Rezeptortyrosinkinase II.

²³ §§ 4 Abs. 2 S. 1, 87a Abs. 1 S. 1 UrhG.

deren Schutz durch das Recht am Sammelwerk unberührt bleibt, sondern aus deren Auswahl und Anordnung. So kann beispielsweise eine Gedichtanthologie urheberrechtlich als Sammelwerk geschützt sein, wenn die Gedichte nach individuellen Kriterien ausgewählt und in der Sammlung angeordnet wurden.²⁴ Unter den gleichen Voraussetzungen können auch Datenbanken Urheberrechtsschutz genießen. Erforderlich ist aber, ebenso wie bei Einzelwerken, dass der Urheber einen Gestaltungsspielraum genießt und diesen für eigene, kreative Entscheidungen nutzt. Dieser Spielraum fehlt, wenn die Entscheidung durch technische Zwänge vorgegeben wird, wie es etwa beim Spielplan einer Fußballliga der Fall ist.²⁵ Ein Schutz der einzelnen Daten entsteht auf diese Weise nicht. Nur die Übernahme der Auswahl oder Anordnung greift in das Urheberrecht ein, nicht hingegen die Kopie oder Nutzung der Daten an sich. Immerhin stellt es eine Verletzung dar, wenn die gesamte Datenbank oder ein wesentlicher Teil einschließlich ihrer Auswahl oder Anordnung übernommen und genutzt wird.

Interessanter für die Zwecke des vorliegenden Beitrags ist der Sui-generis-Schutz nicht-schöpferischer Datenbanken. Er setzt keine persönliche geistige Schöpfung voraus, die bei einer rein alphabetischen oder numerischen Anordnung in aller Regel fehlt. Stattdessen muss die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung der Elemente eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordern (§ 87a Abs. 1 UrhG). Dabei bleibt allerdings die Investition in die Erstellung der einzelnen Datensätze außer Betracht.²⁶ Datenbanken sind geschützt gegen die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines nach Art und Umfang wesentlichen Teils oder die wiederholte und systematische Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe unwesentlicher Teile, sofern sie der normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Herstellers unzumutbar beeinträchtigen (§ 87a Abs. 1 UrhG). Das soll nach der Rechtsprechung des EuGH beispielsweise der Fall sein, wenn eine Meta-Datenbank für Gebrauchtwagen systematisch auf die Datenbank eines einzelnen Händlers zugreift.²⁷ Der Schranken katalog des Datenbankrechts ist rudimentär. Keineswegs werden alle Schranken des Urheberrechts für entsprechend anwendbar erklärt, wie es bei anderen verwandten Schutzrechten der Fall ist. Immerhin ist seit der Umsetzung der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt das Text and Data Mining in bestimmtem Umfang erlaubt.²⁸

²⁴ BGH GRUR 2007, 685 Rn. 16 ff. – Gedichttitelliste I.

²⁵ EuGH GRUR 2012, 386 Rn. 39 – Football Dataco/Yahoo.

²⁶ EuGH GRUR 2005, 244 Rn. 31 – British Horseracing Board/Hill.

²⁷ EuGH GRUR 2014, 166 – Innoweb/Wengener.

²⁸ § 87c Abs. 1 Nr. 4, 5 UrhG.

Analysiert man für den Datenbankschutz die Rechtfertigung, den Schutzbereich und die Schranken, so erweist sich das Urheberrecht an schöpferischen Datenbanken als weitgehend unproblematisch. Es hat an der Rechtfertigung des Urheberrechts teil, auch wenn sich die Schöpfungshöhe bei der Gestaltung von Datenbanken oft in Grenzen halten wird. Vor allem ist der Schutzbereich auf die Auswahl und Anordnung beschränkt, und die Schranken des Urheberrechts sind uneingeschränkt anwendbar.²⁹ Dagegen ist beim Sui-generis-Recht bereits die Rechtfertigung zweifelhaft. Das Recht soll die Investition in die Erstellung von Datenbanken fördern, doch erscheint ökonomisch fragwürdig, ob es einer solchen Förderung bedarf und ob die Unschärfen des Rechts nicht mehr Schaden anrichten als Nutzen stiften.³⁰ Schutzgegenstand und Schutzbereich sind nicht klar definiert. Die Abgrenzung zwischen der relevanten Investition in die Beschaffung, Überprüfung und Darstellung und der Investition in die Erstellung der Datensätze bereitet in der typischen Situation, dass Daten in Geräten und Fahrzeugen durch Sensoren erhoben werden, erhebliche Schwierigkeiten.³¹ Vor allem der Verletzungstatbestand der systematischen Übernahme unwesentlicher Teile kann dazu führen, dass letztlich doch Daten als solche Schutzgegenstand sind, ohne dass insoweit eine klare Rechtfertigung bestünde. Bei Sole-Source-Datenbanken und bei Informationen des öffentlichen Sektors („public sector information“)³² beschränkt der Datenbankschutz den Zugang zu Informationen möglicherweise in sachwidriger Weise und bedarf einer Einschränkung durch das Kartellrecht oder unionsrechtlich begründete öffentlich-rechtliche Informationsansprüche. Auch ist der Schranken katalog unterentwickelt. Es ist nicht einsichtig, warum nicht sämtliche Schranken des Urheberrechts anwendbar sind, und über die Einführung einer Schranke für das Reverse Engineering nach dem Vorbild des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG wäre nachzudenken.³³ Damit ist der Sui-generis-Schutz ein abschreckendes Beispiel dafür, dass vorschnell der Bedarf nach Investitionsschutz bejaht und daraufhin ein Recht geschaffen wird, das unklar definiert ist und einen überschießenden Schutzbereich aufweist.

²⁹ *Leistner/Antoine/Sagstetter* (Fn. 20), S. 59.

³⁰ Vgl. die Kritik und die Reformvorschläge in der Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 2018, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/5e9c7a51-597c-11e8-ab41-01aa75ed71a1> (zuletzt abgerufen am 09.12.2021).

³¹ Dazu *Leistner/Antoine/Sagstetter* (Fn. 20), S. 68 ff.

³² Zu einem potentiellen Konflikt zwischen dem Datenbankschutz und der Richtlinie (EU) 2019/1024 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors sowie möglichem Reformbedarf, etwa im Zuge der Verabschiedung eines Data Act *Leistner/Antoine/Sagstetter* (Fn. 20), S. 93 ff.

³³ *Leistner/Antoine/Sagstetter* (Fn. 20), S. 95 f., 112 ff.

4. Geheimnisschutz

Bis vor zwei Jahren war der Geheimnisschutz im deutschen Recht unterentwickelt und systematisch wenig überzeugend geregelt. Den Kern des Schutzes bildeten die Straftatbestände der §§ 17–19 UWG, die durch § 3 UWG, § 823 BGB sowie durch das Arbeitsrecht und andere Rechtsmaterien ergänzt wurden. 2019 hat der Gesetzgeber aber in Umsetzung der EU-GeschäftsgeheimnisRL ein modernes Spezialgesetz geschaffen.³⁴ Seine Struktur erinnert an das Immaterialgüterrecht: § 2 GeschGehG definiert das Schutzobjekt, §§ 3, 4 GeschGehG umreißen den Schutzbereich, § 5 GeschGehG sieht Schrankenregelungen vor, bevor in den §§ 6 ff. GeschGehG die Ansprüche bei Verletzung nach dem Vorbild des Immaterialgüterrechts geregelt werden. Doch nimmt der Verletzungstatbestand auf die flexiblen Standards des Lauterkeitsrechts Bezug und erhält wesentliche Konturen durch vertragliche Vereinbarungen zwischen den Parteien. Damit handelt es sich um ein Hybrid von Immaterialgüterrecht, Lauterkeitsrecht und verdinglichtem Vertragsrecht, das sich einer eindeutigen dogmatischen Einordnung entzieht, sondern einen *Sui-generis*-Bestandteil des Informationsrechts bildet.³⁵ Weil nahezu alle praktischen Fragen des Geheimnisschutzes im GeschGehG geregelt sind, kommt es auf die Einordnung nicht an. Dort wo sie, wie etwa im IPR, eine Rolle zu spielen scheint, zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass die Qualifikation als Lauterkeits- oder Immaterialgüterrecht nicht weiterhilft.³⁶

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses wird in § 2 Nr. 1 GeschGehG definiert. Erstens muss es sich um Informationen handeln. Der Begriff der „Information“ ist denkbar weit und erfasst zwanglos auch Daten und Datensätze. Bei Sammlungen personenbezogener Daten kann es dabei zu einer parallelen Anwendung des GeschGehG und der DSGVO kommen. Die Information darf weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile bekannt sein (§ 2 Nr. 1a GeschGehG), wobei auf die Personenkreise abzustellen ist, die üblicherweise mit Informationen dieser Art umgehen. Bei Datensammlungen ist das faktisch oft der Fall, weil die Daten nur mit besonderen Schlüsseln ausgelesen werden können oder durch Passwörter geschützt sind. Die Information muss wegen ihrer Nicht-Offenkundigkeit von wirtschaftlichem Wert sein (§ 2 Nr. 1a GeschGehG). Daran dürfte es bei Einzeldaten, etwa einem einzelnen Messergebnis, oft fehlen.³⁷ Doch ein potentieller Wert genügt, und einen solchen weisen

³⁴ Überblick bei *Ohly*, GRUR 2019, 441 ff.

³⁵ Überblick über den Meinungsstand bei *Ohly*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, 2020, Einl. A Rn. 21 ff., 29 m.w.N.

³⁶ Näher hierzu *Ohly*, FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 385 ff., und in: Sandeen/Rademacher/Ohly, Research Handbook on Information Law and Governance, 2021, S. 234 ff.

³⁷ *Leistner/Antoine/Sagstetter* (Fn. 20), S. 142 ff.

Datensätze meist schon dann auf, wenn sie noch nicht strukturiert oder ausgewertet wurden. Anders als das bisherige Recht verlangt § 2 Nr. 1b GeschGehG nunmehr, ähnlich wie zuvor bereits das US-Recht, dass die Information Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen ist. Derzeit ist schwer zu sagen, welche Maßnahmen „angemessen“ sind, und in der Praxis herrschen Nervosität und die Befürchtung, dass die Rechtsprechung dieses Merkmal zu streng auslegen könnte.³⁸ Oft werden technische Zugriffssperren wie ein effektiver Passwortschutz oder vertragliche Vertraulichkeits- und Nutzungsvereinbarungen ausreichen. Der Schutz industrieller Daten dürfte daher an diesem Erfordernis meist nicht scheitern. Schließlich muss an der Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse bestehen (§ 2 Nr. 2c GeschGehG). Dieses in der Richtlinie nicht vorgesehene Erfordernis ist allerdings entweder überflüssig oder unionsrechtswidrig.³⁹ Zwar berücksichtigt die Richtlinie durchaus, ob der Inhaber der Information ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung hat, löst den Konflikt zwischen Geheimhaltungsinteresse und Informationsbedürfnis aber nicht über den Geheimnisbegriff,⁴⁰ sondern über die Schranken des Art. 5 der Richtlinie, umgesetzt in § 5 GeschGehG.

Inhaber des Geheimnisses ist jede natürliche oder juristische Person, die über die Information rechtmäßige Kontrolle hat (§ 2 Nr. 2 GeschGehG). Diese Definition ist sehr unbestimmt. Sie würde es ihrem Wortlaut nach erlauben, jeden Lizenznehmer als Geheimnisinhaber anzusehen und dementsprechend auch mit eigenen Ansprüchen auszustatten. Die besseren Gründe sprechen zwar jedenfalls dagegen, Nehmer einer einfachen Lizenz als Inhaber anzusehen, doch sind jedenfalls vertragliche Regelungen sinnvoll, um den offenen gesetzlichen Rahmen zu konkretisieren.⁴¹ Dasselbe gilt, wenn Datensätze von verschiedenen Personengruppen genutzt werden. So ist offen, wer Inhaber des Datensatzes ist, der in einem Kraftfahrzeug automatisch generiert wird: ist es der Hersteller, die Vertragswerkstatt, jede Werkstatt, die faktisch die Daten auslesen kann, und/oder der Halter des Fahrzeugs?⁴² Auch hier bieten sich vertragliche Regelungen an. Jedenfalls spricht Einiges dafür, dem Halter ein Recht zur Reparatur zuzubilligen, das auf die generalklauselartig formulierte Schranke des § 5 GeschGehG gestützt werden kann, wenn man den Halter nicht schon als Inhaber der Daten ansehen möchte.

³⁸ Zu Tendenzen, dieses Erfordernis streng auszulegen, s. LAG Düsseldorf MMR 2021, 181, 184; OLG Stuttgart WRP 2021, 242; OLG Hamm WRP 2021, 223; dazu krit. *Apell Stolz*, GRUR-Prax 2021, 1, 2 ff.; *Leistner*, WRP 2021, 835 ff.

³⁹ *Harte-Bavendamm*, in: Ohly/Harte-Bavendamm/Kalbfus (Fn. 35), § 2 Rn. 69; *Ohly*, GRUR 2019, 441, 444.

⁴⁰ Der einen Mindeststandard darstellt, so dass den Mitgliedstaaten die Normierung weiterer, einschränkender Voraussetzungen untersagt ist.

⁴¹ *McGuire*, WRP 2019, 679, 683 f.

⁴² *Leistner/Antoinel/Sagstetter* (Fn. 20), S. 156 f.

Der Schutzbereich ist positiv und negativ definiert. § 3 GeschGehG nennt erlaubte Handlungen wie die eigenständige Entwicklung oder das Reverse Engineering. Komplementär umschreibt § 4 GeschGehG eine Kaskade der Verletzungshandlungen. § 4 Abs. 1 GeschGehG bietet Schutz gegen den unerlaubten Zugang oder die sonstige unlautere Erlangung. Wurde gegen § 4 Abs. 1 GeschGehG verstoßen, so ist auch die Nutzung und Offenlegung der Information verboten (§ 4 Abs. 2 GeschGehG), ansonsten nur dann, wenn gegen eine Verpflichtung zur Beschränkung von Nutzung oder Offenlegung verstoßen wird. Während diese Tatbestände verschuldensunabhängig sind, haftet ein dritter Informationsempfänger nur, wenn er von einem vorhergehenden Verstoß gegen § 4 Abs. 1, 2 Kenntnis hat oder fahrlässig handelte. § 5 GeschGehG sieht Schranken vor, insbesondere zugunsten von Journalisten und Whistleblowern. In der politischen Diskussion nicht hinreichend beachtet wurden wettbewerbsbezogene Schranken, etwa das oben angesprochene Reparaturrecht. Nach der offenen Formulierung des § 5 GeschGehG, die in etwas anderer Form die Öffnungsklausel des Art. 5 lit. d GeschGehRL umsetzt, können auch sonstige berechnigte Interessen den Zugang, die Nutzung oder die Offenlegung rechtfertigen, doch ist bisher unklar, welche Interessen das sein könnten.

Analysiert man den Geheimnisschutz nach den oben entwickelten Kriterien, so lässt sich die eingeschränkte Zuweisung eines Rechts an geheimen Informationen mit drei Gesichtspunkten rechtfertigen: Der Geheimnisschutz vermeidet überflüssige Kosten für faktischen Schutz, erlaubt die Handelbarkeit vertraulicher Daten und schafft eine geschützte „Laborzone“, die Bedingung des Wettbewerbs ist.⁴³ Schutzgegenstand sind geheime Informationen. Datensätze werden die Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 GeschGehG regelmäßig erfüllen, sofern die Daten nicht frei zugänglich sind und vernünftig gegen unbefugten Zugriff geschützt werden. Nur wenige Anhaltspunkte gibt das Gesetz für die Bestimmung der Inhaberschaft an den Informationen in Mehrpersonenverhältnissen. Vertragliche Vereinbarungen über Zugriffs- und Nutzungsrechte haben erhebliche Bedeutung. Dabei ist bisher noch unklar, wie bei derartigen Vereinbarungen die Grenzen der Privatautonomie (§§ 307, 138 BGB) zu ziehen sind.⁴⁴ Anders als beim Datenbankenschutz ist der Schrankenkatalog nicht starr, sondern durch die Öffnung des § 5 GeschGehG für „berechnigte Interessen“ flexibel. Allerdings ist bisher praktisch noch nicht erprobt, welches Potential diese Vorschrift wirklich hat. Insgesamt bietet das GeschGehG für geheime Daten ein sinnvolles, weil effektives und zugleich hinreichend flexibles Schutzregime. Von den hier analysierten

⁴³ Hierzu näher *Ohly*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 35), Einl. A Rn. 3 ff., 17 m.w.N.

⁴⁴ Näher hierzu *Alexander*, WRP 2020, 1385 ff.; *Apell/Boom*, GRUR-Prax 2020, 225 ff.; *Leistner*, WRP 2021, 835, 842 ff., beide m.w.N.

Schutzmöglichkeiten de lege lata dürfte der Geheimnisschutz die praktisch wichtigste sein. Allerdings wird über Ergänzungen für die Datenwirtschaft,⁴⁵ etwa eine genauere Bestimmung der Inhaberschaft oder weitere spezielle Schranken, etwa für die Reparatur oder für Sole-source-Daten, nachzudenken sein.

III. Ein neues Schutzrecht de lege ferenda?

Damit bleibt die Frage, ob es neben den genannten Schutzrechten ein neues, allgemeines Ausschließlichkeitsrecht an Daten geben sollte. Über ein solches wurde in der Literatur nachgedacht,⁴⁶ auch die Kommission zeigte sich zeitweilig in ihrer Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“⁴⁷ für diesen Gedanken offen. Ein solcher Schutz müsste nicht unbedingt in einem vollen Ausschließlichkeitsrecht nach urheberrechtlichem Vorbild bestehen. Das japanische UWG wurde durch einen lauterkeitsrechtlichen Schutz ergänzt, der sich in Voraussetzungen und Grenzen am Geheimnisschutz orientiert, aber anstelle der Geheimhaltung eine elektromagnetische Zugangsbeschränkung voraussetzt.⁴⁸

Doch ist praktisch das Bestehen einer Schutzlücke zweifelhaft. Erfordert die Zusammenstellung der Dateien wesentliche Investitionen, so greift der Datenbankschutz ein. Vor allem hat es jeder Inhaber in der Hand, durch Geheimhaltung und Zugriffsschutz den Geheimnisschutz zu begründen. Meist sind Daten ohnehin schon faktisch so gegen unbefugten Zugriff geschützt, dass es eines besonderen rechtlichen Schutzes nicht bedarf. Auch empirisch spricht derzeit wenig dafür, dass es ohne einen neuartigen Sui-generis-Schutz zu einem Marktversagen kommt. Die industriellen Daten, von denen in diesem Beitrag hauptsächlich die Rede ist, werden als Nebenprodukt von Abläufen generiert, die ohnehin stattfinden. Allenfalls über die Frage, ob die Generierung von KI-Trainingsdaten weitergehender Anreize bedarf,⁴⁹ wird noch nachzudenken sein. Die Handelbarkeit von Datensätzen ist vermutlich bereits durch Zugangsschutz gewährleistet. Anders als bei klassischen Geschäftsgeheimnissen wie etwa einem geheimen Herstellungs-

⁴⁵ Hierzu *Leistner/Antoine/Sagstetter* (Fn. 20), S. 187 f.

⁴⁶ *Zech*, GRUR 2015, 1151, 1159 f. und CR 2015, 137, 144 ff.; *Fezer*, ZD 2017, 99.

⁴⁷ Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM (2017) 9 final (10.1.2017) S. 14, dagegen dominiert mittlerweile in der Mitteilung „Eine europäische Datenstrategie“, COM (2020) 66 final (19.2.2020), der Gedanke des Zugangs zu Daten, vgl. etwa S. 16 (Bewertung des Rahmens für Rechte des geistigen Eigentums, allerdings nur im Hinblick auf eine Reform des Datenbankschutzes und des Geheimnisschutzes).

⁴⁸ Hierzu *Ueno*, in: *Sandeen/Rademacher/Ohly* (Fn. 36), S. 108, 113 ff.

⁴⁹ Dies erwägend *Hacker*, GRUR 2020, 1025, 1026 f.

verfahren braucht der potentielle Käufer die Information noch nicht vollständig zu kennen, um ihre Preiswürdigkeit beurteilen zu können, weil sich Datensätze abstrakt nach Gegenstand, Umfang und Qualität beschreiben lassen. Allerdings bedürfen auch hier die einschlägigen Geschäftsmodelle der weiteren Untersuchung. Jedenfalls wäre der Gegenstand eines neuen Schutzrechts kaum zuverlässig zu definieren, und es käme zu einer erheblichen und potentiell problematischen Überlagerung mit anderen Schutzrechten. Außerdem regelt das Immaterialgüterrecht ausschließliche Nutzungsbefugnisse, es versagt aber, wenn es um den Schutz der Integrität immaterieller Gegenstände, also um einen Schutz vor Zerstörung oder Verfälschung geht. Schließlich kann für ein neues Immaterialgüterrecht auch der Gedanke eines „normativen Marktversagens“ sprechen, das eintreten kann, wenn es an Schrankenregelungen fehlt und der Inhaber faktisch jeden Zugriff ausschließen kann.⁵⁰ Insoweit wären präzise Schrankenregelungen für erlaubte Datennutzungen rechtspolitisch zwar ein Gewinn, aber sie wären wegen der Vielfalt denkbarer Fallgestaltungen kaum mit der nötigen Genauigkeit realisierbar.

In der Tat hat sich die rechtspolitische Diskussion mittlerweile von Ausschließlichkeitsrechten zu Zugangsbefugnissen fortentwickelt,⁵¹ steht insoweit aber erst am Anfang.⁵² Als mögliche Rechtsgrundlagen für Zugangsansprüche kommen das Kartellrecht⁵³ oder spezielles sektorspezifisches Unionsrecht⁵⁴ in Betracht. In diesem Sinne enthalten die von der Kommission vorgelegten Entwürfe eines Digital Markets Act⁵⁵ und eines Datengesetzes⁵⁶ bestimmte, nach der Marktmacht der Unternehmen gestaffelte Verpflichtungen für Plattformen zur Offenlegung von Daten.⁵⁷ Einem derartigen Hybridmodell aus Kartell- und Informationsrecht gehört möglicherweise bei der Regelung eines Rechtsrahmens für die Datenwirtschaft die Zukunft.

⁵⁰ So für Geheimnisschutz *Lemley*, 61 *Stanford Law Review* 311, 2008; für Sportveranstalter *Hilty/Henning-Bodewig*, *Leistungsschutzrechte für Sportveranstalter?*, 2007.

⁵¹ *Drexel et al.*, *GRUR Int.* 2016, 914 ff. und *Data Access and Control in the Era of Connected Devices*, Study on behalf of BEUC, 2018, S. 149 f., 154 ff.; *Kerber*, *GRUR Int.* 2016, 989, 992 ff.

⁵² *Metzger*, *GRUR* 2019, 129, 136.

⁵³ Hierzu *Schweitzer*, *GRUR* 2019, 569, 575 ff.

⁵⁴ Hierzu *Drexel et al.*, *GRUR Int.* 2016, 914, 917 f.

⁵⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM/2020/842 final.

⁵⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz), COM/2022/68 final.

⁵⁷ Hierzu näher *Kerber*, *ZD* 2021, 544 ff.

Dabei bedarf es aus immaterialgüterrechtlicher Perspektive aber eines Wortes der Warnung. Korrekturen bei Umfang und Grenzen der Nutzungsrechte sollten in erster Linie im Rahmen des Immaterialgüterrechts erfolgen, um schwierige Konkurrenzprobleme zwischen geistigem Eigentum und Kartell-, bzw. Regulierungsrecht zu vermeiden.⁵⁸ Außerdem darf bei allem Enthusiasmus für Transparenz nicht verkannt werden, dass der Geheimnisschutz eine wichtige wettbewerbliche Funktion hat und gegenüber wettbewerblich begründeten Zugangsinteressen nicht automatisch zurückzustehen hat.⁵⁹

IV. Zusammenfassung

1. Die Regelung von Nutzungsbefugnissen an Daten ist potentiell Aufgabe des Immaterialgüterrechts.

2. Allerdings bedarf die Zuweisung von Immaterialgüterrechten der Rechtfertigung. Der Umstand, dass Daten wirtschaftlichen Wert haben können, reicht hierfür noch nicht aus.

3. Daten können nur ausnahmsweise dann als unmittelbare Verfahrenserzeugnisse patentrechtlich geschützt sein, wenn sie durch ein geschütztes Verfahren ihre sachlich-technische Prägung erlangt haben.

4. Das Urheberrecht schützt Datenbanken nur hinsichtlich der Auswahl und Anordnung von Daten. Allerdings hat das Sui-generis-Recht des Datenbankherstellers (§ 87a UrhG) wegen seiner weiten und unklaren Definition die problematische Tendenz, auch Daten als solche zu schützen.

5. Das wichtigste Schutzinstrument *de lege lata* an der Schnittstelle von Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Vertragsrecht ist der Geheimnisschutz. Datensätze, die nicht öffentlich zugänglich sind und vernünftig gegen unbefugten Zugriff geschützt werden, erfüllen in aller Regel die Voraussetzungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Dieser Schutz hat den Vorzug der Flexibilität. Bisher noch ungeklärt ist das Potential des § 5 GeschGehG zur Rechtfertigung sonstiger berechtigter Interessen.

6. Eine Rechtfertigung für die Einführung eines neuen, allgemeinen Immaterialgüterrechts an Daten ist derzeit nicht ersichtlich. Zu Recht konzentriert sich die Diskussion auf Zugangsrechte zu Daten. Dabei dürfen aber die Grenzen des Immaterialgüterrechts und die Wertungen des Geheimnisschutzes nicht außer Acht gelassen werden.

⁵⁸ Leistner/Antoinel/Sagstetter (Fn. 20), S. 435 ff.

⁵⁹ Leistner/Antoinel/Sagstetter (Fn. 20), S. 431 ff.; Ohly, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 35), Einl. A Rn. 17.

Specifying and Assigning “Bundles of Rights” on Data

An Economic Perspective

Wolfgang Kerber

I. Introduction

Data is a valuable resource, and therefore the question emerged whether it is necessary to have property rights on data, and if so, how these property rights should look like. Can and should we apply the legal category of “property” also to data? After the emergence of this question in Europe a few years ago, a broad consensus was achieved that a new property-like exclusive right on non-personal data should not be introduced. On the contrary, insufficient access to data and data-sharing has been identified as one of the main problems in the data economy, and a broad policy discussion has emerged how to make more data available. However, the recent discussions about mandatory data access and data-sharing obligations is also characterized by a great reluctance to open data that are held by private parties, although the data holders only have exclusive control over these data without having been granted formal property rights on most of these data. This paper is based upon a presentation at a conference of German civil lawyers discussing the question whether the category “property”, either in analogy to physical property or intellectual property, can be a helpful approach for dealing with this key resource “data” in the digital society. At the conference there was broad reluctance regarding the usefulness of the legal category “property” with respect to data. This article intends to contribute to this discussion from an economic perspective.

The main claim of this article is that we should not focus on the category “property” in the traditional sense, which suggests an exclusive assignment of the rights on a set of data to one “owner” of these data. Instead, from an economic perspective, we should use the much more open and flexible concept of “bundles of rights” on data, which is based upon the economic theory of property rights. This “bundle of rights” concept allows for a much more fine-tuned and granular approach of specifying the rights to use a set of data and assigning them not only to one but also to several or many users, which can be appropriate due to the non-rivalrous character of the use of data.

From this perspective open data and traditional exclusive rights are only two extreme solutions in a broad range how bundles of rights on a set (or stream) of data can be specified and assigned – with many intermediate and sophisticated solutions between these extremes for dealing with the complex trade-off problems that can emerge regarding data in different markets and contexts. The term “governance” of data reflects this openness, flexibility, and complexity much better than the traditional concept of “property”.

The article is structured as follows. Section II summarizes briefly economic reasonings about the role of property in a market economy, the economics of intellectual property rights, and introduces the “bundle of rights” concept as an economic approach. Section III analyzes the discussion in Europe from, first, proposals for new exclusive rights on non-personal data to, secondly, manifold initiatives for dealing with data access and data-sharing problems, and sketches an analytical economic framework for developing data governance solutions. Section IV analyzes briefly some current data-related policy discussions in Europe, and shows that they can be interpreted as policy discussions about the proper specification and assignment of bundles of rights on data (as, e.g., also in the current Draft Digital Markets Act of the EU Commission). Section V concludes with open questions for future research.

II. The role of property and the “bundle of rights” approach from an economic perspective

In economics private property and freedom of contract have always been seen as the main institutional preconditions for a market economy, because they ensure the decentralised character of decision-making by firms and individuals. The (entrepreneurial) freedom of the economic actors to decide themselves and according to their own knowledge and innovative ideas about developing, producing, and selling products and services on the market is key for a thriving and innovative economy.¹ Private property on productive resources (in contrast to state property), which allows the owners to freely decide how to use the resources (or trade them on a free market for their optimal allocation), is therefore a precondition for enabling such a decentralised market system. Therefore it is not surprising that in the debate about “centrally planned economy” vs. “market economy” the question “state property” vs. “private property” was seen as most important from an economic perspective. Defending “private property” with respect to its role in a

¹ See *Hayek*, The use of knowledge in society, *American Economic Review* 35, 1945, 519.

market economy was also one of the main motivations in the emerging economic theory of property rights in the 1960s and 1970s in the U.S.

The most important contribution of this microeconomics-based property rights theory is the new methodological approach to analyze “property” by deconstructing it into a “bundle of rights” that the owner has regarding a good or a resource.² According to Demsetz,

“property rights [...] are the socially acceptable uses to which the holder of such rights can put the scarce resources to which these rights refer. This requires that the exercise of rights not to be interfered with by others. Uses of resources not legitimated by the user’s possession of property rights are illegal by definition or are innovative in the sense that existing property rights have not yet been defined to cover these uses. Of course, there is never complete certainty about the scope of allowed and disallowed uses of resources, so a right-defining and conflict-solving institution, such as a court system, the legislature, or some community authority, is inevitably part of any property right system.”³

Important elements of such a bundle of rights can be the right to use a good (including transforming it), the right to earn income from the good (e.g. by renting or licensing it), and also the right to sell the good to others, i.e. enabling the trading of resources (transferability of property rights). An important consequence is that different persons and firms can be the holders of different rights of this bundle, as well as also several persons or firms can be the joint owners of a resource.⁴ This approach has enabled economic research about the optimal definition and scope of such a “bundle of rights” from an economic efficiency perspective, i.e. what specific rights for socially accepted uses owners of a good should have. One of the early concerns in the economic property rights discussion was that, e.g., regulations of the state might lead to a too far-reaching “attenuation” of the property rights (by limiting the scope of the rights that an owner has regarding a good), because this would reduce the economic value of this good.⁵ However, a closer analysis has always made clear that through market failures (in particular, externalities) and other

² See for the property rights theory in economics and the “bundle of rights” approach *Coase*, The problem of social costs, *Journal of Law and Economics* 3, 1960, 1; *Furubotn/Pejovich*, Property rights and economic theory: A survey of recent literature, *Journal of Economic Literature* 10, 1972, 1137; *Schüller*, Property Rights und ökonomische Theorie, 1982; *Demsetz*, Property rights, in: *Palgrave Dictionary of Law and Economics*, Vol. 3, 2002, 144; *Eggertson*, Economic behavior and institutions, 1989; *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 3 ed., 2003, 87–144; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4 ed., 2005, 97–100, 549–562. For a discussion of legal literature on the “bundle of rights” concept of property (and its relation to the property rights theory) see *Zech*, *Information als Schutzgegenstand*, 2012, 100.

³ *Demsetz*, Property rights, in: *Palgrave Dictionary of Law and Economics*, Vol. 3, 2002, 144.

⁴ See *Eggertson*, *Economic behavior and institutions*, 1989, 34.

⁵ See *Eggertson*, *Economic behavior and institutions*, 1989, 38.

legitimate public interests such limitations of the bundle of rights of an owner can be justified and even be necessary for economically efficient solutions.

Whereas this “bundle of rights” approach has been initially applied to physical and scarce resources, it is no problem to apply it also to intangible goods, as, e.g., also to the question of an optimal specification and assignment of a “bundle of rights” on technological innovations or creative works like music, novels, or scientific articles. In that respect, this article intends to apply this approach to data. However, in the next step, we will briefly summarize the most important economic rationales for property on (1) physical goods and (2) on innovation and creative works (intellectual property).

Physical property implies that the owner can freely decide on the use of his or her physical good, and can exclude others from using it. Since it can be assumed that the use of physical goods is rivalrous, i.e. the use by one person impedes the use by another, the right to exclude others is important for the full usability of the physical good by the owner.⁶ In addition, exclusivity might also be important, because an investment might have been necessary for producing (and maintaining) the good, and others should not free-ride on this investment for not endangering the incentives for producing this physical good. A different but closely linked rationale is the old insight in economics that exclusive property is not needed in the case of so-called “free goods”, i.e. goods that are abundantly available (as e.g. air for breathing) and for which usually no exclusive property rights exist and the price is zero. Only if goods are “scarce”, i.e. the demand is larger than the supply, exclusive property (and a positive market price) emerges as a solution for dealing with the rivalry (and the conflicts) who can use the scarce resource and who not. In his positive theory of property rights Demsetz argued that property rights emerge, if a beforehand freely available resource is getting scarce, e.g. through an increasing demand.⁷ From an economic perspective, the exclusionary character of property on physical goods is therefore a consequence of the rivalrous character regarding the use of these resources.⁸

The economic rationale for intellectual property rights is different.⁹ Most important is that this intangible good, which is protected by an exclusive

⁶ The need for excludability due to rivalry in use of a resource can also be interpreted as the need for internalizing the negative effects by the use through others.

⁷ See *Demsetz*, Towards a theory of property rights, *American Economic Review* 57, 1967, 347.

⁸ See, from a legal perspective, also recently *Zech*, Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach §903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für die Begrenzung der Eigentumswirkungen, *AcP* 219, 2019, 488.

⁹ See for the Law and Economics of IP rights *Besen/Raskind*, An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property, *Journal of Economic Perspectives* 5, 1991, 3; *Menell*, in: *Encyclopedia of Law & Economics*, Vol. II, 1999, 129; *LévêquelMénière*, The economics of patents and copyright, 2004.

property right (as a patent or a copyright), is non-rivalrous in use but that very often serious problems of excludability exist, e.g. by copying and imitation. This leads to the problem that innovators (and creators) might have too low incentives for investing in R&D, because they cannot appropriate sufficiently the benefits of their innovation. This market failure can lead to an under-investment in R&D and therefore a too low level of innovation.¹⁰ Here the exclusive bundle of rights that IP laws grant to innovators has the task of solving this innovation incentive problem.¹¹ The exclusive rights on the innovation offer the chance for the innovator that she can make enough profits from the commercialisation of her innovation (or creative work) for covering the costs and risks of her innovation project, e.g. through monopoly prices. Since at the same time the use of the innovation is non-rivalrous, which implies that the marginal costs of an additional use is zero (or very low), the high (monopoly) prices that are necessary for solving the incentive problem lead to high losses of welfare (“dead weight loss”) through an under-use of the innovation during the protection by IP rights. It is this trade-off between the benefits and costs of patents and copyrights that leads, from an economic perspective, to the important conclusion that IP rights should have a limited duration, after which the innovation should be freely available to be used by anybody (public domain).¹²

Despite the broad acceptance of patents and copyrights as exclusive rights, there has always been much controversial discussion about the appropriate strength of this protection, i.e. the optimal design of the bundle of rights that is granted to the owner of a patent or copyright (and to what extent also other firms and users might have rights):¹³

(1) Economic analysis has clarified that IP rights cannot only be too weak for solving the incentive problem but can also be too strong, which can lead to too high welfare losses and can even have negative effects on future innovations.

(2) Granting an exclusive bundle of rights to an innovator is only justified from an economic perspective, if such a market failure of too low innovation incentives exists. If, e.g., firms can also appropriate enough benefits from their innovation through first-mover advantages or by keeping the innova-

¹⁰ See for this under-investment thesis *Arrow*, in: *The rate and direction of inventive activity: Economic and social factors*, 1962, 609.

¹¹ IP rights can also help for the emergence of a market, on which technological innovations and creative works can be traded.

¹² See, e.g., the early contribution by *Nordhaus*, *Invention, growth, and welfare. A theoretical treatment of technological change*, 1969.

¹³ See, in more detail, *Kerber*, *Zur Komplexität des ökonomischen Anreizparadigmas bei geistigen Eigentumsrechten. Ein wirtschaftspolitischer Analyserahmen*, *ZGE/Intellectual Property Journal* 5, 2013, 245.

tion secret, then such IP rights are unnecessary and might be an unjustified intervention into the market.¹⁴

(3) Another question refers to the “subject matter” that should be protected, e.g., by patents. With respect to our topic “data”, it is very important that pure information is not (and should not be) protected by patent or copyright law.¹⁵ Information can be a trade secret, but trade secret law does not grant an exclusive bundle of rights on this information.

(4) It is also very relevant for our discussion that, e.g., in copyright law, not all rights regarding a creative work are exclusively assigned to the creator, because there are also rules about limitations and exceptions (e.g., “fair use”) that allow (under certain conditions) also others to use, e.g., a scientific or educational text or snippets from newspaper articles for certain purposes without the permission of the copyright owner.

III. Discussion on data rights in Europe: From exclusive rights to more data-sharing and data access rights

1. Introduction

The emergence of data as a new valuable resource in the digital economy has triggered manifold policy discussions about rights on data. Due to the strong position of data protection law in the EU (privacy as a fundamental value) the discussion in Europe about data rights has been very much split between a discussion of the application of the EU data protection law (GDPR) on personal data and the discussion how to deal legally with “non-personal” data, as, e.g. machine-generated sensor data or anonymised data sets. In section IV. 1. we will see that the granting of a set of rights to individual persons regarding their personal data can also be interpreted as a “bundle of rights” that are assigned to these data subjects, and that the conflicts about how to apply EU data protection law can be interpreted as conflicts about the exact specification and assignment of these rights on personal data. However, the main discussion in the last years about data rights in Europe has focused on non-personal data, for which a legal analysis showed that most of them are not protected by exclusive absolute property rights (e.g., physical

¹⁴ Empirical research (e.g., *Cohen/Nelson/Walsh*, Protecting their intellectual assets: Appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not), NBER Working Paper No 7552, 2000), has shown that the extent of this innovation incentive market failure varies widely between different industries. This would suggest from an economic perspective that patents as an exclusive bundle of rights for an innovator should be differentiated more (e.g. regarding duration) between different industries.

¹⁵ See *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 424–427.

property or IP law). In the following, we will analyze the development of this discussion from the question of introducing an IP-like exclusive right on non-personal data to the still on-going discussion about how to achieve more data access, data-sharing, and data portability.

2. *New IP-like exclusive right on data?*

Due to the intangible character of data it was not surprising that the question of the need for a new exclusive right on non-personal data was discussed from the perspective of the (above-described) rationale for IP rights, leading to proposals for a new IP-like exclusive right on data.¹⁶ However, significant differences between the incentive problems regarding innovation and data became apparent immediately.¹⁷ The fast and exponential increase in the generation of data in the last decade did not support the thesis that a systematic problem of under-production of data exists due to a severe problem of lacking incentives. The most important reason is that so far no general copying problem of data emerged, because usually data-holders can keep their data secret, e.g. also due to technical protection.¹⁸ This enables the data-holders to have a position of de-facto exclusive control over these data, which – as we will see in the following – plays a key role in the data economy and leads both to advantages and problems. The first important implication is that de-facto exclusive control over data ensures excludability, i.e. others cannot use the data without the permission of the data-holder. Since it has similar economic effects as an exclusive right on data, it can be seen as a substitute for a legal instrument for excluding others.¹⁹ Therefore it is not surprising that these data do not suffer from the same incentive problem as innovation and creative works (with their copying/imitation problem). An additional economic reason is that the costs of generating data can often also be very low (even zero, e.g. if data is collected as a by-product of other economic activities); however, for the production of other data also significant costs might occur. Due to this lack of a general incentive problem, the discussion came rather fast to the conclusion that such new exclusive rights

¹⁶ See *Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 737; *Zech*, A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data, JIPLP 1, 2016, 460, 468.

¹⁷ See, for the following, *Kerber*, A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis, GRUR Int. 2016, 989.

¹⁸ See for the role of exclusion technologies in the property rights theory *Eggertson*, Economic behavior and institutions, 1990, 253.

¹⁹ In that respect this de facto exclusivity of data is comparable with the well-known strategy of firms to keep an innovation secret instead of applying for a patent (with its duty to disclose the innovation).

on non-personal data are not necessary (and that trade secret protection might be sufficient).²⁰

In addition to the lack of a need for a new exclusive right on data, there were also large concerns about the difficult problems, which would emerge regarding the specification and assignment of such an exclusive right on non-personal data. One difficult problem relates to the relationship between data and information. The proposals focused only on the protection of data as codified information at the syntactic level (i.e. sequences of 0 and 1), but it was unclear whether its implementation would also lead to exclusive rights on information at the semantic level,²¹ which would lead to a problematic monopolisation of information. Other difficult problems were how the scope of such an exclusive bundle of rights should be defined, and to whom these rights should be assigned? This led to a broad and inconclusive discussion about the question who the “data producer” is, because often different persons or firms participate in the generation of data (co-generated data). In its (later abandoned) proposal of a “data producer right” for non-personal or anonymized machine-generated data that are produced in smart devices, the EU Commission in its Communication “Building a European data economy” would have assigned the exclusive rights to use and authorize the use of these non-personal data to the owners or long-term users of these devices, which would have been mainly the consumers.²² Important is that in this discussion the EU Commission already viewed the “data producer right” also as an instrument for facilitating the sharing of data. In this context, it also became clear that assigning these rights exclusively to one “owner” might not always be the best solution, i.e. that also other stakeholders (as the manufacturers of the devices) should perhaps have access rights to these data. This led to the general insight that in complex situations as in “Internet of Things” applications with several or many stakeholders (multi-stakeholder situations) an exclusive assignment of the entire bundle of rights on these data to one person or one firm might not be an optimal solution for the governance of data, and that thus more sophisticated data governance solutions might be necessary.²³

²⁰ See, e.g., also *Drexler*, Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertization and Access, *JIPITEC* 8, 2017, 257; *Schweitzer/Peitz*, Ein neuer Ordnungsrahmen für Datenmärkte? *NJW* 2018, 275, 278. Important is also that the lack of exclusive property rights does not seem to be the main reason for the problems of not well-functioning data markets. However the lack of a need for an exclusive right for data does not mean that the protection of the integrity of data, e.g., against destruction or misappropriation (e.g., through hacking) might not be necessary. Therefore protection of data through trade secret law or civil or criminal liability might be appropriate.

²¹ See for this distinction (based upon semiotics) *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 35–44.

²² See European Commission, “Building a European data economy” COM(2017) 9 final, 13.

3. Discussion about more access to and sharing of data

The Communication “Building a European data economy” was also pivotal for triggering the second phase of the discussion about data rights by emphasizing the need for more access, more sharing, and more reuse of data. Based upon the economic argument of the non-rivalry in using data, and the insight of the key role of data as input for innovation (“data-driven innovation”), the Communication identified the problem that firms hold vast amounts of data, but that these data are not used enough, and, in particular, not made available enough to other firms for innovation.²⁴ From an economic perspective, it is very important that the problem does not lie in an underproduction of data but in the fact that the fast-increasing amounts of generated data are not used enough. This problem (often described as “data silos”) is seen as a main impediment for exploiting the manifold opportunities that data-driven innovation can offer in the data economy, and has led to manifold policy initiatives for solving this problem.²⁵

Facilitating the voluntary sharing and trading of data is one strategy for mitigating this problem. The European strategy for data (with its idea of “data spaces”) and also the current proposal of the Data Governance Act with its approach of creating trustworthy data intermediaries for facilitating the sharing and joint use of data are such policy initiatives.²⁶ The basic idea is that firms should voluntarily share more of the data, over which they have exclusive de-facto control, or make them available for joint use, e.g. by data-pooling. The other strand of policies refers to efforts of more directly opening existing data sets. One part of this policy is to open the vast amount of data collected within the public sector (public sector information) for making them available to firms as input for their innovation activities. However also mandatory solutions for opening privately held data can be a policy option

²³ See European Commission, Staff Working Document to the Communication “Building a European data economy” SWD(2017) 2 final, 35; Kerber, Rights on data: The EU Communication “Building a European data economy” from an economic perspective, in: Trading data in the digital economy: Legal concepts and tools, 2017, 109, 128.

²⁴ See European Commission, “Building a European data economy” COM(2017) 9 final, 11.

²⁵ See as an overview also OECD, Enhancing access to and sharing of data: Reconciling risks and benefits for data re-use across societies, 2019; from an U.S. perspective see Swire, The portability and other required transfers impact assessment (PORT-IA): Assessing competition, privacy, cybersecurity, and other considerations, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3689171 (all URLs were last accessed on 10 December 2021).

²⁶ See European Commission, “A European data strategy” COM(2020) 66 final, 26; Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act) COM(2020) 767 final (Chapter III: Requirements applicable to data sharing services).

for supporting data-driven innovation. One discussion refers to mandatory solutions of opening private sets of anonymized data for training of algorithms and AI applications. Another well-known and already implemented example is the opening of bank account data for facilitating new innovative payment and financial services (PSD2).²⁷

Whereas these initiatives for making more data available are primarily based upon an innovation policy rationale, another and to a large extent separate discussion about data access and data sharing has developed in competition policy.²⁸ This is directly linked to the discussion whether the control over huge amounts of data (in particular, personal data) can lead to market power, raise entry barriers, and therefore also leads to entrenched and uncontestable market positions of large incumbent online platform firms (as, e.g. Google and Facebook).²⁹ However the exclusive control over data sets through firms with market power can allow the leveraging of this market power to other markets and the foreclosure of competitors also outside of the platform economy (e.g., in IoT contexts as connected cars; see below section IV. 4.).³⁰ In addition, many complaints can be found about access problems to data in B2B-relationships with unequal bargaining power situations.³¹ The current policy discussion about the proposal of the Digital Markets Act (ex-ante regulation of “gatekeepers”) with its data-related obligations and the various new provisions about data access and data portability in the recent amendment of German competition law are a result of this discussion about data access in competition policy (see below section IV. 3.).

From an economic perspective the crucial question is whether new legal and/or regulatory solutions for dealing with these data access and data-sharing problems are necessary or whether the market itself is capable of finding optimal solutions for using the data, also in respect to innovation. We already have seen that for the production of data, the introduction of a new exclusive right on data is not necessary, because the exclusive de facto control over the data is usually sufficient for solving the incentive problem. Is it therefore necessary to introduce new rights for data access or obligations for sharing data that are under the exclusive de facto control of private firms?

²⁷ See Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, 2015 OJ L 337/35 (PSD2 Directive).

²⁸ See, e.g., *Schweitzer/Welker*, A legal framework for access to data – A competition policy perspective, in: *Data access, consumer interests and public welfare*, 2021, 103.

²⁹ See, e.g., *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, 98.

³⁰ See, e.g., *Kerber*, Data-sharing in IoT Ecosystems and Competition Law: The Example of Connected Cars, *Journal of Competition Law & Economics* 15, 2019, 381.

³¹ See European Commission, “Building a European data economy”, COM(2017) 9 final, 11.

However these data policy discussions have shown that this “solution” of exclusive de facto control of data can itself lead to serious market failures. We can interpret this de facto control position of a data holder as a “de facto assignment” of a bundle of rights³² to the data holder, and contractual arrangements of this data holder with other firms about the use of these data as “licensing agreements” between both firms. Through transmitting the data or giving technical access to these data by the data holder the “licensee” can de facto use the data in certain ways, i.e. contracts about the use of these data are possible, even if no formal legal rights exist on these data.³³ Although markets for these data can emerge, it cannot be assumed that this will lead to an optimal allocation of the options to use these data in the data economy, because these markets suffer from serious market failure problems.³⁴ Particularly important is that the data holders often have distorted incentives for making these data available to others. One important example are the options to use the control over these data for getting or defending positions of market or gatekeeper power, leading to the above-mentioned competition problems. Another problem is that, e.g., data-holding platforms can use the ensuing information asymmetry vis-a-vis consumers for informational manipulation, e.g. with respect to search rankings.³⁵

One radical data governance solution is “open data”, which can be linked to the idea of “data as an infrastructure”, and has an economic rationale in the non-rivalrous character of data.³⁶ From a bundle of rights perspective this would imply that everybody has the right to use these data, and nobody has the right to exclude others. With regard to scientific knowledge, it is generally

³² Strictly speaking, the exclusive control over data gives the data holder not a bundle of “rights” but a bundle of “de facto options to use” the data, but these are not rights in the legal sense. For simplification we will continue to call it in this paper a “de facto bundle of rights”. We will pick up this problem again in our final paragraph of section 5 at the end of the article.

³³ See for contracts about data licensing *Schur*, Die Lizenzierung von Daten. Der Datenhandel auf Grundlage von vertraglichen Zugangs- und Nutzungsrechten als rechtspolitische Perspektive, GRUR 2020, 1142.

³⁴ See for the problems of data markets and voluntary data-sharing, e.g., *Kerber*, Rights on data: The EU Communication “Building a European data economy” from an economic perspective, in: Trading data in the digital economy: Legal concepts and tools, 2017, 109, 120; *Martens et al.*, Business-to-Business data sharing: An economic and legal analysis, JRC Digital Economy Working Paper 2020–05; *Reimsbach-Kounatze*, Enhancing access to and sharing of data: Striking the balance between openness and control over data, in: Data access, consumer interests and public welfare, 2021, 27, 39–49.

³⁵ See, e.g., *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, 99.

³⁶ See OECD, Maximizing the economic value of data: Understanding the benefits and challenges of enhanced data access, DSTI/CDEP(2016)4 (with further references).

accepted that it should be accessible to everybody, both for using it for future research but also for educational purposes. Also the limited duration of IP rights for innovation and creative works is based upon the argument that the exclusive control can only be justified as far as it is necessary for incentivizing innovation. After the expiry of IP rights the innovation should be in the public domain and can be used by anybody. This is also the rationale for making public sector data open for its use of data-driven innovation. Putting data in the public domain implies that everybody has the right to use these data freely for his or her own purposes. This is perfectly compatible with the decentralized character of a market economy, in which all persons and firms can then decide according to their own knowledge and ideas how to use these data, e.g., for innovation. However, it is also clear that requiring generally that privately held data sets should be opened, can lead to serious problems for incentivizing the generation of data sets, also due to the costs of ensuring a minimum quality of data, storing them in a safe way etc.. Therefore these considerations lead us back to the conclusion that a balancing is needed between the advantages of opening data sets and the incentives for producing them.³⁷

It is not possible here to analyze the question how a property right system should generally deal with exclusive de facto control positions over data. However, it seems to be clear that the de facto assignment of all uses of privately held data to the data holder will often not be the optimal solution, and therefore also with regard to those de facto exclusive bundle of rights additional justifications and limitations might be necessary. Therefore the introduction of new rights for data access, data portability or data sharing obligations also for privately held data might be appropriate and necessary in a world with market failures, as well as due to other normative policy objectives like fairness or privacy. As a consequence, also in cases of de facto exclusive control of data, not all rights should be seen as de facto assigned to the data-holder; rather such a position might have to be complemented by certain additional rights for data access or data portability that are assigned, e.g., to other firms or consumers.³⁸ Those additional rights for using these data can therefore be seen as the equivalent of exceptions and limitations of exclusive IP rights for a better balancing of the interests of the innovator and other firms and users.³⁹ It can even be asked in an additional step, whether the

³⁷ See also *Furman et al.*, Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, 75.

³⁸ See *Schweitzer/Welker*, A legal framework for access to data – A competition policy perspective, in: *Data access, consumer interests and public welfare*, 2021, 107–115, for a general discussion of such a “private control approach” and its limits, especially with respect to competition problems and the competition law perspective.

³⁹ It is important in that respect that the above-discussed proposals for introducing new

de facto data holder should have these data in the first place, or whether a different data governance solution might be appropriate, which assigns the rights on these data to other persons or firms (see the data in the connected car example below in section IV. 4.).

For the analysis what the appropriate specification and assignment of the bundle of rights on a set of data is, and how therefore an effective data governance solution should look like, an economic analysis is necessary. It is not possible here to explain in detail the analytical framework that can be applied from a (market failure-based) economic policy perspective to the manifold problems of the governance of data, and the complexity of the data governance solutions that might be necessary under certain circumstances. Here, only the most important aspects can be summarized:⁴⁰

(1) A deeper analysis shows that a number of different market failures might be relevant in relation to data. This encompasses competition problems (including lock-in problems and unequal bargaining power situations), information and behavioral problems of consumers (e.g., intransparency about collection and use of personal data), information asymmetries about the quality of data, data-related externalities (e.g. through data breaches), too low levels of interoperability and standardisation, and innovation problems (due to insufficient availability of data, e.g., for data analytics, AI, and training of algorithms). In addition, also other (non-welfare-based) policy objectives⁴¹ might have to be taken into account, as, e.g. privacy as a fundamental value in the EU, or distributional aspects about a fair participation of individuals or firms regarding the value of “their” data.

(2) It is important that a clear analysis of market failures (or the effects on additional policy objectives) is necessary for drawing conclusions whether the market is capable of solving the problems, or whether a policy solution is necessary, and if this is the case, how an effective policy solution should look like. The specification and assignment of rights for data access, data sharing, or other data-related solutions as data portability or data trustees can then be one of these policies. Without a clear analysis wrong and ineffective policy solutions might be chosen.

exclusive rights on non-personal data also were temporarily limited and included far-reaching limitations. See, e.g., *Zech*, A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data’, *JIPLP* 1, 2016, 460, 469.

⁴⁰ See, for the following, e.g., *Kerber*, From (horizontal and sectoral) data access solutions towards data governance systems, in: *Data access, consumer interests and public welfare*, 2021, 441, 461–466. See for a broad overview about the economics of data and data-related market failures also *Martens*, Data access, consumer interests and social welfare – An economic perspective on data, in: *Data access, consumer interests and public welfare*, 2021, 69.

⁴¹ It should be noted that the economic market failure theory is based upon economic welfare as normative objective, and therefore other relevant normative objectives have to be taken into account additionally.

(3) So far the broad discussion about rights regarding data access, data-sharing (and also data portability) has shown that their benefits and costs might be very different, and depend very much on the specific economic and technological conditions in different markets and industries but also on the type of data (e.g. raw data, aggregated data, or inferred data). Therefore general conclusions about the advisability of such rights are difficult, and a careful balancing of positive and negative effects might be necessary. However some consensus about relevant criteria has emerged: From an economic perspective it is not surprising that both the benefits of more data access (e.g., more competition and innovation) and the possibility of negative effects on incentives for the generation of data (including the option of data access fees) are important. However, it can also be relevant whether the data access-claiming firm has participated in the generation of the data (problem of cogenerated data). Also the protection of business secrets and personal data has to be considered.

(4) The discussion has also shown that rights on data access, data-sharing and data portability might not be enough for effective solutions, i.e. that also additional regulatory solutions might be necessary regarding interoperability/standardisation, and safety, cybersecurity and privacy risks. This can lead to the need of an entire (e.g., sector-specific) package of regulations, in which the data governance solution is (only) one of the building-blocks.⁴²

IV. Specification and assignment of bundles of rights on data in recent data policy discussions

After this analysis of the discussion in Europe about introducing new rights on non-personal data (exclusive data rights, data access rights, etc.) and a brief overview about a market failure-based analytical framework for assessing the need and appropriate solutions for the specification and assignment of bundles of rights on data, this section IV has the task of analyzing specific data policy discussions in Europe, and why they can be interpreted as discussions about the proper specification and assignment of bundles of rights on data.

⁴² See *Kerber*, From (horizontal and sectoral) data access solutions towards data governance systems, in: *Data access, consumer interests and public welfare*, 2021, 441, 461, 471. This can lead to the development of entire data governance systems. The PSD2 is an example for such a sectoral regulatory regime (see, *ibid.*, 452).

1. Personal data and the GDPR

Since it is increasingly understood that the legal rules and regulatory regimes regarding personal and non-personal data are deeply intertwined,⁴³ it is very important that also the rights that individual persons are granted about their personal data through EU data protection law (GDPR) can be integrated in such a “bundle of rights” concept regarding data. It is no problem from a normative perspective that this concept can also encompass rights based upon “human rights” and “fundamental values” (as privacy).⁴⁴ With its definition of personal data, the long list of rights of data subjects (e.g., right to be informed, right to access, right to rectification, data portability right), and the provisions under what conditions others are allowed to process these personal data (including the key role of consent by the data subject), the GDPR can be interpreted as a legal regime that offers a complex specification and assignment of the bundle of rights on personal data.⁴⁵ It also provides for a regulatory framework for contractual relationships between the data subjects and the users of these personal data. Although, at least theoretically, the individual persons have strong rights regarding their personal data, including the possibility to exclude others from using them by denying consent, the GDPR does not grant to them an exclusive bundle of rights on their personal data that resembles “property” in analogy to physical property or IP rights.⁴⁶ Due to the existence of also other fundamental values and policy objectives, the rights of the data subjects are limited through the need for a balancing of the fundamental values and interests regarding the use of personal data. The provision about processing personal data based upon “legitimate interests” (Art. 6(1)f GDPR) is a result of such a balancing within the GDPR.⁴⁷

From this perspective policy discussions about personal data, either regarding the legal interpretation of the existing GDPR or the enactment of

⁴³ See *Graefl/Gellert/Husovec*, Towards a holistic regulatory approach for the European data economy: Why the illusive notion of non-personal data is counterproductive to data innovation, TILEC Discussion Paper No. 2018-029, 2018, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3256189.

⁴⁴ See, e.g., *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4 ed., 2005, 98. This also fits to the fact that many rights granted by the GDPR are inalienable rights, i.e. they cannot be sold or waived.

⁴⁵ See Regulation (EU) 2016/479 of the European Parliament and of the Council of April 27, 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 2016 OJ (L119) 1.

⁴⁶ See, however, the discussion in *Kilian*, Strukturwandel der Privatheit, in: *Wovon – für wen – wozu? Systemdenken wider die Diktatur der Daten*, 2014, 195, and, more fundamentally, *Laudon*, Markets and Privacy, Communication of the ACM, 1996, 92.

⁴⁷ See *Zech*, A legal framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data’, *JiPLP* 1, 2016, 460, 464.

new legislation like the still pending ePrivacy Regulation,⁴⁸ can be interpreted as discussions about the specification and assignment of the bundle of rights on personal data. If, for example, Art. 6(1)f GDPR about the balancing of interests between the “legitimate interests” of firms to use certain personal data and the “privacy interests” of the data subjects⁴⁹ is interpreted in a more data economy-friendly way, then firms can use more personal data without needing consent from the data subject. Such a shifting of the boundary between the areas, where consent is necessary and where not, would imply that the bundle of rights on personal data shrinks for the data subject but increases, e.g. for firms, who base their processing on “legitimate interests”. The “balancing of interests” in Art. 6(1)f GDPR therefore decides on the assignment of rights for using personal data, at least to some extent. Also the provisions about anonymizing personal data are important for the specification and assignment of rights on data. If holders of personal data anonymize them, then these data sets are not subject any more to the rules of the GDPR, and have the same legal status as other non-personal data, i.e. the data holders are free to use, sell or “license” these anonymized data sets, and can therefore monetize them without permission of the data subjects (and without the need to share the value of these data sets with the data subjects). Since anonymization can be difficult and expensive, the important (and so far unsolved) policy question is what standard of anonymization is deemed as sufficient. It can be expected that the higher the standard, the higher are the costs of anonymization but also the lower the privacy risks through reidentification.⁵⁰ Therefore decisions on the necessary level of the standard of anonymization also influence the extent to which personal data are transformed into anonymized data sets that can be made available as non-personal data to the data economy but perhaps also lead to more privacy risks for data subjects. For all these policy discussions it can be asked how the bundle of rights on personal data should be specified and assigned for dealing with the difficult trade-off problems between protecting privacy and informational self-determination of data subjects, and the potential manifold benefits of making personal data available for the economy and also public policy.

⁴⁸ See for the discussion about the proposed ePrivacy Regulation *Voss*, First the GDPR, Now the proposed ePrivacy Regulation, *Journal of Internet Law*, July 2017, 3.

⁴⁹ See for Art. 6(1)f GDPR and its interpretation Art. 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, WP 217, 2014; *Wiebel/Helmschrot*, *Untersuchung der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) durch Online-Dienste*, 2019, 39–47.

⁵⁰ See for the rules and problems of anonymization of personal data *Crémer/de Montjoyel/Schweitzer*, *Competition policy for the digital era*, 2019, 85–87 (with many references).

2. Data portability rights

The data portability right of Art. 20 GDPR allows data subjects to have their personal data transmitted from one data controller to another. In the current discussion there are great expectations both by academic scholars and by policy-makers that this right can be an important instrument for limiting the data power of large digital firms and for making more data available for innovation, because it might help to reduce lock-in problems of users of platforms, and therefore support competition between platforms and reduce entry barriers.⁵¹ However due to a number of problems (e.g., legal uncertainty about the scope of portable data, lacking technical feasibility, high transaction costs) this data portability right has so far not been effective for leading to more competition and innovation. Therefore a policy discussion exists about how to make this data portability right more effective. In that respect the EU Commission suggested to introduce measures, which might also require, under certain conditions, real-time portability of data and mandatory APIs for facilitating data interoperability.⁵² Such measures might help the enforceability of the data portability right of data subjects, and therefore have an influence on the de facto bundle of rights of data-holders, because they might lose more easily their exclusive control over the data. This example shows that assigning a right on data, such as a data portability right, is not enough, also the dimension of enforcement is very important from an economic perspective.

Although such measures might help to some extent, it is very unclear whether the data portability right of Art. 20 GDPR (with its focus on “informational self-determination”) can be implemented flexibly enough for solving competition and innovation problems. The problem is that for achieving this objective the appropriate scope of such a data portability right (and the specific conditions of its use) have to be tailored to the competition and innovation problems that have to be solved, which, e.g. might also require non-personal data. A general “human rights” based data portability right (as Art. 20 GDPR) might have inherent limits for adapting it sufficiently to different technological and economic conditions for making it an effective instrument for solving competition and innovation problems caused by a lack of data access and data-sharing.⁵³

⁵¹ See, e.g., *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, 81–85.

⁵² See, e.g., *Krämer*, Personal data portability in the platform economy: Economic implications and policy recommendations, *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, doi: 10–1093/joclec/nhaa030; EU Commission, Communication “Data protection as a pillar of citizens’ empowerment and the EU’s approach to the digital transition – Two years of application of the General Data Protection Regulation”, COM(2020) 264 final, 9.

⁵³ See *Gill/Kerber*, Data portability rights: Limits, opportunities, and the need for going

It might therefore be very interesting to think more about data portability rights outside of EU data protection law (or, more generally, privacy laws). One important new approach is the consumer data rights approach in Australia, which also encompasses a data portability right but is part of consumer policy and independent from privacy law.⁵⁴ In contrast to specifying and assigning a bundle of rights on personal data to data subjects, the Australian approach specifies and assigns a bundle of rights on consumer-related data to consumers. Since the definition of consumer data is independent from the definition of personal data (as defined in privacy laws), the data portability right of consumers can also encompass non-personal data, and due to its uncoupling from (human rights-based) privacy laws, it is much easier to tailor the portability right of consumers regarding their consumer data to the specific economic and technological conditions of different markets and industries. Although the consumer data right approach of Australia is basically a general approach for the entire economy, it is implemented in a step-by-step sectoral approach that allows to specify the bundle of rights of consumers differently in different industries and complement them also with industry-specific further regulations about data interoperability and technical standards. It also should be emphasized that the other innovative aspect of the consumer data rights approach is that such a bundle of rights on data can also be defined in consumer law (with the objective of “consumer empowerment”).

3. *Data-related competition law solutions*

In the meantime, competition policy has understood the key role of data for competition in the digital economy, (1) with regard to its contribution to the market power of firms, entry barriers, and relevance for abusive behaviour (e.g. through foreclosing competitors), as well as (2) as an instrument for remedies, e.g. by granting data access, mandating data-sharing or data portability, requiring the separation of data sets in a firm (e.g. after a merger), or prohibition of the use of data for certain purposes.⁵⁵ In the following, a brief overview will be presented about recently enacted or currently discussed competition law solutions that can be interpreted as changing the specification and assignment of the bundle of rights on data.

beyond the portability of personal data, CPI Antitrust Chronicle, November 2020 2(2), 54, 57.

⁵⁴ See OECD, Consumer data rights and competition – Background note. DAF/COMP(2020)1, 11–14; *Specht-Riemenschneider*, Data access rights. A comparative approach, in: Data access, consumer interests and public welfare, 2021, 401, 430–436.

⁵⁵ See, e.g., OECD, Consumer data rights and competition – Background note. DAF/COMP(2020)1, 24–40.

Already early in the discussion the “essential facility” doctrine was seen as an option for granting data access rights (e.g. in Art. 102 TFEU), if a non-replicable and non-substitutable data set that is controlled by a dominant firm is a necessary input for providing services on another market (e.g., aftermarket). In the recently enacted 10th amendment of German competition law, the rephrased § 19(2) No. 4 ARC has emphasized and clarified that data can be an essential facility. A much more important step is that, according to the changes in § 20(1) ARC and the new § 20(1a) ARC, also the refusal of a non-dominant firm to give access to the data it controls, can be an abusive behaviour, if the data access claiming firm is bilaterally dependent on the data-holding firm (“relative market power”), e.g., due to its need for access to data for their own activities. This is explicitly also applicable to business users which are dependent on platforms as intermediaries.⁵⁶ It is however important that such an assignment of data access rights of dependent firms vis-a-vis firms that control these data depends on a complex balancing of the interests between both firms, for which the list of criteria that have been briefly discussed in section III.3 might be particularly relevant. If however the data-holding firms have no formal legal rights but only de facto control over these data and the incentive problems for generating them might be small, then an economic analysis would suggest that the benefits of the access to these data by another firm that needs them for their own services might be larger than the disadvantages for the data-holding firm, i.e. that a claim for data access might be much more easily justified.

Much more attention, however, are getting new specific provisions that aim directly on the large digital platform firms like the new § 19a ARC in Germany and the proposed Digital Markets Act of the EU Commission. Both legislative acts encompass a number of provisions that change the specification and assignment of the bundle of rights on specific kinds of data in order to protect competition and/or the free choice of business users and consumers vis-a-vis these powerful digital firms.⁵⁷ One important example

⁵⁶ See for the discussion on these data access solutions *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 2018, 158–191; *Kerber*, *Datenzugangsansprüche im Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle aus ökonomischer Perspektive*, *WuW* 2020, 249–256. The extension of the German competition law rules regarding data access also in situations of bilateral dependencies (“unequal bargaining power”) is part of a broader development in the international competition policy discussion for controlling more the problematic unfair effects of “unequal bargaining power situations”. See for an overview (also on other national rules within the EU) *Mantzari*, *Power imbalances in online marketplaces: At the crossroads of competition law and regulation*, CLES Research Paper Series 4/2021, available at: https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles_4_2021.pdf.

⁵⁷ See for the Digital Markets Act Proposal of the Commission of 15 December 2020 for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair

are data about the transactions on platform market places, as, e.g. Amazon, where the provider of these platform services can collect all data about the transactions between businesses and consumers. The platform can use these data also for its own strategies in competition with these businesses, whereas, vice versa, the business users on these platforms do not get full access to these data. This is the subject of investigations of competition authorities against Amazon.⁵⁸ In the Draft Digital Markets Act two obligations that all gatekeepers are supposed to comply with, deal with this data governance problem. The first obligation in Art. 6(1)a Draft DMA prohibits that the providers of such platform services use data that are generated through the activities of business users on their platform, e.g. with consumers, for their own competition with these businesses (dual role of platforms).⁵⁹ The second obligation in Art. 6(1)i Draft DMA stipulates that these business users should get “free of charge effective, high-quality, continuous and real-time access and use of aggregated or non-aggregated data that is generated in the context of the use of the platform services by the business users”.⁶⁰

Without being able to analyze these two provisions here in detail, it can be suggested that these provisions imply that not the platform (as the de facto data holder) but the business users should be the main “owners” of the rights on these data. The platform is still allowed to hold and use the data but not for the purpose of their own competition with the business users (due to its distorting effects on competition). In that respect both the platform and the business users have rights on these data. The obligation that the business users should have free of charge effective, high-quality, continuous, and real-time access and use of the data shows that the business users should not only get access to the data somehow, but should get real-time access to all aggregated and non-aggregated data without any limitations on how they are using it, i.e. they get a full bundle of rights on the data and are free how to use them. Although these obligations can be seen as necessary for protecting competition, they also can be interpreted as a decision that the de facto holder of data (here the provider of platform services) is not the “rightful

markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM(2020) 842. See, e.g. *de Streell/Liebhberg/Fletcher*, The European proposal for a Digital Markets Act, CERRE, January 2021.

⁵⁸ See *Mantzari*, Power imbalances in online marketplaces: At the crossroads of competition law and regulation, CLES Research Paper Series 4/2021, 6, available at: https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles_4_2021.pdf.

⁵⁹ “Refrain from using, in competition with business users, any data not publicly available, which is generated through activities by those business users, including by the end users of these business users, [...]” (Art. 6(1)a); see also recital 43 Draft DMA).

⁶⁰ Art. 6(1)i Draft DMA; see also recital 55 Draft DMA. The same problem is also addressed (but in a less precise form) in German competition law (§ 19 a (2) No. 6 ARC).

owner” of these data, because it is the business users that have generated these data with their activities. This change in the assignment of the bundle of rights of these data from the platform to the business users could therefore also be justified as a matter of fairness (as the second main objective of the DMA), especially also due to the “unequal bargaining power” situation between the gatekeeper and the business users.⁶¹

To some extent linked to the obligation of Art. 6(1)i is also the introduction of new and far-reaching data portability rights of business users and end users in Art. 6(1)h Draft DMA. The gatekeepers should “provide effective portability of data generated through the activity of a business user or end user.” This data portability right goes far beyond the provisions of Art. 20 GDPR, because (1) also business users (and not only end users) get such a data portability right, (2) it is not limited to personal data and encompasses data on different levels of aggregation, and (3) the gatekeeper has also to provide tools for allowing continuous and real-time access, which ensures easier enforceability of these rights. This obligation therefore offers the chance for an effective data portability solution. Whereas these obligations about data rights could also be justified from the perspective of who has mainly contributed to the generation of these data, another obligation in the DMA proposal (Art. 6(1)j) that requires the sharing of certain search engine data to other providers of search engine services (horizontal data-sharing) can only be justified by the objective of enabling more competition (contestability) on the market for search engine services. The obligation to share highly competition-relevant data with direct competitors constitutes a far-reaching redefinition of the bundle of rights on these search engine data.⁶²

4. Sector-specific solutions: Data of connected cars

The rights that are granted by EU data protection law (including the data portability right of Art. 20 GDPR) and also data rights that can be claimed according to competition law are generally applicable rules about the specification and assignment of data rights. The complexity of the trade-offs of costs and benefits with respect to defining and assigning data rights and the necessity of additional regulatory solutions for dealing with risks and making data access effective have led to the approach of focusing also on sector-spe-

⁶¹ See, in more detail, *Kerber/Specht-Riemenschneider*, Synergies between Data Protection Law and Competition Law, Report for the German consumer association Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), 2021, 81–85.

⁶² Also the new German provisions in § 19a (2) No. 4 and 6 ARC can be interpreted as changing the specification and assignment of the bundle of rights on certain sets of data. Important is that in German competition law a decision of the German competition authority is necessary in contrast to the approach of ex-ante obligations of the DMA for gatekeepers.

cific regulatory solutions that allow for better tailored governance solutions. One well-known example are regulatory solutions for opening bank account data. Also the Second Payment Services Directive (PSD2) can be interpreted as profoundly changing the specification and assignment of rights on bank account data, which were traditionally under the exclusive control of the banks.⁶³ Through the PSD2 this de facto exclusive control has been replaced by a new complex bundle of (1) rights on these data but also (2) rights to execute financial payments on these bank accounts, both of which were also assigned to independent financial service providers that now have access to these bank accounts (with the consent of the bank account holders), and can provide their services without needing the permission of the bank. Similar sector-specific solutions are also in the discussion in respect to IoT applications, as, e.g., in smart agriculture (with data-generating farm machinery) or in the automotive industry through (smart) connected cars. In both cases the problem has emerged that the manufacturers design their devices in a way that gives them exclusive de facto control over the data that are generated during the use of these devices, e.g. by farmers or car users. In the following, we will look briefly on the policy discussion about data in connected cars from our bundle of rights perspective.⁶⁴

The car manufacturers in Europe apply the so-called “extended vehicle” concept, which implies (1) that all data generated in the car are directly transmitted to a proprietary server of the manufacturer, and (2) that the car is technically designed as a closed system. Therefore the manufacturers do not only have exclusive control over the car data but also exclusive control over the technical access to the car. A broad coalition of independent providers of repair and maintenance services and manifold innovative new services for the users of connected cars are very concerned that the car manufacturers can use their new gatekeeper position for distorting competition on the secondary markets in the ecosystem of connected cars and foreclose these independent service providers. An economic analysis of the extended vehicle concept shows that it can lead to negative effects on competition on the markets for

⁶³ See for the discussion about the PSD2 *Vezoso*, Fintech, access to data, and the role of competition policy, in: Competition and innovation (Scortecci), 2018, 30.

⁶⁴ See for the discussion on “access to data and resources” of connected cars C-ITS platform, Final report, 2016, available at: <https://www.polisnetwork.eu/wp-content/uploads/2019/09/c-its-platform-final-report-january-2016.pdf>; TRL, Access to In-Vehicle Data and Resources – Final Report, 2017, available at: <https://citainsp.org/wp-content/uploads/2018/04/TRL-access-to-in-vehicle-data-and-resources.pdf>; see for the following analysis *Kerber*, Data Governance in connected cars: The Problem of access to in-vehicle data, JIPITEC 9, 2018, 310; see also *Martens/Mueller-Langer*, Access to digital car data and competition in aftermarket maintenance market, Journal of Competition Law and Economics 16, 2020, 116.

aftermarket and complementary services, less innovation, and harm consumers through higher prices and less consumer choice.⁶⁵ The EU Commission has acknowledged this problem for fair and undistorted competition, and announced plans for its solution, but did not solve this problem so far. In the following, some solutions are discussed regarding their implications on the specification and assignment of the bundles of rights on these data.

The gatekeeper position of the manufacturers is caused by their technological decision for the above-described extended vehicle concept, which gives them the de facto exclusive control over the data of the connected car.⁶⁶ An alternative technological solution, based upon an interoperable open telematics platform, would store the data directly in the car, and would give the exclusive control over the data to the car owners. An independent study that was commissioned by the EU Commission came to the conclusion that such a technological solution would also be feasible (also with regard to safety and security concerns) and would mitigate the competition problems, because the car manufacturers would lose their exclusive control over the data.⁶⁷ An important conclusion from this example is that the question who is in the position of de facto controlling the data (and therefore has the “bundle of de facto rights” on data) can depend on technological decisions, here by the manufacturers. Therefore one option for solving the problem would be a regulatory approach that helps to implement open and interoperable telematic platforms, e.g. through technological standardisation policy. Such a solution would eliminate the gatekeeper position of the car manufacturers and lead to a de facto reassignment of the bundle of rights on car data to the car owners.⁶⁸ However, even in the case of the current technology with its transmission of the car data to an external server, other solutions are possible. Theoretically, the problem might also be solved through the above-discussed new data access solutions in competition law, e.g., by arguing that independent service providers are dependent on the data controlled by the car manufacturers. However, such solutions face manifold problems that

⁶⁵ See for the results of a broad analysis of market failures Kerber, Data Governance in connected cars: The Problem of access to in-vehicle data, JIPITEC 9, 2018, 310, 316–325.

⁶⁶ The safety and security argument of the car manufacturers for defending this exclusive control position cannot justify their “de facto appropriation” of these data. See Kerber, Data Governance in connected cars: The Problem of access to in-vehicle data, JIPITEC 9, 2018, 310, 319.

⁶⁷ See TRL, Access to In-Vehicle Data and Resources – Final Report, 2017, 160, available at: <https://citainsp.org/wp-content/uploads/2018/04/TRL-access-to-in-vehicle-data-and-resources.pdf>.

⁶⁸ This would correspond to the proposal of the “data producer right” in 2017, which the EU Commission wanted to assign to the owner or long-term users of a smart device (as here the connected car).

make them practically ineffective for solving the data access problems in this complex ecosystem of connected cars.⁶⁹

A much more interesting option would be a data trustee solution.⁷⁰ This would imply that the external server with the car data is put under the governance of a neutral entity, which has the task to grant all stakeholders in the ecosystem of connected cars access to these data according to a set of principles (e.g., FRAND conditions).⁷¹ This would require a mandatory regulatory solution that stipulates that these car data are put under the exclusive control of a data trustee and establishes clear principles for this data trustee for deciding who should get access to what kinds of car data under which conditions and for what purposes. This could lead to a complex but sophisticated governance solution for these data, which also can take into account specific legitimate interests of certain stakeholders, e.g. regarding technical data for car manufacturers or component suppliers. Therefore such a data trustee solution for the bundle of rights on car data could allow for a data governance solution with a fair balancing of interests of all stakeholders (including car owners and public interests) that ensures competition, data-driven innovation, and consumer choice. Such a data trustee solution could also be a key instrument within a broader sector-specific regulatory approach for dealing with the governance of the entire ecosystem of connected driving and the generated car and mobility data. It could entail also necessary additional regulatory solutions for standardisation and interoperability and protecting safety, security, and privacy with respect to these data and the technical access to the connected cars. One policy option would be a further reform of the existing type approval regulation for motor vehicles, which had implemented already for a long time a successful mandatory FRAND-like access regime for essential repair and maintenance service information but

⁶⁹ See *Kerber*, Data-sharing in IoT Ecosystems and Competition Law: The Example of Connected Cars, *Journal of Competition Law & Economics* 15, 2019, 381, 406, 411.

⁷⁰ See for an overview about data trustee solutions *Blankertz*, Designing Data Trusts. Why We Need to Test Consumer Data Trusts Now, 2020, available at: www.stiftung-nv.de/sites/default/files/designing_data_trusts_e.pdf.

⁷¹ See *Specht-Riemenschneider/Kerber*, Designing Data Trustees – A Purpose-Based Approach, 2022, 53–73, <https://www.kas.de/documents/252038/16166715/Designing+Dat+a+Trustees.pdf/3523489b-2611-a12a-f187-3e770d1a9d94?version=1.0&t=1647261611824>. In the discussions about access solutions for car data, this would correspond to the “shared server” solution, which can be interpreted from today’s perspective as a data trustee solution. It was also assessed as superior to the “extended vehicle concept” by the TRL study (TRL, Access to In-Vehicle Data and Resources – Final Report, 2017, 171, <https://citainsp.org/wp-content/uploads/2018/04/TRL-access-to-in-vehicle-data-and-resources.pdf>).

which still needs an urgent update to the new economic and technological conditions of connected cars.⁷²

V. Conclusions and perspectives

The objective of this paper was to show that the legal category of “property”, either as physical property or intellectual property, might not be a suitable model for dealing with the complexity of data governance problems. Although data can be a valuable asset and might, under certain circumstances, need incentives for its generation, the economic and technological conditions regarding data differ significantly from the problems regarding physical goods, innovation, and creative works. Through the much easier excludability and the greater importance of the non-rivalry and context-dependency of the use of data, not the incentive problem for data generation but the problem of access and sharing of the fast increasing amounts of data have become the most urgent policy issues. Therefore the traditional concepts of property with their focus on excludability do not fit to the current problems of the data economy. However, a general policy to open data that ignores incentives for generating (high-quality) data can also not be the right solution. The experience so far has shown that in different industries and contexts different data governance solutions might be appropriate, which often have to be tailored to the specific economic and technological conditions of these settings. The “bundle of rights” approach with its flexibility and wide range of options, how to specify these rights and to whom these rights can be assigned, offers – in combination with analyses of the effects of these rights – a framework that allows for a multitude of different data governance solutions for a better finding of appropriate answers to the manifold problems regarding data.

The examples in section 4 have shown that many current policy discussions about data can also be interpreted as discussions about the specification and assignment of bundles of rights on data. However, this refers not only to the obvious cases about a new exclusive right on non-personal data or new data access rights, but also policies about opening public sector data, or privately held sets of anonymised data for training AI and algorithms, as well as different solutions for the governance of the data generated in connected cars can be analyzed from this perspective. The examples in section 4 have

⁷² See *Kerber/Gill*, Access to data in connected cars and the recent reform of the Motor Vehicle Type Approval Regulation, JIPITEC 8, 2019, 39 for a critique of this reform in 2018. The EU Commission has announced another reform (Communication “Building a European data economy” COM(2017) 9 final, 28).

also shown that the specification and assignment of bundles of rights on data can be determined not only by direct laws on data, as, e.g., the GDPR in the EU, EU database protection law, the Australian consumer data right legislation, or a future EU Data Act, but also through legal rules in many other fields of the law. Trade secret law, IP laws, traditional competition law (and a future Digital Markets Act), but also civil law, fair trading laws, or consumer law can entail provisions that influence the specification and assignment of rights on certain sets of data. Therefore it is necessary that also in the application of these laws the specific economic analytical framework with its analyses of market failures and effects of different specifications and assignments of a bundle of rights on data has to be taken into account for contributing to appropriate and effective data governance solutions. In that respect a broad number of laws might have to adapt to these new challenges of the data economy.

One of the puzzling theoretical and policy problems regarding data, which needs much more explicit analysis and deliberation from both law and economics, is the huge importance of positions of exclusive de facto control over data by firms or other institutions, for which no formal legal rights exist. Although this de facto control over data can help to avoid incentive problems, it also can lead to many problems. How should societies in the digital age deal with these positions? First and foremost, such positions of de facto control over data only reflect a position of “power” that gives the data holders “real options” for de facto using the data. According to the quotation of Demsetz (cited in section II), it also could be argued that – due to the absence of property rights – the legislator has so far not decided on the “socially acceptable” uses of these data, and that therefore the legal status of these data is still open. From that perspective it is a task of courts and legislators for a clarification of the bundles of rights, and we can view the current discussions about data access rights and data-sharing obligations and other data governance solutions as debates about filling these gaps.⁷³ The quotation of Demsetz however makes clear that we should be cautious not to succumb to the fallacy that limiting the “power” of de facto holders of data, e.g. by data access or data portability rights, is always a problematic intervention into the “property” of these data holders. Rather it is part of necessary decisions of the society about the definition (and therefore the appropriate specification and assignment) of the bundles of rights on these data. This discussion shows that the question how to deal with exclusive de facto control positions on data, for which no legal rights exist, raises fundamental and unsolved research questions.

⁷³ This will be very relevant for the discussion about the new “Data Act” proposal of the EU Commission (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), COM(2022) 68 final.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Wolfgang Kerber, Philipps-Universität Marburg

Prof. Dr. Anne Lauber-Rönsberg, Technische Universität Dresden

Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge), Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Christine Osterloh-Konrad, Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer, Universität zu Köln

Prof. Dr. Benjamin Raue, Universität Trier

Prof. Dr. Marina Wellenhofer, Goethe-Universität Frankfurt a.M.

Prof. Dr. Dan Wielsch, Universität zu Köln

Prof. Dr. Dipl.-Biol. Herbert Zech, Humboldt-Universität zu Berlin

Register

- Absolutheit der dinglichen Rechte 80
- Analogien zum Sachenrecht 78 f.
- Apfel-Madonna 94 f., 115 ff.
- Arbeitstheorie des Eigentums 11, 13
- Aristoteles 10
- Ausschließlichkeit 70, 86

- Befriedungsdimension des Eigentums 115
- Besitzschutz 87
- Bitcoin 75
- bundle of rights*-Ansatz 14 f., 151 ff.

- Daten 76, 80 ff.
- Daten vernetzter Autos 151 ff.
- Datenbank 135 ff.
- Datenbankschutz 135 ff.
- Datenbankwerk 135 ff.
- Datenbesitz 85 f.
- Dateneigentum 34 f., 35, 38, 41 ff.
 - Legitimation 15 f.
- Datenpolitik 151 ff.
- Datenportabilitätsrecht 151 ff.
- Datenschutz 39, 41 ff.
- Datenteilung 151 ff.
- Datenträger 77 f., 86
- Datenzugang 151 ff.
- Digital Markets Act 151 ff.
- Digitalverfassung 20, 41, 43 f., 46 f.
- Durchsetzungsmechanismen 8, 64

- Eigentum 69 ff.
 - als Rechtsbegriff 16 f.
 - Legitimation 9 ff.
 - Verteilung 10
 - Vorstaatlichkeit 12
- Eigentümerbefugnisse, Umfang 100
- Eigentumsbegriff, Funktion 16 f.

- Eigentumsmodelle 26 ff.
 - Bündelmodell 26 ff.
 - relationales 28 ff.
 - Sphären- 24, 26, 28
- Eigentumsverletzung 121
- Eigentumsvermutung 85 f.
- Erzeugnisse 85

- Fahrzeug 76
- Free riding* 14
- Freiheitsdimension des Eigentums 114
- Friesenhaus 90 ff., 118 f.

- Geheimnisschutz 135 ff.
- geistiges Eigentum 135 ff.
 - Legitimation 13 f., 53
- Gemeineigentum 10
- Geschäftsgeheimnisgesetz 135 ff.
- Güterzuweisung 3 f.
- Grundrechte 29, 42, 43

- Hard- und Software 7
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 13
- Hobbes, Thomas 12
- Hume, David 11 f.

- Immaterialgüterrecht 49, 76, 84, 135 ff.

- Kant, Immanuel 11
- Kollektiveigentum 10

- Lizenz 62 ff.
- Locke, John 11

- Medium 20, 36, 39 ff., 48
- Mitbestimmung 31, 37, 41 ff.

- Ökonomische Dimension des Eigentums 112

- Patentrecht 135 ff.
 Persönlichkeitsrecht 74
 Privateigentum, Legitimation 1, 10
 Property rights-Theorie 151 ff.
 Prozeduralisierung 43
 Publizitätsprinzip 79, 87

 Recht an Daten 135 ff., 151 ff.
 Rechtfertigungsdiskurs 3
 Rivalität 13

 Sachen 71 ff., 79 ff.
 Sacheigentum 109 ff.
 – und rivale Nutzung 110
 – Schutzbereich 103, 115
 – als Zugangskontrolle 112
 – als Zugangsrecht 110 f.
 – Zuweisungsgehalt 98 ff.
 Sanssouci 92 ff., 109
 Schutzgegenstand 54

 Schutzzinhalte 57 ff.
 Schutzrechtsinhaber 54 ff.
 Skripturakt 84
 Software 76
 – Verhältnis zu Hardware 7
 soziale Institution 24, 28, 37, 46
 soziale Ordnung 20, 22, 24
 status activus 47
 Strom 73
 Strukturprinzipien 51 ff.

 Verarbeitung 83 f.
 Verbindung und Vermischung 81 f.
 Vertragstheorie 10
 Virtuelle Währungen 75

 wettbewerbsrechtliche Datenzugangs-
 ansprüche 151 ff.

 Zugangskontrolle 4 ff.